

Revista de Derecho de familia

DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia

núm. 37

octubre-diciembre 2007

Director:

**Antonio Javier
Pérez Martín**

Sumario

Presentación	3
Índice	7
Estudios Doctrinales	29
Jurisprudencia	67
Resoluciones de la DGRN	257
Sección Práctica	267
Tribuna Abierta	281
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	287
Avances Jurisprudenciales	305

e d i t o r i a l

LEX NOVA

Revista de
**Derecho
de Familia**

La versión on line de esta publicación ha sido seleccionada por el Consejo General del Poder Judicial para su utilización por los miembros de la carrera judicial.

© LEX NOVA 2007

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 Editorial Lex Nova.

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

Que los casos de divorcio se decidan mediante jurado popular y con paridad de sexos ... Por eso de la igualdad

Un día nos encontramos en las portadas de todos los periódicos la noticia de que «una juez niega la custodia a un padre por ser cojo», apuntándose que el padre es un nadador paralímpico con seis medallas.

Hoy es frecuente que en todos los periódicos digitales se permita la participación activa de los lectores, de tal forma que una vez leída la noticia –algunos sólo leen el titular– tienen la posibilidad de efectuar algún comentario o enviar el texto a un amigo. Pues bien, consultados los comentarios, y dejando a un lado todos aquellos en los que simplemente se descalificaba a la Juez sin ningún argumento, nos llamaron la atención varios de ellos. Un lector decía «¡Lamentable ... la madre, la psicóloga y sobretodo la juez! Visto lo visto, propongo que los casos de divorcio se decidan mediante jurado popular y con paridad de sexos ... por eso de la igualdad». Obviamente, la vehemencia del lector daba por sentado que con el jurado popular las resoluciones serían más justas. El sistema funciona correctamente, porque ante los excesos o defectos de las decisiones de un Juez, está la Audiencia Provincial que por vía de recurso puede modificarlas. Junto a ello, la posibilidad de la interposición de recursos de amparo, garantiza que se observen en el procedimiento todos los derechos fundamentales de los litigantes. Sin embargo, la mención al jurado deja traducir que, en muchas resoluciones, se encuentra a faltar el sentido común, sentido que no está en el Código Civil ni en ningún otro texto legal, sino que está en la calle.

También ahondaban muchos comentarios en la necesidad de llegar a una verdadera igualdad entre los padres en el momento de la atribución de la custodia. Un lector indicaba: «Es increíble cómo la justicia fomenta la desigualdad entre hombres y mujeres y cómo no tiene en cuenta el derecho de los hijos de disfrutar al 50% de su padre y de su madre. La custodia debería ser compartida por ley para que desde esa base consigamos una igualdad real y no esta falsa hipocresía en la que vive la sociedad española en la que nos comportamos como europeos cuando nos interesa, festejamos los permisos de paternidad y en caso de divorcio los hombres pasan a ser un cero a la izquierda, un progenitor meramente económico y prescindible para los hijos». Otro argumentaba: «La reflexión que surge después de este hecho es si la sociedad ha mejorado algo sus prejuicios (incluidos los de quienes los intentan resolver, jueces y fiscales, claro). El miedo –y desprecio– hacia lo diferente no creo haya disminuido ni experimentado ninguna mejoría». ¿Con sentencias como ésta piensa la jueza que se conseguirá algún día la auténtica igualdad entre el hombre y la mujer? Si cada vez los padres se involucran más en el cuidado de los hijos, en las tareas de la casa y en todas las

actividades que por mala tradición asumían las mujeres ¿para cuándo la justicia va a adaptarse a esta nueva situación? Soy padre, felizmente casado y participo en las tareas de la casa y cuidado de los hijos al 50% con mi mujer, no creo que sea justo que en caso de divorcio de forma generalizada y sin pensar en los hijos le asignen a la mujer la custodia exclusiva». Fueron muchos lectores, tanto mujeres como hombres los que resaltaron la necesidad de modificar los criterios a la hora de atribuir y repartir el tiempo de convivencia de los hijos con cada progenitor después de la crisis de pareja. Y ciertamente, vemos que el papel que juegan muchos padres en la vida familiar es idéntico o muy similar al de la madre y esto tiene que tener su trascendencia.

No cabe duda que decidir a qué progenitor debe atribuirse la custodia de los hijos es una cuestión muy complicada, especialmente cuando existe un informe psicosocial en el que se indica que tanto el padre como la madre están en un plano de igualdad para desempeñar las labores que conlleva la guarda y custodia. En estos casos, la custodia compartida se presenta como una de las mejores opciones, y así debería de estar plasmado en el artículo 92 del CC. Sin embargo, la configuración de este sistema de custodia que hace el legislador queda relegado a aquellos casos en los que los propios padres estén conforme con ella y de forma excepcional para aquellos supuestos en los que el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, considere que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

En el caso analizado en la tan criticada sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Gavà se partía del presupuesto de una custodia compartida por semanas que los progenitores pactaron en un documento privado y que vinieron ejerciendo de forma consensual antes de presentarse la demanda de divorcio. Como la madre se opuso a esta custodia, la Juez entendió que la tesitura estaba en decidir entre la custodia compartida y la custodia exclusiva de la madre, ya que como el padre sólo pidió la custodia compartida dedujo que no le interesaba o que no podía hacerse cargo de la custodia exclusiva.

La fundamentación jurídica para no otorgar la custodia compartida fue que la relación de los padres «dista mucho de ser lo suficientemente fluida como para poder desarrollar el régimen adecuadamente», «no parecen de acuerdo en los criterios relativos a la educación de los hijos y mientras la madre considera que éstos sigan acudiendo al colegio concertado al que asisten, el padre solicita en su contestación a los fines de reducir los costes en las matrículas autorización judicial para trasladarlos a un colegio público», «la decisión que en su día adoptaron de llevar a cabo una guarda y custodia compartida obedeció a una situación coyuntural, debida a que no eran capaces de vivir en el mismo domicilio».

Pues bien, puede compartirse o no, pero está debidamente fundamentada. El problema viene cuando tras excluirse la custodia compartida, para otorgarla en exclusiva a la madre se indica que «la edad de la niña que no llega a los tres años, y que requiere evidentemente un plus de cuidados, y que como usualmente ocurre es casi un bebé apegado a la madre y la minusvalía del padre, que aun suponiéndole simplemente un problema de movilidad que no le afecta para trabajar, lo cierto es que debe sentirse en la ya de por sí difícil tarea de cuidar a dos hijos de esas edades, por lo que no sorprende que el padre, de no serle concedida la custodia compartida, no haya reclamado ésta para sí como medida subsidiaria, sino que se le atribuya a la madre con un amplio régimen de visitas a su favor, petición esta que debe

acogerse». En esta fundamentación está lo que repugna al sentido común, es decir, que primero se indique que durante un tiempo ha venido funcionando la custodia compartida, incluso cuando los niños eran aún más pequeños, y que, ahora, la minusvalía del padre se valore como un elemento negativo para la atribución de la custodia. Si tan incapacitante era la minusvalía ¿cómo firmó la madre la custodia compartida en el acuerdo inicial?

Posiblemente la sentencia que se dicte por la Audiencia Provincial de Barcelona resolviendo el recurso de apelación que ha interpuesto el padre acuerde la custodia compartida, o incluso mantenga la custodia a favor de la madre, pero la fundamentación no podrá ser la utilizada por la Juez.

ESTUDIOS DOCTRINALES

Conflictos de competencia entre los Juzgados de Familia y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Criterios jurisprudenciales.

Antonio Javier Pérez Martín

31

Desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio.

Pilar López Marco

55

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SOCIEDAD DE GANANCIALES

El Tribunal Constitucional avala la tesis del Tribunal Supremo en cuanto a la no admisión del recurso de casación contra la sentencia dictada en el incidente de formación de inventario de la sociedad de gananciales.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Auto de 18 de junio de 2007

69

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Se suspende la ejecución de la sentencia del juzgado que fue confirmada por la Audiencia Provincial y que vino a instaurar el sistema de custodia compartida, dándose la circunstancia de que el padre vive en Madrid y la madre en Barcelona. El motivo del recurso de amparo se centra en la denegación de la exploración judicial de las menores.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Auto de 18 de julio de 2007

71

FILIACIÓN

Anulación de las sentencias que declaraban la paternidad al haberse fundando en la negativa a la práctica de la prueba biológica cuando dicha prueba no fue admitida formalmente.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 177/2007, de 23 de julio

73

TRIBUNAL SUPREMO

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Desestimación de la demanda solicitando una indemnización por enriquecimiento injusto planteada por la esposa, casada en régimen de separación de bienes, al no concurrir los requisitos para tal reconocimiento, debiendo significarse que no solicitó pensión compensatoria en el procedimiento de separación y divorcio y que, por razón de la fecha en que se tramitó el divorcio, no era aplicable el antiguo artículo 23 de la Compilación (hoy artículo 41 del CF).

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de febrero de 2007

79

La resolución judicial que aprobó las operaciones particionales de la masa ganancial sin oposición del esposo –por haberse declarado improcedente, por extemporánea, la oposición de éste al inventario formado por el contador– no produce efecto de cosa juzgada, en su sentido negativo, respecto del posterior juicio que tiene por objeto, entre otras pretensiones, la declaración de propiedad de aquellos bienes que se adjudicaron a la esposa en ejecución de tales operaciones particionales, respecto de los que el actor afirma su titularidad privativa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2007

82

Carácter privativo del inmueble adquirido por el esposo durante la separación de hecho de los cónyuges y antes de que se dictase sentencia de separación judicial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de febrero de 2007

87

Nulidad de la escritura de compraventa sin que pueda considerarse que hubo una donación de bienes inmuebles simulada en la escritura de compraventa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de febrero de 2007

89

Carácter ganancial del inmueble adquirido constante el matrimonio y escriturado, fallecido el esposo, a nombre exclusivo de la esposa con el consentimiento de los hijos de aquél, existiendo un negocio fiduciario. Nulidad de la compraventa efectuada por la madre a favor de una hija e inexistencia de donación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de febrero de 2007

92

Carácter privativo del Plan de Pensiones concertado por la empresa donde presta sus servicios el esposo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de febrero de 2007

96

Estimación de la acción declarativa que se ejercitó por un acreedor para que se considerase ganancial una deuda y respondan de la misma los bienes que se adjudicó la esposa en la liquidación de la sociedad de gananciales, y estimación de la acción rescisoria de la compraventa que la esposa concertó con los hijos del matrimonio, sin que exista falta de litisconsorcio pasivo necesario por no intervenir en el procedimiento la entidad bancaria que concedió un préstamo hipotecario a estos últimos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de marzo de 2007

100

A pesar de que constante la sociedad de gananciales sólo se pagase un plazo de la vivienda familiar que, antes de contraer matrimonio, adquirió el esposo con carácter privativo, es de aplicación lo establecido en el artículo 1357 del CC.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de marzo de 2007

104

Carácter ganancial de la licencia de taxi adquirida constante el matrimonio.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de abril de 2007

110

CONTRATO DE VITALICIO

Contrato de vitalicio que se otorga por uno de los cesionarios de los bienes utilizando poder general concedido por el cedente e incidiendo en autocontratación. Ejercicio abusivo de los poderes. Dolo en la formación del contrato. Restitución de gastos e inversiones en atención del cedente: *condictio* de prestación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de enero de 2007

114

MENORES

Fallecimiento de un menor al tocar una escultura expuesta en un museo y caérsele encima. Responsabilidad exclusiva de la fundación que exponía la escultura sin que proceda apreciar la concurrencia de culpas de los padres del menor, toda vez que no es exigible que dentro de un recinto cerrado un menor no pueda deambular por sí solo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de enero de 2007

118

Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de una reclamación de responsabilidad del Ayuntamiento con motivo del fallecimiento de un menor al caérsele encima una portería instalada por aquél.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de abril de 2007

122

RECURSO DE REVISIÓN

Estimación del recurso de revisión interpuesto contra la sentencia dictada en un juicio verbal sobre guarda y custodia y alimentos al haberse seguido el procedimiento en rebeldía del demandado sin haberse agotado los medios para su localización.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de marzo de 2007

125

SUCESIONES

Nulidad de la donación de inmueble disimulada bajo la escritura pública de compraventa al no cumplir los requisitos del artículo 633 del CC, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no los reúne para su validez y eficacia. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de enero de 2007

126

Al no haberse practicado la partición de las herencias de los causantes, no puede ejercitarse la acción de división de cosa común de los bienes que las integran al no constar quiénes y en qué proporción son sus titulares.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2007

130

La donación efectuada en fraude de acreedores puede ser atacada por la ilicitud de la causa no siendo por tanto aplicable el plazo de cuatro años que se afecta a la acción de rescisión.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2007

132

Desestimación de la acción de revocación de donación por ingratitud e incumplimiento de cargas al apreciarse la prescripción de la acción y la falta de legitimación activa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de abril de 2007

134

CUESTIONES PENALES

Condena por el delito de revelación de secretos al esposo que instaló un dispositivo en el ordenador para grabar las conversaciones que su esposa tenía en un chat, grabaciones que envió a una detective privada quien se limitó a hacer un informe con ellas que se aportó por aquél al juicio de separación.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 21 de marzo de 2007

136

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Constando que los cónyuges estuvieron previamente inscritos oficialmente como pareja de hecho y que las relaciones entre ambos databan de tiempo atrás, no puede entenderse que el esposo estuviese sometido a presión o condicionamiento alguno para contraer matrimonio, por lo que no procede declarar la nulidad matrimonial.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2007

141

PATRIA POTESTAD

Dado que las partes discrepan respecto del tipo de tratamiento que el común descendiente debe seguir, nos encontramos ante un supuesto de incompetencia funcional de esta Sala para conocer de la cuestión planteada, ya que contra la resolución del juzgado no cabe recurso alguno.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de mayo de 2007

141

El hecho de dejar de pagar la pensión alimenticia podrá ser objeto del oportuno análisis en el marco del procedimiento penal que ha iniciado la esposa, pero no es suficiente, por sí solo, para privar o suspender la patria potestad, cuya titularidad corresponde a ambos progenitores.

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 18 de junio de 2007

142

No debió ser admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el Juez de 1.ª Instancia resolviendo una controversia en el ejercicio de la patria potestad, ya que en el artículo 156 del CC no se prevé dicho recurso.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 28 de junio de 2007

143

GUARDA Y CUSTODIA

No puede aceptarse el planteamiento simplista que pretende hacer recaer en el horario laboral de los progenitores la única referencia para decidir sobre la atribución de la guarda y custodia.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 23 de marzo de 2007

144

No se considera decisiva la manifestación del hijo de nueve años en cuanto a que prefiere vivir con la madre ya que la voluntad del menor no puede considerarse que haya sido manifestada de forma libre o incondicionada y en plenas condiciones de madurez, por lo que la Sala comparte plenamente la consideración realizada por el juez *a quo* cuando afirma que el menor se encuentra influenciado.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2007

145

Acreditado que el cambio de residencia a EEUU obedece a cuestiones laborales de la persona con quien la madre ha formado una nueva familia, y que los hijos ya acudían en nuestro país a un colegio americano, no se encuentra motivo para modificar la custodia a favor del padre.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2007

147

No procede otorgar al padre la custodia del menor porque la madre haya incumplido puntualmente el régimen de visitas fijado en el Auto de Medidas Provisionales: el cambio de custodia, contemplado en el artículo 776.3.º de la LEC, exige que el incumplimiento de visitas por el progenitor custodio sea reiterado.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1.ª, Sentencia de 2 de abril de 2007

147

En el presente caso deberá ser la progenitora custodia, con todo el esfuerzo de los servicios sociales, la que deba mantener esa cualidad de buena custodia, eliminando los obstáculos que impiden a la pequeña ver a su padre.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 3 de abril de 2007

148

Los menores manifiestan con claridad su voluntad de que se modifique la custodia y pase a ser ejercida por su padre, pero tal información no puede considerarse plenamente fiable atendiendo a la evidencia de que han sido preparados para la evaluación.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 19 de abril de 2007

149

Aunque la hija muestra en la exploración su deseo de mantener un mayor contacto con las hermanas –fruto del segundo matrimonio del padre– no se considera que ello sea causa para cambiar la custodia a favor del padre al no acreditarse que la custodia materna haya supuesto algún peligro o riesgo para el desarrollo y evolución de la niña. Por otro lado, no puede olvidarse que la niña está con las hermanas cada fin de semana alterno y todos los martes y jueves.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 3 de mayo de 2007

150

Se indica en el informe pericial que la madre organiza mejor el juego, utiliza un lenguaje y un nivel de exigencia más adecuados que el padre, el cual propicia una conducta más infantilizada y estereotipada en la hija, criterios que aconsejan otorgar a la madre la custodia.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2007

150

Como quiera que el período de estancia es prolongado al establecerse un período de custodia compartida por períodos escolares no se considera que la relación entre los padres pueda influir

negativamente en el bienestar de las niñas, si tenemos además en cuenta que ambos progenitores han decidido acudir al CAI para mejorar la situación existente, tal y como se recomienda en la sentencia.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2007

151

RÉGIMEN DE VISITAS

Aunque el padre no haya tenido relación con el hijo durante un período de tiempo, procede fijar un régimen de visitas progresivo y amplio, ya que la falta de contacto fue debida a la falta de reconocimiento de filiación que obligó al padre a instarla judicialmente, lo que es la mejor muestra de su interés.

AP Tenerife, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de marzo de 2007

152

Aunque el esposo ha sido condenado por un delito de maltrato familiar con prohibición de acercarse a la esposa durante 1 año y 4 meses, procede fijar un régimen de visitas paterno-filial que permita una fluida relación del padre con los hijos que cuentan con 15 y 7 años: durante la semana el padre los recogerá a la salida del colegio, donde los reintegrará el jueves por la mañana al comienzo de las clases. En los períodos vacacionales que coinciden con días lectivos, las entregas y recogidas serán igualmente a través del centro escolar, ya que ello es compatible con la prohibición de comunicación con la madre.

AP Tenerife, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de marzo de 2007

153

Aunque los hijos niegan cualquier tipo de relación con el padre, tal manifestación y deseo lo basan en presuntos malos tratos físicos y verbales, sin ser capaces de relatar puntualmente un solo episodio de tales hechos, por lo que es procedente la fijación de un régimen de visitas progresivo.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 14 de marzo de 2007

154

El criterio determinante para la pernocta no debe ser exclusivamente la edad del menor pues la indiscriminada fijación del mismo no conforma su interés y beneficio, por todo ello se deja sin efecto dicho pronunciamiento, debiendo instarse su revisión por cualquiera de los cónyuges a medida que las circunstancias lo permitan y se van normalizando las relaciones padre e hija.

AP A Coruña, Sec. 5.ª, Sentencia de 14 de marzo de 2007

155

Teniendo en cuenta que la menor no identifica a su padre como tal, no lo conoce, de mantenerse sin contacto alguno con él difícilmente podrá recuperarse la figura paterna cuando ello puede ser factible mediante el establecimiento de un sistema, aunque restringido, de comunicación de la menor con su padre que le permita ir conociéndolo e identificarlo como tal.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 15 de marzo de 2007

155

Si bien la previsión de que puedan efectuarse comunicaciones intersemanales entre padre e hijo puede entenderse como algo beneficioso, a fin de que mantengan una relación habitual y de que el padre pueda implicarse en todas las actividades del menor, que se prevea que estas visitas puedan tener lugar todos los días resulta excesivo, pudiendo alterar los hábitos del menor, e interferir en sus actividades semanales, por lo que se considera más adecuado limitar esas visitas intersemanales a dos días.

AP A Coruña, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2007

156

El régimen de visitas que comprende dos meses en verano, un período equivalente a la Semana Santa en cada año, y las Navidades en años alternos, además de prever que «cuantas veces

el padre se desplace para ver a los hijos podrá tenerlos consigo cuanto tiempo sea preciso sin alteración de sus actividades académicas», es suficientemente amplio para garantizar la continuidad de la relación del padre con los hijos que residen en EEUU.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2007

157

La conveniencia de preservar una relación paterno-filial intensa, de acuerdo con los artículos 94 y 160 del Código Civil, pasa por reconocer un régimen de contacto telefónico libre, sin sujeción a horario fijo, aunque el progenitor no custodio debe hacer un uso razonable de este derecho, lo que significa que deberá abstenerse de llamar en horas intempestivas.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 4 de abril de 2007

158

Dada la mala relación existente entre los abuelos y demás familia paterna y la madre de los menores, así como la falta de disposición de éstos a mantener relaciones con los abuelos paternos, no sería beneficioso para referidos menores fijar un régimen de visitas, tal como sostiene el informe pericial obrante en las actuaciones y deriva de la prueba documental también incorporada a los autos.

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 25 de abril de 2007

158

VIVIENDA FAMILIAR

La pretensión del apelante relativa a la utilización compartida de la vivienda conyugal, a la que, naturalmente se opone la actora apelada, olvida que el citado artículo 96 sólo contempla el pleno y exclusivo uso de la vivienda por uno de los cónyuges, como medio necesario para que tenga efectividad la suspensión de la vida en común de los casados que toda separación judicial implica.

AP A Coruña, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2007

160

Al no haberse ocupado nunca el inmueble no se considera que tenga la cualidad de familiar y por tanto no procede la atribución de su uso en el procedimiento matrimonial.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 2 de abril de 2007

160

Aun en el caso de que la plaza de garaje se encuentre en el mismo edificio de la vivienda conyugal adjudicada a la esposa, si ésta o alguno de los hijos que con ella conviven no tienen vehículo, parece un contrasentido privarle del uso de ésta al esposo que sí tiene coche y tiene el lugar de trabajo en las inmediaciones.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de abril de 2007

161

La pretensión del actor, consistente en que se deje sin efecto la cláusula relativa al uso de la vivienda, y se le permita venderla, y compensar a la demandada entregándole 120.202,42 euros para que sufrague los gastos de alojamiento, no puede aceptarse, porque no se han producido hechos, con posterioridad a la sentencia de separación, que supongan una alteración de las circunstancias.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 18 de abril de 2007

161

El simple hecho de que el esposo alegue que la esposa puede irse a vivir con la hija o con una hermana implica el reconocimiento de que necesita una vivienda no siendo lícito obligarla a «vivir de favor», por lo que procede atribuirle el uso de la vivienda familiar.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 19 de abril de 2007

162

Permitió que su hija y su compañero ocupasen una habitación de la casa y las malas relaciones provocaron que aquélla tuviese que irse a vivir a casa de otro hijo. La Audiencia, revocando la sentencia del Juzgado, considera que procede el desahucio por precario.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de abril de 2007

162

La posesión que disfruta la demandada es por mera tolerancia del actor, lo que le confiere la condición jurídica de precarista, como igualmente era éste el título, en virtud del cual gozaba del piso litigioso, el hijo del actor, y que ahora ocupa la demandada, tras la rotura entre ellos de su convivencia *more uxorio*. El demandante es tercero ajeno a la relación de pareja existente entre la demandada y su hijo, sin que se le pueda oponer lo decidido en un procedimiento de derecho de familia.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 2 de mayo de 2007

164

Al tiempo de sustanciarse la presente litis, ambas hijas habían salido ya del entorno residencial materno, por lo que el derecho de uso perdió el condicionante fáctico bajo el que inicialmente fue sancionado. Por lo cual no puede ahora pretenderse su mantenimiento sobre la base de ser el interés de la esposa merecedor de prioritario amparo, pues dicha esgrimida preferencia ha quedado judicialmente protegida durante el tiempo en que aquélla, en unión de las hijas, ha venido detentando el uso exclusivo y excluyente, no pudiendo ahora invocarse circunstancias que entonces ya existían para desbordar, de modo no permitido, los límites temporales y de prudencia a que el derecho analizado se encuentra ineludiblemente supeditado.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2007

166

No constituye un dato significativo el hecho de que la esposa abandonase la vivienda, en razón de las concretas circunstancias personales y familiares que se produjeron en su momento, y puesto que, al día de hoy, el alojamiento de las hijas y de la madre comporta un importante gasto, por lo que no existe motivo alguno para dejar sin efecto la regla general contenida en el artículo 96 antes indicado.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2007

167

PENSIÓN ALIMENTICIA

El progenitor se encuentra en una situación coyuntural o provisional que por sí sola no puede determinar la situación pretendida de modificar la pensión alimenticia, por cuanto la baja laboral es temporal.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 23 de abril de 2007

168

Las circunstancias laborales de los litigantes no han cambiado, dado que el actor desempeñaba su trabajo de forma estacional pero regular en las mismas condiciones que actualmente lo hace, conforme a la cadencia de la actividad turística, de modo que trabaja desde mediados de primavera, el verano y parte de otoño y el resto del año percibe la prestación por desempleo, sin perjuicio de los trabajos esporádicos que efectúa en este período de desempleo. Por tanto no procede modificar la cuantía de la pensión alimenticia.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de abril de 2007

169

Si bien es cierto que, oficialmente, el hoy apelante no percibe prestación alguna por desempleo, ni aparece ejerciendo profesión alguna, tras haber sido lanzado de las fincas rústicas que llevaba en explotación, no es menos cierto que ello signifique, sin más, que se encuentre en una situación de ausencia de percepción de cualquier tipo de remuneración, pues bien podría estar

percibiéndolas en el ámbito de la llamada «economía sumergida», al no constar que el apelante se encuentre en situación de indigencia.

AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 2 de mayo de 2007

170

No pueden aceptarse los argumentos señalados en la sentencia, cuando fundamenta el reconocimiento del derecho a los alimentos en favor de dicha hija, no obstante estar incorporada al mercado de trabajo, en la excusa de la falta de constancia de los ingresos de ésta.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 3 de mayo de 2007

170

Tiene razón el apelante cuando indica que los gastos de uniforme y material escolar y de escritorio no tienen el carácter de gastos extraordinarios.

AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2007

171

En modo alguno ha acreditado la madre que haya recabado el consentimiento previo del padre en orden al devengo del gasto relacionado con el curso de informática, no habiéndose aportado por otro lado prueba alguna de la aceptación tácita.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 18 de mayo de 2007

172

Ha quedado acreditado que el hijo del matrimonio, ya mayor de edad, no cursa estudios, ha realizado trabajos algunos meses, percibiendo hasta 500 euros mensuales, incluso en situación de baja laboral, de modo que no sirve de fundamento para mantener tal derecho en esta litis matrimonial la afirmación a propósito de las previsiones de futuro de dicho hijo, de reiniciar estudios de idiomas o de comenzar en el futuro otros estudios.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2007

173

La hija, que ha cumplido 27 años, ha concluido sus estudios de psicología, ha estado colegiada, ha trabajado esporádicamente y cabe presumir que ha podido concluir en estos momentos el doctorado iniciado el año 2005. Por tanto, ya no reúne los requisitos para seguir percibiendo la pensión alimenticia.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2007

173

La obligación ha de quedar en suspenso en tanto el hijo menor de edad disponga de recursos económicos, y definitivamente extinguida a partir de su mayoría de edad, sin perjuicio del derecho que a éste pueda asistir en el futuro, en el supuesto de carecer de medios económicos para reclamar.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 5 de junio de 2007

174

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque el matrimonio se celebró en enero de 2003 y la demanda de separación se presentó en el mes de octubre de 2004, es lo cierto que la relación provenía del año de 1993, tiempo que debe ponerse en relación con la duración del matrimonio, para concluir que se considera precedente la fijación de la pensión compensatoria.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 9 de abril de 2007

175

Esta Sala no puede por más que confirmar íntegramente el mantenimiento de la pensión compensatoria, pues el desequilibrio sigue existiendo, pese a la conducta del ex esposo que se coloca voluntariamente en una situación laboral de excedencia, porque es evidente que si puede

permitírselo es porque dispone de otros ingresos al margen de los conocidos que le permitirán cuanto menos subsistir.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 18 de abril de 2007

176

Concesión de una pensión compensatoria durante dos años ya que la esposa ha tenido posibilidades de trabajar y ha desechado los empleos que surgían.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de abril de 2007

176

Debe entenderse que existe convivencia marital en todos aquellos casos de parejas, que habitando cada uno en su propio domicilio o que comparten vivienda sólo durante algunos determinados días, gocen de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 3 de mayo de 2007

177

Se esgrime en el recurso de apelación que cuando el demandado llegue a la edad de jubilación pasa a cobrar exclusivamente la pensión de jubilación de la Seguridad Social, pero las sentencias deben dictarse en base a las circunstancias concurrentes y no en hechos futuros, aunque haya muchas posibilidades de que vayan a acontecer.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 10 de mayo de 2007

178

No se aprecia la existencia del presupuesto necesario para la concesión de la pensión compensatoria por cuanto la esposa también ha participado en el negocio de despacho de pan que se venía realizando en el inmueble propiedad de su padre, que reportaba unos considerables ingresos, y para cuyo cierre, no se encuentra explicación racional alguna, de manera que la fuente de recursos que le ha de generar sus propios bienes y la cuantía de éstos, hace inatendible la solicitud que ahora se formula.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2007

179

Cuando ambos tienen medios suficientes para atender a sus propias necesidades no surge el derecho a una pensión compensatoria, por lo que no se dan en el caso de autos los requisitos para su establecimiento.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2007

180

Respecto de los motivos formales procede su desestimación en la medida en que la pensión compensatoria no sólo se solicitó explícitamente en el expediente de medidas previas, y así consta expresamente rechazado en el auto que puso fin al procedimiento, sino que se reprodujo al ordinal noveno, punto seis, de la demanda. Si bien se le podría tildar de falta de claridad a la petición ninguna duda cabe de que ésta se sometió al debate público y contradictorio del proceso civil.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2007

181

Elementales principios de seguridad jurídica, en cuanto dimanantes del de cosa juzgada, impiden esgrimir, y aceptar judicialmente, el mero transcurso de los años como causa extintiva de un derecho que nació sin límite alguno en tal entorno, pues ello supondría no sólo la elusión de una sentencia firme, sino también de las previsiones del artículo 101 del Código Civil, que sólo admite como circunstancias determinantes del cese de la pensión la desaparición de la causa que motivó su reconocimiento, el nuevo matrimonio del beneficiario o su convivencia marital con persona distinta de quien fue su cónyuge.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 4 de junio de 2007

181

Las sentencias deben basarse en las circunstancias concurrentes y no en futuras, aunque haya muchas posibilidades de que vayan a acontecer, por ello no puede ser considerada ahora la po-

sible recepción futura por la demandada de una pensión SOVI y esta afirmación no obsta, desde luego, a la modificación de la pensión compensatoria en el futuro.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 4 de junio de 2007

182

Si bien es cierto que se encuentra en una situación relativamente favorable para su inserción en el mercado laboral, no ha logrado obtener un puesto de trabajo o unas expectativas mínimamente positivas durante el plazo de dos años inicialmente decretado con motivo de la Sentencia de separación, sin que ello quepa imputarlo a pasividad o desidia por su parte, apareciendo por tanto justificada la excepcional prolongación durante un año más de la pensión compensatoria.

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 11 de junio de 2007

183

CONVENIO REGULADOR

Ineficacia jurídica de la cláusula de un convenio, no ratificado ni homologado judicialmente, en la que se pactaba que un inmueble sería adjudicado al esposo: no se especifica el título que fundamenta la adjudicación, ni aparece razón ni contraprestación, por lo que el contrato es ineficaz al carecer de causa. Lo pactado en convenio regulador ha de interpretarse como un acuerdo en que todas las cláusulas tienen sentido en su conjunto y no aisladamente consideradas, no siendo ejecutable una cláusula aislada a no ser que lo acordado tenga por sí mismo entidad como un contrato independiente y autónomo.

AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 2 de marzo de 2007

184

No habiéndose impugnado el convenio regulador de la separación suscrito por los cónyuges ni habiéndose modificado las circunstancias procede prorrogar sus efectos en el procedimiento de divorcio.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 3 de marzo de 2007

185

En el procedimiento de modificación de medidas no puede dejarse sin efecto el pacto al que llegaron los cónyuges en el convenio regulador consistente en la renuncia a solicitar la división de cosa común o venta a favor de terceros y la obligación de mantener la situación de indivisión para que el domicilio sea en el futuro heredado por el hijo común. Sólo se podía analizar si se ha acreditado la variación de circunstancias de las partes, remitiendo al correspondiente juicio declarativo ordinario la petición de nulidad de un pacto del convenio.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 3 de abril de 2007

186

Ante la discrepancia que se observa en el convenio regulador de la separación en el pacto cuarto entre la cantidad de la pensión de alimentos fijada en letra y la consignada en número, debe prevalecer el importe escrito en letra, porque en efecto, es más difícil equivocarse al escribir una cantidad en letras que en números.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 12 de junio de 2007

187

En el ejercicio de su libertad negocial los cónyuges pactaron una pensión compensatoria «de por vida», lo cual es un primer obstáculo de entidad para acordar la extinción.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 20 de junio de 2007

187

CUESTIONES PROCESALES

Desde que el Juzgado de Familia acuerda la celebración de las medidas provisionales ya no procede la inhibición a favor del Juzgado de Violencia.

AP Alicante, Sec. 5.ª, Auto de 29 de marzo de 2007

188

En el suplico de la demanda de divorcio se han de fijar expresamente las peticiones sobre los pronunciamientos que se instan: existe incorrección formal cuando en el suplico se hace remisión a lo solicitado «en el cuerpo del presente escrito».

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1.ª, Sentencia de 2 de abril de 2007

188

Cuando la parte actora solicitó la atribución del uso de la vivienda familiar y el demandado no se personó en autos y fue declarado en rebeldía, no procede que se atribuya el uso de la vivienda a ambos cónyuges por períodos alternativos de seis meses, ya que al no existir hijos menores, se trata de una medida de carácter dispositivo que no puede concederse si no hay petición de parte.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 3 de abril de 2007

189

Cuando se solicita la reducción del importe de la pensión compensatoria, pero no su extinción ni limitación temporal, es incongruente la sentencia que establece tal limitación.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 3 de abril de 2007

190

Habiendo señalado el Juzgado de Familia día para la celebración del juicio, aunque con posterioridad se produzca un acto de violencia contra la mujer, mantendrá la competencia, ya que el interés preponderante es el de la rapidez en la resolución del litigio.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Auto de 2 de mayo de 2007

190

No se admiten a trámite las medidas cautelares que se dirigen frente al esposo y a una sociedad mercantil (en la que aparecen como socios el esposo y sus hermanas), ya que si estas medidas tienen como finalidad asegurar un eventual pronunciamiento condenatorio en el proceso principal, en este caso, el fallo de la sentencia de separación afectará a los cónyuges litigantes y, en su caso, a los hijos menores de edad o incapaces, pero nunca podrá dicha sentencia condenar o realizar pronunciamientos contra una entidad mercantil que ni es, ni puede ser, parte en el procedimiento de separación matrimonial.

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Auto de 11 de mayo de 2007

193

Es incongruente la sentencia que acuerda la supresión de la pensión alimenticia por una causa distinta a la alegada en la demanda.

AP A Coruña, Sec. 5.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2007

194

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Siendo de aplicación el artículo 545.1 de la LEC, la competencia para ejecutar el auto de medidas previas la tiene el juzgado que dictó la resolución, sin perjuicio de que el procedimiento principal se tramite ante el Juzgado de Violencia.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Auto de 24 de abril de 2007

195

El Juzgado de Familia que conoció del procedimiento de divorcio será el competente para la ejecución de sentencia no siendo procedente que éste se inhiba a favor del Juzgado de Violencia para el conocimiento de la demanda de ejecución.

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Auto de 24 de abril de 2007

197

La falta de reclamación de las diferencias derivadas de las actualizaciones de las pensiones, en caso de no existir una renuncia expresa, no tiene otras consecuencias que las inherentes al instituto de la prescripción.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 8 de mayo de 2007

197

Habiendo transcurrido dicho plazo sin haberse subsanado el defecto procesal de otorgar el apoderamiento *apud acta*, la decisión de no tener por formulada la oposición despachada es conforme a Derecho, máxime cuando la providencia dictada contenía un apercibimiento de las consecuencias de la no subsanación.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 10 de mayo de 2007

198

El artículo 561 LEC, sin perjuicio de establecer criterios sobre la condena en costas, acaba por remitirse a lo prevenido, con carácter general para los procedimientos declarativos, en el artículo 394 del mismo texto legal, conforme al cual la estimación parcial de la pretensión determina, a salvo de una actuación procesal temeraria, que cada parte sufrague las costas causadas a su instancia, solución esta igualmente aplicable si el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho, aunque se estimen totalmente las pretensiones de una sola de las partes.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 11 de mayo de 2007

199

Con independencia de haberse realizado el ingreso de la pensión en una cuenta distinta de la que, en principio, estaba destinada al efecto, no pueden confundirse, dada la inequívoca imputación realizada por el pagador y las propias manifestaciones de la ex esposa, con la cobertura de deudas del matrimonio.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de mayo de 2007

199

Se deniega el despacho de ejecución instado por el padre solicitando el cumplimiento de visitas al quedar acreditado que éste no se ha personado en el punto de encuentro para recoger a sus hijos a pesar de ser éste el lugar establecido por el Juzgado para que los recogiera.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de mayo de 2007

200

Es cierto que el auto que despachó ejecución no contiene condena en costas, pero hay que tener en cuenta que la imposición expresa de las costas no es necesaria, sino que viene impuesta legalmente en el artículo 539 de la LEC. La ejecutante se vio obligada a instar la ejecución lo que le supuso gastos de procurador y abogado.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de mayo de 2007

201

Extinción de la pensión alimenticia al haber alcanzado los hijos independencia económica, condenándose a éstos al reintegro de las pensiones que recibieron indebidamente desde que accedieron al mercado laboral.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2007

202

La voluntad de los hijos, ya mayores de edad, de no autorizar a su madre en orden a la reclamación económica efectuada, según se recoge en las actas notariales al efecto presentadas, tampoco puede determinar el efecto extintivo que, respecto de la obligación debatida, apunta, en su recurso, la parte apelante.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 29 de mayo de 2007

204

REGÍMENES ECONÓMICOS

No procede condenar a la esposa al abono de un supuesto préstamo concertado entre el padre del esposo y éste, al no quedar acreditado qué persona fue la que cobró el talón expedido por el padre del esposo.

AP Guipúzcoa, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de marzo de 2007

205

A pesar de que no conste quién realizaba los ingresos en la cuenta común donde estaba domiciliada la hipoteca, la presunción legal conlleva que aquellos ingresos tengan carácter ganancial al haberse realizado constante el matrimonio, sin perjuicio de que la vivienda sea privativa del esposo al haberla adquirido antes de contraer matrimonio.

AP Guipúzcoa, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2007

207

Aunque la liquidación de la sociedad de gananciales no sea un procedimiento que figure entre los enumerados en el artículo 87 ter de la LOPJ, por aplicación del artículo 807 de la LEC, su conocimiento corresponderá al Juzgado de Violencia que ha tramitado el procedimiento de divorcio.

AP Alicante, Sec. 5.ª, Auto de 28 de marzo de 2007

208

El Auto aprobatorio del inventario y de la liquidación de la Sociedad de Gananciales en el que se adjudica dentro del lote correspondiente al ex esposo un piso en el que vive la ex esposa, no es en absoluto título para proceder al lanzamiento de ésta de dicha vivienda.

AP Granada, Sec. 5.ª, Auto de 9 de abril de 2007

209

No procede incluir en el activo un crédito de la sociedad frente a la esposa por el uso que ha hecho ésta en exclusivo de la vivienda familiar.

AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 9 de abril de 2007

209

No pudiendo hacer frente la esposa al pago de la hipoteca y al crédito que frente a ella ostenta su ex esposo, por haberse adjudicado a aquélla la totalidad de la vivienda familiar, se acuerda la nulidad de la partición aprobada en la sentencia de liquidación de la sociedad de gananciales.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 19 de abril de 2007

210

Se confirma la adjudicación propuesta por el contador partidor en el sentido de que el inmueble se adjudicase al esposo, actual ocupante del inmueble, con la obligación de abonar el exceso a la esposa, no siendo procedente la adjudicación en pro indiviso a ambos cónyuges ya que ello implicaría seguir en comunidad. Si el esposo no estaba interesado en la compra debió solicitar al contador partidor la venta en pública subasta.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 20 de abril de 2007

211

Carácter privativo de la indemnización por despido laboral que percibió la esposa que se hizo efectiva una vez disuelta la sociedad de gananciales.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 23 de abril de 2007

213

Inclusión de una partida en el pasivo por el importe actual de la cantidad que percibió la esposa por un accidente de circulación y que se ingresó en una cuenta común que se invirtió en atender las necesidades de la sociedad.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 23 de abril de 2007

213

No es procedente incluir en el activo de la sociedad un crédito contra la esposa por la cantidad de que dispuso de una cuenta bancaria toda vez que ha quedado acreditado que se invirtió en

abonar los gastos y obligaciones a cargo de la sociedad de gananciales, ya que, producida la separación, el padre no aportó cantidad alguna para atender los alimentos de los hijos.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 23 de abril de 2007

214

No cabe aceptar la tesis de que, porque no se hubiesen incluido en su momento en el inventario determinados bienes o derechos, se pierde la facultad de hacerlo después, solicitándolo en forma, por medio del proceso declarativo correspondiente, porque tal posibilidad se desprende de lo dispuesto en el artículo 1079 del Código Civil.

AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 2 de mayo de 2007

214

No puede incluirse en el activo de la sociedad de gananciales un crédito contra el esposo por el dinero que se obtuvo tras la venta de un inmueble ganancial al no quedar acreditado que el importe fuera cobrado íntegramente por aquél.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 3 mayo 2007

215

La parte apelante muestra su discrepancia con el pronunciamiento de la sentencia de instancia que excluye del pasivo de la sociedad el importe del seguro de hogar que, recayendo sobre la vivienda común, fue abonado por dicha litigante, suplicando de la Sala que, revocando dicho criterio decisorio, se integre dicha partida en las operaciones particionales, a lo que accede la Audiencia Provincial.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2007

215

Aunque en el Código Civil se hace referencia a edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, también tendría cabida un caso como el presente, de edificio antiguo demolido y reemplazado por uno nuevo.

AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2007

216

Procede incluir en el pasivo un crédito a favor del esposo por el valor actualizado del solar que sirvió de base para la construcción de la vivienda ganancial dado que expresamente se hizo constar en la escritura de obra nueva que el esposo aportaba a la sociedad el solar privativo pero que se reservaba el derecho de reembolso.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2007

217

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se confirma la resolución de desamparo ya que la madre no tiene ningún interés en las visitas y el padre pretende depositar las responsabilidades en terceras personas.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2007

217

La propia recurrente admite la situación de hecho propia de la privación de la patria potestad cuando se produjo la situación de desamparo, si bien alega que en la actualidad han cambiado las circunstancias (ha salido de la situación de drogodependencia en que se encontraba y ha rehecho su vida contrayendo matrimonio con otra persona), sin embargo no consta que llevase a cabo actuación alguna frente a la Administración que declaró el desamparo de la menor para el cese de dicha situación. Por tanto, procede declararla incurso en causa de privación de la patria potestad.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 2 de marzo de 2007

218

El momento concreto en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están o no incurso en la privación de la patria potestad no es aquel existente en el momento en que se tramita el expediente de adopción, sino el que se produjo con anterioridad originando el desamparo y desatención del menor.

AP Guipúzcoa, Sec. 3.ª, Sentencia de 6 de marzo de 2007

220

Improcedencia de la petición de rendición de cuentas solicitada respecto a la administración de los bienes de los hijos, toda vez que estos rendimientos se aplicaron al levantamiento de las cargas del matrimonio a las que también deben contribuir los hijos.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2007

221

FILIACIÓN

Habiendo sido acreditada la existencia de relaciones de noviazgo, de las que se deriva una presunción probatoria acreditativa de la existencia de contactos sexuales (y de la paternidad) el demandado debió contrarrestar la prueba de la actora, lo que no hizo, pues con el sometimiento voluntario a las pruebas biológicas podía dar un mentís eficaz y definitivo a la presunción de paternidad derivada de las demás pruebas existentes en el procedimiento.

AP A Coruña, Sec. 5.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2007

223

Se condena en costas al demandado puesto que realmente estamos ante una estimación sustancial de la demanda, cuando obliga a la demandante, ante la falta de reconocimiento de paternidad por el demandado, a la presentación de la demanda que es estimada. Consecuente con dicha declaración es la reclamación de alimentos, que es estimada aun cuando no en la suma reclamada en demanda, que tampoco puede ser considerada desorbitada.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 12 de marzo de 2007

226

Se desestima la demanda de reclamación de paternidad, ya que tan sólo existe la citada incomparecencia a la prueba biológica, por otro lado lógica en quien ni siquiera ha comparecido en los autos, y una escasa documental, sin ningún otro elemento de prueba que evidencie, al menos, la convivencia a que se hace referencia; prueba esta de fácil práctica y obtención dada la duración de la convivencia que alega la parte actora.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 2 de abril de 2007

226

En el presente caso no procede la imposición de costas al no poder hablarse de mala fe en la conducta de las partes apelantes dadas las dudas que acerca de la paternidad reclamada ofrecía la pericial de una doctora de gran prestigio. Además una de las partes apelantes se sometió mediante la entrega de muestras a la prueba biológica que acordara la Sala y que pese a ello luego resultó infructuosa.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 18 de abril de 2007

227

UNIONES DE HECHO

Se han producido actos inequívocos que permiten concluir, sin lugar a dudas, en la aceptación de la competencia de los Tribunales del Estado miembro de la nueva residencia del menor, para conocer de la cuestión de fondo, sobre responsabilidad parental, planteada por la madre del menor, en fecha anterior a aquella otra demanda interpuesta por el recurrente en España.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 3 de julio de 2007

228

CUESTIONES PENALES

Condena por un delito de quebrantamiento de condena tanto a la víctima como al agresor que reanudaron la convivencia tras el dictado de la sentencia penal que imponía a aquél la pena accesoria de prohibición de acercamiento a la víctima.

AP Barcelona, Sec. 20.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2007

231

Condena al esposo por un delito continuado de estafa al haber efectuado disposiciones de bienes utilizando un antiguo poder otorgado por la esposa cuando la separación ya estaba decidida, sabiendo y conociendo el esposo que esas operaciones no estaban autorizadas por la esposa. Se decreta la nulidad de la escritura otorgada por el esposo y se le condena a reintegrar a las cuentas bancarias las cantidades que extrajo de éstas.

AP Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de marzo de 2007

232

La circunstancia de que el ex esposo haya dado de baja el servicio de electricidad de la vivienda que se atribuyó a la esposa no constituye ni delito ni falta de coacciones, puesto que la ex esposa no asumió dicho pago cuando era la obligada a hacer frente al mismo habiéndose cargado los recibos en la cuenta bancaria de aquél.

AP Málaga, Sec. 2.ª, Auto de 2 de mayo de 2007

241

El cambio de cerradura en un bien ganancial, por la propia esencia de lo que es el régimen de la sociedad legal de gananciales, no es constitutivo de un delito o falta de coacciones, donde el elemento nuclear del tipo es quien no estando legítimamente autorizado actúa en un determinado sentido.

AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de julio de 2007

241

Se condena al ex esposo como autor de un delito de maltrato familiar al haber quedado respaldada la declaración de la víctima con el testimonio de una vecina a quien inmediatamente la víctima contó lo ocurrido y que apreció que tenía signos de la violencia sufrida.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de julio de 2007

242

OTRAS CUESTIONES

Se ha acreditado que los bienes y patrimonio del esposo se encuadran en las empresas pertenecientes al grupo familiar, cuya participación ha recibido por herencia de padre, por lo que no pueden ser computados en su activo a efectos del cálculo de la compensación económica prevista en el artículo 41 CF, aunque sí los aumentos del patrimonio que hayan generado durante la convivencia.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 16 de marzo de 2007

243

Se declara al demandado incapaz únicamente para los actos de enajenación de bienes inmuebles, pudiendo, en consecuencia, disponer y administrar sus ingresos sin limitación alguna.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 20 de marzo de 2007

244

No se fija indemnización del artículo 41 del CF al carecer el esposo de patrimonio y haberse acreditado que cuando la esposa trabajó en el negocio de pescadería percibía retribución económica.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2007

245

Aunque el presunto incapaz pueda manejar el dinero cotidiano, para el manejo de sus negocios e inversiones, es decir, lo relacionado con todo lo que no sean gastos ordinarios, debería tener una persona cualificada que le asesore.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 24 de mayo de 2007

246

JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

EJECUCIÓN DE CONVENIO REGULADOR

Ejecución de un convenio de separación suscrito ante un notario extranjero en el que se pactaba una pensión alimenticia para la esposa e hija, no siendo obstáculo para su validez que con posterioridad se dictase sentencia de divorcio, ya que en dicha sentencia no se fijaron medidas.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Torremolinos (Málaga), Sentencia de 31 de julio de 2007

247

VIVIENDA FAMILIAR

A pesar de que se acuerda la orden de protección se atribuye el uso de la vivienda familiar al esposo debiendo marcharse la esposa e hija al domicilio de los abuelos maternos.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Chiclana de la Frontera (Cádiz), Sentencia de 1 de septiembre de 2007

252

GUARDA Y CUSTODIA

Atribución de la guarda y custodia compartida por semanas con la finalidad de reforzar al menor sus aspectos evolutivos y madurativos en relación con su padre, sin que haya ningún impedimento a la denuncia que interpuso la madre por delito de maltrato y amenazas al haberse dictado sentencia absolutoria en vía penal.

Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Barcelona, Sentencia de 31 de octubre de 2007

253

PENSIÓN ALIMENTICIA

Solicita una modificación de medidas para reducir la pensión de los hijos, se desestima con costas y se envía testimonio a la inspección de trabajo para que investigue la actividad que realiza el padre (demandante de empleo) en economía sumergida.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 19 de noviembre de 2007

254

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

La oposición del marido a la filiación matrimonial, sin acompañamiento de prueba suficiente para destruir la presunción legal, no puede tener valor alguno en el ámbito registral, debiendo hacerse valer la impugnación de la paternidad en la vía judicial oportuna.

Resolución de 8 de junio de 2007

259

INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

A petición de la interesada, mayor de edad, se acuerda que, por traslado de la inscripción extendida, se practique una nueva inscripción de nacimiento cancelándose las anotaciones marginales obrantes en ésta relativas al divorcio de sus padres.

Resolución de 8 de junio de 2007

260

NOMBRE Y APELLIDOS

Aunque alguna legislación extranjera permita imponer tres nombres al nacido, en la legislación española sólo se permiten dos nombres no pudiendo entenderse que exista discriminación de los nacionales respecto a los extranjeros.

Resolución de 25 de junio de 2007

261

VIVIENDA FAMILIAR

Improcedencia de la inscripción del derecho de uso atribuido a la esposa, en un matrimonio sin hijos, al ser ella la titular registral del inmueble.

Resolución de 6 de julio de 2007

261

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Denegación de la anotación preventiva del embargo efectuado al ex esposo por impago de la pensión alimenticia sobre bienes concretos que pertenecen a la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, sin perjuicio de que se inste el embargo de la cuota global ganancial del deudor.

Resolución de 20 de junio de 2007

261

Denegación de la inscripción de un mandamiento de embargo expedido por la Tesorería de la Seguridad Social respecto a una finca privativa del esposo por deudas generadas por la esposa, ya que la sola afirmación del Recaudador de que la deuda es ganancial no es suficiente, siendo necesario una declaración judicial de ganancialidad de la deuda.

Resolución de 5 de julio de 2007

263

SUCESIONES

Denegado el acceso al Registro de la Propiedad del acta de protocolización de una partición judicial en la que estaba incluida una finca, que se haya inscrita en cuanto a cuatro octavas partes a favor de la causante «para su sociedad conyugal». La Registradora suspende la inscripción por entender que previamente se ha de liquidar la sociedad conyugal que existió entre la causante y su esposo, y ha de resultar incluida dicha participación en la herencia de la esposa.

Resolución de 27 de junio de 2007

263

No es necesaria la aprobación judicial de la partición de una herencia en la que el hijo menor está representado por su madre no pudiendo entenderse que al adjudicarse bienes concretos exista una disposición de bienes, ya que se adjudican bienes de análoga naturaleza, con lo cual se cumple el artículo 1061 del CC.

Resolución de 28 de junio de 2007

264

Se deniega la inscripción de un Auto judicial recaído en procedimiento de ejecución de sentencia dictada en juicio de testamentaria, por el que se adjudica en subasta una finca, dándose la circunstancia de que ésta figura en el Registro inscrita a favor de unos cónyuges ya fallecidos, no constando que en el respectivo procedimiento los titulares de derechos inscritos que resulten afectados han tenido la intervención prevista por las leyes para su defensa.

Resolución de 19 de julio de 2007

264

SECCIÓN PRÁCTICA

La aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales

269

Casos prácticos.

273

TRIBUNA ABIERTA

Custodia compartida disensual. *Rara avis.*

José Domingo Monforte

283

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Conclusiones del curso «La valoración del daño en las víctimas de la violencia doméstica».

289

Datos de interés.

300

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad.

307

Guarda y custodia.

307

Régimen de visitas.

308

Vivienda y ajuar familiar.

309

Pensión alimenticia.

310

Pensión compensatoria.

311

ÍNDICE

Cuestiones procesales	312
Convenio regulador.	312
Ejecución de sentencias.	313
Regímenes económico-matrimoniales.	313
Procedimientos de menores.	314
Filiación.	315
Uniones de hecho.	315
Cuestiones penales.	316
Cuestiones registrales.	317
Sucesiones.	317
Otras cuestiones.	318

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

ESTUDIOS DOCTRINALES

CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LOS JUZGADOS DE FAMILIA Y LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Criterios jurisprudenciales

ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

RESUMEN

La falta de precisión del legislador ha motivado que la determinación del ámbito de competencia de los Juzgados de Violencia sea hoy por hoy uno de los principales temas de debate que genera la aplicación práctica de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Los conflictos de competencia con los Juzgados de Familia son constantes. En este artículo, analizando minuciosamente las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo y por las Audiencias Provinciales, se pretende clarificar la cuestión.

ABSTRACT

DOMAIN CONFLICTS BETWEEN FAMILY TRIBUNALS AND VIOLENCE ON WOMEN TRIBUNALS

Jurisprudential approaches

The lack of precision of the legislator has motivated that the determination of the scope of domain of the Tribunals of Violence be this very day one of the main debate topics that generates the practical application of the Organic Law 1/2004, of December 28, of Measures of Integral Protection against the Violence of Gender. Domain conflicts with the Family Tribunals are constant. In this article, analyzing the resolutions pronounced by the Hight Court and by the Provincial Courts, is pretended to clarify the question.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. PRESUPUESTOS PARA QUE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA TENGAN COMPETENCIA CIVIL

II.1. Requisitos objetivos

A) Procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales. B) Procedimientos de parejas de hecho sin hijos menores de edad

II.2. Requisitos subjetivos

II.3. Requisitos formales

III. CUESTIONES RELATIVAS A LA COMPETENCIA TERRITORIAL DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA

IV. ACTUACIONES PROCESALES ANTE EL JUZGADO DE VIOLENCIA

IV.1. Presentación de la demanda civil después de que se haya iniciado el proceso penal ante un Juzgado de Violencia

IV.2. Conocimiento por parte del Juzgado de Violencia de que se está tramitando ante un Juzgado de Familia una demanda civil

IV.3. Recepción del procedimiento civil por inhibición del Juzgado de Familia

A) Aceptación de la inhibición por el Juzgado de Violencia. B) Paralización de la decisión sobre la aceptación de la inhibición. C) No aceptación de la inhibición

A) CAUSAS DE LA NO ACEPTACIÓN DE LA INHIBICIÓN. B) RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Y LOS JUZGADOS DE FAMILIA

IV.4. Incidencia del sobreseimiento o de la sentencia absolutoria en vía penal en relación a la competencia civil del Juzgado de Violencia

IV.5. Presentación de una demanda civil después de que se haya dictado en el procedimiento penal una sentencia absolutoria, auto de archivo o sobreseimiento

IV.6. Presentación de una demanda civil después de dictarse sentencia condenatoria en el proceso penal

IV.7. Problemática de la acumulación de procesos civiles cuando uno se tramita ante el Juzgado de Violencia y otro ante el Juzgado civil

IV.8. Problemática de las ejecuciones de autos y sentencias dictadas en procedimientos civiles

V. ACTUACIONES PROCESALES ANTE EL JUZGADO DE FAMILIA

V.1. Cuando el Juzgado de Familia constata indicios de la existencia de un acto de violencia y no le consta ni orden de protección ni procedimiento penal iniciado

V.2. Cuando el Juzgado de Familia tiene conocimiento de la comisión de un acto de violencia sobre la mujer que haya dado lugar a la iniciación de un procedimiento penal o a una orden de protección

A) Que el procedimiento matrimonial se encuentre en primera instancia. B) Que el Juez de Familia tenga noticia de la comisión de un acto de violencia. C) Que el acto de violencia sea de los definidos en el artículo 1 de la LOMPIVG. D) Que el Juez de Familia verifique la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 87.3 ter de la LOPJ. E) Que no se haya iniciado la fase de juicio oral

VI. REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LAS COMPETENCIAS CIVILES DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA

I. INTRODUCCIÓN

La creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ha venido a modificar la competencia exclusiva y excluyente de los juzgados civiles y de familia, de tal forma que estos nuevos juzgados, que pertenecen al orden jurisdiccional penal, cuando concurren los requisitos previstos en el número 3 del artículo 87 ter de la LOPJ, tendrán competencia para tramitar las demandas matrimoniales, de parejas de hecho, y otras relativas al derecho de familia.

La falta de precisión del legislador ha motivado que la determinación del ámbito de competencia de los Juzgados de Violencia sea hoy por hoy uno de los principales temas de debate que genera la aplicación práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Para clarificar estas cuestiones debemos partir del dato fundamental que inspira esta atribución de competencias civiles a los Juzgados de Violencia: esta competencia es accesorio de la penal, y por tanto, sólo está justificado que estos juzgados tengan competencias civiles cuando se produce un acto de violencia contra la mujer.

II. PRESUPUESTOS PARA QUE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA TENGAN COMPETENCIA CIVIL

Desde el punto de vista de la competencia objetiva, los Juzgados de Violencia tendrán competencia cuando concurren simultáneamente tres requisitos:

II.1. Requisitos objetivos

El procedimiento civil debe tener por objeto alguna de las siguientes materias:

- Filiación, maternidad y paternidad.
- Nulidad del matrimonio, separación y divorcio.

- Relaciones paterno-filiales.
- Adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
- Guarda y custodia de hijos e hijas menores o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
- Necesidad de asentimiento en la adopción.
- Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Como vamos a comprobar, las dudas interpretativas ya surgen en el momento de analizar los procedimientos que pueden ser competencia de los Juzgados de Violencia:

A) Procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales

El legislador no hace referencia en ningún momento a la liquidación de los procedimientos de liquidación del régimen económico-matrimonial, lo que inicialmente podría llevarnos a pensar que estos procesos quedarían excluidos de la competencia de los Juzgados de Violencia. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el artículo 807 de la LEC se indica que «Será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquél ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico-matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil». Por tanto, si el Juzgado de Violencia dictó la sentencia matrimonial que disolvió la sociedad de gananciales será competente para tramitar el procedimiento de liquidación, ya que se trata de una competencia por conexión. Por el contrario, si la disolución de la sociedad de gananciales tuvo lugar por una anterior sentencia dictada por un Juzgado de Familia, éste será el competente para conocer de la liquidación del régimen económico matrimonial. La duda nos surge en el supuesto de que iniciado ante el Juzgado de Familia un procedimiento de liquidación se produzca un acto de violencia que da lugar al inicio de las actuaciones penales. ¿Procederá en estos casos que el Juzgado de Familia se inhíba a favor del Juzgado de Violencia? Entendemos que no, dado que en artículo 87 ter de la LOPJ no se contempla esta posibilidad y no es aplicable la competencia por conexión al Juzgado de Violencia.

El Juzgado de Violencia resulta competente para tramitar el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales al tratarse de una competencia por conexión prevista en el artículo 807 de la LEC. **AP Granada, Sec. 5.ª, Auto de 23 de febrero de 2007.**

Aunque la liquidación de la sociedad de gananciales no sea un procedimiento que figure entre los enumerados en el artículo 87 ter de la LOPJ, por aplicación del artículo 807 de la LEC, su conocimiento corresponderá al Juzgado de Violencia que ha tramitado el procedimiento de divorcio. **AP Alicante, Sec. 5.ª, Auto de 28 de marzo de 2007.**

Un caso similar de atribución de competencia para la liquidación de la sociedad de gananciales se produce cuando un Juzgado de Instrucción acuerda el embargo de los bienes gananciales, al ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 1373 del CC «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran

suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla».

B) Procedimientos de parejas de hecho sin hijos menores de edad

Al igual que en el artículo 748 de la LEC no se hace referencia a los procedimientos civiles que afectan a las parejas de hecho sin hijos menores (uso de la vivienda familiar, fijación en su caso de pensión alimenticia o indemnizatoria, otras cuestiones patrimoniales) obligándose a acudir a procedimientos ordinarios comunes en vez de a los especiales previstos para los matrimonios, en el artículo 87 ter de la LOPJ tampoco se mencionan este tipo de procedimientos, manteniéndose pues esta discriminación para las parejas de hecho.

No obstante, parte de la doctrina considera que tales procesos deben subsumirse en el apartado d) (adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar), y por tanto serán competencia de los Juzgados de Violencia. Ahora bien, surgirá la duda respecto a qué medidas o decisiones de las referidas a una pareja de hecho sin hijos menores debe considerarse o no de trascendencia familiar, entendiéndose por la mencionada doctrina que deberán incluirse en ese concepto, como mínimo, todas aquellas medidas que podrían adoptarse si se tratase de una pareja matrimonial (uso de la vivienda y ajuar familiar, pensión alimenticia para los hijos mayores si procediese e indemnizatoria o compensatoria para la conviviente y liquidación de bienes comunes, así como las medidas cautelares que procedan en su caso).

II.2. Requisitos subjetivos.

En el procedimiento civil deben concurrir en las partes las siguientes circunstancias:

a) La parte actora o demandada debe ser víctima de los actos de violencia de género.

b) La otra parte debe aparecer imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de tales actos de violencia de género. El criterio mayoritario entre la doctrina es entender que el término imputado debe considerarse en un amplio sentido, esto es, como expresión de la condición procesal del sujeto frente al que se dirige el procedimiento penal, sin que sea precisa una imputación judicial en sentido estricto (procesamiento o inculpación en auto de procedimiento abreviado).

Al existir únicamente unas diligencias penales por lesiones en las que aparece imputada la madre y como víctima la hija, el procedimiento de modificación de medidas interpuesto por el Ministerio Fiscal para la atribución de la custodia a los tíos paternos no es competencia del Juzgado de Violencia, ya que sólo se está ante un supuesto acto de violencia doméstica no dándose los requisitos previstos en el artículo 87 ter de la LOPJ. **AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 23 de febrero de 2007.**

II.3. Requisitos formales

El tercer requisito para que se den los presupuestos necesarios que hagan nacer la competencia civil del Juzgado de Violencia es que ante este juzgado se hayan iniciado actuaciones

penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer. Conforme sostiene la doctrina por iniciado hay que entender que se haya dictado auto de incoación o de admisión a trámite de la querrela, mediante el cual se realice una mera calificación jurisdiccional de los hechos objeto de la denuncia o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

En alguna ocasión se ha cuestionado la competencia de los Juzgados de Violencia cuando el proceso penal incoado lo sea por una falta, en base a que en el apartado b) del artículo 87 ter.3 de la LOPJ se menciona «que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1.a) del presente artículo»¹, apartado que sólo hace referencia a delitos. Sin embargo, de una lectura conjunta de todo el artículo 87 ter, e incluso aisladamente del apartado 3.b), se deduce otra cosa distinta. El artículo 87 ter.3 delimita la competencia civil mediante dos coordenadas básicas, por razón de la materia y por razón de las personas (además de una temporal). A las personas se refieren los apartados b) y c), el primero desde la perspectiva del sujeto pasivo (que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género), y el segundo, desde la del sujeto activo (que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género), mientras que los otros dos apartados, el a) y el d), se refieren al contenido sustantivo de los procesos, aquél al civil (que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del artículo 87 ter), y éste al penal (la existencia ante el Juez de Violencia sobre la Mujer de actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género).

Por tanto, el límite sustantivo en la faceta penal alude claramente a delito y a falta, dado que la remisión al apartado 1.a) que ordena el artículo 87 ter.3.b), lo es a los solos efectos de concretar los sujetos, no los hechos, que vienen establecidos por el apartado d). Además, de no ser así, no tendría sentido alguno la alusión expresa del apartado d) a las faltas.

Esta conclusión es coherente con toda la regulación de la nueva normativa que tiende a la protección de las víctimas de violencia de género cualquiera que sea la gravedad de la conducta agresora, con continuas alusiones a delitos y a faltas, que se equiparan, no hallándose justificación alguna para amparar menos a la víctima de género por una falta que por un delito, no debiendo olvidarse que esta suerte de violencia se progresa en escala, comenzando por actos de leve reproche penal.

Ninguna trascendencia tiene respecto a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para conocer el procedimiento matrimonial, que los hechos enjuiciados penalmente fuesen constitutivos de una falta y no de un delito. **AP Murcia, Sec. 1.^a, Auto de 14 de febrero de 2006.**

1. «Artículo 87 ter.—1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos: a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.»

III. CUESTIONES RELATIVAS A LA COMPETENCIA TERRITORIAL DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA

La competencia territorial para el conocimiento de los procedimientos de familia viene determinada por el artículo 769 de la LEC. Sin embargo, dicha norma se establece para regular la competencia entre los Juzgados de 1.ª Instancia y no resulta aplicable para el supuesto en el que el procedimiento deba tramitarse ante un Juzgado de Violencia. En este caso, el fuero penal atraerá al civil y por tanto la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima que por haberse acordado expresamente así en la LOMPIVG sustituye al fuero tradicional del lugar de comisión del hecho delictivo. La problemática interpretativa que se plantea está en relación a si el domicilio de la víctima es el que tenía en el momento en que ocurren los hechos punibles o el que tenga en el momento de la denuncia.

Inicialmente pudiera pensarse que si se está protegiendo a la víctima, lo más razonable es que si tras el acto de violencia ha cambiado su domicilio para refugiarse en casa de algún familiar, éste determine la competencia para el conocimiento del proceso. Sin embargo, la doctrina ha puesto de manifiesto que esta circunstancia podría llevarnos a que la víctima podría elegir al juez territorialmente competente. Precisamente por ello, la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, mediante Auto de fecha 3 de marzo de 2006, se ha decantado por interpretar que el domicilio de la víctima a tener en cuenta para la determinación de la competencia es el que tenía en el momento en que se produjeron los hechos delictivos: «Esta decisión ha sido sometida a un Pleno no jurisdiccional de esta Sala (...) celebrada el día 31 de enero de 2006 y ha acordado que por domicilio de la víctima habrá que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, en cuanto responde mejor al principio de Juez predestinado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio y es el criterio que coincide con el expuesto por el Ministerio Fiscal, aplicando el mantenido por la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado».

Por tanto, el Juzgado de Violencia del domicilio de la víctima en el momento en que se produjeron los hechos delictivos será el competente para conocer del procedimiento penal y, en principio, del procedimiento civil que posteriormente se interponga.

IV. ACTUACIONES PROCESALES ANTE EL JUZGADO DE VIOLENCIA

IV.1. Presentación de la demanda civil después de que se haya iniciado el proceso penal ante un Juzgado de Violencia

Si se dan los tres requisitos que hemos analizado anteriormente, la competencia para el conocimiento del procedimiento civil corresponderá al Juzgado de Violencia. Ahora bien, la cuestión que no está suficientemente clarificada es si, en estos casos, una vez que se presenta la demanda matrimonial en el decanato se repartirá de forma automática al Juzgado de Violencia sobre la Mujer o por el contrario se remitirá al Juzgado de 1.ª Instancia o de Familia para que posteriormente, vía abstención o requerimiento de inhibición, se remitan los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Nos consta que algunas Juntas de Jueces han acordado, por economía procesal, el reparto directo de las demandas a los

Juzgados de Violencia sobre la Mujer, pero la cuestión no es tan fácil. En efecto, ello sería únicamente factible cuando la demanda matrimonial se dirigiera directamente por la mujer al Juzgado de Violencia, pero en otros casos, por ejemplo, cuando la demanda la presenta el esposo y no hace referencia a actuaciones penales, o cuando no se deduce con claridad en la demanda de la mujer que se haya iniciado ningún procedimiento penal, parece que en principio, el reparto debe efectuarse al Juzgado de 1.ª Instancia o al de Familia que por turno le corresponda. Como señala el Magistrado Pérez-Olleros «En la legitimidad o no del reparto directo de pretensiones civiles al Juzgado de Violencia debe tenerse en cuenta que el artículo 68 de la LEC señala que “todos los asuntos civiles serán repartidos entre los Juzgados de 1.ª Instancia cuando haya más de uno en el partido” y este artículo no ha sido reformado expresamente. Y también que el artículo 49 bis de la LEC, que se introduce por el artículo 57 de la LO 1/2004, lleva la rúbrica “Pérdida de la competencia objetiva cuando se produzcan actos de violencia de género”. Parece por tanto que el legislador ha querido que se mantuviera el reparto de las demandas y pretensiones civiles del artículo 87 ter.2 de la LOPJ a los Juzgados civiles ordinarios o civiles de Familia, con posible pérdida de competencia de estos Juzgados en los casos del artículo 49 bis de la LEC».

IV.2. Conocimiento por parte del Juzgado de Violencia de que se está tramitando ante un Juzgado de Familia una demanda civil

De acuerdo con lo establecido en el artículo 49 bis.3 de la LEC, cuando un Juez de Violencia sobre la Mujer que esté tramitando una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento civil, y verifique la concurrencia de los requisitos del párrafo tercero del artículo 87 ter de la LOPJ, requerirá de inhibición al juez civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente.

La primacía de la jurisdicción penal sobre la civil es más que evidente. El juez civil tiene siempre la obligación de inhibirse cuando tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento penal y debe aceptar de forma automática el requerimiento de inhibición y a la mayor brevedad deberá remitir los autos al juez de violencia de género cuando es requerido por éste. Expresamente se indica en el apartado 4 del artículo 49 bis de la LEC que el tribunal se inhibirá sin que antes de tomar esta decisión tenga que oír a las partes y al Ministerio Fiscal. Igualmente se resalta que no se admitirá la declinatoria.

Una vez más el legislador nos lleva a la controversia. ¿En todo caso el Juzgado de Familia deberá aceptar el requerimiento de inhibición y remitir los autos al Juzgado de Violencia? En el precepto indicado no se establece limitación temporal alguna para requerir de inhibición al Juzgado de Familia, pero en el número 1 del mismo precepto, que contempla el caso de inhibición del Juzgado de Familia al Juzgado de Violencia se establece la limitación «Salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral». Interpretando sistemáticamente el artículo 49 bis de la LEC, parece que esta limitación también debe tenerse en cuenta cuando el que requiere de inhibición es el Juzgado de Violencia, toda vez que en otro caso, podría darse la circunstancia de que el Juzgado de Familia ya hubiese incluso celebrado el juicio y que el procedimiento sólo estuviese pendiente de sentencia, o incluso que ya se encontrase en fase de ejecución.

IV.3. Recepción del procedimiento civil por inhibición del Juzgado de Familia

Según lo establecido en el artículo 49 bis de la LEC «Cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el párrafo tercero del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral».

Pues bien, recibidos los autos civiles por el Juzgado de Violencia pueden presentarse los siguientes supuestos:

A) Aceptación de la inhibición por el Juzgado de Violencia

En este caso, el Juzgado de Violencia seguirá conociendo del procedimiento civil hasta su finalización.

B) Paralización de la decisión sobre la aceptación de la inhibición

Al comienzo de la entrada en vigor de los Juzgados de Violencia se constató una práctica errónea por parte de algunos de estos juzgados y que consistía en no aceptar el requerimiento hasta tanto se resolviese la cuestión penal, ya que si finalmente se dictaba auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, alcanzada la firmeza, a continuación devolvían los autos civiles al Juzgado de Familia por haber desaparecido el requisito que condicionaba la competencia del Juzgado de Violencia. Afortunadamente esta práctica se ha venido corrigiendo y se resuelven las inhibiciones una vez que se reciben de los Juzgados de Familia.

C) No aceptación de la inhibición

A) CAUSAS DE LA NO ACEPTACIÓN DE LA INHIBICIÓN

Existen supuestos en los que los Juzgados de Violencia no admiten las inhibiciones procedentes de los Juzgados de Familia. Éstas pueden estar relacionadas tanto con el objeto del procedimiento que se les remite (alguno de los no enumerados en el artículo 87 ter de la LOPJ); con la circunstancia de no darse los requisitos subjetivos necesarios; o porque no se encuentre ya en trámite un procedimiento penal, ya sea por haberse dictado sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, o, ya desde otra perspectiva, porque dictada sentencia condenatoria se hubiese extinguido la responsabilidad penal.

Como al tiempo de recepción de los autos civiles por el Juzgado de Violencia ya se había dictado auto de sobreseimiento que, notificado a las partes no lo recurrieron, el Juzgado de Familia será el competente para el conocimiento del procedimiento de fijación de medidas paterno-filiales. **AP Salamanca, Sec. 1.ª, Auto de 27 de junio de 2007.**

Habiéndose dictado el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa penal con anterioridad a que se remitan las actuaciones civiles por el Juzgado de Familia, no procede declarar competen-

te al Juzgado de Violencia. Aunque el auto de archivo provisional no tiene, en principio, el efecto jurídico de una sentencia absolutoria, que acarrea el archivo definitivo, es aplicable lo dispuesto en el apartado 4 del citado artículo 87.3.º que «Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente». **AP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 5.ª, Auto de 23 de marzo de 2007.**

Puede suceder que, en el momento en el que llegan los autos al Juzgado de Violencia, las actuaciones penales ya no se encuentren en dicho Juzgado por haber sido remitidas al Juzgado de lo Penal para la celebración del juicio, planteándose la controversia respecto a si en estos casos el Juzgado de Violencia también deberá conocer de la demanda civil. El criterio mayoritario entre la doctrina es que el Juzgado de Violencia será el competente habida cuenta que aún se encuentra el procedimiento pendiente, aunque los autos penales no se encuentren en el Juzgado de Violencia.

Habiéndose iniciado actuaciones penales que después se remitieron al Juzgado de lo Penal que dictó sentencia condenatoria que se encuentra actualmente en fase de apelación, el Juzgado de Violencia será el competente para tramitar el procedimiento de divorcio. **AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 2 de mayo de 2007.**

Nos plantea una duda el texto del número 4 del artículo 87 ter de la LOPJ «Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente». ¿Puede el Juez de Violencia sobre la Mujer no admitir la inhibición del juez civil porque entienda que los hechos penales que se han puesto en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género?

Nuevamente el legislador nos lleva a la confusión. ¿Se está refiriendo a remitir al órgano judicial competente las actuaciones penales o las actuaciones civiles? Porque si se está refiriendo a estas últimas, parece que puede existir cierta incongruencia, puesto que no entendemos cómo, iniciadas unas diligencias penales y presentada una demanda civil ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, se remitan los autos al Juzgado de Familia para que conozca de ésta si paralelamente no se ha acordado el archivo de las diligencias penales. Porque si continúa la tramitación de las diligencias penales, el Juzgado de Familia se verá obligado a remitir nuevamente los autos al Juez de Violencia de Género en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49 bis.1 de la LEC.

Debiendo optar por una interpretación integradora entendemos que la respuesta a esta interrogante está en relación con las actuaciones penales, de tal forma que puede suceder que en el momento en el que el Juzgado de Familia remite el procedimiento matrimonial al Juzgado de Violencia éste decline la competencia por entender que no se cumplen los requisitos previstos del párrafo tercero del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, que los hechos denunciados no constituyen un acto de violencia de género, y lógicamente el paso siguiente será que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer remita las diligencias penales a un juzgado de Instrucción para que sigan su curso y paralelamente se remitirán los autos civiles al Juzgado de Familia. En este sentido señala Senés Montilla que lo que se produce es una abstención por falta de uno de los requisitos que la condicionan, a saber, que los hechos perseguidos sean susceptibles

de ser calificados como actos de violencia de género. No existe por tanto un control de fondo sobre la pretensión civil, sino apreciación de la incompetencia objetiva por falta de la tipicidad penal requerida.

No obstante, y como pone de manifiesto el magistrado Sr. Pérez-Olleros ¿Cómo pueden evitarse los casos de fraude procesal y la elección del Juez cuando se presentan a la vez o de forma seguida la denuncia y la demanda y se reparte directamente la demanda junto con la denuncia al Juzgado de Violencia? ¿Debe el Juzgado de Violencia aceptar la competencia a sabiendas de que existen indicios en el proceso penal de ser falsa la denuncia? ¿No puede declinar la competencia civil que le fue repartida si luego resulta que precisamente por esos indicios fue absuelto el que fue acusado sólo por la acusación particular? Lo cierto es que en muchos casos no puede saber el Juzgado de Violencia desde la admisión de la demanda si la pretensión penal es realmente expresión de violencia de género o simplemente de una crisis de pareja, en la que una de las partes trata de hacer un uso abusivo del orden penal, en el que rige el principio de intervención mínima y presunción de inocencia.

B) RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Y LOS JUZGADOS DE FAMILIA

La cuestión que se plantea es si estamos ante un conflicto de jurisdicciones (realmente ambos juzgados pertenecen a distintos órdenes jurisdiccionales) o ante una cuestión de competencia. Parece que la segunda tesis es la mayoritaria y por tanto la cuestión deberá resolverse, conforme indica el artículo 51 de la LOPJ, por el órgano jurisdiccional superior común a ambos juzgados.

En el II Encuentro entre Jueces y Abogados de Familia celebrado en Madrid en 2005, se llegó a la siguiente conclusión: «Ante la evidente posibilidad de que, en aplicación del artículo 49 bis de la LEC, se planteen cuestiones de competencia por las que el Juzgado de Violencia no acepte la inhibición acordada por el Juzgado de Familia y le devuelva los autos, se considera que son de aplicación las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que es aconsejable que se dé una tramitación preferente en todas las instancias, al tratarse de un asunto de violencia doméstica».

Por su parte, en el Encuentro celebrado en Madrid en 2005 entre Magistrados de Audiencias Provinciales con competencia exclusiva en Violencia de Género organizado por el Consejo General de Poder Judicial y promovido por el Observatorio de Violencia Doméstica y de Género, en relación con este tema se acordó lo siguiente: «Cauce procesal para resolver los conflictos, positivos o negativos, de competencia entre el Juzgado de Violencia y el de 1.ª Instancia. Nada establece, al respecto, la Ley Orgánica 1/2004, partiendo quizás de la idea de que no se pueden producir conflictos, al prevalecer siempre la decisión del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, y no poder plantearse por las partes la declinatoria (artículo 49 bis de la LEC)». Pero, como se ha expuesto en los apartados anteriores, ello no es así, y son múltiples las hipótesis en que van a surgir cuestiones de competencia, suscitadas por los propios Juzgados. Habremos de acudir, en tales supuestos, a las previsiones del artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su remisión a la regulación de las cuestiones de competencia, lo que habrá de determinar la aplicación del artículo 60, sobre conflicto negativo de competencia territorial.

IV.4. Incidencia del sobreseimiento o de la sentencia absolutoria en vía penal en relación a la competencia civil del Juzgado de Violencia

Si después de remitirse el procedimiento matrimonial al Juzgado de Violencia sobre la Mujer se dicta resolución absolutoria en el procedimiento penal, ¿volverá entonces la competencia al Juzgado de Familia?

Nada dice la ley al respecto, pero una cosa es evidente, que la sentencia absolutoria elimina el presupuesto de la competencia exclusiva y excluyente del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Desde el punto de vista doctrinal se han pronunciado distintos colectivos:

– Encuentro entre Jueces y Abogados de Familia celebrado en Madrid en el año 2005: «Aun cuando, tras la inhibición al Juzgado de Violencia, desaparezcan sobrevenidamente los presupuestos determinantes de la competencia civil de estos juzgados, como es el caso del archivo del proceso penal o del dictado de una sentencia absolutoria firme, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer mantiene sus competencias civiles si en el momento de la presentación de la demanda o de la recepción de los autos civiles por vía de inhibición del Juzgado de Familia o de 1.ª Instancia, aún no había recaído sentencia absolutoria, auto de archivo o sobreseimiento, o se había extinguido la responsabilidad penal».

– Encuentro, esta vez exclusivo de Jueces y Magistrados de Violencia sobre la Mujer, que tuvo lugar en Santander en el año 2005 y en relación con esta cuestión se acordó lo siguiente: «Se concluye que en este supuesto ya no concurren todos los requisitos simultáneos previstos en el número 3 del artículo 87 ter de la LOPJ y por ello en aplicación del número 4 del mismo artículo, debe el Juzgado de Violencia sobre la Mujer inadmitir la pretensión civil y remitirla al juzgado competente o al Decanato para su reparto entre los juzgados de la jurisdicción civil. Sin embargo, si ya iniciada la tramitación del procedimiento civil subsiguiente a las medidas civiles de la Orden de Protección, llega a conocimiento del Juzgado de Violencia sobre la Mujer la finalización del proceso penal sin condena, no puede remitir el procedimiento en los mismos términos que lo debe hacer el Juzgado civil por el artículo 49 bis de la LEC porque no está prevista en la Ley Integral de Violencia de Género aquella pérdida de jurisdicción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer».

– La Guía Práctica del Observatorio contra la Violencia doméstica y de género entiende que una vez admitida la pretensión civil por el Juzgado de Violencia no se produce un trasvase de la competencia porque «resultaría contrario a la *perpetuatio iurisdictionis* y llevaría una quiebra del principio de economía procesal del principio de seguridad jurídica, y no está previsto por la ley dicha inhibición, y por lo tanto si el Juzgado de Violencia admitió la demanda por concurrencia de los requisitos de los apartados 3 y 4 del artículo 87 ter de la LOPJ, posteriormente no perderá la competencia sobre el asunto civil, pese a que el procedimiento penal se archive, se ordene el sobreseimiento o se dicte sentencia absolutoria».

– Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado que, en relación con este tema, señala que «aun admitiendo que puede dar lugar a soluciones insatisfactorias (por ejemplo, en caso de archivo porque no existen indicios racionales de la comisión del hecho) no puede mantenerse una interpretación favorable a la pérdida de competencia sobrevenida del Juzgado de Violencia a favor del Juzgado de 1.ª Instancia en tales casos, ya que implicaría una alteración de la competencia no prevista legalmente».

– Encuentro entre Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias en Violencia de Género celebrado en Madrid en el año 2005: «Iniciada la tramitación del procedimiento civil subsiguiente a las medidas civiles de la Orden de Protección, llega a conocimiento del Juzgado de Violencia sobre la Mujer la finalización del proceso penal sin condena, no puede remitir el procedimiento en los mismos términos que lo debe hacer el Juzgado Civil por el artículo 49 bis de la LEC porque no está prevista en la LIVG aquella pérdida de jurisdicción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Por ello recomendamos que el legislador contemple la posibilidad de introducir esta causa de pérdida de competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer a la inversa puesto que ya parece injustificada la necesidad de su intervención excepcional y accesoria a la penal en un tema exclusivamente civil, sin perjuicio de modular aquella causa de pérdida de competencia de manera que no se perjudique a la mujer».

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se han mostrado totalmente partidarias de que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer continúe conociendo del procedimiento matrimonial aun cuando con posterioridad se dicte sentencia absolutoria o se sobresean las actuaciones penales.

El sobreseimiento de la causa penal no conlleva que la competencia para tramitar el procedimiento de separación vuelva al Juzgado de Familia, debiendo continuarse la tramitación en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. **AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 6 de marzo de 2006.**

Competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer para tramitar la demanda de divorcio ya que el momento para determinar la competencia es cuando se presenta la demanda de divorcio ante el Juzgado de Familia, y cuando éste aprecia la falta de competencia objetiva propia, había abierta una causa penal, que incluso estaba en trámite cuando las actuaciones civiles llegan al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, siendo indiferente que posteriormente se archivase la causa penal. **AP Murcia, Sec. 1.ª, Auto de 3 de abril de 2006.**

Las demandas presentadas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer antes de dictarse una resolución que ponga fin al proceso penal, mediante auto de archivo o sentencia absolutoria no modifican su competencia y por ello debe seguir conociendo del procedimiento matrimonial. **AP Córdoba, Sec. 1.ª, Auto de 16 de junio de 2006.**

IV.5. Presentación de una demanda civil después de que se haya dictado en el procedimiento penal una sentencia absolutoria, auto de archivo o sobreseimiento

Siempre y cuando sean firmes estas resoluciones, el Juzgado de Violencia dictará auto declinando la competencia al no darse ya los presupuestos legales para la asunción de aquélla. Aunque se trata de una interpretación minoritaria, conviene poner de manifiesto que la Sec. 22.ª de la AP de Madrid, en el auto de 6 de marzo de 2006 entendió que el artículo 87 ter de al LOPJ habla de que se hayan «iniciado actuaciones penales» ante dicho órgano, y el 49 bis de la LEC hace referencia a la «iniciación de un proceso penal», y ninguno de ellos menciona, a los efectos de la competencia, el final resultado del mismo, por lo que en principio, incluso en los casos de sobreseimiento de las actuaciones penales, los Juzgados de Violencia vendrían obligados a tramitar los posteriores procedimientos civiles.

En relación con la firmeza de la resolución, en el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales con abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005 sobre «Las reformas del Derecho de Familia», se llegó a la siguiente conclusión: «A los efectos de firmeza, sólo se considerarán los recursos ordinarios que se interpongan contra las resoluciones dictadas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, quedando excluidos los recursos extraordinarios».

IV.6. Presentación de una demanda civil después de dictarse sentencia condenatoria en el proceso penal

Hasta tanto se extinga la responsabilidad penal del sujeto condenado, el Juzgado de Violencia será competente para conocer del procedimiento civil.

Encontrándose vigente una orden de alejamiento en el momento en que el Juzgado de Familia remite los autos al Juzgado de Violencia, este último será el competente para tramitar el procedimiento de divorcio. **AP Cádiz, Sec. 2.^a, Auto de 22 de marzo de 2007.**

Competencia del Juzgado de Violencia para conocer del procedimiento de divorcio interpuesto habida cuenta que se ha dictado sentencia condenatoria en vía penal y aún no se ha extinguido la responsabilidad penal. **AP Barcelona, Sec. 12.^a, Auto de 26 de julio de 2007.**

Sin embargo, extinguida la responsabilidad penal, ya desaparecerán los presupuestos para que una demanda civil sea competencia del Juzgado de Violencia. Como antes se indicó, la competencia civil de los Juzgados de Violencia es accesoria de la penal, por lo que habiendo desaparecido la penal por no hallarse ningún proceso en tramitación también desaparecerá la civil.

Por tanto, puede afirmarse que la competencia objetiva de los Juzgados de Violencia no es de futuro, es decir, que el hecho de que se haya producido un acto de violencia no significa que el Juzgado de Violencia atraiga la competencia para todos los procedimientos de familia que se presenten con posterioridad.

Conviene comentar el tema específico relativo a los procedimientos de modificación de medidas que se interpongan con posterioridad a que el Juzgado de Violencia haya dejado de tener competencia civil como consecuencia de haberse archivado el procedimiento penal sin declaración de responsabilidad. Es criterio ya uniforme entre la jurisprudencia que la modificación de medidas es un procedimiento autónomo e independiente del anterior procedimiento en el que se adoptaron las medidas que ahora se pretenden modificar. Por tanto, la circunstancia de que en su día el Juzgado de Violencia pudiese tramitar un procedimiento de separación o divorcio, no implica que el posterior procedimiento de modificación de medidas deba sustanciarse ante el mismo, sino que será repartido al Juzgado de Familia que por turno le corresponda.

IV.7. Problemática de la acumulación de procesos civiles cuando uno se tramita ante el Juzgado de Violencia y otro ante el Juzgado civil

Puede darse el caso de que, tras la iniciación del procedimiento penal, la víctima interponga ante el Juzgado de Violencia una demanda civil y que, al mismo tiempo o con anterioridad o posterioridad, el presunto agresor también haya interpuesto una demanda civil que se haya turnado a un juzgado de familia.

En este caso, puede suceder que el Juzgado de Familia ya haya señalado la celebración de la comparecencia de medidas provisionales y por tanto no pueda inhibirse ante el Juzgado de Violencia. Por otro lado, no puede admitirse que se tramiten dos procedimientos con la misma finalidad, uno ante el Juzgado de Familia y otro ante el Juzgado de Violencia. ¿Qué solución jurídica tiene esta problemática? Parece que lo razonable es que se acumulen ambos procedimientos. Si el procedimiento más antiguo es el que se presentó ante el Juzgado de Violencia bastará con solicitar la acumulación y seguir lo preceptuado en los artículos 86 y siguientes de la LEC. Pero el problema es que el procedimiento más antiguo sea el que se sigue ante el Juzgado de Familia, en cuyo caso las normas sobre acumulación de procedimientos no se adaptan a este supuesto, dado que el requerimiento para la acumulación chocaría abiertamente con la competencia exclusiva y excluyente que tiene el Juzgado de Violencia (artículos 87 ter.2 de la LOPJ y 49 bis.5 de la LEC). Quizás la solución pase por entender que la jurisdicción penal tiene preferencia y por tanto que la acumulación se incline hacia el Juzgado de Violencia.

IV.8. Problemática de las ejecuciones de autos y sentencias dictadas en procedimientos civiles

De acuerdo con lo establecido en el artículo 545.1 de la LEC, será competente para la ejecución de resoluciones judiciales y de transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados el tribunal que conoció del asunto en primera instancia o el que homologó o aprobó la transacción o acuerdo. Por tanto, en principio parece meridianamente claro que el juzgado que dictó el auto de medidas provisionales o la sentencia será el único competente para conocer del procedimiento de ejecución. No obstante, surgen dos dudas interpretativas:

a) Cuando ya se ha extinguido la responsabilidad penal y se presenta la demanda de ejecución ¿seguirá siendo competente para tramitarla el Juzgado de Violencia? Tal y como hemos indicado anteriormente, todo lo que suceda posteriormente tras haber asumido la competencia civil el Juzgado de Violencia será competencia de éste.

b) ¿Qué pasará si durante la ejecución de una sentencia civil por el Juzgado de Familia se produce un acto de violencia contra la mujer? Procederá la inhibición a favor del Juzgado de Violencia. La respuesta debe ser negativa, ya que la inhibición se contempla por el legislador únicamente en la fase declarativa del procedimiento.

Aunque con posterioridad al inicio del proceso de ejecución se haya producido un acto de violencia contra la mujer, el Juzgado de Familia que dictó la sentencia de separación, seguirá siendo competente para el conocimiento de dicho proceso. **AP Barcelona, Sec. 12.^a, Auto de 16 de mayo de 2006.**

Si el Juez civil ya ha señalado la vista oral o la comparecencia para ratificación del convenio de mutuo acuerdo, no procede que acepte la inhibición remitida por el Juez especializado de Violencia, puesto que con ello se perjudicaría a la mujer al suponer un retraso en la obtención de una resolución. Una vez que existe una resolución judicial civil fijando fecha, todo lo que acontezca después, incluida la ejecución, es competencia del Juez civil, pues ello es más acorde a la búsqueda de agilidad que ha pretendido el legislador. **AP Alicante, Sec. 5.ª, Auto de 31 de mayo de 2006.**

El Juzgado de Familia que conoció del procedimiento de divorcio será el competente para la ejecución de sentencia no siendo procedente que éste se inhiba a favor del Juzgado de Violencia para el conocimiento de la demanda de ejecución. **AP Badajoz, Sec. 3.ª, Auto de 24 de abril de 2007.**

V. ACTUACIONES PROCESALES ANTE EL JUZGADO DE FAMILIA

La presentación de una demanda matrimonial, de pareja de hecho o relativa a cualquier otro tema de familia, cuando no se ha producido aún ningún acto de violencia de género implicará que dicha demanda sea turnada al Juzgado de Familia o de 1.ª Instancia que por turno le corresponda. Igualmente, se efectuará dicho reparto, cuando en la demanda no conste la comisión de ningún acto de violencia. Sin embargo, si durante la sustanciación del procedimiento civil el tribunal detecta o tiene conocimiento de la existencia de un acto de violencia, el juzgado civil podrá perder la competencia a favor del Juzgado de Violencia.

V.I. Cuando el Juzgado de Familia constata indicios de la existencia de un acto de violencia y no le consta ni orden de protección ni procedimiento penal iniciado

Señala el artículo 49.2 bis de la LEC que «Cuando un Juez que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar una orden de protección, tras verificar que concurren los requisitos del párrafo tercero del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el Tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente».

Como puede comprobarse, el legislador ha querido involucrar al Juez de Familia en la perseguibilidad de los actos de violencia de género de los que tenga conocimiento durante la tramitación de los procesos matrimoniales.

Los indicios o sospechas que pueda tener el Juzgado de Familia en cuanto a la comisión de un acto de Violencia de Género no implica que tenga que inhibirse automáticamente y por tanto no impide que pueda seguir conociendo del procedimiento hasta que en su caso, el Juez de Violencia sobre la Mujer le requiera de inhibición o bien, el juez civil tenga

conocimiento de la iniciación de un procedimiento penal, en cuyo caso estaremos ante el supuesto que será objeto de comentario en el siguiente apartado.

Respecto a las cuestiones que rodean la comparecencia a la que hace referencia el precepto comentado, son muy ilustrativas las conclusiones a las que se llegó en el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005 sobre «Las reformas del Derecho de Familia»:

- En relación con el artículo 49 bis.2 y la duda interpretativa sobre quién debe asistir a la comparecencia, o de qué sucede si no comparece alguna de las partes, se concluye que se debe citar a la comparecencia, además de al Ministerio Fiscal, a todas las partes personadas que deberán comparecer debidamente asistidas y representadas. En consecuencia, si aún no está personado en autos el demandado, no será necesaria su citación.
- En el supuesto de que no comparezca la mujer a la comparecencia del artículo 49 bis.2, ésta se dará por terminada y el Ministerio Fiscal, a la vista de lo actuado, decidirá lo procedente en cuanto a la presentación de la denuncia o de la Orden de Protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente.
- Se ha de procurar la debida coordinación para que el Ministerio Fiscal asista a la comparecencia del artículo 49 bis.2 y, en caso de imposibilidad manifiesta, se procederá a su señalamiento a la mayor brevedad posible.
- Si iniciado el juicio civil, llega a conocimiento del tribunal la existencia de un hecho de violencia sobre la mujer, no procederá la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 49 bis.2 de la LEC, sin perjuicio de dar traslado al Ministerio Fiscal a los efectos legales oportunos.

En el Encuentro celebrado en Madrid en los días 30 de noviembre y 1 y 2 de diciembre de 2005 entre Magistrados de Audiencias Provinciales con competencia exclusiva en Violencia de Género organizado por el Consejo General de Poder Judicial y promovido por el Observatorio de Violencia Doméstica y de Género, se cuestionó si el apartado 2 del artículo 49 bis de la LEC implicará la paralización del procedimiento civil, llegándose a la siguiente conclusión: «En principio, y conforme a dicho precepto, el Juez civil habrá de seguir conociendo del asunto hasta que, en su caso, sea requerido de inhibición por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Pero, una vez señalada la vista, ya no podría accederse al requerimiento de inhibición parece conveniente paralizar el procedimiento civil hasta que se resuelva lo pertinente por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Ello conllevaría un problema añadido, referente al tiempo de paralización del procedimiento civil, ante el silencio o la demora del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. En el supuesto de que el Juez civil haya continuado la tramitación normal del procedimiento, no deberá acceder al requerimiento de inhibición a partir del momento en que haya señalado vista».

No es correcto que la Juez de Familia declare de oficio su falta de competencia si no consta asunto penal alguno en el Juzgado de Violencia en el que intervengan las partes: falta el requisito previo previsto en el apartado d) del artículo 87 ter.3 de la LOPJ para que la competencia corresponda

al Juzgado de Violencia. Si de la demanda de Medidas Provisionales la Juez de Familia aprecia la posible comisión de un acto de violencia de género, lo procedente es celebrar la comparecencia prevista en el artículo 49 bis de la LEC y, a su resultas, dictar la resolución que corresponda. **AP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 3.ª, Auto de 13 de octubre de 2006.**

V.2. Cuando el Juzgado de Familia tiene conocimiento de la comisión de un acto de violencia sobre la mujer que haya dado lugar a la iniciación de un procedimiento penal o a una orden de protección

Conforme a lo establecido en el artículo 49.1 bis de la LEC, «cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el párrafo tercero del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral». Analicemos detenidamente los presupuestos legales para que proceda la inhibición a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer:

A) Que el procedimiento matrimonial se encuentre en primera instancia

El legislador, como es obvio, ha limitado la inhibición del Juzgado de Familia a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer a la fase de primera instancia, por tanto, una vez que se ha dictado sentencia definitiva, aunque con posterioridad o con anterioridad se haya producido un acto de violencia de género, no tendrá lugar la inhibición.

B) Que el Juez de Familia tenga noticia de la comisión de un acto de violencia

Es evidente que al examinar la competencia objetiva, si del texto de la demanda se deduce la existencia previa de un acto de violencia de género que haya dado lugar a la iniciación de un procedimiento penal, ese control de oficio le llevará a inhibirse del procedimiento matrimonial y a remitir los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo del procedimiento penal.

Ahora bien, si dicho extremo no le consta fehacientemente al tribunal *in limine litis* puede suceder que dicte el correspondiente auto de admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial y que se difiera a un momento posterior la apreciación de la incompetencia, ya que la competencia sólo se desplaza hacia el Juzgado de Violencia sobre la Mujer si el proceso penal está iniciado o se adopta una orden de protección, extremos estos que deberán acreditarse fehacientemente al tribunal civil.

C) Que el acto de violencia sea de los definidos en el artículo 1 de la LOMPIVG

Señala el citado artículo que «1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean

o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. 2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas. 3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad».

D) Que el Juez de Familia verifique la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 87.3 ter de la LOPJ

Los requisitos a que hace referencia este artículo son los siguientes:

- Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.
- Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1.a) del presente artículo.
- Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
- Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género. En el II Encuentro Institucional de Jueces y abogados de Familia celebrado en Madrid en 2005 se indicó que «A los efectos del artículo 87 ter.3, apartado d), de la Ley de Violencia de Género, se entenderá por “iniciado un procedimiento penal” el hecho de la admisión a trámite de la denuncia o querella que hubiese presentado la mujer o el Ministerio Fiscal».

E) Que no se haya iniciado la fase de juicio oral

Además de la limitación a que hicimos referencia en el primer apartado, el legislador ha establecido otro límite a la inhibición: «que no se haya iniciado la fase de juicio oral». La falta de concreción de este párrafo ha motivado una importante polémica doctrinal y por lo que se ve jurisprudencial. La cuestión está en decidir si la fase de juicio oral se refiere al juicio civil o al juicio penal.

La posición doctrinal se ha decantado por entender que la fase de juicio oral viene referida al juicio civil y, por tanto, no procederá la inhibición a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuando el Juzgado de Familia ya haya convocado a juicio o vista a las partes:

- En el II Encuentro Institucional de Jueces y abogados de Familia celebrado en Madrid en 2005 se llegó a la siguiente conclusión: «“El inicio de la fase de juicio oral”, enunciado controvertido que contiene el artículo 49 bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se entiende que se refiere a la fase de juicio oral del procedimiento civil; este momento inicial de la fase del juicio oral, coincide con el inicio de la comparecencia de medidas previas, de las medidas provisionales o, en su caso, de la vista del pleito principal».

– Encuentro celebrado en Madrid en el año 2005 por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencia exclusiva en Violencia de Género organizado por el Consejo General de Poder Judicial y promovido por el Observatorio de Violencia Doméstica y de Género: «Existe coincidencia de criterio en que la interpretación seguida por la Guía del Observatorio del CGPJ conforme a la cual debe interpretarse que si en el momento en que se recibe la inhibición remitida por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer el proceso civil ya ha señalado la vista oral o la comparecencia para la ratificación del convenio de mutuo acuerdo no procede aceptar la inhibición, puesto que sólo se consigue perjudicar a la mujer si se frustra el procedimiento civil cuando ya se haya celebrado cualquiera de esos dos acontecimientos procesales y aquélla debe quedar a expensas de un futuro señalamiento del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. En consecuencia, si ya ha acontecido la resolución judicial civil fijando fecha, todo lo que acontezca posteriormente incluida la ejecución civil (vía artículo 545.1 de la LEC) es competencia del juez civil. Por ello se comparte la opinión de que la interpretación de la Guía es la más ajustada a la voluntad del legislador de buscar la agilidad en los procedimientos que afectan a la mujer y a sus hijos. La Guía Práctica elaborada por el Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, designados por el Consejo General del Poder Judicial, considera que la referencia del artículo 57 de la nueva Ley (que introduce en la Ley de Enjuiciamiento Civil el artículo 49 bis) a la fase del juicio oral ha de entenderse aplicable al procedimiento civil, que no al penal. Por lo que se concluye que, desde la providencia citando a juicio, no cabe la remisión al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. El momento clave es la providencia citando a las partes a juicio civil (se significa este momento como el referente a la expresión “salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral”), ya que hay que concretar este momento procesal de forma clara. Al menos, establecer un concreto criterio que transmita seguridad jurídica en estas situaciones y evite disparidad de criterios».

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales no tiene un criterio unánime sobre esta cuestión. Así, por ejemplo, algunas sostienen que la frase «que no se haya iniciado la fase de juicio oral» viene referida al procedimiento penal.

Competencia del Juzgado de 1.^a Instancia para tramitar unas medidas previas de separación aun cuando en un Juzgado de Instrucción con competencia en violencia sobre la mujer dictó sentencia con anterioridad condenando al esposo por un delito de maltrato no habitual en el ámbito familiar, debiendo entenderse que la referencia en el artículo 49 bis de la LEC a la fase del juicio oral se refiere al procedimiento penal. **AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 3 de octubre de 2005.**

Habiéndose dictado sentencia condenatoria en la causa penal, la competencia para el conocimiento de las medidas provisionales y procedimiento de separación es del Juzgado de 1.^a Instancia y no del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. **AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 8 de marzo de 2006.**

Habiéndose acordado la apertura del juicio oral antes de que se presentase la demanda de divorcio, la competencia para el conocimiento del procedimiento matrimonial recae en el Juzgado de Familia. **AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 16 de marzo de 2006.**

Teniendo en cuenta que cuando se presentó la demanda matrimonial ya se había dictado sentencia condenatoria en vía penal, la competencia para el conocimiento de la misma se atribuye al Juzgado de Familia. **AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 22 de marzo de 2006.**

Teniendo en cuenta que en el ámbito penal está abierta la fase del juicio oral y en espera de la celebración del juicio ya señalado, procede declarar competente para conocer de la demanda presentada sobre reclamación de guardia y custodia y pensión de alimentos para hijo menor de edad al Juzgado de 1.ª Instancia. **AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 19 de julio de 2006.**

Si la demanda de guarda y custodia y reclamación de alimentos se interpone una vez que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer ya ha dictado Sentencia penal –habiéndose rebasado ya la «fase de juicio oral» en las actuaciones penales–, no corresponde a dicho Juzgado conocer del proceso civil. Inviabilidad del JVM de conocer del procedimiento civil, cuando el penal haya iniciado la «fase de juicio oral». Razones para concluir que el término «fase de juicio oral» hace referencia al proceso penal, sin que tenga ningún encaje en la normativa procesal civil. **AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 20 de julio de 2006.**

Habiéndose rebasado al tiempo de presentación de la demanda civil la fase de juicio oral en las actuaciones penales, procede atribuir la competencia para conocer del procedimiento de divorcio al Juzgado de 1.ª Instancia y no al Juzgado de Violencia. **AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 16 de noviembre de 2006.**

Cuando el Juzgado de 1.ª Instancia tiene conocimiento de la existencia de un presunto delito de maltrato familiar, ya había recaído sentencia dictada por el correspondiente Juzgado de Violencia doméstica por lo que resulta improcedente tal inhibición. **AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 14 de febrero de 2007.**

La única interpretación posible de la expresión «salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral» es que la misma se refiere al procedimiento penal. **AP Tarragona, Sec. 1.ª, Auto de 23 de febrero de 2007.**

Procede declarar competente para conocer de la demanda de divorcio al Juzgado de 1.ª Instancia por cuanto el Juzgado de Violencia con anterioridad había dictado auto de apertura de juicio oral para el enjuiciamiento de los hechos por el Juzgado de lo Penal. **AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 14 de marzo de 2007.**

No obstante, el criterio mayoritario identifica la fase de juicio oral con el procedimiento civil, con lo cual, una vez que se ha dictado resolución convocando a juicio, ya no existirá obligación legal de inhibirse ante el Juzgado de Violencia.

Habiéndose señalado la vista para la celebración de la comparecencia de medidas previas no cabe la inhibición a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. **AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 7 de diciembre de 2005.**

Inhibición por el Juzgado de Familia al Juzgado de Violencia de Género: improcedencia: cuando el Juez civil tuvo conocimiento del procedimiento ante el JVM y dictó Auto de inhibición, fue después de dictar la providencia convocando a juicio, por lo que resulta extemporánea dicha inhibición: el artículo 49 bis LEC se ha interpretado de forma casi unánime en el sentido de que sólo procede la inhibición hasta que se convoque a juicio por el Juez de Familia, lo que supone que sólo hasta ese momento podrá el juez civil inhibirse de un asunto al conocer la comisión de un acto de violencia. **AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de junio de 2006.**

Se viene entendiendo de forma prácticamente unánime que procede la inhibición al Juzgado de Violencia hasta que por providencia se convoque a juicio por el Juzgado de Familia, de manera que sólo hasta ese momento podrá el Juez Civil inhibirse del conocimiento de un concreto asunto al tener noticias de la comisión de un acto de violencia. **AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 20 de julio de 2006.**

Sólo procede la inhibición hasta que por providencia se convoque a juicio por el juez de familia, lo cual supone que sólo hasta ese momento podrá el juez civil inhibirse del conocimiento de un concreto asunto al conocer de la comisión de un acto de violencia. **AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 22 de diciembre de 2006.**

Habiéndose inhibido el Juzgado de Familia al conocer en la comparecencia de medidas previas la existencia de una denuncia penal, procede que este Juzgado continúe conociendo del citado procedimiento al carecer ya de competencia el Juzgado de Violencia. **AP Girona, Sec. 2.ª, Auto de 14 de febrero de 2007.**

Habiendo dictado el Juzgado de Familia el auto de medidas provisionales y convocado a las partes a juicio, no procede ya la inhibición a favor del Juzgado de Violencia. **AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 2 de marzo de 2007.**

La referencia a «salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral» se corresponde al procedimiento civil, y por tanto, una vez señalada la vista de medidas provisionales, el Juzgado de Familia conservará la competencia para su conocimiento. **AP Girona, Sec. 2.ª, Auto de 7 de marzo de 2007.**

Habiendo tenido conocimiento el Juzgado de Familia en el mismo acto de la comparecencia de medidas provisionales de una denuncia penal por violencia de género, la competencia para el conocimiento de divorcio la mantiene el Juzgado de Familia. **AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 13 de marzo de 2007.**

Desde que el Juzgado de Familia acuerda la celebración de las medidas provisionales ya no procede la inhibición a favor del Juzgado de Violencia. **AP Alicante, Sec. 5.ª, Auto de 29 de marzo de 2007.**

Habiendo señalado el Juzgado de Familia día para la celebración del juicio, aunque con posterioridad se produzca un acto de violencia contra la mujer, mantendrá la competencia, ya que el interés preponderante es el de la rapidez en la resolución del litigio. **AP Murcia, Sec. 1.ª, Auto de 2 de mayo de 2007.**

La referencia que en el artículo 49 bis de la LEC se hace a «fase de juicio oral» se refiere al procedimiento civil, y por tanto, desde que el juez civil, tras la admisión a trámite de la demanda y traslado a las partes, cita a juicio ya no es posible la inhibición al Juzgado de Violencia. **AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 26 de julio de 2007.**

Hasta el momento ha llegado al Tribunal Supremo un solo caso para resolver una cuestión de competencia negativa entre un Juzgado de Violencia y un Juzgado de Familia, y la respuesta dada por nuestro más Alto Tribunal es que «fase de juicio oral» debe entenderse referida al procedimiento civil. No obstante hay que reconocer que es una sola resolución y

que son muy pocos sus fundamentos jurídicos que se limitan a indicar que están conformes con el informe del Ministerio Fiscal.

Habiendo tenido conocimiento el Juzgado de Familia de la existencia del procedimiento penal una vez iniciada la comparecencia de medidas previas, procede que la competencia la siga manteniendo el Juzgado de Familia, toda vez que la referencia que se contiene en el artículo 49 bis de la LEC «que se haya iniciado la fase de juicio oral» viene referida al juicio civil. **TS, Sala 1.ª, Auto de 19 de enero de 2007.**

Ahora bien, admitido que la frase «que se haya iniciado la fase de juicio oral» viene referida al juicio civil, se está cuestionando últimamente si éste sólo se refiere a la convocatoria a la vista del juicio verbal o, por el contrario, también deben incluirse, para que no proceda la inhibición, aquellos casos en los que ya se ha señalado la vista de las medidas previas o provisionales. Parece que el criterio mayoritario es que la convocatoria a la comparecencia de medidas también implicará que el Juzgado de Familia seguirá conociendo del procedimiento civil.

Sin perjuicio de ello, existen resoluciones, como por ejemplo, el Auto de la AP de Barcelona, Sec. 18.ª, de 23 de febrero de 2007, que, en sus fundamentos jurídicos razonan que el juicio oral debe identificarse únicamente con la vista del juicio verbal y no con la comparecencia de medidas:

«Planteados los términos del debate, la cuestión a dilucidar en la resolución del conflicto negativo de competencia planteado, no es tanto la de determinar qué debe entenderse por el término del artículo 49 bis de la LEC, “juicio oral”, sino la de determinar, si la vista o comparecencia civil, cuyo inicio determina la competencia del Juzgado civil, es la del procedimiento principal o la de las medidas provisionales reguladas en el artículo 773 de la LEC, cuestión que tampoco viene clarificada por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La expresión de inicio de la fase de juicio oral se ha de entender referida al procedimiento principal, de la que el procedimiento de medidas es accesoria y coetánea cuando se ha formulado solicitud de medidas provisionales junto con la demanda principal de modificación. Es de advertir que, si en lugar de formularse demanda de medidas coetáneas, se hubiera formulado demanda de medidas previas, al amparo del artículo 771 de la LEC, el conocimiento de la existencia de un proceso penal de los que determinan el cambio de competencia durante la comparecencia de las medidas, impediría la inhibición de la competencia al Juzgado de Violencia, pero las medidas adoptadas por el Juez civil tendrían una vigencia temporal limitada de treinta días, condicionada a la presentación de la demanda principal, cuya competencia ya correspondería al Juzgado de Violencia, por concurrir el procedimiento penal. La conexión o dependencia de las medidas provisionales del artículo 773 de la LEC, respecto del procedimiento principal regulado en el artículo 775 del mismo cuerpo legal, determinan que el juicio o vista civil al que se entiende se refiere el artículo 49 bis, sea la vista o juicio del procedimiento principal, es decir aquel al que se convoca después de la fase de alegaciones escritas previstas por la ley procesal en el artículo 770.»

La tesis que mantiene la anterior resolución tiene su explicación si tenemos en cuenta que, cuando se presenta la demanda civil, paralelamente a la admisión a trámite se acuerda convocar a las partes a la comparecencia de medidas, con lo cual nunca sería posible la inhibición a favor del Juzgado de Violencia. Por tanto, siempre que se presente la demanda

civil con petición de medidas provisionales, salvo que en los hechos se haga referencia a la existencia de un acto de violencia de género que paralice la tramitación de la cuestión civil, la competencia para conocer del procedimiento civil será del Juzgado de Familia, lo cual no parece estar mucho en consonancia con el espíritu que perseguía el legislador con la reforma sustantiva y procesal que dio lugar a la creación de los Juzgados de Familia.

VI. REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LAS COMPETENCIAS CIVILES DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA

Los abogados/as asistentes al II Encuentro de Comisiones de Relaciones con la Administración y la Justicia, celebrado en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, los días 21 y 22 de junio de 2007, en relación a la ponencia sobre «Competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: Necesidad de una reforma», llegaron a las siguientes conclusiones:

A la luz de los datos objetivos correspondientes al primer año de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, publicados por el Observatorio de la Mujer, organismo dependiente del Consejo General del Poder Judicial, que valoran que dichos Tribunales poseen la mayor tasa de congestión, pendencia y resolución de las causas instadas ante los mismos, en comparación con las tasas de congestión, de pendencia y resolución de los Juzgados Penales y Civiles, cabe concluir que los Juzgados especiales de Violencia sobre la Mujer no son operativos ni eficaces, pues han provocado la dilación de los procedimientos, lo que comporta la quiebra de la tutela judicial efectiva. De otro lado, entendiendo que el Juez de Instrucción puede adoptar en toda su extensión las medidas de protección a la víctima previstas en la Ley Orgánica 1/2004 proponemos la modificación de la citada Ley en el siguiente sentido:

1) Resulta del todo punto necesario que las competencias civiles atribuidas a los Juzgados sobre Violencia de la Mujer queden únicamente limitadas a la adopción de las medidas de protección urgentes, correspondiendo el conocimiento de las cuestiones civiles bien al Juzgado Civil ordinario, bien al de Familia. En consecuencia, debe procederse asimismo a la modificación del artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil al objeto de acomodarla a la reforma legislativa que se propugna.

2) Subsidiariamente, instar el retorno de la competencia penal al Juzgado de Instrucción, sin perjuicio de mantener el actual fuero de competencia territorial previsto en la Ley 1/2004, y el retorno de la competencia civil a los Juzgados de Familia, o de primera instancia en su caso, todo ello sin perjuicio asimismo de priorizar la tramitación de tales asuntos penales, potenciando la coordinación de los centros de atención a la víctima con el Juzgado de Instrucción que conozca de la causa.

DESISTIMIENTO UNILATERAL EN EL CONTRATO DE MATRIMONIO¹

PILAR LÓPEZ MARCO

Abogada

RESUMEN

Aunque en España la mayoría de los acuerdos prematrimoniales se limitan todavía a la elección del régimen económico matrimonial, se observa un aumento en el número de capitulaciones que incluyen pactos sobre las consecuencias de una eventual ruptura. Ello abre un abanico de posibilidades que van desde los pactos de renuncia anticipada a percibir una pensión por desequilibrio económico hasta cláusulas de penalización económica al cónyuge que decida unilateralmente desistir del contrato de matrimonio, cláusulas preventivas cuya validez se cuestiona por los Tribunales.

ABSTRACT

UNILATERAL TERMINATION IN THE MATRIMONIAL CONTRACT.

In Spain, most prenuptial agreements are still restricted to choice a matrimonial property regime. Even though, an increase in the number of them which include clauses about eventual break consequences it's been noticed. It opens a range of possibilities: from advance resignation to spousal support agreements to penalty clauses in case of unilateral termination of the matrimonial contract. Nevertheless, these kind of preventive clauses are being, in fact, questioned by courts.

1. *Comentario a la Sentencia de la AP de Almería*, 2.ª, de 17 de febrero de 2003; Pte.: Espinosa Labella, Manuel.

Sumario

I. EL MATRIMONIO COMO CONTRATO ASOCIATIVO DE DURACIÓN INDETERMINADA

II. CLÁUSULAS PENALES DE INDEMNIZACIÓN POR DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL CONTRATO MATRIMONIAL

I. EL MATRIMONIO COMO CONTRATO ASOCIATIVO DE DURACIÓN INDETERMINADA

El Código Civil no define qué es el matrimonio pero configura sus notas características: unión estable entre dos personas, sometido a formas legales de celebración, de la que nacen una serie de deberes para ambos contrayentes: respetarse y ayudarse mutuamente, actuar en interés de la familia, vivir juntos, guardarse fidelidad, y socorrerse mutuamente, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

Tampoco encontramos un concepto preciso de matrimonio en la normativa autonómica. El artículo 1 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña lo define como una institución que da lugar a un vínculo jurídico, que origina una *comunidad de vida* en la que marido y mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia. En la misma línea, el artículo 1 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad de Aragón se limita a conceptuarlo como una *comunidad de vida*, reproduciendo igualmente en su apartado segundo tales deberes conyugales de fidelidad y socorro mutuo, a los que incluso se atribuye carácter imperativo a pesar de que su incumplimiento no lleva aparejada actualmente consecuencia jurídica alguna².

La doctrina tradicional configuraba el matrimonio como un negocio jurídico de Derecho de familia caracterizado por las siguientes notas: contenido ético, indisponibilidad, primacía del interés de la familia sobre el interés particular y, consecuentemente, mayor limitación de la autonomía de la voluntad³.

En realidad, cabe entender que los límites de la autonomía privada son en el Derecho de familia los mismos que en resto del Derecho privado –la ley, la moral y el orden público– lo que ocurre es que estos límites han tenido tradicionalmente en el Derecho de familia mayor

2. 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 ha suprimido la causa de separación consistente en la «infidelidad conyugal y cualquier otra violación grave y reiterada de los deberes conyugales» que, según la STS de 30 de julio de 1999; Pte.: Barcala Trillo-Figueroa, Alfonso (RJ 1999\5726), era la única consecuencia jurídica de dicha infracción.

3. LACRUZ BERDEJO, J.L., «Elementos de Derecho civil», Vol. IV, *Derecho de Familia*, Boch, Barcelona, 1984, pp. 15 y ss.

incidencia que en el Derecho de bienes⁴, pero ello no excluye la naturaleza contractual del matrimonio⁵, en el que cada vez cobra mayor protagonismo el principio de autorregulación de las relaciones familiares.

Aunque la mayoría de los pactos prematrimoniales se limitan todavía a la elección del régimen económico matrimonial se observa un aumento en el número de capitulaciones que incluyen pactos sobre las consecuencias de la ruptura, dando así entrada a pactos sobre cuestiones que apenas hace unos años parecían quedar al margen de la libre disposición de los cónyuges. Es el caso de las cláusulas de renuncia a percibir en un futuro una pensión compensatoria⁶, pactos preventivos de atribución del uso de la vivienda conyugal⁷, compromiso de no convivencia en el hogar familiar con un tercero en caso de divorcio⁸, estipulaciones de reparto proporcional de las pensiones por jubilación y pactos de fijación anticipada de indemnización en caso de ruptura⁹.

Podemos así conceptuar el matrimonio como un contrato asociativo formal, *intuitu personae*, de duración indeterminada, en el que las partes contratantes se hallan facultadas para establecer los pactos y condiciones que estimen convenientes, incluso en previsión de ruptura matrimonial, con sujeción a los principios constitucionales de igualdad y protección de los hijos establecidos en los artículos 32.I) y 39 de la CE¹⁰.

4. DIEZ PICAZO, L., *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, p. 40. Por su parte, la SAP de Madrid de 9 de marzo de 1992 considera que «no cabe reconducir la indemnización por violación de los deberes conyugales al ámbito contractual pues es evidente que el matrimonio no goza de tal naturaleza, ya que, según la doctrina moderna, se trata de un negocio jurídico de derecho de familia».

5. Así, al igual que en cualquier otro contrato, se requiere el consentimiento de los contrayentes como elemento esencial del mismo (artículo 44, en relación con el artículo 1261.1 CC), y se prevé la nulidad del matrimonio en caso de vicios de la voluntad (artículo 76 en relación con el artículo 1265 CC). En este sentido, la SAP de Vizcaya, 4.ª, 4 de febrero de 2002; Pte.: Olaso Azpiroz, Ignacio (SP/SENT/38591), rechaza la nulidad del matrimonio por entender que «la falta absoluta de convivencia matrimonial no es la más habitual en quien celebra un contrato de tan especial naturaleza, pero eso no significa que no se consintiera en celebrarlo ni tampoco que el consentimiento del demandado estuviera viciado por error, violencia, intimidación o dolo, únicos conceptos que, con arreglo al artículo 1265 del Código Civil, determinarían la nulidad de aquél».

6. *Vid.* «Renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico derivado de la separación o divorcio. Comentario a la sentencia 690/2000, de 12 de diciembre, de la AP de Asturias (S. 5.ª)», *Revista de Derecho de Familia*, Lex Nova, núm. 28, pp. 305 y ss. Recientemente, SAP de Madrid, 22.ª, de 27 de febrero de 2007; Pte.: Sr. D. Eladio Galán Cáceres (JUR 2007\151411).

7. El artículo 96 CC prevé que el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, *en defecto de acuerdo de los cónyuges* aprobado por el Juez. Por ello, podría considerarse válido el pacto preventivo para el caso de vivienda de titularidad privativa de uno de los cónyuges, conforme al cual: «El uso de la vivienda familiar corresponderá al que fuera titular dominical del inmueble, todo ello sin perjuicio de la obligación de los cónyuges de satisfacer el derecho de habitación de los hijos menores del matrimonio, si los hubiere». La eficacia de dicho pacto pasaría por su aprobación judicial, pudiendo aplicar por analogía el artículo 90 CC en cuanto a las causas que permiten al Juez denegarla: que se estimen dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los esposos, debiendo tratarse de una decisión motivada.

8. Aunque se trata de una obligación pactada en un convenio regulador de la separación, la Audiencia de Barcelona resuelve un caso en el que se acuerda extinguir el derecho de uso de la vivienda propiedad exclusiva del esposo por incumplimiento de la beneficiaria de la obligación asumida en su día en el convenio regulador de no mantener ninguna «convivencia derivada de la unión de cualquier forma y clase que fuera con otra persona» (SAP de Barcelona, 12.ª, de 6 de octubre de 2004; Pte.: Ilma. Sra. doña Montserrat Nebrera González).

9. SAP de Álava, 1.ª, de 25 de abril de 2002, Pte.: Madaria Azcoitia (JUR 2003\231109).

10. SAP de Málaga, 4.ª, de 15 de septiembre de 2000; Pte.: López Agulló, Manuel (EDJ 2000/65494): Si bien la estructuración de la dinámica interna del grupo familiar corresponde a los particulares, en momentos de crisis matrimonial, la libertad de pactos viene condicionada por los principios constitucionales de igualdad y protección de los hijos, establecidos en los artículos 32.I) y 39 de la CE, imponiendo pues un control judicial de los convenios reguladores, cuyo resultado final consistirá en su homologación si se ajustan a los mencionados principios o su denegación si son contrarios a los mismos.

II. CLÁUSULAS PENALES DE INDEMNIZACIÓN POR DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL CONTRATO MATRIMONIAL

Partiendo de este concepto de matrimonio como contrato de duración indeterminada debe considerarse inherente al mismo la facultad revocatoria o de renuncia de los partícipes (artículo 1705 CC) consustancial a las relaciones jurídicas por tiempo indefinido, siempre que se ejercite de buena fe¹¹.

En esta línea, 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, ha ampliado el ámbito de libertad de los cónyuges para solicitar la disolución de la relación matrimonial cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así pues, —dice la Exposición de Motivos— basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales y sin que el juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos procesales. Para la interposición de la demanda, en este caso, sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión de la convivencia con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

La trascendencia de esta norma en la práctica es escasa puesto que, salvo alguna excepción¹², la jurisprudencia venía admitiendo como causa genérica de separación la quiebra del necesario afecto conyugal, junto a las específicas del artículo 82 CC.

Aunque existen opiniones discrepantes¹³, parece razonable que el cónyuge que desee desligarse del compromiso pueda hacerlo sin necesidad de que transcurran largos plazos o de alegar causas que, además de resultar en muchos casos difícilmente comprobables, no vienen sino a dificultar las relaciones posteriores a la ruptura. Sin embargo, junto a las ven-

11. Así vienen pronunciándose numerosas sentencias en el ámbito de los contratos patrimoniales de duración indeterminada para aquellos supuestos de relaciones obligacionales por tiempo indefinido. Entre otras, STS, Sala 1.ª, de 1 de febrero de 2001 (RJ 2001/2231).

12. Entre ellas, SAP de Segovia de 7 de mayo de 2002 (SP/SENT/40581) y SAP de Madrid de 3 de julio de 2001 (EDJ 2001/29080). Aun entendiendo que «la solución denegatoria de la separación deja simplemente aplazada la solución de un problema familiar grave, desde una posición legalista, se rechaza que tal flexibilidad de criterio pueda llevar al amparo judicial de pretensiones de separación carentes de toda cobertura legal, cual acaece con la sola decisión o voluntad unilateral de uno de los cónyuges, por la pérdida del afecto marital respecto del otro, y contra la voluntad de éste (...) Aunque en el entorno de la legalidad vigente no puede dudarse que el matrimonio es un negocio jurídico, en especial, en lo que concierne a su constitución por la libre decisión de los contratantes, es lo cierto igualmente que el mismo reviste unas características propias que lo alejan del negocio jurídico de derecho privado, incidiendo en el ámbito del orden público, que impide que marido y mujer dispongan libremente de las consecuencias de su unión, así como de la ruptura del vínculo contraído, lo que inclusive habría igualmente de predicarse del mero negocio patrimonial de índole estrictamente privada, según previene el artículo 1256 del CC».

13. Según el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio: «La disolución del matrimonio por divorcio solicitado unilateralmente por uno de los cónyuges, sin la voluntad concurrente del otro o sin su aceptación posterior y sin la concurrencia de causa alguna, resulta excepcional en Europa, asemejándose al repudio, propio de la tradición musulmana». Sin embargo, como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de febrero de 2002: «el rechazo de la mujer propia, es la definición de “repudio” que da el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española». Es decir, la disolución extrajudicial del matrimonio por la sola voluntad unilateral del marido, sin que la esposa ostente igual facultad, figura por tanto contraria al orden público español pero no equiparable al divorcio declarado judicialmente a petición de cualquiera de los cónyuges que ha introducido la reforma. Por otra parte, no hay que olvidar que la posibilidad de extinguir el contrato matrimonial por voluntad unilateral de una de las partes ya se contempla en la vigente regulación (artículo 86.4 CC) aunque tras un dilatado plazo de cese de la convivencia.

tajas de la regulación del divorcio a petición unilateral, se apunta la idea de que cuanto más debilitado parezca el compromiso, mayor puede llegar a ser la probabilidad de divorcio.

Como señala BECKER, pionero en el enfoque económico del matrimonio y la familia, los incentivos para invertir tiempo y esfuerzo en buscar la persona adecuada y desarrollar el *capital específico de la familia* disminuyen cuando el matrimonio se puede acabar de manera fácil y no se confía en su estabilidad y duración. Así, quien se dedique al mercado laboral queda a la hora de la disolución del vínculo en una posición más favorable en términos de ingresos, por lo que a ninguno le interesará dedicar su tiempo a labores domésticas e invertir en su relación conyugal —en tiempo, intensidad y compromiso emocional— para, de este modo, tener menos que perder en caso de producirse finalmente el divorcio¹⁴. Pero a su vez, la reducción de tales inversiones específicas necesarias para que el matrimonio prospere aumenta la probabilidad real de fracaso.

Según este autor, «si cuando están casados pudieran seguir buscando información sobre otros cónyuges de una manera tan barata como cuando están solteros y si los matrimonios pueden disolverse sin costes significativamente elevados, los participantes en los mercados matrimoniales se casarían con el primer cónyuge mínimamente adecuado que encontrasen, sabiendo que ganarían aunque el matrimonio no fuese el óptimo. Además, continuarán la búsqueda mientras permanecen casados»¹⁵.

En Estados Unidos, donde el divorcio unilateral, *non fault divorce* basado en diferencias irreconciliables, está vigente desde los años 70, se aprecia una reacción de corte tradicional que aboga por fomentar el compromiso duradero de los cónyuges o, al menos, introducir mayores obstáculos al divorcio. Las políticas propuestas para intentar paliar el elevado coste social y económico de los crecientes índices de ruptura van desde la reducción del precio de la licencia de matrimonio para aquellas parejas que acreditan su participación en cursos prematrimoniales hasta la promulgación de leyes que contemplan la posibilidad de optar por un matrimonio pactado (*covenant marriage*)¹⁶ por el que los contrayentes restringen las causas de divorcio y se comprometen a buscar asesoramiento para intentar solucionar los eventuales problemas de su matrimonio¹⁷.

14. En este sentido, ya en el año 1929 Bertrand Russell apuntaba la posibilidad de que en el futuro fuese necesario pagar a las mujeres sumas tales por la producción de hijos que llegase a parecerles igual que otra carrera para hacer dinero (RUSSELL, B., *Matrimonio y Moral*, Cátedra, 2001, Madrid).

15. BECKER, Gary, *Tratado sobre la Familia*, Alianza editorial, Madrid, 1987, p. 292.

16. Se han promulgado leyes sobre *Covenant Marriage* en Arizona, Arkansas y Louisiana y están siendo debatidas en otros estados, aunque en la práctica la difusión de estas normas es escasa y muy pocas las parejas que eligen esta opción de matrimonio *blindado*, que exige la prueba de la concurrencia de determinadas causas de separación y divorcio, similares a las contempladas en los hoy vigentes artículos 82 y 86 de nuestro Código Civil (infidelidad, abusos o conducta criminal, junto con el cese de la convivencia durante un determinado periodo desde la sentencia de separación).

17. La Ley de Arkansas (*Covenant Marriage Act 1486/2001*) contiene una fórmula o declaración de intenciones del siguiente tenor: Solemnemente declaramos que este matrimonio es un pacto entre un hombre y una mujer que se comprometen a vivir juntos como marido y mujer toda la vida. Nos hemos escogido cuidadosamente y revelado el uno al otro todo cuanto pudiese afectar de forma adversa a la decisión de contraer este matrimonio. Hemos recibido asesoramiento especializado sobre la naturaleza, propósitos y responsabilidades matrimoniales. Hemos leído la Ley de Pacto Matrimonial de 2001 y comprendemos que el matrimonio es para toda la vida. Si atravesamos dificultades nos comprometemos a realizar todos los esfuerzos razonables para preservar nuestro matrimonio, incluso recabar consejo profesional o asistir a terapia matrimonial.

No parece que este tipo de regulación pueda verdaderamente reducir el número de rupturas o sus negativos efectos pero, así y todo, representa la plasmación positiva de la libertad de los cónyuges, en este caso de la *libertad de comprometerse*¹⁸.

En nuestro país, a pesar del énfasis de la reforma legal en la libertad individual, no cabría admitir este tipo de pactos por los que se restringiese la facultad de instar el divorcio transcurridos los tres primeros meses del matrimonio conforme al artículo 86 CC¹⁹. El artículo 32 de la Constitución proclama la disolubilidad del matrimonio por lo que el compromiso o aceptación de la indisolubilidad del matrimonio en el plano del Derecho interno no impediría promover su disolución ejercitando la acción personal de divorcio²⁰.

Ahora bien, cuestión distinta es validez de los pactos matrimoniales que tuvieran por objeto reforzar el compromiso por medio de una *penalización económica* al cónyuge que decidiera poner fin a la vida en común, o aquellos que establezcan determinados beneficios para la parte económicamente más débil en caso de ruptura.

La Ley contempla la posibilidad de conceder pensiones o indemnizaciones tendentes a corregir determinadas situaciones de desequilibrio económico (artículo 97 CC), motivadas principalmente por la dedicación de uno de los cónyuges al hogar o por su trabajo para el otro (artículo 1438 CC y artículo 41 del Código de Familia de Cataluña). Pero, dejando a un lado las consecuencias *ex lege* de la ruptura, interesa analizar la validez de este tipo de *cláusulas penales por desistimiento unilateral del contrato matrimonial* atendiendo a la libertad de estipulaciones por razón de matrimonio (artículo 1325 CC) y los principios de libertad civil en la regulación de las relaciones familiares que consagran algunas normas autonómicas²¹.

El Código Civil regula las obligaciones con cláusula penal en los artículos 1152 a 1155. La cláusula penal supone un compromiso de realizar una determinada prestación, normalmente el pago de una suma, en el supuesto de que se incumpla —o no se cumpla en la forma pactada— una determinada obligación principal. Este tipo de cláusulas pueden desarrollar diversas funciones²²: a) una función de *garantía* del cumplimiento de la obligación principal: ante la amenaza de la pena, el deudor se encuentra más constreñido a realizar la prestación debida. Una función *punitiva*, si al producirse el incumplimiento, puede exigirse, además del cumplimiento forzoso de la obligación *in natura*, la pena o los daños y perjuicios causados. La cláusula penal que cubriera ambas funciones daría lugar a una pena *cumulativa*, que debe ser expresamente pactada con esta función. También es posible, y así lo presume el artículo 1152 CC, que la función que desempeña la cláusula penal sea *liquidatoria* (también llamada *sustitutiva o compensatoria*). En este caso, la pena sustituye a los daños y perjuicios que oca-

18. SALVADOR CODERCH, Pablo, «La libertad de comprometerse: un alegato analítico. Recensión a “The Law and Economics of Marriage an Divorce”», de Anthony W. Denes y Robert Rowthorn», *Working Paper*, núm. 119, InDret 1/2003.

19. «Artículo 86: se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81» (2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio).

20. STS, 1.ª, de 23 de marzo de 2005; Pte.: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2005\3200).

21. Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (artículo 15.1) y Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad de Aragón (artículo 3).

22. La SAP de Baleares de 27 de enero de 2003 (EDJ 2003/36211), recoge con precisión tales funciones.

sione el incumplimiento de forma que el acreedor no necesita probar la existencia de esos daños o su cuantía. Finalmente, la cláusula penal puede cumplir la función de facilitar el desistimiento de la obligación principal, permitiendo al deudor eximirse del cumplimiento de dicha obligación pagando la pena si se hubiera pactado expresamente (artículo 1153 CC). Es la denominada *cláusula penal facultativa, de arrepentimiento o multa penitencial*²³.

En el caso del contrato de matrimonio cabría por tanto pactar una indemnización por desistimiento unilateral, expresamente con el carácter de obligación facultativa o pena de arrepentimiento, de forma que la suma acordada sería exigible desde el momento en el que se presentase la demanda de divorcio, aunque no se probase que se produjeron daños.

Ahora bien, la cuestión de cuándo haya verdadero desistimiento o resolución por incumplimiento se aprecia según las reglas generales en las obligaciones recíprocas, de forma que el deudor no es responsable del incumplimiento cuando la otra parte no cumple la suya²⁴. Aplicando esta doctrina al contrato de matrimonio nos encontramos con la dificultad de valorar el exacto cumplimiento de sus obligaciones por parte del cónyuge distinto a aquel que solicita la extinción del vínculo. Ya hemos visto cómo la Ley impone a los cónyuges la obligación de respetarse y ayudarse mutuamente, actuar en interés de la familia, vivir juntos, guardarse fidelidad, y socorrerse mutuamente, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo. De esta forma, el cónyuge que optase por poner fin al matrimonio podría alegar que el otro ha incumplido sus deberes conyugales a fin de eludir la pena convencional para el caso de desistimiento.

La solución pasaría por prever en el pacto matrimonial aquellos supuestos que se consideran incumplimiento contractual y que operarían como causa de exención de la pena. Así, si los cónyuges se comprometen a guardarse fidelidad el incumplimiento por parte de uno de ellos de este deber facultaría al otro a solicitar el divorcio eximiéndole de la obligación de abonar la pena pactada para el caso de ruptura unilateral. Sin embargo, el peligro de dicho planteamiento es evidente: podría dar nuevamente cabida a la idea de culpabilidad en el divorcio, y, consecuentemente, a la necesidad de entrar a valorar la conducta y los problemas personales de la pareja que la evolución legislativa viene tratando de erradicar.

En todo caso, el derecho a exigir la prestación accesoria que comporta la cláusula penal debe ejercitarse conforme a la buena fe (artículo 7 CC). Por otra parte, la pena pactada podría ser moderada por el Juez de acuerdo con la equidad (artículo 1154 CC). Cabría igual-

23. El reconocimiento de ésta se suele apoyar —además de *a contrario sensu* del artículo 1166 CC— en el artículo 1153, inciso segundo del párrafo primero, que recoge la modalidad de cláusula penal denominada pena de arrepentimiento o *multa poenitentialis*, en la que la misma —«cuando expresamente se reserva este derecho»— actúa con función liberatoria, de tal modo que resulta una excepción a la regla del inciso primero del mismo párrafo con arreglo al que «el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena», habiendo configurado la doctrina aquella facultad solutoria que supone el «dinero de arrepentimiento» como una obligación facultativa con cláusula de sustitución o englobada en las obligaciones facultativas (STS, 1.ª, de 23 de octubre de 2002; Pte.: Sr. Jesús Corbal Fernández; RJ 2002\9305).

24. ALBALADEJO, *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. I, Boch, Barcelona, 1983, p. 256. Ésta es, asimismo, la postura mantenida por el TS: la pena no será exigible cuando el incumplimiento de lo pactado sea consecuencia de un previo incumplimiento de las obligaciones de la otra parte [STS, Sala 1.ª, de 20 de febrero de 1989, Pte.: González Poveda, Pedro (EDJ 1989/1790), STS, Sala 1.ª, de 3 de mayo de 1999; Pte.: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis (EDJ 1999/6318)].

mente aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*²⁵ cuando se hubiesen alterado sustancialmente las circunstancias en función de las cuales se pactó la cláusula penal.

Aunque hasta el momento este tipo de cláusulas no han tenido apenas reflejo en la práctica, encontramos algún caso que ha llegado a los Tribunales, como el resuelto por la Audiencia Provincial de Almería en su Sentencia de 17 de febrero de 2003²⁶. Dos días antes del matrimonio se otorgaron capitulaciones matrimoniales en las que se recogía el siguiente pacto:

«En caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año, don Juan Ramón asume la obligación de indemnizar a doña Marcelina en la cantidad de un millón de pesetas. Después de transcurrido el primer año de convivencia al millón de pesetas se sumaría la cantidad de ochenta y tres mil trescientas treinta y tres pesetas por mes transcurrido de convivencia. Todo ello sin perjuicio de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio prevenidos en el Código Civil, a la necesidad de aprobación judicial, y con independencia de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del citado texto legal.»

La Audiencia considera dicha cláusula como «un exponente manifiesto del uso de la libertad de pactos para regir la vida económica del matrimonio, conforme al artículo 1255 del Código Civil en relación con los artículos 1315 y 1325 del mismo y la doctrina que configura el Derecho de Familia como integrante del Derecho privado, en donde lo público y los intereses de la sociedad deben quedar al margen de su regulación». A pesar de ello, —continúa la sentencia— «esa concepción del régimen económico del matrimonio tiene sus límites legales».

En el caso de autos, el Tribunal estima vulnerados tales límites y declara la nulidad de la referida cláusula por aplicación del artículo 1328 del Código Civil, que reputa nula cualquier estipulación limitativa de los derechos que corresponden a cada cónyuge. Considera la Audiencia que «de admitirse la validez de la estipulación se estarían autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho a la separación matrimonial, reconocido implícitamente en el artículo 32.2 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de derechos de los cónyuges y los colocaría a uno de ellos en desigualdad no sólo con respecto al otro en el ámbito de ese matrimonio sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial». Asimismo considera que dicha cláusula es contraria al artículo 32.1 de la Constitución que consagra el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica: «Esta igualdad se perdería desde el momento en que la convivencia conyugal se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo puede hacer muy gravoso o de casi imposible cumplimiento el abono de la indemnización contractual».

25. Considera el TS que «A) Dicha cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida. B) No obstante, dada su elaboración doctrinal y principios de equidad a que puede servir, existe posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales. C) Pero que se trata de una cláusula peligrosa y debe admitirse con mucha cautela. D) Que su admisión precisa: a) Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración. b) Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes que aniquilen el equilibrio de las prestaciones. c) Que todo acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles» (STS, 1.ª, de 15 de noviembre de 2000; Pte.: Martínez-Pereda Rodríguez, J.M.; EDJ 2000/37063).

26. SAP de Almería, 2.ª, de 17 de febrero de 2003; Pte.: Espinosa Labella, Manuel (EDJ 2003/9804).

El fundamento jurídico de la sentencia que parece concluir con la inadmisión de las cláusulas penales en el contrato matrimonial resulta discutible. Con carácter general, la sentencia se basa en el artículo 1328 CC, cuya aplicación resulta más que dudosa en aquellas comunidades con Derecho civil propio que no contienen tal previsión de nulidad *ex lege* de las cláusulas que limitan los derechos del otro cónyuge²⁷. Por otra parte, cabe entender que la cláusula por la que se establece una *pena facultativa* no está en realidad limitando el derecho a solicitar la separación o el divorcio; cualquiera de los cónyuges podría hacer uso de su facultad de desistimiento; otra cosa es que el libre ejercicio de este derecho pudiera generar consecuencias indemnizatorias en función de los compromisos también libremente asumidos por los propios interesados, que podrían ser moderadas por el Juez.

Más compleja parece la cuestión de que la pena se establezca únicamente a cargo del esposo. No obstante, si bien es cierto que el establecimiento de dicha pena a favor de uno solo de los contrayentes parece generar una situación contraria al citado principio constitucional, como señala LACRUZ²⁸, «la regla de igualdad no impide a los esposos, a partir de sus iguales facultades y en virtud de principio de autonomía de la voluntad, desigualarse pactando».

Lo cierto es que la redacción de la cláusula penal analizada y su consideración aislada impiden delimitar con claridad su función o finalidad para que se establece. Por un lado, se condiciona la exigibilidad de la indemnización únicamente al cese de la convivencia, pero no se especifica que tal decisión deba ser únicamente del esposo obligado al pago (pena facultativa), sino que el cese podría venir motivado por decisión de la esposa acreedora. Por otra parte, junto a la indemnización pactada, se mantiene la posibilidad de solicitar pensión compensatoria (pena cumulativa), cumpliendo así la *pena* una función de garantía de cumplimiento y multa para el caso de contravención en lugar de una función *liquidatoria* de los daños y perjuicios que pudieran derivarse para el otro cónyuge (pena sustitutiva o compensatoria).

Como ejemplo de esta dicha función sustitutiva o *liquidatoria* cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 25 de marzo de 2002²⁹ que reconoce el derecho de la esposa a percibir una indemnización de 90.000 euros, actualizable en virtud de lo pactado en capitulaciones matrimoniales para el caso de que en el futuro quedara extinguido el régimen económico matrimonial por causa distinta de la de fallecimiento en base a lo dispuesto en el artículo 1438 del Código Civil; en el caso de autos por sentencia de separación.

La Audiencia considera que se trata de un pacto válido y conforme a las reglas de la contratación, admisible en la libertad de pactos (artículo 1255 CC), sin que tal acuerdo se

27. El artículo 3 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, establece que «Los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales tanto antes o después de contraer matrimonio, así como celebrar entre sí todo tipo de contratos, sin más límites que los del principio *standum est chartae*».

28. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, cit., Vol. IV, p. 55.

29. SAP Álava, 1.ª, de 25 de abril de 2002; Pte.: Sr. I. Madaria Azcoitia (JUR 2003/231109). Analiza una cláusula de los capítulos otorgados al año siguiente del matrimonio del siguiente tenor: «A la extinción del régimen económico matrimonial pactado en las presentes Capitulaciones, en base a lo dispuesto en el artículo 1438 del Código Civil, don (...) se compromete y asume la obligación de abonar a doña (...) la cantidad de treinta millones (30.000.000) de pesetas, si se extingue por causa de fallecimiento, y la cantidad de quince millones (15.000.000) de pesetas, en caso de extinción por causa distinta al fallecimiento. Estas cantidades estarán sujetas a las siguientes revisiones...».

vea afectado por la limitación del artículo 90 CC, pues no existen hijos del matrimonio y no se prueba que el pacto sea gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges. De ahí que deba observarse el principio *pacta sunt servanda*, recogido en el artículo 1258 CC en relación con el artículo 1323 del mismo.

Según esta resolución, cumplida la condición, procede el pago de la cantidad que se pactó por ambos cónyuges como valoración anticipada del perjuicio y límite de la eventual reclamación indemnizatoria de la esposa.

A favor del establecimiento de este tipo de compensaciones de futuro, pactadas no para corregir desequilibrios económicos existentes en el momento de suscribirse sino para evitar que se produzcan, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1995³⁰ que resuelve el siguiente supuesto: El 6 de mayo de 1983, don Constantino y doña Encarnación, constante matrimonio, otorgaron en Gijón escritura pública de capitulaciones matrimoniales y convenio de separación conyugal extrajudicial, a la vez que liquidaban la sociedad ganancial hasta entonces existente entre ambos. En dicha escritura, estipulación V, se estableció lo siguiente: «Teniendo en cuenta que cada uno de los cónyuges tiene su propio medio de vida y dispone de los ingresos suficientes para cubrir sus necesidades personales no fijan pensión o cantidad alguna en concepto de alimentos. Pero en el momento en que don Constantino, pensionista de la Minería del Carbón, pase al Régimen Especial, si su pensión sobrepasa la cifra de sesenta mil pesetas mensuales, vendrá obligado a pagar a doña María Encarnación, mensualmente, el quince por ciento de la pensión».

El Tribunal Supremo considera que dicha cláusula no es un supuesto de alimentos convencionales, como declara el órgano *a quo*, sino una *pensión complementaria de futuro*, dirigida no a corregir un desequilibrio sino a «evitar que éste se produzca, a través de un pacto que contiene una obligación no pura sino condicional, en cuanto su eficacia depende de un acontecimiento futuro (la conversión de la pensión de la Minería de Carbón en pensión del Régimen Especial), e incierto (la posibilidad de que dicha conversión no se produjese, unido a la necesidad de que la misma superase la suma de sesenta mil pesetas mensuales)».

En conclusión, siempre que cuenten con el debido asesoramiento y se recoja con precisión terminológica cuál es la voluntad real de los otorgantes, no cabría descartar *a priori* la validez de las *cláusulas de futuro*, incluso de tipo penal, que los cónyuges decidiesen establecer para regular las consecuencias de su unión sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales³¹.

30. STS, Sala 1.ª, de 7 de febrero de 1995; Pte.: Martín-Granizo Fernández, Mariano (EDJ 1995/586).

31. STS de 15 de febrero de 2002; Pte.: Jesús Corbal Fernández (RJ 2002/1619): «Los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (artículo 1255 CC), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (S. de 22 de abril de 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (artículo 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia». En el mismo sentido, *vid.* SSTs que se citan en esta resolución: 7 de marzo de 1995 (EDJ 1995/586); 22 de abril de 1997 (EDJ 1997/2156); 27 de enero de 1998 (EDJ 1998/16); 21 de diciembre de 1998 (EDJ 1998/30785).

Tal planteamiento responde a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas (artículo 3.1 CC) y concuerda con el objetivo de perseguido por la Ley 15/2005, de 8 de julio: que «la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio»³².

32. Exposición Motivos de 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.

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

JURISPRUDENCIA

SOCIEDAD DE GANANCIALES

El Tribunal Constitucional avala la tesis del Tribunal Supremo en cuanto a la no admisión del recurso de casación contra la sentencia dictada en el incidente de formación de inventario de la sociedad de gananciales.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, AUTO DE 18 DE JUNIO DE 2007

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don José Luis interpuso demanda de menor cuantía contra su cónyuge doña M.^a Luisa con la finalidad de liquidar la sociedad de gananciales. Ésta contestó a la demanda y formuló reconven- ción.
- ⊙ El 14 de diciembre de 1999 se dictó sentencia, parcialmente estimatoria, en la que se decretaba el carácter privativo de don José Luis de un piso, cuatro plazas de garaje, un chalet y un fondo de inversión, al haber acreditado su adquisición con dinero proveniente de la venta de un inmueble privativo, declarando la Sentencia el activo de la sociedad de gananciales y la titularidad de los bienes.
- ⊙ Doña M.^a Luisa interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue desestimado, confir- mando íntegramente la resolución de instancia, en Sentencia de 20 de marzo de 2001, de la Sección Vigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid; procediendo entonces a preparar e inter- poner recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que, en Auto de 28 de septiembre de 2004, desestimó el recurso y declaró la firmeza de la Sentencia, argumentando no ser susceptible de recurso de casación, ni, por ende, por infracción procesal, al considerar que la Sentencia de la Audiencia Provincial era de apelación pero no de segunda instancia, y que el juicio de menor cuantía inicial, era un incidente del pleito principal de separación y liquidación de la sociedad conyugal.
- ⊙ Doña M.^a Luisa interpuso recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en la forma de acceso al recurso, respecto del Auto de 28 de septiembre de 2004 de la Sala Primera del Tribunal Supremo inadmitiendo recurso por infracción procesal y de casación contra la Sentencia de 20 de marzo de 2001 de la Sección Vigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, confirmando en su integridad la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 24 de Madrid en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales núm. 307-1999, tramitado como juicio de menor cuantía.
- ⊙ El Tribunal Constitucional no admitió a trámite el recurso de amparo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Ministerio Fiscal emitió informe interesando la inadmisión del recurso de amparo por falta de contenido constitucional al considerar que la doctrina de acceso al recurso como parte de la tutela judicial efectiva es de carácter legal (STC 119/1998, FJ 1), y que, siendo el canon de inconstitucionalidad el error patente, la arbitrariedad y la manifiesta irrazonabilidad, la distinción efectuada en el fundamento jurídico segundo del Auto del Tribunal Supremo entre Sentencias de apelación y de segunda instancia (siendo éstas las susceptibles de casación), y, a tenor del evidente carácter incidental de la adjudicación de bienes, cara a la división del patrimonio ganancial, no se incurre, en modo alguno, en tacha ninguna de irrazonabilidad, arbitrariedad o error, por lo que, dados los numerosos precedentes idénticos en los que el Tribunal ha decretado la inadmisión, debe declararse la falta de contenido constitucional de la demanda.

El presente recurso versa sobre el acceso al recurso de casación (y, concomitante, por infracción procesal) frente a la Sentencia de apelación, confirmatoria de la dictada en instancia, en procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales, consecuencia de la separación de la Sra. P.A. y el Sr. B.R.

La recurrente entiende que la declaración por el Tribunal Supremo de que la Sentencia de la Audiencia Provincial no es Sentencia de segunda instancia, sino de apelación, denegando el acceso al recurso, constituye una interpretación errónea y arbitraria de los artículos 477.2 y 483.2.1.º de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) que le priva del acceso a la revisión de las infracciones procesales y al recurso de casación, al que habría tenido paso, conforme al criterio de la cuantía, afectando, en definitiva, a la tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión.

El Ministerio Fiscal entiende que el acceso a los recursos, y, en concreto, a la casación, es de configuración legal, y que la denegación efectuada mediante la interpretación de que «la segunda instancia no es equivalente a apelación», máxime cuando el pleito se presenta como un incidente del de disolución del régimen económico-matrimonial, no es errónea ni arbitraria, por lo que interesa la inadmisión, por falta de contenido constitucional, de la demanda.

Constituye doctrina reiterada del Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho prestacional de configuración legal, comprende el acceso a la jurisdicción, a la tramitación del procedimiento por los cauces legales y a la obtención de una resolución fundada en Derecho, sea o

no favorable al peticionario, así como a su ejecución (por todas STC 143/2002, de 17 de junio, F 2), «pero sin garantizar el acierto de la resolución adoptada en cada caso o eliminar la comisión de eventuales errores en el razonamiento jurídico» (STC 13/1995, de 24 enero, FJ 2). Igualmente forma parte de dicho derecho el acceso a los recursos ordinarios y extraordinarios legalmente establecidos, en los términos fijados en la Ley, sin que la inadmisión del recurso implique necesariamente vulneración de dicho derecho, siempre que se base en causa legal y haya sido motivada sin incurrir en irrazonabilidad, error o arbitrariedad (por todas, STC 181/2001, de 17 de septiembre). Asimismo hemos proclamado que el respeto a las decisiones de admisión e inadmisión en interpretación de la legalidad ordinaria debe ser más riguroso tratándose del Tribunal Supremo en recursos de casación, en cuyo caso, el derecho a la revisión del pronunciamiento tiene carácter legal y no constitucional, revistiendo el principio *pro actione* menor intensidad, y sin que se pueda imponer una determinada interpretación de la norma procesal a favor del acceso al recurso (por todas STC 119/1998, de 4 de junio, FFJJ 1 y 2).

En el presente caso la Sala Primera del Tribunal Supremo expone en el fundamento jurídico segundo de la resolución impugnada: «2. El recurso de casación incurre en la causa de inadmisión prevista en el artículo 483.2.1.º, inciso primero, de la LEC 2000, en relación con el artículo 477.2 de la misma Ley, por irrecurribilidad de la Sentencia habida cuenta que dicha resolución carece de la condición de “Sentencia dictada en segunda instancia”, y ello porque la propia de la LEC 2000 distingue entre “apelación” y “segunda instancia”, configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso, en el que nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales en ejecución de sentencia de separación matrimonial, sin que afecte a esta naturaleza la circunstancia de que el legislador decidiera, por considerarlo adecuado para la sustanciación de las controversias que podían suscitarse en esta clase de procedimientos, que debían seguirse los trámites del juicio correspondiente según la cuantía, y, desde luego, resultando igualmente irrelevante, a los efectos que se examinan, la circunstancia de que, en el procedimiento que nos ocupa, a la demanda de menor cuantía se le haya dado una entidad independiente en orden a su registro; carácter incidental que se pone de manifiesto por la propia competencia para el conocimiento de la demanda. Pero es que además, debe

hacerse otra puntualización, ya que, sin perjuicio de la forma en que se hayan producido los diversos trámites procesales en el caso que nos ocupa, lo cierto es que la demanda de menor cuantía, en definitiva, no plantea más que una cuestión previa de las operaciones divisorias, como es el carácter ganancial o privativo de unos bienes, claramente equiparable a los incidentes de exclusión o inclusión de bienes en la masa hereditaria en las testamentarias. Así pues, no teniendo la resolución impugnada el carácter de Sentencia dictada en segunda instancia, tiene cerrado el acceso al recurso de casación, doctrina que ha sido aplicada por esta Sala para la resolución de numerosos recursos de queja...».

El recurso de amparo versa, por lo tanto, sobre el acceso al recurso de casación (y por infracción procesal, en atención a su análoga tramitación), en el que la recurrente entiende que la cuantía del pleito es casacional, mientras que el Tribunal Supremo —conforme al texto arriba expuesto— entiende que la sentencia no sería recurrible en casación, al no haber sido la sentencia del juicio «en segunda instancia», sino «dictada en apelación», en un pleito que es parte de un procedimiento principal de disolución del régimen económico-matri-

monial; concluyendo que no cabe casación contra la sentencia dictada en liquidación de la sociedad de gananciales, a pesar de ser dictada en apelación, al no tratarse de una sentencia «de segunda instancia». Como argumento adicional, agrega la Sala Primera que, precisamente, el juez competente para el pleito principal, es el competente para el procedimiento de inventario y liquidación, y que, dichas operaciones, aparecen como la consumación de la disolución del régimen económico-matrimonial.

Al margen de que la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo pueda resultar, o no, compartida por el recurrente, lo cierto es que la misma tiene apoyo legal en los preceptos de la Ley de enjuiciamiento civil (artículo 483.2.1.º), y, conforme a nuestra doctrina (anteriormente mencionada), no resulta errónea ni arbitraria, máxime existiendo precedentes semejantes de inadmisión de amparo (como acertadamente apunta el Ministerio Fiscal), por lo que podemos concluir que la demanda carece de contenido constitucional que justifique un pronunciamiento y debe inadmitirse conforme al artículo 50.1.c) de la LOTC.

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Se suspende la ejecución de la sentencia del juzgado que fue confirmada por la Audiencia Provincial y que vino a instaurar el sistema de custodia compartida, dándose la circunstancia de que el padre vive en Madrid y la madre en Barcelona. El motivo del recurso de amparo se centra en la denegación de la exploración judicial de las menores.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, AUTO DE 18 DE JULIO DE 2007

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 29 de Madrid dictó Sentencia el 22 de julio de 2005 en los autos de modificación de medidas, que acordó establecer la guarda y custodia compartida de las hijas menores, así como el correspondiente régimen de alimentos y visitas a las menores.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 29 de septiembre de 2006 confirmando la sentencia del Juzgado.
- ⊙ Doña Cristina ha interpuesto recurso de amparo al entender que las sentencias vulneran el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Igualmente solicitó la suspensión de la ejecución de la sentencia en base a la existencia de malos tratos a las menores por parte del padre, así como la relevancia de los intereses comprome-

tidos en el procedimiento del que trae causa la demanda de amparo, en el cual se ha acordado un régimen de custodia compartida de las menores (de 11 y 9 años de edad) que perjudica gravemente sus intereses sin haber sido oídas en ambas instancias judiciales, conculcando, de este modo, sus derechos fundamentales.

⦿ Por providencias de 22 de mayo de 2007 la Sala 2.^a del Tribunal Constitucional acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y ordenar la formación de la oportuna pieza separada para la tramitación del incidente de suspensión de la resolución recurrida, solicitada de conformidad con el artículo 56 de la LOTC, otorgando un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que estimasen pertinente sobre dicha suspensión.

⦿ El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado el 8 de junio de 2007, por el que interesa la denegación de la suspensión, atendiendo, de un lado, a la doctrina constitucional establecida por este Tribunal respecto de la solicitud de suspensión en procedimientos de amparo en los que se halla en juego la situación de guarda y custodia de menores, en la que se ha optado por no alterar la situación de guarda y custodia en cuanto la misma pudiera afectar a la estabilidad emocional y psíquica de los mismos (con cita de los AATC 21/2002; 148/2002; 198/2004, y 108/2005), y, de otro lado, por no precisar debidamente la recurrente, a tenor de lo dispuesto en el núm. 2 del artículo 56 de la LOTC, en qué consistiría la suspensión para la demandante de amparo y la manera en que resulta perjudicada la finalidad del amparo, puesto que un eventual otorgamiento del amparo sólo alcanzaría al derecho de audiencia de las menores.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Establece el artículo 56.1 de la LOTC que la Sala que conozca de un recurso de amparo suspenderá de oficio o a instancia del recurrente la ejecución del acto o resolución impugnados «cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad». Esta regla ha sido interpretada reiteradamente por este Tribunal en el sentido de que, para que proceda la suspensión, es necesario que se cumpla el requisito de que, si ésta no se acordara, la eventual estimación del recurso de amparo sería ya «tardía» y el restablecimiento en el derecho constitucional vulnerado no podría ser efectivo sino «meramente ilusorio y nominal» (AATC 61/2000, de 28 de febrero, FJ 1; 18/2001, de 29 de enero, FJ 3; 161/2001, de 18 de junio, FJ 1; entre otros). Por ese motivo no accede este Tribunal, por regla general, a la solicitud de suspensión de resoluciones que imponen obligaciones de pago de cantidad o, en general, de contenido económico o patrimonial, pues la lesión que de ellas se deriva es normalmente reparable (AATC 18/2001, de 29 de enero, FJ 1; 106/2001, de 7 de mayo, FJ 2; 120/2001, de 8 de mayo, FJ 2; 161/2001, de 18 de junio, FJ 2; entre otros muchos).

Sin embargo no basta con que se cumpla con esa regla de que la falta de la suspensión haría

perder al recurso de amparo su finalidad para que aquélla deba adoptarse necesariamente. El mismo artículo 56.1 de la LOTC, después de establecer esta regla, remite a un juicio motivado de ponderación, en el cual hay que confrontar, de un lado, el perjuicio que se causaría al recurrente como consecuencia de la eficacia de la resolución recurrida, y, de otro, el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión de la ejecución de aquélla. Por consiguiente, con relación a los casos en que puedan resultar afectados los intereses de un menor, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, «la ponderación de intereses en juego para decidir acerca del otorgamiento o denegación de la suspensión instada debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada en todo caso a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados», resultando «que la protección de los derechos e intereses de los menores queda de momento mejor garantizada por el mantenimiento y la no alteración de su ámbito afectivo y de convivencia actual durante la tramitación del recurso de amparo», ya que los sucesivos cambios de su entorno afectivo y de convivencia podrían causarles graves perjuicios en su personalidad en formación (AATC 21/2002, de 25 de febrero, FJ 3; 148/2002, de 23 de julio, FJ 3; 273/2003, de 22 de

julio, FJ 3; 198/2004, de 26 de mayo, FJ 1; 108/2005, de 14 de marzo, FJ 1).

Teniendo en cuenta lo dicho, y a los solos efectos del presente incidente de suspensión, hemos de observar en el caso que nos ocupa que la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 29 de Madrid, confirmada por la Audiencia Provincial, acordó la modificación del régimen de guarda y custodia de las menores por la madre establecido por la Sentencia de separación (27 de mayo de 1999) y por la posterior de divorcio (15 de febrero de 2001), mediante su sustitución por un sistema de custodia compartida (*rectius: alterna*) de las menores a cargo de ambos progenitores, uno residente en Madrid (el padre) y el otro en Barcelona (la madre, ahora recurrente), ordenado por años o cursos escolares alternos, atribuyendo al padre el primer período de guarda y custodia alterna de las menores correspondiente al año escolar 2005-

2006. De donde resulta que actualmente (curso 2006-2007) se hallan bajo la guarda y custodia de su madre, a quien correspondía con anterioridad al pronunciamiento de la resolución que acuerda la modificación de las medidas de divorcio que está en la base de la queja planteada en el presente recurso de amparo en relación con la denegación de exploración judicial de las menores. Dicha situación fáctica, existente en el momento en el que debemos pronunciarnos sobre la medida de suspensión interesada, conduce a la aplicación de la doctrina reseñada, que debe ser mantenida, dado que la salvaguarda de los derechos e intereses de las menores queda de momento mejor garantizada por el mantenimiento y la no alteración de su ámbito afectivo y de convivencia actual durante la tramitación del recurso de amparo a la espera de lo que pueda decidirse sobre el fondo de la queja formulada y las consecuencias que de dicha decisión puedan derivarse para la situación de las menores.

FILIACIÓN

Anulación de las sentencias que declaraban la paternidad al haberse fundando en la negativa a la práctica de la prueba biológica cuando dicha prueba no fue admitida formalmente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 177/2007, DE 23 DE JULIO

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don José fue demandado en juicio verbal sobre reclamación de filiación extramatrimonial por quienes afirmaban ser hijos suyos. En la demanda se solicitaba como otrosí la admisión y práctica de prueba biológica. En la contestación a la demanda el recurrente en amparo, tras negar los hechos en que se fundamentaba la pretensión y solicitar la desestimación de la misma, por otrosí solicitó que se denegase la práctica de prueba biológica interesada de adverso, «porque la paternidad reclamada es meramente inventada, apareciendo huérfana de toda verosimilitud e indicios serios de la misma que permitan apreciar la seriedad de la reclamación» y «por el grave perjuicio moral y al honor que se le irroga» con el sometimiento a tal prueba.

⊙ Por providencia de 27 de septiembre de 2004 el Juzgado, entre otros extremos que no resultan relevantes a los efectos que nos ocupan, acuerda que «en cuanto a la práctica de la prueba biológica solicitada en el otrosí de la demanda por la parte actora y vistas las manifestaciones del demandado en su escrito de contestación a la demanda, no ha lugar a su práctica, sin perjuicio de que la oposición a la práctica de la prueba biológica de paternidad por parte del demandado pueda tener los efectos contenidos en la jurisprudencia existente».

- ⊙ En el acto del juicio la parte demandante solicitó de nuevo la práctica de la prueba pericial biológica (petición a la que se adhirió el Ministerio Fiscal), que la Magistrada-Juez rechazó remitiéndose a lo argumentado en la antedicha providencia.
- ⊙ El Juzgado de 1.^a núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife estimó la demanda, declarando la paternidad del demandado respecto de los dos demandantes. El Juzgado consideró acreditado a la vista de las pruebas practicadas (testificales, cartas y postales remitidas por el demandado a la madre de los actores y fotografías de ésta y del demandado, reconocimiento por el demandado de haber sido visitado por los demandantes en varias ocasiones en Santa Cruz de Tenerife), unidas a la negativa del demandado a someterse a la prueba de paternidad, que los demandantes son el fruto de las relaciones mantenidas por el demandado con la madre de los demandantes en el período 1967-1969 con ocasión de la estancia del demandado en Madrid para cursar estudios de Medicina, rechazándose la versión del demandado por no creíble (que las relaciones con la madre de los actores fueron de simple amistad y que atendió a éstos en sus visitas a la isla como a los hijos de una antigua amiga).
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia el 11 de julio de 2005 desestimando el recurso de apelación. Razonaba la sentencia que «en este caso se ha producido una negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba de paternidad, negativa que hay que entender injustificada» y, en función de esa injustificada negativa, unida al resto de pruebas directas e indiciarias practicadas en el proceso, se puede «suponer y presumir la paternidad reclamada».
- ⊙ Don José interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que anuló tanto la sentencia del Juzgado como de la Audiencia Provincial acordando al mismo tiempo retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictarse la Sentencia en primera instancia a fin de que se dicte nueva Sentencia respetuosa con el derecho fundamental que se declara vulnerado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la demanda de amparo se alega que las Sentencias impugnadas han lesionado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), en relación con el principio de igualdad (artículo 14 CE), toda vez que no cabe hablar de negativa injustificada a someterse a la prueba de paternidad ni, en consecuencia a extraer consecuencias perjudiciales para el recurrente de esa inexistente negativa, pues la prueba en cuestión ni siquiera fue acordada por el Juzgado. Por todo ello solicita la nulidad de las Sentencias y de todo lo actuado desde la citada providencia de 27 de septiembre de 2004, para que el Juzgado proceda a resolver motivadamente sobre la pertinencia o no de la práctica de la prueba de paternidad.

1. Resolución sobre la inadmisibilidad del recurso planteada por el Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 11 de julio de 2006, en el que inte-

resó que se desestimase la demanda de amparo por incumplimiento de requisitos procesales (falta de agotamiento de la vía judicial y falta de invocación en la vía judicial de los derechos que se alegan como vulnerados) y subsidiariamente por no existir la vulneración de derechos alegada por el demandante de amparo. Sostiene el Ministerio Fiscal que no se cumple el requisito de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial [artículo 44.1.a) de la LOTC] porque el demandante de amparo no recurrió en reposición (artículos 451 y 452 de la LEC) la providencia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife de 27 de septiembre de 2004 por la que el Juzgado denegó la práctica de la prueba biológica solicitada por los actores en el proceso *a quo*. Por la misma razón considera el Ministerio Fiscal que la pretendida lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) que se aduce como fundamento de la demanda de amparo incumple el

requisito de la invocación en la vía judicial previa tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar a ello [artículo 44.1.c) de la LOTC], momento procesal que, a juicio del Ministerio Fiscal, sería el recurso de reposición contra la referida providencia de 27 de septiembre de 2004, que el demandante de amparo no interpuso; del mismo modo se incumple este requisito respecto del derecho a la igualdad (artículo 14 CE), que por lo demás el recurrente se limita a citar en la demanda de amparo, sin razonar en modo alguno la supuesta lesión de este derecho fundamental.

Sin perjuicio de lo expuesto, considera el Ministerio Fiscal que, aunque se entrase en el fondo del asunto, la demanda de amparo debería ser en cualquier caso desestimada, por no existir la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) que denuncia el demandante de amparo. Ninguna indefensión se ha deparado al recurrente por el hecho de que se haya denegado la práctica de la prueba pericial biológica solicitada por la parte contraria, amén de que nada impedía al recurrente haberse sometido a la práctica de dicha prueba, a lo que se negó rotundamente desde el principio. En fin, la estimación de la pretensión de declaración de la paternidad por la Sentencia de instancia, confirmada en apelación, se ajusta a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional desde su STC 7/1994, pues la negativa injustificada del demandante de amparo a someterse a la práctica de dicha prueba, unida a la existencia de un principio de prueba documental en la que sustentar dicha pretensión, permitieron a los órganos judiciales, mediante un razonamiento que no puede tildarse de arbitrario o irrazonable, considerar acreditada la paternidad reclamada.

Los motivos de inadmisibilidad aducidos por el Ministerio Fiscal han de ser rechazados, si se tiene en cuenta que el demandante de amparo no tenía la carga de recurrir la referida providencia, que denegó la práctica de la prueba biológica solicitada por la parte contraria, pues ningún perjuicio o gravamen efectivo deparaba a los intereses del demandante de amparo dicha resolución como tal, siendo presupuesto del derecho de las partes a recurrir contra las resoluciones judiciales que éstas «les afecten desfavorablemente» (artículo 448.1 de la LEC).

En efecto, conviene recordar que en la referida providencia de 27 de septiembre de 2004 el Juzgado acuerda que «en cuanto a la práctica de la prueba biológica solicitada en el otro sí de la demanda por la parte actora y vistas las manifestaciones del demandado en su escrito de contestación a la demanda, no ha lugar a su práctica, sin perjuicio de que la oposición a la práctica de

la prueba biológica de paternidad por parte del demandado pueda tener los efectos contenidos en la jurisprudencia existente». Es decir, aunque de forma confusa en la providencia se alude a los efectos que puede deparar al demandado la negativa a someterse a la prueba biológica, lo cierto es que la decisión adoptada en esta resolución judicial es la negativa a la práctica de dicha prueba, solicitada por la parte demandante. En consecuencia, el demandante de amparo no tenía la carga de recurrir la providencia en cuestión, pues lo cierto es que la misma no le deparaba gravamen alguno, al haber denegado la práctica de la prueba pericial biológica interesada de contrario; sólo si el Juzgado hubiese acordado la práctica de dicha prueba podía el demandante de amparo optar entre someterse a su realización o negarse a ello, con los efectos en este caso que tal negativa pudiese depararle en Derecho. Entenderlo de otro modo conduciría a la inaceptable conclusión de exigir al demandante de amparo la interposición de recursos con finalidad meramente cautelar o preventiva contra resoluciones judiciales cuyo *decisum* no es desfavorable para sus derechos e intereses.

No ha lugar, pues, a apreciar el incumplimiento de la exigencia de agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial, exigencia que responde a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, pero que no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiestan como ejercitables, de forma que no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponer el recurso, así como de su adecuación para reparar la lesión de los derechos fundamentales invocados en la demanda de amparo (entre otras muchas, SSTC 284/2000, de 27 de noviembre, FJ 4; 5/2001, de 15 de enero, FJ 2; 86/2001, de 2 de abril, FJ 2; y 133/2001, de 13 de julio, FJ 3). En el presente caso, por las razones expuestas, el demandante de amparo no venía obligado a recurrir en reposición la providencia del Juzgado de 1.ª núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife de 27 de septiembre de 2004 por la que se denegó a la parte contraria la práctica de la prueba pericial biológica solicitada, ni tampoco venía obligado a protestar en el acto del juicio, por las mismas razones, frente a la negativa del Juzgador (remitiéndose a lo argumentado en la antedicha providencia) a la petición de la parte actora (a la que se adhirió el Ministerio Fiscal), que solicitó de nuevo la práctica de la prueba pericial biológica, por lo que no resulta incumplido el requisito previsto en el artículo 44.1.a) de la LOTC.

Del mismo modo debe rechazarse el óbice de inadmisibilidad relativo a la falta de invocación

en la vía judicial de los derechos que se entienden vulnerados [artículo 44.1.c) de la LOTC], pues el examen de lo actuado permite concluir que se ha cumplido la finalidad prevista por el referido requisito, al igual que el previsto por el artículo 44.1.a) de la LOTC, de dar a los órganos judiciales la oportunidad de reparar la lesión cometida y de restablecer el derecho fundamental que se entiende vulnerado (por todas, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 192/2001, de 1 de octubre, FJ 3; 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 2; 93/2002, de 22 de abril, FJ 3; 133/2002, de 3 de junio, FJ 3; y 29/2004, de 4 de marzo, FJ 3).

En efecto, no siendo exigible, por las razones antes indicadas, que el demandante de amparo impugnase en reposición ante el Juzgado de 1.ª Instancia la providencia de 27 de septiembre de 2004 por la que se denegó la práctica de la prueba pericial biológica solicitada por la parte contraria —ni que formulase protesta en el juicio oral por la reiteración de tal negativa—, es notorio que debemos concluir que el demandante de amparo ha denunciado oportunamente en la vía judicial la vulneración del derecho fundamental que ahora pretende hacer valer en el recurso de amparo, pues lo ha hecho en el momento en que ha tomado conocimiento de la lesión, esto es, al serle notificada la Sentencia de instancia, habiendo formulado su queja en el recurso de apelación interpuesto contra la misma, como quedó expuesto en los antecedentes.

2. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Se plantea la cuestión con fundamento en que las Sentencias impugnadas consideran como elemento decisivo para entender acreditada la filiación paterna extramatrimonial reclamada la negativa injustificada del recurrente a someterse a la prueba pericial biológica, cuando lo cierto es que la prueba en cuestión ni siquiera fue acordada por el Juzgado, por lo que no cabe hablar de negativa a su práctica por parte del recurrente, ni cabe en consecuencia, extraer consecuencias perjudiciales para éste de esa inexistente negativa.

Para dar respuesta a esta queja conviene tener presente que el vigente artículo 767.4 LEC, haciéndose eco de la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 7/1994, de 17 de enero, reiterada por la STC 95/1999, de 29 de junio, determina que la «negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios».

Ahora bien, para que pueda hablarse de negativa injustificada a someterse a la prueba biológica

de paternidad es necesario que dicha prueba haya sido efectivamente acordada por el órgano judicial en el proceso de reclamación de filiación. Como se recuerda en la citada STC 95/1999, FJ 2, «dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuncie a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 CE (STC 7/1994, FJ 6 y las resoluciones en ella citadas)».

Pues bien, del examen de las actuaciones (y en particular de la providencia de 27 de septiembre de 2004) resulta que el Juzgado de 1.ª Instancia no llegó en ningún momento a acordar la práctica de la prueba biológica de paternidad solicitada por otrosí en su demanda por los actores —petición reiterada por éstos en el juicio oral y de nuevo denegada por el Juzgado—, por lo que en el presente caso no cabe hablar de «pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial» (STC 95/1999, FJ 2), pese a la cual la Sentencia de instancia, confirmada por la Sentencia de apelación, considera acreditada la filiación paterna extramatrimonial reclamada por la negativa infundada del demandado a someterse a la prueba de paternidad, unida a la existencia de otras pruebas indiciarias de las que los órganos judiciales infieren la existencia de relaciones sexuales entre el recurrente en amparo y la madre de los actores en la época en la que tuvo lugar la concepción de éstos.

La lógica del razonamiento judicial quiebra totalmente, vulnerando así el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, desde el momento de que se parte de la premisa de la negativa injustificada de éste a someterse a la prueba biológica de paternidad, cuando tal negativa sólo puede desplegar efectos jurídicos de conformidad

con la citada doctrina constitucional (y del tenor del artículo 767.4 de la LEC) cuando el órgano judicial haya acordado la admisión y práctica de la prueba en el proceso, lo que, como ha quedado expuesto, no acontece en el presente caso, pues el Juzgado acordó no haber lugar a la práctica de dicha prueba (que tampoco fue acordada en apelación).

Y no cabe argüir frente a lo anteriormente expuesto —como se hace por el Ministerio Fiscal— que la oposición del recurrente en amparo al contestar la demanda a que se admitiese y practicara la prueba de paternidad solicitada por los actores tiene el mismo valor que si, admitida y acordada la práctica de la prueba, el recurrente se hubiese negado a su realización. Acordar el recibimiento del proceso a prueba y determinar qué medios de prueba se admiten y se deben practicar, por ser pertinentes para la resolución del proceso, es una potestad exclusivamente jurisdiccional. Por tanto, si la prueba biológica de paternidad, solicitada en tiempo y forma por la parte demandante en el proceso de reclamación de filiación, no es acordada por el órgano judicial, no cabe hablar de negativa de la parte demandada a someterse a la práctica de la prueba en cuestión, por más que inicialmente esta parte, al contestar la demanda, haya mostrado su postura contraria a la admisión y práctica de dicha prueba.

Hemos de recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, 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; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3 y 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2, entre otras muchas).

En definitiva, en aplicación de esta doctrina debemos concluir que en el presente caso la respuesta judicial, construida sobre la premisa lógica de una negativa injustificada del demandado en el

proceso *a quo* a someterse a la prueba biológica de paternidad, pese a que tal prueba no llegó a ser formalmente acordada por los órganos judiciales en ningún momento, resulta irrazonable y, por tanto, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente. Ello conduce al otorgamiento del amparo solicitado, con declaración de nulidad de las Sentencias impugnadas y reposición de actuaciones al momento de dictarse Sentencia en primera instancia, a fin de que el Juzgado, sin tener en cuenta la negativa del recurrente en amparo a someterse a la prueba de paternidad —por no haber sido acordada tal prueba en el proceso—, dicte la Sentencia que proceda a la vista de las pruebas practicadas.

3. Voto particular formulado por el Magistrado don Pablo Pérez Tremps.

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros de Sala debo manifestar mi discrepancia con la fundamentación de la Sentencia y, en consecuencia, con el fallo al que se llega.

La mayoría de la Sala fundamenta la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en que resulta irrazonable utilizar la negativa del recurrente a someterse a la prueba biológica como premisa para alcanzar la convicción sobre su paternidad, cuando dicha prueba no llegó a acordarse judicialmente. Comparto con la mayoría que el análisis de constitucionalidad adecuado, al referirse a una cuestión de valoración probatoria, debe ser el que no se haya incurrido en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. Discrepo, sin embargo, del proceso argumental para llegar a la conclusión de que la decisión judicial resulta irrazonable.

La jurisprudencia de este Tribunal sobre la prueba de paternidad tiene el alcance de hacer posible que los órganos judiciales valoren, en el contexto de la actividad probatoria desarrollada, la conducta de la parte renuente al sometimiento a dicha prueba como un elemento indiciario más respecto de la paternidad controvertida. De ello no cabe derivar, como defiende la mayoría, que constitucionalmente deba rechazarse la posibilidad de valorar cualquier otra conducta o estrategia procesal que no parta de la base de que el órgano judicial hubiera acordado formalmente la práctica de la prueba. En efecto, el juicio sobre la razonabilidad de la valoración judicial de la conducta procesal de una de las partes debe depender exclusivamente, tal como ya ha reiterado este Tribunal, de que en el proceso argumental no se parta de premisas inexistentes o patentemente erróneas o se siga un desarrollo argumental que incurra en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no puedan considerarse basadas en ninguna de las

razones aducidas (por todas, STC 104/2006, de 3 de abril, FJ 7).

La proyección de esta jurisprudencia al presente caso debiera haber llevado, como defendí en la deliberación y venía interesando el Ministerio Fiscal, a la desestimación del recurso de amparo. En las actuaciones se constata, y así se resume en los antecedentes, que el recurrente se opuso a que se acordara la práctica de la prueba biológica solicitada argumentando en su escrito de contestación y en el recurso de apelación la falta de verosimilitud de la paternidad reclamada y el grave perjuicio moral y al honor que se le irrogaría. En definitiva, como señaló la Sentencia de apelación recurrida, «se ha producido una negativa del demandado a someterse a la prueba de paternidad» (fundamento de Derecho 4).

En este contexto procesal, que las resoluciones judiciales, entre otras diversas pruebas testificales y documentales, valoraran la conducta del recurrente como un elemento a la hora de motivar la convicción sobre su paternidad no matrimonial no cabe ser tachada de irrazonable, sino más bien todo lo contrario. Ciertamente, es indubitado que no se acordó judicialmente la práctica de esta prueba

biológica y, por tanto, que, en propiedad, no cabe hablar de «oposición a su práctica», sino de «oposición a que se acordara la prueba». Ahora bien, sin necesidad de valorar la corrección procesal, desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, de la decisión judicial adoptada sobre la práctica de la prueba –que en ningún caso supondría para el recurrente una lesión materialmente relevante del artículo 24.2 CE–, lo que resulta relevante destacar desde la perspectiva del control constitucional que compete ejercer a este Tribunal es lo siguiente: no puede afirmarse que suponga utilizar premisas inexistentes o que incurra en quiebras lógicas el proceso argumental utilizado en las resoluciones impugnadas, tomando como premisas, por un lado, la circunstancia perfectamente acreditada en las actuaciones de que el recurrente mantenía la estrategia procesal, libremente asumida, de oponerse a que se acordara la práctica de una prueba biológica de paternidad y, por otro, una jurisprudencia que guarda una indudable identidad de razón, como es la referida a la negativa injustificada a la práctica de dicha prueba. Ello debería haber bastado para negar la vulneración aducida del artículo 24.1 CE y desestimar este recurso de amparo. En Madrid, a veintitrés de julio de dos mil siete.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Desestimación de la demanda solicitando una indemnización por enriquecimiento injusto planteada por la esposa, casada en régimen de separación de bienes, al no concurrir los requisitos para tal reconocimiento, debiendo significarse que no solicitó pensión compensatoria en el procedimiento de separación y divorcio y que, por razón de la fecha en que se tramitó el divorcio, no era aplicable el antiguo artículo 23 de la Compilación (hoy artículo 41 del CF).

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Juana y don Benjamín contrajeron matrimonio el 30 de agosto de 1968; su régimen económico matrimonial era el de separación de bienes, por aplicación de la Compilación de Derecho Civil de Catalunya de 1960 (CDCC). Obtuvieron la separación en 1991 y, a instancias del marido, se decretó el divorcio el 8 de septiembre de 1994; en esta sentencia se atribuyó el uso del domicilio conyugal a la esposa, sin otros pronunciamientos.
- ⦿ Durante el matrimonio, don Benjamín había constituido la sociedad patrimonial ANATO, SA, a la que había atribuido los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio; los socios eran el propio don Benjamín y su madre, quedando don Benjamín como socio único al fallecimiento de ésta.
- ⦿ Doña Juana interpuso demanda de menor cuantía contra don Benjamín solicitando que se dictase sentencia acordando lo siguiente: a) Declarar que procede una indemnización a favor de doña Juana por enriquecimiento injusto a cargo de don Benjamín, cuya cuantía deberá ser determinada en ejecución de sentencia y será equivalente a la mitad del valor de los bienes que constituyen el patrimonio conyugal, que figuran inscritos a favor de la compañía ANATO, SA, y que constan relacionados en los hechos noveno y décimo de este escrito, cuyo valor deberá ser determinado con relación a la fecha de la sentencia de separación de los cónyuges, 5 de junio de 1991. b) Imponer al demandado el pago de las costas causadas».
- ⦿ Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de don Benjamín como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... y en su día dictar Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda formulada de adverso, con expresa imposición de costas a la actora, por preceptivo legal así como por su manifiesta temeridad y mala fe».
- ⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 38 de Barcelona dictó Sentencia el 15 de julio de 1997 desestimando la demanda. El Juzgado declaró que en el litigio en cuestión no se podía aplicar el artículo 23 CDCC en la redacción dada por la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, porque aunque el artículo 23 entró en vigor el 10 de octubre de 1993, sólo se aplicaba a los procedimientos de divorcio iniciados antes de su entrada en vigor, según la DF única de la mencionada ley, extremo este en el que ya

estaban de acuerdo los litigantes. A continuación, consideró como no probadas las alegaciones de la actora, por lo que se excluyó el enriquecimiento y entendió que no se había producido ninguna traslación patrimonial no jurídicamente motivada.

- ⦿ En grado de apelación, la Sec. II.^a de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 13 de octubre de 1999 desestimando el recurso.
- ⦿ Doña Juana interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Doña Juana ejercitó contra el que fue su marido una acción por enriquecimiento sin causa, por entender que el patrimonio de que éste gozaba había sido conseguido con la ayuda del trabajo personal de la esposa y con inversión de patrimonio familiar; que este desequilibrio económico había producido un enriquecimiento injusto del marido y un consiguiente empobrecimiento de la actora, por lo que pedía una indemnización, que cifraba en la mitad de los bienes adquiridos por el marido constante matrimonio.

La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado, considerando que al no haber pedido la ahora recurrente pensión compensatoria, lo que reclamaba era equivalente a la pensión y siendo lo decidido en los procedimientos matrimoniales cosa juzgada para la actora, debía confirmarse la desestimación de la demanda. Contra esta sentencia se formula el presente recurso de casación.

El litigio planteado en el que se pide la indemnización de la esposa por el enriquecimiento sin causa experimentado por el marido como consecuencia de la falta de compensaciones que se produce en el régimen de separación de bienes catalán, debe entenderse a partir de la reforma de la liquidación de dicho régimen realizada por la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, del Parlamento de Catalunya, en la que se modificaba el antiguo artículo 23 CDCC (hoy artículo 41 del Código de Familia) y se establecía que el cónyuge «que sin retribución o con retribución insuficiente, se haya dedicado al hogar o haya trabajado para el otro cónyuge tendrá derecho a percibir del mismo, cuando se extinga el régimen por separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio, una compensación económica, si por razón de dicho defecto retributivo se ha generado una situación de desigualdad entre su patrimonio y el del otro cónyuge». Esta regla, sin embargo, no podía aplicarse a aquellos procedimientos de divorcio iniciados antes de la entrada en vigor del mencionado artículo, que es lo que ocurrió en el caso objeto del presente litigio, por lo que la esposa

divorciada presentó una demanda en base al principio que se entiende recogido en el mencionado artículo 23 CDCC y el actual artículo 41 del Código de Familia, es decir, el enriquecimiento sin causa. De este modo, se pretende por una vía oblicua, que se aplique al régimen de bienes del matrimonio Juana-Benjamín, lo que no se puede conseguir por la vía legal.

Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ denuncia la infracción de los artículos 24.1 y 14 CE. Explica la recurrente en este motivo que se ha visto obligada a presentarlo porque se ha producido una desigualdad sobre la forma de liquidar su matrimonio dado que los anteriores a la reforma de la Compilación del Derecho civil de Catalunya en 1993 no tenían ningún derecho a una compensación, mientras que los litigios posteriores a la entrada en vigor de dicha reforma se han visto, por así decirlo, favorecidos con una norma que permite al cónyuge perjudicado obtener una compensación a costa de los bienes del otro cónyuge, cuando han concurrido las condiciones previstas en dicha disposición, es decir, colaboración en las actividades del otro cónyuge que le han permitido adquirir un patrimonio del que se ha visto privado el cónyuge colaborador sin retribución o con retribución insuficiente o que se ha limitado a tener cuidado de la casa.

En primer lugar debe decirse que esta cuestión planteada en el séptimo motivo aparece por primera vez en el recurso de casación, por lo que debe ser considerada cuestión nueva y, en consecuencia, excluida del mencionado recurso (Sentencias de 25 mayo y 28 julio 2006, por no citar más algunas de las más recientes). Sin embargo, por tratarse de una argumentación sobre derechos fundamentales, esta Sala considera que se debe examinar su contenido.

La recurrente entiende que lesiona el derecho a la igualdad la regulación anterior aplicable a su matrimonio establecida en la Compilación catalana de 1960 en comparación con la regulación nueva, establecida en 1993. Esta desigualdad, sin embargo,

proviene de la diferente regla de liquidación prevista para el régimen de separación de bienes en las dos normativas y, en consecuencia, se trataría, en su caso y de existir, de una desigualdad que tiene un origen legal, de manera que para ello deberían haberse utilizado otras vías constitucionales, como el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional durante el procedimiento, cosa que no se ha hecho. Está vetado a este Tribunal entrar a examinar lo que ahora nos pide la recurrente porque dado el origen de la pretendida lesión de su derecho a la igualdad, la ley, no podría ser nunca objeto de recurso de amparo, según se establece en el artículo 53.2 CE, ya que lo único procedente hubiera sido la declaración de inconstitucionalidad de la ley aplicable a su matrimonio y ello no se ha pedido en este procedimiento, en que no se ha planteado ninguna cuestión de inconstitucionalidad porque tampoco ha sido éste el objeto del proceso. A ello debemos añadir que la diferente regulación de un régimen económico matrimonial no ocasiona ningún perjuicio a la recurrente, ya que la compensación establecida en el artículo 23 CDCC no era automática, sino que venía condicionada al cumplimiento de los requisitos que en él se establecían, por lo que hubiera debido probarse en el correspondiente procedimiento que concurrían para tener derecho a esta compensación, lo que, como veremos, tampoco ha tenido lugar en el presente litigio, en que no se ha conseguido probar que exista el pretendido enriquecimiento injusto. Por las anteriores razones, debe desestimarse el séptimo motivo del recurso.

Los motivos cuarto, quinto y sexto se examinan por el Tribunal Supremo conjuntamente porque presentan argumentos muy similares en relación al punto central del litigio, es decir el relativo al derecho a una compensación por enriquecimiento sin causa. El motivo cuarto, al amparo del artículo 1692.4.º de la LEC, denuncia la infracción del artículo 97 CC, así como del principio del enriquecimiento injusto, impugnaciones que se vuelven a repetir, en base a distintos argumentos, en el motivo quinto, también al amparo del artículo 1692.4.º LEC, denunciando en este caso la infracción del entonces vigente artículo 1252 CC, sobre cosa juzgada, ya que entiende la recurrente que no es cierta la afirmación de la Sala de instancia que entiende que al no haber pedido pensión compensatoria en los procedimientos matrimoniales y tener la misma razón de ser la pensión y la indemnización por enriquecimiento sin causa pretendida en este procedimiento, se aplicó la excepción, por entender el Tribunal sentenciador que ambas instituciones obedecen a los mismos principios. Y finalmente, el motivo sexto ataca esta misma consideración por lesión del artículo 359 de la LEC, ya que existe incongruencia al no haberse pedido en la demanda

origen de este pleito la pensión compensatoria y haberse decidido con base a la misma.

La recurrente confunde en estos motivos los razonamientos de la Sala de instancia, con el fallo, que es lo único recurrible en casación. Por ello, y por los argumentos que se exponen a continuación, deben desestimarse de estos motivos:

1.º La Sala sentenciadora no denegó la indemnización por enriquecimiento injusto por concurrir cosa juzgada, al no haber pedido la pensión compensatoria en los anteriores procedimientos matrimoniales y pedir ahora una compensación por enriquecimiento que según la sentencia recurrida, tiene una semejanza evidente con la pensión. En realidad, en el Fundamento segundo la Sala sentenciadora dice claramente, después de estudiar los requisitos que esta Sala ha establecido para que pueda reconocerse la concurrencia de enriquecimiento sin causa que, «ninguna de cuyas causas se dan en el presente caso, como muy bien señala el juez *a quo*, pues la actora no ha demostrado que los bienes inmuebles de la mercantil ANATO, SA, de la que es único titular el demandado, adquiridos constante matrimonio de los litigantes en régimen de separación de bienes, hayan sido adquiridos como patrimonio familiar, deduciéndose de la prueba en autos, que fueron adquiridos con bienes propios del marido adquiridos por herencia». Éste es el argumento principal al que se añade un segundo, no demasiado afortunado, que se formula con relación a la denegación por parte del juez que dictó la sentencia de separación, sobre pensión compensatoria. Sin embargo, este segundo argumento no es determinante de la decisión, que se basa fundamentalmente, en la falta de la prueba de la concurrencia del enriquecimiento.

2.º Debe recordarse aquí la jurisprudencia ya aludida de acuerdo con la cual el recurso de casación se da contra el fallo de la sentencia y no contra los argumentos o las consideraciones hechas a mayor abundamiento (Sentencias de 20 febrero 2002, 29 abril 2003, 15 octubre 2004), señalando la de 14 febrero 2002 que si bien puede proceder un recurso de casación contra argumentos que fueran fundamento del fallo, ello tampoco haría prosperar el motivo, cuando haya de mantenerse la parte dispositiva de la sentencia por otros fundamentos jurídicos. Y ello es lo que ha ocurrido en el presente recurso, porque además de no ser el fundamento del fallo denegatorio los argumentos atacados por la recurrente, como ya se ha visto en la transcripción del Fundamento segundo de la sentencia recurrida, como se argumentará a continuación el fallo debe mantenerse en virtud del principio de equivalencia de resultados.

Pero aunque a efectos dialécticos se pudiera admitir que la sentencia recurrida ha incurrido en un error al declarar que la petición de doña Juana

debía tener la consideración de cosa juzgada, al haber sido decidido ya en los anteriores pleitos matrimoniales (separación y divorcio) que no tenía derecho a la pensión compensatoria, esta Sala debe también rechazar estos motivos en virtud de la doctrina de la equivalencia de los resultados, porque «no cabe estimar un motivo cuando haya de mantenerse el fallo de la sentencia que se recurre aunque sea aplicando otros fundamentos jurídicos distintos de los que se tuvo en cuenta» en la sentencia recurrida (Sentencias de 14 de febrero de 2002,

14 de mayo de 2004 y 28 de julio de 2006, entre muchas otras).

Efectivamente, como ya se ha dicho en el anterior Fundamento, las razones para la exclusión del enriquecimiento sin causa fueron la falta de prueba de su concurrencia y aunque admitiéramos los motivos quinto y sexto, el resultado debería ser el mismo, al no haberse probado que se hubiera producido tal enriquecimiento, por lo que no procede la admisión de los mismos en virtud de la doctrina antes expresada.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La resolución judicial que aprobó las operaciones particionales de la masa ganancial sin oposición del esposo –por haberse declarado improcedente, por extemporánea, la oposición de éste al inventario formado por el contador– no produce efecto de cosa juzgada, en su sentido negativo, respecto del posterior juicio que tiene por objeto, entre otras pretensiones, la declaración de propiedad de aquellos bienes que se adjudicaron a la esposa en ejecución de tales operaciones particionales, respecto de los que el actor afirma su titularidad privativa.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2007

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

ANÁLISIS DEL CASO

● En ejecución de sentencia firme de separación matrimonial, que declaró la disolución de la sociedad de gananciales constituida a resultas de la unión conyugal de don José Luis y doña Laura, se promovió la liquidación de dicha sociedad y la adjudicación a los cónyuges de los bienes y derechos que la formaban, las cuales, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1410 del Código Civil, se llevaron a cabo conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la partición y liquidación de la herencia. En el curso de dicho incidente de ejecución, el administrador y contador partidor designado presentó, con fecha 5 de octubre de 1994, inventario de bienes, que se puso de manifiesto a las partes a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1079 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No habiéndose formulado oposición, se convocó a las partes a una comparecencia a fin de llevar a cabo la adjudicación de los bienes y derechos del acervo ganancial. Don José Luis formuló oposición al inventario por entender que en él se habían incluido bienes cuya titularidad privativa le correspondía, oposición que fue, sin embargo, inadmitida, al reputarla el Juez de 1.ª Instancia extemporánea. Seguidamente, se dictó Auto de aprobación de las operaciones divisorias, que fue recurrido en apelación por el esposo, y cuyo recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial, mediante el Auto, antes reseñado, de 20 de mayo de 1996, que confirmó íntegramente la resolución del Juzgado, en razón a la extemporaneidad de la oposición a las operaciones divisorias realizadas por el contador, que habían sido puestas de manifiesto a las partes en la Secretaría del Juzgado por término de ocho días, sin que en dicho plazo hubiera mediado oposición de alguno de los contendientes.

⊙ Don José Luis, doña Gabriela, doña María Antonieta, doña Frida y doña María Teresa interpusieron demanda de menor cuantía contra doña Laura (ex esposa de don José Luis), solicitando que se dicte sentencia por la que se declare: «A) Que don José Luis, doña Gabriela, doña María Antonieta, doña Frida y doña María Teresa, son dueños respectivamente y en pleno dominio y a título hereditario, como causahabientes de sus padres don Ismael y doña María Luz, ya fallecidos, de las denominadas “Cocheras de Chinchorro”, descritas en la parte expositiva de esta demanda, con fachada principal a Carretera Badolatos-Corcoya y Badolatos-Esteba y que se corresponden con las fincas registrales números NÚMooo y NÚMoor. B) Que don José Luis, doña Gabriela, doña María Antonieta, doña Frida y doña María Teresa son dueños en pleno dominio por quintas partes indivisas de la tercera de las dichas cocheras, al mismo lugar, descrita en aquel “Lote Número Uno”, como de superficie 194,00 m², con acceso a C/ de entrada al Pueblo, cuya inscripción registral no consta. C) Que los hermanos Frida, María Antonieta, José Luis, María Teresa, y Gabriela son dueños en pleno dominio, por quintas partes indivisas y por igual título hereditario a la sucesión de su padre don Ismael, del tractor EBRO CO-00-300-VE, así como de su remolque y aperos. IV.– Que don José Luis es dueño, por el título hereditario a la sucesión de sus padres, del edificio núm. 58 de Avda. de Cuba de Badolatos; y D) Improcedente la inclusión de los bienes antes relacionados en el “Lote Número Uno” de los formados a la liquidación de la sociedad conyugal de los esposos don José Luis y doña Laura, según se relacionan en Autos núm. 22/1993 de los tramitados en este Juzgado y, en consecuencia, no ajustada a derecho la adjudicación a la esposa demandada Sra. Laura de los expresados bienes, así como la inscripción registral a su favor también decretada en los mismos Autos, inscripción esta que de haberse producido deberá cancelarse y, en consecuencia, condene a la demandada Sra. Laura : 1.º A estar y pasar por las dichas declaraciones. 2.º A devolver los dichos bienes así adjudicados dando posesión de ellos a mis mandantes don José Luis en cuanto a la “Cochera de Chinchorro” (finca registral núm. NÚMooo). A doña Gabriela en cuanto a la “Cochera de Chinchorro” (finca registral núm. NÚMoor). Don José Luis, doña Gabriela, doña María Antonieta, doña Frida y doña María Teresa, en cuanto a la tercera de las cocheras, cuya inscripción registral no consta y reseñada en el Lote núm. Uno, y diligencia de ocupación como de superficie 194 m² en Calle de entrada al pueblo. Don José Luis, doña Gabriela, doña María Antonieta, doña Frida y doña María Teresa en cuanto al tractor EBRO CO-00.300-VE con su remolque y aperos-accesorios, igualmente adjudicados a la demandada, y a mi constituyente don José Luis del referido edificio en Avda. de Cuba núm. 82 de Badolatos, del que también se ha hecho mérito».

⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de doña Laura se contestó a la misma, suplicando al Juzgado, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dicte sentencia por la que, desestimando la demanda, absuelva a la demandada de todas sus pretensiones, imponiendo las costas a los actores, por ser de Justicia que pido».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de los de Esteba dictó Sentencia el 17 de marzo de 1999 estimando parcialmente la demanda declarando la titularidad dominical a favor de don José Luis respecto a la finca registral núm. NÚMooo denominada cochera «Chinchorro» así como respecto a la finca registral núm. NÚMoor referida a la casa de la Avda. de Cuba núm. 58, ambas inscritas en el Registro de la Propiedad de Esteba y sitas en la localidad de Badolatos. La titularidad dominical a favor de doña Gabriela respecto a la finca registral núm. NÚMoor inscrita en el Registro de la propiedad de Esteba, denominada cochera de «Chinchorro», sita en Badolatos. La cotitularidad dominical a favor de los codemandantes respecto a la tercera cochera tercera –sic– de «Chinchorro», de 194 m² de cabida ubicada en Badolatos y acceso a calle de entrada al pueblo, unida a las dos cocheras ya identificadas. Debiendo estar y pasar la demandada por tales declaraciones, quien entregará los bienes referidos a los demandantes, dando posesión de ellos una vez firme la presente sentencia, expídase

mandamiento al Registro de la Propiedad de Estepa para la cancelación de las inscripciones registrales a favor de doña Laura, respecto a los bienes identificados en el fallo de la presente resolución.

◉ En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 28 de octubre de 1999 estimando en parte el recurso interpuesto por doña Laura y revocando la sentencia de instancia en el particular de excluir la titularidad dominical del inmueble de Plaza de Cuba núm. 58 y de la cochera finca registral NÚMooo de don José Luis, manteniendo los demás pronunciamientos, sin hacer expresa condena de las costas del recurso.

◉ Don José Luis interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia dicada por el Juzgado de 1.^a Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente promovió, junto con sus hermanas, juicio de menor cuantía en el ejercicio de una acción declarativa de dominio sobre los diversos bienes que se reseñaban en el escrito de demanda, como presupuesto de la declaración de la improcedencia de incluir los bienes, cuyo dominio en favor de aquél se reclamaba en el lote atribuido a su esposa, aquí demandada, en la liquidación de la sociedad conyugal formada con ella, y, en consecuencia, como presupuesto de la declaración de no ser ajustada a derecho la adjudicación a ésta de los señalados bienes, como tampoco la inscripción registral efectuada a su favor. Solicitó también la correspondiente condena de la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a devolver al recurrente los bienes de su propiedad.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, y, entre otros pronunciamientos, y tras declarar el dominio de la parte actora sobre los bienes cuya titularidad dominical reclamaba, condenó a la demandada a hacer entrega de la posesión de los mismos.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada y, revocando en parte la de primera instancia, excluyó de la declaración dominical contenida en ella dos inmuebles cuya titularidad reclamaba el ahora recurrente, José Luis, al apreciar los efectos de la cosa juzgada derivados de la resolución recaída en el incidente de liquidación y adjudicación de los bienes integrantes de la sociedad de gananciales, que fue disuelta por sentencia firme de separación matrimonial, incidente que fue promovido en ejecución de dicha sentencia firme de separación, resuelto por Auto de 15 de diciembre de 1994, confirmado por Auto de la Audiencia

Provincial de Sevilla (Sección Sexta), de 20 de mayo de 1996.

Argumenta la sentencia de segunda instancia —en lo que resulta de interés para resolver el presente recurso, habida cuenta del objeto de la denuncia casacional que constituye el motivo de impugnación— que en aquel incidente los bienes, cuya declaración de dominio pretende el ahora recurrente, se reputaron gananciales sin la oposición de éste y, por lo tanto, sin que pueda dilucidarse o plantearse de nuevo dicha cuestión, que constituye el objeto de la acción ejercitada en el presente proceso. El actor, aquí recurrente, viene a pedir, por tanto, una declaración de propiedad de esos bienes que ya fue objeto de pronunciamiento en el incidente que los consideró gananciales, lo que —en el parecer de la Audiencia— sería, sin duda, volver a decidir sobre la naturaleza de los bienes, estando prohibido el examen y la subsiguiente decisión sobre tal particular por virtud del efecto de cosa juzgada propio de aquella resolución.

En el único motivo del actual recurso de casación con base en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia, pues, el recurrente la infracción acaecida, según su opinión, en la sentencia recurrida del artículo 1252 del Código Civil y de la jurisprudencia que se refiere al efecto impositivo o excluyente de la cosa juzgada material, en su sentido negativo, al haber atribuido la Audiencia Provincial indebidamente dicho efecto a la resolución judicial que aprobó la liquidación y la adjudicación de los bienes que formaron parte del acervo ganancial —disuelto por la sentencia firme de separación matrimonial—, cuando aquella decisión judicial no producía respecto de este proceso el señalado efecto de cosa juzgada y no impedía, en consecuencia, el examen y la decisión

sobre la acción declarativa de dominio de los bienes controvertidos y que fueron adjudicados a la esposa en el previo incidente liquidatorio de la sociedad conyugal.

Con base en tales antecedentes, la cuestión que se somete al análisis y decisión de esta Sala consiste en determinar si la resolución judicial que aprobó las operaciones particionales de la masa ganancial sin oposición del esposo —por haberse declarado improcedente, por extemporánea, la oposición de éste al inventario formado por el contador— produce efecto de cosa juzgada, en su sentido negativo, respecto del posterior juicio que tiene por objeto, entre otras pretensiones, la declaración de propiedad de aquellos bienes que se adjudicaron a la esposa en ejecución de tales operaciones particionales, respecto de los que el actor afirma su titularidad privativa. Se trata, como se ve, de dilucidar si la firmeza de aquella previa resolución impide, atendido el objeto sobre la que versa, los sujetos a los que afecta y la causa de pedir en que se fundamenta, resolver sobre una pretensión de declaración del dominio de bienes comprendidos en la liquidación de la sociedad conyugal y adjudicados por virtud de aquélla, por carecer del carácter ganancial que le fue atribuido, lo que, en definitiva, constituye una declaración dominical que opera como presupuesto o antecedente lógico de la modificación del inventario y de la adjudicación de los bienes que formaron en su día la masa ganancial.

La respuesta que debe darse a dicha cuestión difiere de la que se contiene en la sentencia recurrida, cuyos argumentos no pueden ser acogidos, lo que tiene como consecuencia que —ya se ha anticipado— haya de estimarse el motivo de impugnación y casarse la sentencia recurrida. La Audiencia Provincial ha anudado al Auto aprobatorio de las operaciones divisorias el efecto de cosa juzgada respecto de la acción ejercitada en el presente proceso, y semejante conclusión —que, sin duda, busca su apoyo en las consecuencias derivadas del efecto preclusivo anudado al transcurso del plazo establecido en el artículo 1084, en relación con el artículo 1079, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para oponerse a las operaciones particionales— no se acomoda a la doctrina jurisprudencial de esta Sala relativa a los efectos de las resoluciones judiciales que aprueban las operaciones divisorias frente a los eventuales procesos declarativos en los que se ejerciten acciones rescisorias, de nulidad, de ampliación o de modificación de tales operaciones. La Sentencia de 22 de junio de 2001 se hace eco de la doctrina sentada en las anteriores Sentencias de 7 de febrero de 1969, 27 de mayo de 1998 y 27 de octubre de 2000, conforme a la cual la aprobación judicial de la partición hecha en juicio de testamentaría —a cuyas normas remite, no se olvide, el

artículo 1410 del Código Civil, cuando se trata de la liquidación de la sociedad de gananciales— no tiene la autoridad de cosa juzgada.

Dicha doctrina jurisprudencial se expresa en los siguientes términos: «CONSIDERANDO.—Que la finalidad del juicio de testamentaría radica en la práctica de la partición, cuya aprobación por los interesados no es esencial, dado que ante el silencio de éstos, con la pérdida del trámite procesal de impugnación, tiene el juzgador el imperioso deber de aprobarlas —Sentencia de 18 junio de 1928—, pero esta aprobación judicial no varía la naturaleza del acto particional, y es sólo el medio de poner fin al proceso de testamentaría cuando los interesados no impugnan dichas operaciones o las consienten, por lo que tal aprobación judicial no puede impedir que los coherederos, al amparo del artículo 1073 del CC, soliciten su rescisión, dado que el precepto expresa “las particiones”, sin distinguir de entre las varias clases de las mismas, y ello es así porque, como declaran las Sentencias de 30 de enero de 1951 y 16 de noviembre de 1955, la acción impugnativa a que se refieren los artículos 1086 y 1088 de la LEC versa sobre partición en proyecto, cual lo califica el artículo 1083 de dicha Ley, mientras que la acción prevista en el 1074 del CC actúa sobre partición ya efectuada, la que, como negocio jurídico, puede adolecer de vicios o imperfecciones que la aprobación judicial no puede subsanar, y que son susceptibles de dar origen a su impugnación e ineficacia, no sólo por las mismas causas por las que se rescinden las obligaciones (artículo 1073), sino también como causa especial, por la lesión en más de la cuarta parte que preceptúa el artículo 1074, rescisión por lesión aplicable a todas las operaciones particionales, sin más excepciones que las señaladas en los artículos 1075 —cuando la partición la hace el mismo testador— y 1078 del CC —cuando el adjudicatario ha enajenado los bienes adjudicados—. CONSIDERANDO.—Que, por lo expuesto, la partición aprobada judicialmente no tiene el carácter de cosa juzgada y es susceptible de ser impugnada por los en ella perjudicados, ejercitando las acciones pertinentes, bien sean de nulidad, de rescisión o de modificación o complemento, pues así como las operaciones particionales, una vez concluidas por convenio unánime de todos los herederos, pueden ser impugnadas posteriormente por diversas causas, según declara la Sentencia de 29 de marzo de 1958, en las aprobadas judicialmente cabe la misma impugnación, tanto los interesados manifiesten su conformidad, pues ésta no puede purgar los vicios de consentimiento y la lesión se reputa como tal, como si dejan transcurrir el término sin hacer oposición, que son los dos supuestos a que se refiere el artículo 1081 de la Ley Procesal, dado que este silencio y pérdida del

trámite para impugnar la partición, no revela conformidad con la misma ni impide el juicio declarativo correspondiente, según afirma la Sentencia de 3 de diciembre de 1928».

La doctrina expuesta se recoge también en las Sentencias de 27 de mayo de 1998 y 27 de octubre de 2000, si bien en esta última se precisa que ha de reconocerse el efecto de cosa juzgada a las sentencias que resuelvan los procedimientos promovidos, con carácter incidental, de conformidad con lo previsto en el artículo 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siempre, claro está, con relación a las cuestiones que conforman su objeto.

La misma doctrina se contiene en la Sentencia de 27 de octubre de 2000; y también se establece en la Sentencia de 1 de junio de 2005, si bien en el caso contemplado por ésta se declaró la inexistencia de los efectos de la litispendencia –estadio procesal antecedente de la cosa juzgada– entre el procedimiento de partición hereditaria y el posterior que versó sobre la propiedad de una finca y sobre el derecho a percibir el justiprecio acordado en su expropiación.

Resulta indiscutible, por lo demás, la aplicación de los criterios jurisprudenciales expuestos a los casos en que, como ocurre en el presente, se trata de la división y adjudicación de los bienes y derechos en su día integrantes del acervo ganancial, pues es consecuencia inherente a la remisión que el artículo 1410 del Código Civil hace a las normas del juicio de testamentaria. Y, desde luego, no contradice la doctrina de esta Sala conforme a la cual las sentencias que deciden los juicios que, presentando carácter incidental respecto del procedimiento universal, versan sobre la impugnación del inventario de los bienes y derechos, o sobre la inclusión o exclusión de él, o de las subsiguientes operaciones divisorias, de alguno de ellos, tienen autoridad de cosa juzgada –véanse, en este sentido, las Sentencias de 24 de febrero de 1993, 5 de julio de 1994, 21 de octubre y 15 de diciembre de 2005, entre otras–, pues el reconocimiento de dicho efecto es consustancial, primero, al hecho de mediar un proceso en el que las pretensiones que integran su objeto han sido examinadas con plenitud y resueltas en el marco de un procedimiento contradictorio, desarrollado también con plenitud de alegación y prueba, cosa que no cabe decir de los casos en que, sin mediar oposición, se aprueban judicialmente las operaciones divisorias; y después, a la presencia de las tres identidades, subjetiva, objetiva y causal, en torno a las cuales se construye el instituto jurídico de la cosa juzgada.

Y, en fin, no cabe desconocer que, aun cuando no resulta aplicable por razones temporales –lo que no ha de impedir atribuir al precepto un cierto carácter de referente hermenéutico, en la medida en que se considere tributario de las orientaciones jurisprudenciales y doctrinales al respecto–, el artículo 787.5 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, al que remite el artículo 810.5 de la misma Ley, dispone que la sentencia que recaiga en el juicio verbal a que aboca la oposición de los interesados, respecto de las operaciones divisorias, no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo éstos hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda.

La estimación del único motivo del recurso tiene como consecuencia que esta Sala asuma la instancia y examine la procedencia de la pretensión declarativa de dominio que, con fundamento en el efecto impeditivo de la cosa juzgada, no fue acogida por la Audiencia Provincial, la cual recae sobre la cochera, identificada como finca registral número NÚM000, y sobre el inmueble sito en la Avenida de Cuba, número 58, ambos de la localidad de Badolatos. Al respecto, no cabe sino confirmar el pronunciamiento declarativo y de condena contenido en la sentencia de primera instancia sobre tales bienes, y, consecuentemente, declarar la titularidad dominical privativa del recurrente sobre los mismos, y condenar a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a entregar los bienes al demandante recurrente, poniéndole en posesión de ellos, con los demás pronunciamientos relativos a la cancelación de las inscripciones registrales en favor de la demandada; todo ello, por considerar acreditado tanto el título de dominio, como el carácter privativo de los inmuebles y la identificación de las fincas, a la vista, por un lado, y en punto a la titularidad privativa de los bienes, de lo que resulta de las escrituras de partición y adjudicación hereditaria de donde deriva el derecho reclamado, de la admisión de hechos de la demandada en el previo proceso de separación matrimonial y de la prueba de confesión judicial del mismo en el procedimiento del que trae causa este recurso, así como de los recibos acreditativos de la realización de las obras de construcción del referido inmueble a expensas del recurrente, y del documento manuscrito por la demandada en reconocimiento de la propiedad de la casa situada en dicha localización; y, por otra parte, y respecto de la identificación de los inmuebles, a la vista de lo que resulta asimismo del cuaderno particional, de la prueba de reconocimiento judicial, y del propio reconocimiento de hechos de la demandada.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter privativo del inmueble adquirido por el esposo durante la separación de hecho de los cónyuges y antes de que se dictase sentencia de separación judicial.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Trinidad y don Tomás contrajeron matrimonio canónico en Villanueva del Conde (Salamanca) el día 15 de enero de 1970, naciendo de tal unión un hijo y siendo el régimen económico del matrimonio el de sociedad de gananciales.
- ⊙ El domicilio conyugal se estableció primeramente en la citada localidad de Villanueva del Conde, trasladándose al poco tiempo el matrimonio a Alemania.
- ⊙ A los dos años se produjo la separación de hecho de los esposos, de tal manera que el marido conservó su residencia en Alemania, mientras que la esposa retornaba con su hijo a la citada localidad salmantina.
- ⊙ El 1 de febrero de 1974, el esposo adquirió en documento privado la finca litigiosa arriba descrita, ascendiendo el precio de la misma a 800.000 pesetas. Satisfizo el comprador al tiempo de la venta el importe de 500.000 pesetas en efectivo, al tiempo que se subrogaba en el crédito hipotecario que gravaba la totalidad de la finca, en cuanto al importe pendiente. El referido documento privado se elevó a público en fecha 12 de marzo de 1996, inscribiéndose el inmueble, como presuntivamente ganancial, a nombre de don Tomás. Al tiempo de la inscripción figuraba ya cancelado el gravamen hipotecario referido.
- ⊙ En el mes de febrero de 1990 doña Trinidad promovió ante los Juzgado de Béjar demanda de separación contra su esposo, quien, emplazado mediante edictos, fue declarado en rebeldía, recayendo finalmente Sentencia en fecha 20 de mayo de 1991 por la que, estimando en parte la demanda interpuesta, se declaraba la separación de los cónyuges con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, sin imposición de costas. Reconocía en los citados autos de separación matrimonial, la hoy recurrente, que en los 18 años siguientes a la separación de hecho no había vuelto a existir ningún tipo de convivencia, ni siquiera comunicación (correspondencia), entre los cónyuges.
- ⊙ Doña Trinidad interpuso demanda de menor cuantía contra don Tomás solicitando que se dictase sentencia decretando el inventario de los bienes que forman parte de la respectiva sociedad legal de gananciales, respecto del bien y cantidades descritas en el cuerpo de esta demanda, dejando solicitado la disolución y liquidación de la respectiva sociedad perteneciente a dicho matrimonio, por no haberse procedido con anterioridad y continuado por sus legales trámites, con expresa imposición de costas a la parte demandada.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, el demandado don Tomás contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «dicte en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo de la misma a mi mandante, con imposición a la demandante de las costas del juicio».

- ⊙ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de Béjar dictó Sentencia el 31 de enero de 2000 estimando la demanda y declarando ganancial el inmueble adquirido por el esposo.
- ⊙ En grado de apelación, la AP de Salamanca dictó Sentencia el 31 de enero de 2000 estimando el recurso interpuesto por don Tomás y declarando privativo el inmueble.
- ⊙ Doña Trinidad interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se ha discutido en estos autos la naturaleza ganancial o privativa del inmueble sito en Barcelona adquirido en documento privado de fecha 1 de febrero de 1974, constante su matrimonio, por el demandado, don Tomás. Como efecto secundario, interesaba la actora en su demanda la igual declaración de ganancialidad de las rentas que hasta el momento hubiese podido percibir el esposo por alquiler de la vivienda referida.

El Juzgador de 1.^a Instancia consideró aplicable la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1361 del Código Civil, no desvirtuada de contrario por la parte a quien en este caso perjudicaba (el esposo), y ello tras la estricta constatación de la pervivencia legal, ex artículo 1392 del Código Civil, de la sociedad de gananciales al tiempo de la adquisición de la vivienda, sin otorgar relevancia alguna al hecho acreditado de la separación *de facto* habida con carácter previo. Por contra, el órgano de apelación ha considerado privativo el inmueble de referencia al haber sido adquirido por el esposo, estando ya interrumpida la convivencia conyugal, transcurridos aproximadamente unos dos años desde la separación de hecho sin que la actora haya acreditado, por otra parte, que contribuyese al abono del precio estipulado en el contrato de compraventa.

El único motivo en que se articula el presente recurso de casación, bajo el amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considera que se han infringido los artículos 1344 y 1392 del Código Civil, en el entendimiento que se ha declarado el carácter privativo de un bien adquirido por un cónyuge, constante la sociedad legal de gananciales, sin que siquiera instase judicialmente el interesado la conclusión del régimen, conforme habilita el artículo 1393 del Código Civil. No desconoce la recurrente la jurisprudencia que atiende las situaciones de separación de hecho al objeto de excluir el fundamento de la sociedad de gananciales, si bien alega que, a tales efectos, resulta imprescindible el transcurso de un dilatado lapso temporal para poder concluir que los bienes adquiridos lo

fueron sin la cooperación del otro cónyuge y sin la utilización de ahorros gananciales.

El motivo expuesto debe ser desestimado por las razones que a continuación se exponen, esencialmente coincidentes con las esgrimidas por el tribunal *a quo*. Ciertamente, como se recoge en la sentencia de esta Sala de fecha 26 de abril de 2000, es sólida la corriente jurisprudencial que señala que «la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges», con lo que se viene a mitigar el rigor literal, que pretende de aplicación la recurrente, del número 3.º del artículo 1393 del Código Civil y ello al objeto de adaptarlo a la realidad social y al principio de la buena fe. Así, es la separación de hecho la que determina, por exclusión de la convivencia conyugal, que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos después del cese efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) seria, prolongada y demostrada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia (Sentencia de 27 de enero de 1998). Entenderlo de otro modo significaría, en efecto, un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos. Lo anterior, por otra parte, no obsta a considerar persistente la naturaleza ganancial de los bienes que tuvieran la condición de gananciales antes del inicio de la separación de hecho, cuando la sociedad estaba fundada en la convivencia (Sentencia de 18 de noviembre de 1997).

La orientación jurisprudencial arriba reflejada no puede ser mitigada ni condicionada, tal y como pretende la recurrente, en función de la duración del período de separación de hecho previo a la adquisición del bien en cuestión, siendo el único dato determinante, como sentó la Sentencia de 26

de abril de 2000, la efectiva e inequívoca voluntad de romper la convivencia conyugal, extremo este sobradamente acreditado en autos, según consideró el tribunal *a quo*, resultando tales conclusiones fácticas inmutables en esta sede. Recuérdese al respecto que la separación de hecho operada fue radical, hasta el extremo de iniciar cada cónyuge la residencia en países diferentes, sin que, según resultado de la prueba de confesión de la actora (folios 112 y siguientes de las actuaciones), se volviese a reanudar la convivencia, rompiendo incluso, pese a la existencia de un hijo en común, cualquier tipo de comunicación. Significativo a este respecto resulta también el hecho de que en la muy posterior demanda de separación judicial ninguna referencia hiciese la hoy recurrente al inmueble en cuestión.

Como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1999 el abandono del hogar, supuso *de facto* la disolución de la sociedad de gananciales. La Audiencia así lo estima, apoyándose

en la doctrina de esta Sala según la cual la separación de hecho libremente consentida destruye el fundamento de la sociedad conyugal (Sentencias de 23 de diciembre de 1992 y las que cita). La Sala comparte la aplicación de tal doctrina a este caso, en el que no existe desde el momento del abandono ninguna convivencia entre los cónyuges que pudiese dar lugar a adquisiciones gananciales. El abandono de familia no conlleva, aparte de las sanciones legales, la ilógica de que siga existiendo la sociedad de gananciales, ni pueda apoyarse esta conclusión en los artículos 1393.3.º y 1394 del Código Civil, porque respecto del primer precepto, que equipara separación de hecho y abandono de hogar, la jurisprudencia de esta Sala, atenta a la realidad social, ha dado la doctrina que antes se consignó, que en sí misma pugna con la letra del precepto, no exigiendo por tanto ninguna declaración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Nulidad de la escritura de compraventa sin que pueda considerarse que hubo una donación de bienes inmuebles simulada en la escritura de compraventa.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Juan Enrique, actuando como heredero de su fallecido hermano don Silvio, interpuso demanda de menor cuantía contra los esposos don Salvador y doña Leonor solicitando que se dictase sentencia por la que se decretase la nulidad de la compraventa celebrada entre don Silvio y los demandados, con los efectos registrales inherentes a la declaración de nulidad y, con expresa imposición de las costas del presente procedimiento a la parte demandada.
- ⊙ 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, formulando reconvenición, con el suplico de que se dictase sentencia «por la que se declare la existencia de una donación disimulada bajo el contrato de compraventa en la que concurren todos los requisitos necesarios para su eficacia y válida en cuanto simulación relativa, y, consiguientemente, se absuelva a mi mandante de las pretensiones formuladas en la demanda y se declare la inexistencia de nulidad de la escritura pública de compraventa, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante».
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de San Sebastián dictó Sentencia el 14 de octubre de 1998, desestimando la demanda y estimando la reconvenición.

- En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la AP de Guipúzcoa dictó Sentencia el 23 de diciembre de 1999 desestimando el recurso interpuesto por don Juan Enrique.
- Don Juan Enrique interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que casó la sentencia y estimó la demanda, declarando la nulidad de la compraventa, y desestimó la reconvencción.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El actor basaba su demanda en que el Sr. Salvador había sido contratado como chófer por su hermano, una vez que perdió parcialmente la visión y le era necesario, en el ejercicio de su actividad de mediador de comercio, desplazarse periódicamente a lo largo de la provincia. Debido al carácter débil de don Silvio y a sus circunstancias físicas, el Sr. Salvador fue apoderándose paulatinamente de su voluntad, hasta llegar a la intimidación. El Sr. Salvador, que únicamente tenía como ingresos los de chófer, llegó a adquirir importantes activos inmobiliarios. Además, otros de don Silvio estaban a nombre de aquél, incluso se hacía cargo de los gastos inherentes. En esa situación de gran protagonismo y fuerte intimidación (don Silvio rozaba los sesenta años, y el Sr. Salvador los treinta), dice el actor que don Silvio otorgó con fecha 9 de septiembre de 1992, a don Salvador la nuda propiedad de dos fincas urbanas, por el precio confesado de 17.500.000 pesetas. El mismo, sin embargo, fue ficticio, nada se pagó, además de que don Silvio quedó como propietario fiscalmente.

El codemandado Sr. Salvador se opuso a la demanda y formuló reconvencción, solicitando que se declarase la existencia de una donación disimulada bajo el contrato de compraventa en la que concurren todos los requisitos para su eficacia y validez en cuanto donación disimulada.

El Juzgado de 1.^a Instancia desestimó la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones aducidas en su contra. Negó que don Silvio hubiese manifestado un consentimiento por intimidación; que la escritura pública cuya validez se cuestiona ocultaba una donación; y que se había cumplido con el requisito de formal exigido por el artículo 633 CC a través de la compraventa simulada, pues ésta se otorgó mediante escritura pública.

El motivo primero del recurso acusa infracción por la sentencia recurrida del artículo 633 CC. Se fundamenta en que la misma, si bien reconoce que era falsa la causa del contrato de compraventa, afirma que ocultaba la existencia de otra –la donación–, verdadera y lícita, por lo que a tenor del artículo 1277 CC no puede darse lugar a la nulidad. Según el recurrente, el descubrimiento de la donación «no transforma la compraventa simulada en donación porque el *animus donandi* no se presume, pero es que además no es factible la conversión de un negocio

jurídico cual es la compraventa en donación, pues ésta exige unos requisitos que indudablemente no se dan en la escritura de compraventa, cual es que se haga en escritura pública de donación precisamente, al igual que la aceptación que podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante». En apoyo de su tesis cita jurisprudencia de esta Sala que ha mantenido la doctrina expuesta, así como la de autorizadas opiniones de tratadistas de Derecho Civil en la misma línea interpretativa, negadoras ambas de que una donación de inmueble pueda ocultarse bajo una escritura pública en el que se consigna un falso contrato oneroso como es la compraventa.

El motivo se estima por las razones que a continuación se exponen:

Efectivamente, esta Sala ha mantenido la doctrina en que se apoya en las Sentencias de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 20 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964, 14 de mayo de 1966, 1 de octubre de 1991, 6 de abril de 2000 y 16 de julio de 2004. Tienen unas líneas argumentativas muy semejantes, que nacen de la Sentencia de 3 de marzo de 1932; la escritura pública de compraventa no vale para cumplir el requisito del artículo 633 CC, pues no es escritura pública de donación, en la que deben expresarse tanto la voluntad de donar como la aceptación del donatario. La primera no prueba la existencia de la donación del modo y forma que exige el artículo 633; la escritura pública se otorgó para amparar un contrato nulo, sin que en la misma constase el *animus donandi*, las cargas impuestas al donatario, ni la aceptación de éste (Sentencia de 1 de diciembre de 1964); y que la aceptación del donatario no existe pues dio su consentimiento para un contrato de compra (Sentencia de 1 de octubre de 1991).

Frente a estas sentencias pueden situarse otras en las que se mantiene la posición contraria, esto es, la validez de la donación de inmuebles disimulada. Son las de 29 de enero de 1945, 16 de enero de 1956, 15 de enero de 1959, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 19 de noviembre de 1992, 21 de enero de 1993, 20 de julio de 1993, 14 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 1999. Al igual que las mencionadas en el párrafo anterior, la validez de la donación encubierta es *ratio*

del fallo. El argumento básico de esta posición es el de que si bajo el negocio simulado existe el disimulado, la forma de aquél será la propia de este último, y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio al que pertenece, cumple con el requisito formal correspondiente; que el Notario cuando autorizó la escritura pública estaba en verdad autorizando un contrato de donación (Sentencias de 9 de mayo de 1988 y 30 de septiembre de 1995).

Un tercer criterio es el de que, ante las posiciones enfrentadas sobre la cuestión, ha de resolverse ateniéndose a las circunstancias del caso (Sentencias de 19 de noviembre de 1987, 23 de septiembre de 1989, 22 de enero de 1991, 30 de diciembre de 1999, 18 de marzo de 2002 y 7 de octubre de 2004).

Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmueble que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos. El artículo 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública, no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos.

Esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El artículo 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus donandi* del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico. La tesis contraria sólo podría basarse en el principio de la libertad de forma que impera en la perfección de los contratos (artículo 1279). Pero el artículo 622 sólo ordena que las remuneratorias se sometan a las normas de la donación en lo que «excedan del valor del gravamen impuesto», es decir, aquella normativa de los contratos regiría hasta la concurrencia del gravamen. El precepto es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que por definición (artículo 619) no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles. Ciertamente que la doctrina científica ha discutido sobre el alcance de las

incompresibles palabras del legislador respecto a las remuneratorias, pero las diferentes posiciones que se propugnan no pasan de consideraciones doctrinales en modo alguno unánimes. En el terreno de la aplicación del derecho, no es posible la conjugación de los artículos 619 y 622, en otras palabras, no cabe confundir una donación remuneratoria con una donación modal. Es en ésta en la que efectivamente puede imponerse un gravamen al donatario, pero no en la remuneratoria.

Finalmente, hay que decir que el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad).

El motivo segundo acusa infracción del artículo 633 en relación con el artículo 1214, y los artículos 619 y 622, todos del Código Civil. Combate la sentencia de primer instancia, atribuyéndola la errónea calificación de la donación discutida como remuneratoria. Dice el recurrente que este carácter no ha sido probado en el pleito, por lo que existe una nulidad por falta de causa del contrato impugnado; que por el mero hecho del carácter remuneratorio, no debe concluirse que la donación disimulada bajo compraventa sea válida; y que la amistad y el afecto pueden estar en la raíz del *animus donandi* inherente a cualquier clase de donación, pero no justifican por sí solo su calificación como remuneratoria. En el caso litigioso, el demandado no ha demostrado, tal y como le incumbía de acuerdo con el artículo 1214, la existencia de causa alguna para la donación. Concluye el recurrente que en el peor de los supuestos únicamente cabría calificarla de donación simple, y dice textualmente: «A mayor abundamiento, lo que en modo alguno ha quedado probado es que la supuesta donación fuera remuneratoria, pues en el peor de los supuestos tan sólo cabría calificarla como donación simple, ya que el Sr. Salvador ha sido retribuido hartamente generosamente por los servicios prestados al Sr. Juan Enrique no sólo mediante su atractivo salario, como chófer, sino en forma de todo tipo de abono de gastos personales, seguros, gasolina, préstamos, pagos por su cuenta, etc., y en ningún modo se ha acreditado que el Sr. Salvador fuese acreedor ni merecedor de donación alguna por su servicios, ni mucho menos aún que ésa fuera la voluntad del Sr. Juan Enrique. En todo caso seguro que por no importe de lo último que inexplicablemente le quedaba después de una vida de Corredor de Comercio cual era su propio piso, hipotecado por su padre precisamente para evitar

que se quedara sin él, y por importe de 17.500.000 pesetas».

El motivo se desestima porque la *ratio decidendi* de la sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos jurídicos acepta la recurrida, no se basa precisamente en que la donación oculta tenga carácter remuneratorio, sino en que el requisito de la escritura pública exigido por el artículo 633 lo considera cumplido por el otorgamiento en ella de la de compraventa simulada. Declara en su fundamento de derecho cuarto: «En el caso de autos, la donación que aflora tras la forma de compraventa, puede consignarse remuneratoria, dirigida a retribuir servicios prestados en agradecimiento por los mismos o simple. En todo caso, el otorgamiento del contrato aparente en escritura pública, permite a juicio de quien esto resuelve, estimar cumplida la exigencia que para la validez de la donación inmobiliaria disimulada, exige el artículo 633 del Código Civil, en el mismo sentido la aceptación del donatario está ínsita en la declaración de voluntad de comprar». Es obvio que nada le preocupa al juzgador que la donación sea remuneratoria o simple a efectos de aquel requisito. En suma, no califica la donación como remuneratoria para excepcionarla del citado precepto. La sentencia recurrida llega a más; a no calificar la donación. En su fundamento jurídico tercero declara: «Al respecto y en obsequio a la brevedad, el Tribunal asume íntegramente el razonamiento desarrollado por la juzgadora de instancia, puesto que aun cuando la causa del contrato estuviese viciada de falsedad, en su declaración, no es menos cierto que queda acreditada la existencia de la causa verdadera y lícita que no es otra que la calendada donación».

El motivo tercero acusa infracción del artículo 633 en relación con el artículo 1445, y los artículos

1347.3.º y 1346.2.º, todos del Código Civil. La tesis que se desarrolla es que la esposa del demandado debió consentir en la modificación del título de adquisición del bien, pues se adquirió por compraventa durante la vigencia de la sociedad de gananciales, y por la sentencia recurrida pasa a ser del marido por calificarse aquel contrato como donación. O bien debió existir una condena expresa a ello tras la consiguiente demanda. El motivo se desestima. La esposa del demandado fue demandada por el recurrente, en su día actor, solicitando en su demanda una condena contra ambos. Carece de sentido que, llamada al pleito por el hecho de estar casada con el presunto comprador, se articule un motivo casacional como si nada hubiera podido argüir contra la pretensión de nulidad absoluta de la compraventa.

El motivo cuarto acusa infracción del artículo 1267.2.º en relación con el 1214, ambos del Código Civil. Su fundamentación descansa en una valoración subjetiva de la prueba, que la enfrenta a la de la sentencia recurrida, para la cual no se ha probado la intimidación, que era una de las bases de la demanda en que se solicitaba la nulidad de la escritura pública otorgada por don Silvio en favor del demandado y esposa. El motivo se desestima porque no se demuestra la infracción de precepto alguno relacionado con la prueba, sólo se limita el recurrente a dar su propia versión por estimarla más atendible. A estos efectos de nada vale la cita del artículo 1214 CC, pues es doctrina reiterada y constante de esta Sala la de que tal precepto sólo puede alegarse para fundar un motivo de casación cuando se ha invertido la carga de probar por las partes que establece, y de ello no se acusa a la sentencia recurrida, sino que se discrepa de la valoración probatoria hecha por la instancia.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter ganancial del inmueble adquirido constante el matrimonio y escriturado, fallecido el esposo, a nombre exclusivo de la esposa con el consentimiento de los hijos de aquél, existiendo un negocio fiduciario. Nulidad de la compraventa efectuada por la madre a favor de una hija e inexistencia de donación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Don Sebastián y don Ignacio interpusieron demanda de menor cuantía contra su hermana doña Filomena y su esposo don Carlos Daniel, solicitando que se dictase sentencia por la que «A) Se

declarase el carácter ganancial del inmueble sito en Granada, adquirido por doña María Luz y su esposo a Inmobiliaria Granadaban, SA. B) Al amparo de lo establecido en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, se acuerde la rectificación de la inscripción 2.ª de la finca haciendo constar el carácter ganancial del inmueble, transmitiendo la propiedad, por tanto, de una mitad indivisa a doña María Luz, y de la otra mitad indivisa a los herederos de don Blas. C) Se declarase la nulidad o inexistencia, por simulación y falta absoluta de precio y causa, de la compraventa a que se refiere la escritura de fecha 19 de mayo de 1995 otorgada ante el Notario sobre el piso referido en el punto A) de este suplico. D) Se declarase la nulidad de la supuesta donación simulada por causa ilícita y por carecer dicha donación de los requisitos del artículo 633 del Código Civil».

- ⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia «por la que se desestimase la demanda y se le absolviese de las pretensiones deducidas en su contra con expresa imposición de costas a la parte actora». De forma subsidiaria, en el supuesto improbable de que se estime la nulidad, deberá condenarse a la comunidad hereditaria formada por los actores y la demandada a abonar a la demandada el importe de todos los servicios prestados a la madre y causante que fueron remunerados en virtud de la transmisión de la finca de autos, y que sólo el exceso o diferencia si la hubiera sería el que habría de colacionar y computar a la masa hereditaria, pero en modo alguno cabe la nulidad pretendida, lo mismo que se colacionarán los estudios de medicina de los hijos para cómputo de las legítimas, también con costas a la parte actora.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Granada dictó Sentencia el 9 de noviembre de 1998 estimando la demanda y desestimando la reconvencción.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Granada dictó Sentencia el 29 de enero de 2.000 desestimando el recurso interpuesto por los demandados.
- ⊙ Doña Filomena y don Carlos Daniel interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La demanda se basaba en que la escritura pública de compraventa la había otorgado la Inmobiliaria una vez satisfecho el pago aplazado a la muerte de don Blas a nombre de doña María Luz el 17 de septiembre de 1987, a solicitud expresa y escrita de sus hijos, los demandantes y la actora, y que esa puesta a su nombre no se hizo con ninguna intención traslativa del dominio exclusivo a favor de doña Filomena sino por cuestiones de índole fiscal, y para evitar a la misma molestias y perjuicios que le podía haber ocasionado la escritura pública de acuerdo a la realidad. El piso, sin embargo, fue objeto de disposición por doña Filomena en favor de su hija la demandada mediante una falsa compraventa.

La demandada doña Filomena se opuso a la demanda solicitando su desestimación, y subsidiariamente, que se condenase a la comunidad

hereditaria a abonar a la reconviniente el importe de todos los servicios prestados a su madre que se remuneraron con la transmisión del piso, y que sólo el exceso o diferencia, si la hubiera, sería el que habrá que colacionar e imputar en la masa hereditaria, lo mismo que se colacionarán los estudios de medicina de los hijos para cómputo de las legítimas.

El motivo segundo del recurso acusa infracción de los artículos 1281, 1282, 1283 y 1285 en relación con los artículos 1254 y 1255, todos del Código Civil. En la fundamentación se trata de demostrar que la calificación antedicha no es lógica, y es además infractora de las normas de hermenéutica contractual la interpretación que en la instancia se hace del documento privado de 22 de octubre de 1987, en la que todos los hijos piden a la inmobiliaria que escrituren el piso, ya pagado en la totalidad

de los plazos, a nombre de su madre viuda, lo que es cumplido por aquélla, figurando por tanto en el Registro de la Propiedad un bien de su propiedad adquirido en estado de viudez. En sustancia, la interpretación de la recurrente es la que se efectuó una partición parcial de herencia, adjudicando el piso a la viuda bajo el instrumento público de venta a su favor otorgado por la promotora. De esta manera quedaba pagada tanto de su parte en la sociedad de gananciales disuelta como en la herencia de su esposo (a la cual había sido llamada como heredera universal, o del tercio de libre disposición si los hijos no aceptaban aquel usufructo, además de su cuota legal).

La interpretación en la instancia fue rotundamente distinta: las partes se limitaron a concertar un negocio fiduciario del tipo *fiducia cum amico*, en el que la transmisión de la propiedad se basa en la confianza en el fiduciario, de modo que éste la conservará hasta el momento en que se reclama por el fiduciante la propiedad de lo transmitido. Dice al efecto el fundamento jurídico quinto de la sentencia de primera instancia: «Si nos atenemos a su literalidad, dicho documento no contiene ninguna renuncia expresa a los derechos de los firmantes sobre el bien a que se refiere, sino sólo consienten en que la titularidad formal del mismo conste a nombre del cónyuge sobreviviente. Y ello es lógico, pues, no liquidada la sociedad de gananciales en dicho momento —como no lo está en la actualidad— mal se puede renunciar a lo que se ignora si les va a corresponder en la división de la misma. A nuestro parecer, el citado documento, revela la existencia de un negocio fiduciario concertado entre los firmantes de dicho documento, herederos del cónyuge premuerto, y el cónyuge sobreviviente, a virtud del cual todos ellos consienten que la titularidad formal la ostente este último, sin perjuicio de los derechos de aquéllos en la liquidación de la sociedad de gananciales y en la herencia del cónyuge premuerto, y hasta el momento en que dicha sociedad de gananciales se liquide. Y no es obstáculo a tal calificación, la circunstancia de que el citado documento esté firmado solamente por los herederos del cónyuge premuerto, pues no se debe olvidar que tal documento va dirigido a un tercero, vendedor del bien litigioso. Lo trascendente del documento es que revela la existencia de dicho negocio, lo que se confirma por el efectivo otorgamiento de la escritura pública a nombre exclusivo de la viuda, intervención de ésta en dicho otorgamiento que no se justifica si no es por tal hecho, pues ella tenía perfecto conocimiento de que el bien había sido adquirido constante matrimonio y que, por ello, tenía carácter ganancial. Se trata de un tipo específico de negocio, *fiducia cum amico*, fundamentada en la confianza propia entre los intervinientes familiares directos que, en dicho momento,

conservaban buenas relaciones personales, negocio válido y eficaz, como ha tenido ocasión de decir el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, citándose a este efecto la de 2 de diciembre de 1996, y que no autoriza al fiduciario a realizar actos dispositivos que contradigan lo pactado entre ellos, sin perjuicio de la protección de los terceros de buena fe». La sentencia recurrida abunda en esta calificación.

El motivo se desestima porque introduce en casación una cuestión nueva, no planteada en los escritos expositivos del pleito. Ahora se trata de defender su naturaleza de partición de un bien concreto de la herencia del padre de los actores y demandada, y en la contestación a la demanda se afirma repetidamente que aquel documento era expresivo de una renuncia de los derechos que les correspondían a los hijos en un bien de sociedad de gananciales, o una cesión de ellos a su madre viuda, y de ahí que tanto la sentencia de primera instancia y apelación dediquen sendas argumentaciones para rebatir esa calificación. Ahora, en cambio la recurrente dice que estamos en presencia de un acto particional de la herencia de su padre. Esta Sala ha dicho y reiterado que en casación no cabe el planteamiento de cuestiones nuevas, pues lo impiden los principios de contradicción, audiencia de parte y preclusión (Sentencias de 10, 28 y 31 de diciembre de 1999; 26 de abril y 7 de noviembre de 2005; y 25 de septiembre de 2006).

Aunque hipotéticamente se prescindiese del defecto denunciado, la interpretación dada en la instancia habría de prevalecer porque en modo alguno se ha demostrado ilógica, arbitraria o vulneradora de reglas legales (Sentencias de 24 de septiembre de 1998, 14 de marzo de 2000, y las que en ella se citan). La recurrente no hace más que exponer su propia interpretación, con la pretensión de que sea la más ajustada a la verdad. Pero la casación no es una tercera instancia del pleito que permitiese esta Sala exponer su propio criterio en la disputa a modo de órgano de instancia, sino que su misión consiste en controlar la debida aplicación de la ley y doctrina jurisprudencial al litigio.

El motivo tercero acusa infracción del artículo 1278, en relación con los artículos 1254, 1255 y 1258, todos del Código Civil. En su fundamentación se combate que el documento privado de 22 de octubre de 1987 no sea expresivo de una renuncia a los derechos hereditarios como se interpreta por la sentencia recurrida, porque —dice la misma— debería haberse efectuado en documento público, pues es forma sustancial de dicha renuncia. El motivo acierta en su crítica a la sentencia porque su criterio es erróneo. Los hijos no han renunciado a la herencia, supuesto en que sería correcta la exigencia de documento público (artículo 1008). La

renuncia de todos los coherederos a sus derechos en un determinado bien en favor de tercero no es una excepción al principio de la libertad de forma consignado en el artículo 1279, sino un supuesto en el que por el interesado puede compelerse a sus autores al otorgamiento de la escritura pública. Es reiterada la doctrina de esta Sala de que la exigencia del artículo 1280 no tiene el alcance de forma *ad solemnitatem*, y que no ha de contemplarse de forma aislada sino en relación con los artículos 1254 y 1255 (Sentencias de 9 de diciembre de 1977 y 27 de enero de 1995). Pero la sentencia recurrida expone otra *ratio decidendi* para desestimar la tesis de la renuncia, y es la doctrina de esta Sala que niega que pueda apoyarse en actos que no sean inequívocamente expresivos de ella. Esta doctrina la mantuvo la Sentencia de 19 de diciembre de 1997, exigiendo que la renuncia sea expresa, no deducible de actos equívocos; y la de 5 de marzo de 1991, que exige que los actos de que se pueda deducir han de ser claros e inequívocos. Esta *ratio decidendi* de la sentencia recurrida no es combatida en el motivo, por lo que se desestima.

El motivo cuarto acusa infracción de los artículos 1300 y 1301, en relación con los artículos 1265 y 1266, todos del Código civil, y doctrina jurisprudencial que los interpreta. Se fundamenta en que la sentencia recurrida anula la escritura de compraventa de 17 de noviembre de 1987, ordenando la inscripción registral del piso con carácter ganancial, sin estar en el pleito la parte vendedora, y pasados más de diez años del otorgamiento, cuando ya había fallecido la compradora. El motivo se desestima porque parte de una base errónea, ya que no existe declaración judicial alguna de nulidad de la calendada escritura, sino que se descubre la simulación de la figura del comprador, que en lugar de ser la madre de los contendientes, debió serlo la sociedad de gananciales formada por ella y su fallecido esposo don Blas, dado que el piso tenía naturaleza ganancial. A estos efectos no había obligación legal alguna de llamar al proceso a la Inmobiliaria Granadaban vendedora porque la cuestión atañía exclusivamente a los cotitulares de la sociedad de gananciales disuelta (viuda de don Ignacio e hijos), tanto más cuanto que la propia Inmobiliaria, al escriturar a nombre de la viuda el piso una vez satisfecho el precio aplazado, obró en virtud de petición clara y explícita, por escrito, de todos los hijos. En otros términos, no se trataba de anular nada, sino de poner de relieve la significación jurídica de lo hecho. Refuerza lo dicho el que los tres hijos son herederos de la fallecida viuda de don Blas. La puesta de manifiesto de la simulación de la persona de la compradora pudo pedirse pasados más de diez años del otorgamiento, pues el piso seguía siendo ganancial, era una acción meramente

declarativa la que se ejercitaba (Sentencias de 29 de septiembre de 1966 y 12 de junio de 1976). La madre arrogándose la titularidad civil por figurar a su nombre, lo enajenó a la demandada por escritura pública de 19 de mayo de 1995. Es este otorgamiento el que representaba la privación de la titularidad de la sociedad de gananciales, pero no la escritura pública de compraventa a nombre exclusivamente de la viuda de don Blas, y contra el cual reaccionaban los actores por suponer la ruptura de la fiducia, y por eso pedían en su demanda la declaración de su ganancialidad, en otras palabras, defendían la titularidad real. La rectificación de la inscripción registral que ordena la sentencia recurrida fue solicitada específicamente en la demanda por los actores. Además, si la recurrente entiende lo contrario, la vía adecuada era combatir aquella sentencia en este punto al amparo del ordinal tercero del artículo 1692. LEC, por incongruencia *extra petita* en modo alguno por el cuarto.

El motivo quinto acusa infracción del artículo 1361 en relación con el artículo 1407 anterior a la reforma de 1981, y artículo 1356, todos del Código Civil, y la doctrina jurisprudencial que prohíbe ir contra los actos propios. Se fundamenta en que los demandantes y demandada consintieron en el cambio de la naturaleza del piso, de que de ganancial pasase a ser privativo de la madre, al pedir a la sociedad vendedora que los escriturase sólo a nombre de aquélla, y ello es legal, pero ese consentimiento no puede ser alterado posteriormente, pasados más de diez años, porque se vulneraría la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de esta Sala que cita, que prohíbe ir contra los actos propios. El motivo se desestima porque el cambio de la condición del bien (de ganancial pasa a ser privativo o viceversa) sólo puede provenir del acuerdo de los cónyuges constante matrimonio, según el artículo 1355 (por error se invoca por la recurrente el artículo 1356, que nada tiene que ver con lo que se argumenta en la fundamentación del motivo). La doctrina que prohíbe ir contra los actos propios no es invocable. Los actores no impugnan el documento privado de 1987, sino que pretenden que se esclarezca su alcance y significado, ya que en él nada se decía expresamente sobre ello. En fin, el artículo 1301 es inaplicable al caso litigioso, pues según jurisprudencia de esta Sala, lo es respecto de la acción de anulabilidad, no de nulidad (Sentencias de 19 de mayo de 1995, 14 de marzo y 5 de junio de 2000). La falsedad de la causa no es más que un error sobre la misma, lo que origina una anulabilidad del contrato, no su nulidad absoluta. Ningún error puede imputarse ni se imputa al repetido documento privado de 1987.

El motivo sexto acusa la infracción del artículo 1274 CC y doctrina de esta Sala expresada en las

Sentencias de 9 de mayo de 1988 y 31 de marzo de 1982, en cuanto reconocen la validez de las compraventas que encubren una donación remuneratoria y permiten la valoración cuantitativa de los servicios prestados. El motivo se desestima, sin más razones que las que condujeron a la del motivo segundo. Si la titularidad externa de la madre sobre el piso era una titularidad fiduciaria, los actos de disposición llevados a cabo por el fiduciario arrogándose la titularidad real son nulos e ineficaces frente a los que no sean adquirentes de buena fe. Teniendo en cuenta que en la demandada no concurría esta última circunstancia, precisamente por

haber acordado con sus hermanos el acuerdo fiduciario, la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, declara la nulidad de la escritura de compraventa otorgada por la fiduciaria y su hija, hoy demandada, como compradora. Por tanto, para nada ha tenido en cuenta si la compraventa era nula por simulada, o si encubría una donación válida. Es un motivo casacional vano, sin ninguna base en la sentencia que se recurre.

La sociedad de gananciales quedó disuelta con la sentencia de separación y no con el auto de medidas provisionales.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter privativo del Plan de Pensiones concertado por la empresa donde presta sus servicios el esposo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Concepción y don Lucio contrajeron matrimonio en 1979. El 19 de abril de 1996 se dictó sentencia de separación, confirmada por la Audiencia el 16 de junio de 1997. La liquidación del régimen económico-matrimonial de gananciales se remitió a la ejecución de la sentencia de separación. Al existir oposición del marido, se dictó providencia remitiendo a las partes al correspondiente declarativo, como así se hizo, demandando doña Concepción a su marido. En la demanda pidió la formación del inventario de la sociedad de gananciales y que se procediera, en trámite de ejecución de la sentencia, a la liquidación y correspondiente adjudicación de los bienes.

⊙ Doña Concepción interpuso demanda de menor cuantía contra don Lucio solicitando que se dictase sentencia por la que se declare fijado de forma definitiva el activo de dicha sociedad de gananciales contenido en el escrito de demanda y según el resultado de las pruebas que se practiquen para los bienes relacionados en los apartados: metálico, valores mobiliario y créditos del inventario; y que así mismo, se proceda en trámite de ejecución de sentencia a la liquidación y adjudicación de los bienes a ambos cónyuges, demandante y demandado, atribuyéndose a cada uno de los cónyuges la titularidad dominical plena de los bienes que le sean adjudicados, con observancia de lo dispuesto en los artículos 1399 y siguientes del Código Civil.

⊙ Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de don Lucio como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... dictar sentencia por la que desestimando parcialmente la demanda interpuesta, se declare fijado de forma definitiva el inventario de la sociedad de gananciales de los esposos don Lucio y doña

Concepción por las partidas de activo y pasivo que se detallan en el Hecho Tercero de la presente contestación a la Demanda según el resultado de las pruebas que se practiquen para los bienes y derechos relacionados; quede fijada la deuda de Doña Concepción hacia mi representado por la cuantía y conceptos reflejados en el Hecho Sexto del presente escrito, a compensar en la liquidación de la sociedad conyugal; se condene al otro cónyuge a estar y pasar por dicha declaración, a los efectos de posterior liquidación de la comunidad conyugal; y condenando también a la demandante al pago de la totalidad de las costas del procedimiento».

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. Siete de Logroño dictó Sentencia el 23 de noviembre de 1998 estimando la demanda y fijando el inventario del activo y del pasivo, remitiendo a la fase de ejecución de sentencia la liquidación y adjudicación de los bienes de la citada sociedad.
- En grado de apelación, la AP de La Rioja dictó Sentencia el 23 de febrero de 2000 desestimando el recurso interpuesto por don Lucio.
- Don Lucio interpuso recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo, quien consideró privativo el Plan de Pensiones contratado por la empresa donde presta sus servicios don Lucio, excluyéndolo, por tanto, del inventario de la sociedad de gananciales.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La discrepancia entre ambos cónyuges se centraba, entre otros, a dos aspectos concretos de la liquidación: el momento en que debía considerarse extinguido el régimen económico-matrimonial y si el Plan de pensiones constituido a favor del marido por la empresa donde éste prestaba sus servicios profesionales debía tener o no la condición de bien ganancial, a más de diversas cuestiones sobre valoración de los bienes.

1. Fecha de disolución de la sociedad de gananciales.

En el motivo primero, sostiene el recurrente, con fundamento en el artículo 1692.4.º LEC, la infracción de los artículos 1392.3.º y 102 del Código Civil al no haberlos puesto en relación con los artículos 104 y 106 del mismo cuerpo legal, por lo que éstos resultan inaplicados. El argumento del recurrente se fija en la determinación de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales, que a su parecer, debe ser el 25 de junio de 1995, fecha del auto de medidas provisionales, siendo la Sentencia firme de separación de 16 de junio de 1997, lo que origina que durante estos dos años se hayan seguido produciendo bienes gananciales a pesar de la separación realmente existente. También al amparo del artículo 1692.4 LEC, el mismo argumento se sostiene en el motivo segundo, pero denunciando esta vez la infracción de la jurisprudencia contenida en las Sentencias de 17 de junio de 1988, 23 de diciembre de 1992 y

27 de enero de 1998, relativas a la extinción de la sociedad de gananciales en separación de hecho. Finalmente, en el tercer motivo, también al amparo del artículo 1692.4.º LEC, parece que considera infringido el artículo 103 CC, porque durante este período de tiempo, es decir el que se produjo desde la ruptura matrimonial hasta la sentencia de separación, el salario ha sido considerado como un bien ganancial y que durante este período no ha habido contribución a la adquisición de bienes. Refiere que se consideran gananciales los pagos efectuados para amortizar el capital e intereses de un préstamo que era deuda privativa porque se contrajo antes de la celebración del matrimonio. Como se ha dicho al inicio de este fundamento, los argumentos de estos tres motivos van dirigidos a convencer a esta Sala que la fecha de la extinción del régimen económico matrimonial de los gananciales debe venir referida al auto de medidas provisionales, cuya fecha y contenido no constan en el procedimiento.

La fecha de la liquidación del régimen en casos de procedimientos de separación y divorcio, es la establecida en la sentencia, según lo establecido en el artículo 95 CC y por tanto esta Sala debe estar de acuerdo con la Sala sentenciadora que así lo determinó. Sin embargo, el recurrente opone dos argumentos a esta sentencia:

1.º El primer argumento se funda en que el auto de medidas provisionales extinguió el régi-

men, en virtud de lo establecido en los artículos 103 y 104 CC y estas afirmaciones no pueden ser admitidas por esta Sala. Deben distinguirse dos tipos de medidas durante la tramitación de los procesos de separación: 1. Las que se producen automáticamente una vez admitida a trámite la demanda de separación, que están contenidas en el artículo 102 CC y que consisten en la separación personal de los cónyuges y el cese de la presunción de convivencia, así como la extinción de los poderes que se hubieren otorgado mutuamente. 2. Las medidas que pueden acordarse previa petición de los cónyuges y, en su defecto, por el Juez, que son las contenidas en el artículo 103 CC, estableciendo el artículo 104 CC que «el cónyuge que se propone demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores. «Entre éstas, el artículo 103.4 CC permite al Juez» señalar atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que se han de observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que se reciban y los que adquieran en lo sucesivo». Por tanto, esta regla no determina la extinción del régimen de gananciales, sino que lo que en realidad señala es su continuación, a pesar de la interposición de una demanda de separación y está destinada a proteger los intereses del cónyuge que no tenga la administración de estos bienes, pero no más.

2.º La jurisprudencia contenida en las Sentencias que el recurrente considera infringidas, es decir las de 17 de junio de 1988, 23 de diciembre de 1992 y 27 de enero de 1998, a las que debe añadirse la de 11 de octubre de 1999, está admitiendo que la separación de hecho consentida por ambos cónyuges, produce la extinción del régimen económico matrimonial de los gananciales. Pero también en este caso, la extinción debe ser declarada por el Juez (artículo 1393.3.º CC) que determinará que sus efectos se produjeron en el momento en que se inició la separación libremente consentida.

En el presente litigio no ha ocurrido ninguno de los supuestos previstos por la ley para que deba tenerse como fecha de la extinción del régimen un momento distinto del establecido en el artículo 95.1 CC, es decir, no ha existido una separación libremente consentida por los cónyuges, porque se ha iniciado el procedimiento contencioso, cuyas consecuencias sobre la liquidación del régimen ahora se ventilan, y tampoco se ha determinado cuál ha sido el contenido del auto de medidas provisionales que a tenor de lo dispuesto en el artículo 103.4.º CC, no estableció esta cesación, ya que fue

la Sentencia de separación de 16 de junio de 1997 la que determinó la extinción del régimen matrimonial y se remitió a la ejecución de la sentencia para la liquidación.

Por todas estas razones deben rechazarse los tres primeros motivos del recurso de casación.

2. Carácter ganancial o privativo del Plan de Pensiones contratado por la empresa donde presta sus servicios el esposo.

El cuarto denuncia la inaplicación de los artículos 1346.1 y 1346.2 CC en relación con el artículo 1348 del mismo cuerpo legal; a tal efecto entiende el recurrente que el Plan de pensiones contratado por IBERCAJA pertenecía al sistema de empleo, de acuerdo con el cual, el promotor es el empresario y los partícipes son los trabajadores. Alega que el citado Plan tiene por objeto complementar el sistema de la Seguridad social y que se había generado al entrar el recurrente a trabajar en IBERCAJA antes de casarse y no en el año 1990 y, por tanto, constante matrimonio. El quinto denuncia la infracción, por inaplicación, de los artículos 1344 y 1346.3 CC y 1347.1 CC, por interpretación errónea de este último; la argumentación se centra en la naturaleza jurídica del Plan de pensiones contratado, ya que el recurrente considera que ninguna ganancia o beneficio ha obtenido del plan la sociedad de gananciales durante su vigencia, porque éstos se van a producir cuando tengan lugar los acontecimientos que se prevén en el concreto Plan de pensiones y que aún no se han producido, ni se sabe tan sólo si ello sucederá, como ocurre con la jubilación del trabajador partícipe. El motivo sexto denuncia la infracción, por inaplicación del artículo 1346.5 CC, porque según el artículo 8.8 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, los derechos de los partícipes no pueden ser objeto de traba, ni embargo y son indisponibles. Estos fondos son patrimonio creado por el empleador como efecto de la constitución del concreto Plan de pensiones y otorgan un derecho expectante, siempre que se cumplan las contingencias previstas. Finalmente, el motivo séptimo denuncia la infracción por inaplicación del artículo 1397 CC y expone las razones por las que el recurrente considera que no debe ser considerado como un bien ganancial, ya que a su parecer se ha constituido antes del matrimonio, constituye en todo caso un salario futuro, es un acto unilateral del empresario y, por tanto, a título gratuito y es un bien o derecho de la persona, no transmisible *inter vivos*.

A los efectos de la resolución de estos cuatro motivos del recurso, debe recordarse que los hechos probados son: 1. Que el Plan de pensiones cuya ganancialidad se discute, fue constituido en 1990, por tanto, constante matrimonio; 2. Que

se trata de un Plan perteneciente al sistema de empleo, y 3. Que los partícipes no han aportado ninguna cantidad al Plan, tal como se establece en el reglamento que lo regula y según el certificado que consta en los Autos.

La doctrina ha discutido acerca de la naturaleza de las aportaciones que los empresarios efectúan a los Planes de pensiones del sistema de empleo y más en concreto, se puede plantear la cuestión de si constituyen o no prestaciones que deban tener la consideración de salario. Si se optara por la afirmativa, las aportaciones al Plan de pensiones efectuadas por el empresario del hoy recurrente deberían ser considerados como bienes gananciales, mientras que si se opta por la otra alternativa, al no pertenecer al salario, deben quedar excluidos de tal condición.

La primera nota que distingue los Planes de pensiones de los salarios está en que si bien se trata de una prestación económica a favor del trabajador, no produce un incremento de su patrimonio, sino que pasan a formar parte de un Fondo de pensiones que será gestionado por un tercero, de manera que los partícipes no tienen ningún control sobre las cantidades integradas en el correspondiente Fondo. En el caso concreto que se discute en este recurso, don Lucio sólo podía obtener los beneficios del Plan de pensiones si se cumplían los condicionantes previstos, que eran la jubilación del partícipe, la invalidez absoluta y permanente, la viudedad y la orfandad y que mientras estas contingencias no se produjeran, no tenía ningún derecho a obtener ninguna cantidad. Además, el Plan de pensiones tenía la naturaleza de Plan del sistema de empleo en el que el promotor, la empresa IBERCAJA, efectuaba la totalidad de las aportaciones; por ello debe concluirse que no entra dentro de las prestaciones salariales que deban tener la naturaleza de bienes gananciales.

A la misma conclusión han llegado las sentencias de esta Sala relativas a la naturaleza de la pensión de jubilación, derecho análogo al Plan de pensiones, ya que la finalidad principal del contratado por el empleador del recurrente, tenía la función de completar sus pensiones de jubilación. La Sentencia de 20 diciembre 2003 resolvió un motivo planteado sobre la pensión de jubilación, en el que la recurrente consideraba 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 jubi-

lación 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 diciembre 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».

Pues bien, siendo la función del Plan de pensiones, cuya ganancialidad se discute en este recurso, la de completar las pensiones de jubilación a que tendría derecho el partícipe/trabajador, don Lucio en el momento de su retiro, debe considerarse que no forma parte de los bienes gananciales por las mismas razones que esta Sala ha expresado en relación a la pensión de jubilación y por ello, deben estimarse los motivos cuarto, quinto, sexto y séptimo del recurso de casación presentado por don Lucio y declararse que el Plan de pensiones concertado a su favor por la empresa donde éste presta sus servicios profesionales tiene la consideración de bien privativo del marido.

La admisión de los motivos hace decaer el octavo de ellos, fundando también en el artículo 1692.3 LEC y referido a la incongruencia en la que se dice ha entrado la sentencia recurrida al considerar metálico en el inventario el Plan de pensiones.

3. Cuestiones relativas a la valoración de bienes.

El noveno de los motivos denuncia la inaplicación de los artículos 1398.2 y 1362.1 por una parte y del artículo 1364 CC. Se refiere a los deterioros de los bienes privativos aportados: si deben ser imputados al uso y por tanto, no computables en la valoración de los bienes, o bien, son de cargo de la sociedad. En este punto debe confirmarse la sentencia recurrida, por las mismas razones en que ésta se funda, ya que en definitiva, el deterioro no ha sido producido por su uso por la sociedad de gananciales, y además, siendo privativo el bien, su deterioro debería ser considerado como uno de los modos de participar en los gastos de sostenimiento de la familia, a que viene obligado el recurrente precisamente, en virtud del artículo 1362.1.º del Código Civil.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Estimación de la acción declarativa que se ejercitó por un acreedor para que se considerase ganancial una deuda y respondan de la misma los bienes que se adjudicó la esposa en la liquidación de la sociedad de gananciales, y estimación de la acción rescisoria de la compraventa que la esposa concertó con los hijos del matrimonio, sin que exista falta de litisconsorcio pasivo necesario por no intervenir en el procedimiento la entidad bancaria que concedió un préstamo hipotecario a estos últimos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Don Ramón formuló demanda de menor cuantía contra los esposos don Simón y doña Gloria y contra sus hijos don Gregorio y don Pedro Miguel, solicitando que se dicte sentencia por la que, estimando la demanda, se declare: 1. Que la deuda que don Simón mantiene con mi mandante, don Ramón, dimanante de la condena fijada en la sentencia dictada en su día por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de los de Castellón, autos de juicio declarativo de menor cuantía número 61/1988, tiene carácter ganancial y, por imperativo de los artículos 1317 y concordantes del Código Civil, que dicha deuda se pueda hacer efectiva en todo caso sobre los bienes gananciales independientemente de que los mismos se encuentren en el patrimonio de uno u otro cónyuge tras la disolución y adjudicación entre ellos del patrimonio ganancial, es decir, independientemente de que se encuentren en el patrimonio de don Simón o doña Gloria. 2. Que la operación de compraventa formalizada ante el Notario de Valencia don José Manuel García el día 23 de junio de 1994, entre doña Gloria y don Gregorio y don Pedro Miguel, a tenor de la cual la primera vendió a sus hijos la nuda propiedad del edificio sito en Vall d'Uxó, fue realizada en fraude de acreedores, y se declare la rescisión de tal negocio jurídico con las consecuencias legales inherentes a tal declaración, procediendo en su día a librar el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad número 2 de los de Nules a los efectos que proceda a la cancelación de la operación de compraventa reseñada. 3. Que se impongan las costas a los demandados por su evidente temeridad y mala fe procesal.

⦿ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de doña Gloria y don Simón se contestó a la misma, suplicando al Juzgado, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dicte en su día sentencia en virtud de la cual con estimación de todas o algunas de las excepciones planteadas, se absuelva a mis mandantes de los pedimentos de la demanda, o, en su caso, y entrando en el fondo del asunto, se dicte sentencia desestimando la demanda formulada de contrario, absolviendo a mis mandantes de los pedimentos de la demanda, con expresa imposición de costas al actor».

⦿ Asimismo, por la representación procesal de don Gregorio y don Pedro Miguel se contestó a la demanda, suplicando al Juzgado, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... se dicte en su día sentencia, a virtud de la cual, con estimación de todas o alguna de las excepciones alegadas, y sin entrar en el fondo del asunto, se absuelva a mis mandantes en la instancia, o en su caso, si dichas excepciones fueren desestimadas, entrando en el fondo del asunto, se dicte sentencia, asimismo desestimando la demanda y absolviendo a mis mandantes de los pedimentos de la demanda, con expresa imposición de costas en cualquier caso al actor».

- ⊙ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de los de Nules dictó Sentencia el 9 de diciembre de 1996 desestimando las excepciones planteadas por la parte demandada, y estimando íntegramente la demanda, declaró el carácter ganancial de la deuda dimanante de la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de Castellón en los autos de juicio declarativo de menor cuantía núm. 61/1988 y la rescisión de la escritura del contrato de compraventa de la nuda propiedad formalizado ante el Notario de Valencia don José Manuel García el 23 de junio de 1994 entre doña Gloria y don Gregorio y don Pedro Miguel del edificio sito en Vall d'Uxó. Declarando asimismo la obligación de la parte demandada de abonar las costas causadas.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la AP de Castellón de la Plana dictó Sentencia el 30 de julio de 1999 estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.
- ⊙ Don Ramón interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se promovió juicio de menor cuantía en solicitud de la declaración del carácter ganancial de la deuda contraída por uno de los codemandados y declarada, a su vez, y en su día, por sentencia firme, y en solicitud de la declaración de rescisión por fraude de acreedores de la compraventa celebrada entre la esposa de éste —a la que se adjudicó el inmueble vendido al disolverse la sociedad de gananciales existente entre ambos— y sus dos hijos, todos ellos demandados también en el proceso del que se trae causa, ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, combatiendo el pronunciamiento de ésta que no le ha sido favorable, el relativo a la acción rescisoria ejercitada de forma acumulada con la acción declarativa, respecto de la cual el tribunal de instancia, estimando en este particular el recurso de apelación de la parte demandada, y revocando en parte la sentencia de primer grado, apreció la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y desestimó esta pretensión, considerando ineludible la presencia en el proceso de la entidad bancaria que había otorgado a los compradores un crédito con garantía hipotecaria sobre la finca enajenada, la cual, en el parecer de la Audiencia, se vería afectada por la sentencia que pusiera fin al proceso.

En el único motivo del recurso se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial, relativa a la figura del litisconsorcio pasivo necesario.

Como punto de partida del análisis del alegato impugnatorio se han de recoger, siquiera sucintamente, los argumentos expresados en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia recurrida, mediante los que se razona el acogimiento de la excepción formulada por los deman-

dados y recurrentes en apelación consistente en la falta del debido litisconsorcio, al no haber sido traído al proceso el banco, cuyo crédito estaba garantizado con una hipoteca sobre la finca objeto de la compraventa cuya rescisión se solicita.

Considera la Audiencia que la cuestión relativa a la necesidad de la intervención de dicha entidad no se resuelve mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Antes bien, según su parecer, ha de decidirse atendiendo, en primer lugar, a los diversos fundamentos en que se apoya la figura litisconsorcial, y después, al hecho de que la sentencia que recaiga en el proceso podría originar, siquiera en términos de posibilidad, la interpretación de la necesidad de rectificar el asiento registral, por causa de la nulidad del título y la necesidad, también, de dirigir la demanda contra aquellos a quienes el asiento del registro otorgue algún derecho según el artículo 40 de la Ley Hipotecaria. «Bien podría ocurrir —dice la resolución recurrida— que el Registro no admitiese la modificación de su inscripción, a pesar del contenido del artículo 38 de la misma ley, o que lo rechazase al no haberse contenido en el fallo de la Sentencia la solicitud de la nulidad o cancelación de la inscripción de dominio a nombre de los compradores». Y continúa: «Debe también añadirse que la declaración rescisoria de la compraventa afecta sin duda a la madre que vende y a los hijos que compran, pues es dicha relación jurídica la que va a verse primeramente afectada por la sentencia, pero también por supuesto puede afectar a la titular de la hipoteca, pues aun cuando le protegiere la buena fe, desconoce quién, cómo y de qué modo va a poder cumplir con los derechos que a ella le

asisten. Sin duda es una cuestión en la que está interesada la entidad bancaria y en la que no ha intervenido, y de nuevo no puede desconocerse que la firmeza de la declaración rescisoria le va a afectar, del mismo modo que también al ser titular de cierto derecho real, dimanante de la relación material existente, le afecta el devenir del mismo».

No puede la Sala compartir los argumentos de la sentencia recurrida, que han determinado el sentido del pronunciamiento que se combate en este recurso, y cuyo único motivo, por consiguiente, debe ser estimado.

Es indiscutible que la figura del litisconsorcio pasivo necesario, cuya falta constituye el objeto de una excepción caracterizada jurisprudencialmente que, al ser apreciada, impide el pronunciamiento sobre el fondo del asunto, para permitir que el actor integre subjetivamente la litis de forma adecuada, tiene un fundamento diverso, que se encuentra en el carácter inescindible de la relación material, conforme a la cual debe constituirse la relación procesal, en la eficacia de la sentencia, y, en particular, en los efectos ejecutivos y de cosa juzgada, y, en fin, en la necesidad de evitar fallos contradictorios, siempre, además, bajo los dictados del principio de audiencia bilateral, que impide que nadie pueda ser condenado, sin ser previamente oído en un proceso contradictorio, donde pueda ejercitar en toda su dimensión sus derechos de defensa.

La doctrina jurisprudencial, recogida, entre otras, en la sentencia de esta Sala de 21 de marzo de 2006 (recurso número 2627/1999), ha caracterizado la figura litisconsorcial en conjunción con ese diverso fundamento, precisando que para que pueda apreciarse la estudiada excepción es necesario que entre presentes y ausentes en el proceso exista un nexo común o, lo que es lo mismo, una comunidad de riesgo procesal (Sentencias de 30 de junio de 1967, 6 de diciembre de 1977, 24 de noviembre de 1998, 28 de diciembre de 1999 y 20 de diciembre de 2005), nacida de vinculaciones subjetivas resultantes de los derechos deducidos en juicio de modo que todos ellos quedarán afectados por la resolución (Sentencias de 4 de junio y 30 de septiembre de 1999), afectación que ha de ser directa y no meramente refleja (Sentencias de 2 de abril y 18 de junio de 2003, y 22 de abril de 2005). Esta doctrina jurisprudencial se encuentra recogida, además, en otras muchas sentencias anteriores, como la de 24 de marzo de 2003, que 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».

Pues bien, en el presente caso concurren las circunstancias que caracterizan el litisconsorcio pasivo necesario y sirven de fundamento a la correspondiente excepción. No cabe decir que exista una vinculación material entre los intervinientes en el contrato cuya rescisión se postula y la entidad crediticia que es acreedora hipotecaria de los compradores, por más que el objeto de la garantía resulte ser la finca vendida, que determine la necesaria presencia de ésta en el juicio en el que se ejercita la acción rescisoria del contrato, cuya resolución no le afecta directamente. La sentencia que recaiga en este proceso, que ha de resolver, por virtud del principio de congruencia, conforme a lo alegado y probado por las partes, se ha de limitar a declarar la rescisión del contrato de compraventa en los términos solicitados, y los efectos de esa declaración, así como los inherentes al eventual pronunciamiento relativo a la cancelación registral del asiento relativo a la inscripción de la transmisión del dominio por virtud de la compraventa de cuya rescisión se trata —y por virtud de la *traditio* de la cosa vendida, evidentemente—, también solicitado en la demanda, se han de agotar en ella misma, y no alcanzan en absoluto a los titulares de cualesquiera otros derechos inscritos, como es el acreedor hipotecario cuyo derecho accede al Registro con posterioridad a la transmisión dominical, el cual permanece intacto, tanto más cuanto la buena fe en la adquisición del derecho, no sólo no se le niega por el actor, sino que éste la reconoce expresamente en su demanda. Por lo tanto, el acreedor hipotecario, titular del derecho real de garantía, no se ve afectado por la rescisión de la compraventa, ni por sus consecuencias patrimoniales o registrales, pues su derecho de crédito frente a su deudor permanece ajeno al pronunciamiento rescisorio, del mismo modo que se mantiene intacto su derecho real de garantía, oponible *erga omnes* y que recae directamente sobre el inmueble gravado, con independencia de su titularidad, la cual, por ende, es perfectamente cognoscible por ser un dato que figura en el Registro mismo.

Por otro lado, no resulta aplicable la doctrina que se extrae de la sentencia de esta Sala de fecha 3 de marzo de 1999, con cuya invocación fundamenta la Audiencia el acogimiento de la excepción opues-

ta. Y es aquí inaplicable porque, en primer lugar, en el caso contemplado por ella se solicitó la cancelación de las inscripciones y anotaciones que se hubieren producido a causa de los contratos que se impugnaban, lo que aquí no sucede, sino que, por el contrario, el actor ha formulado la pretensión rescisoria y la de cancelación registral, limitada al asiento relativo a la compraventa de cuya rescisión se trata, siempre desde el conocimiento de la existencia del gravamen y desde la aceptación de las consecuencias derivadas de su vigencia, como lo demuestra la simple lectura del suplico de la demanda y de la solicitud de adopción de medidas cautelares; de manera que si allí el alcance de la eficacia registral del pronunciamiento judicial justificaba la necesaria presencia en el juicio de todos aquellos que, por ser titulares de derechos inscritos con causa en el contrato de cuya anulación se trataba, se veían afectados por la decisión judicial, aquí no se da tal necesidad, pues el alcance y la eficacia del pronunciamiento que resuelva acerca de la rescisión del contrato y de la cancelación del asiento relativo al mismo no requiere la ineludible presencia en el proceso de terceros distintos de quienes fueron parte en el negocio jurídico. Y, en segundo lugar, porque en aquel caso se instó la nulidad de un contrato por simulación, de suerte que el contenido mismo de la declaración de nulidad del negocio jurídico explica también el acogimiento de la excepción, al afectar la nulidad declarada a todos los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la del título traslativo de dominio declarado nulo. Aquí se ejercita, en cambio, una acción rescisoria, que tiene como punto de partida la validez y eficacia del negocio jurídico de cuya rescisión, por fraude de acreedores, se trata, y que, como precisa la Sentencia de 20 de octubre de 2006 –recurso de casación 3698/1999–, no da lugar a ningún negocio nulo, sino que, por el contrario, parte de su plena validez hasta que no sea declarada judicialmente la rescisión. Consecuentemente, el contenido y alcance del pronunciamiento judicial que la declara no justifica la necesidad de la intervención en el proceso de aquellos terceros titulares de derechos inscritos sobre el inmueble objeto del contrato, sino que requiere únicamente la presencia de quienes fueron parte en el negocio jurídico rescindible.

Debe añadirse a lo expuesto que, vistos los términos de la pretensión deducida en la demanda, que determinan el contenido del correlativo pronunciamiento judicial, la estimación de la excepción de la falta de un debido litisconsorcio, no puede ampararse en meras posibilidades o hipótesis en torno a la interpretación o calificación que, bien el Juez, bien el Registrador, realicen de la sentencia que declara la rescisión del contrato, en su consideración como título de ejecución o de

inscripción, respectivamente, y ante la ausencia de un pronunciamiento expreso en la parte dispositiva de la sentencia acerca de la cancelación de la inscripción registral de la compraventa, no obstante haber estimado íntegramente la demanda. La relación jurídico-procesal viene determinada por la configuración subjetiva de la relación material, y la apreciación de su deficiente constitución exige la constancia de una efectiva y directa vinculación del tercero ajeno a la litis con la relación debatida que integra su objeto, no meramente hipotética o entendida en términos de posibilidad, ni basada en simples conjeturas; del mismo modo que no justifican el acogimiento de la excepción de falta del debido litisconsorcio pasivo los efectos indirectos o reflejos que produzca la sentencia que resuelva el litigio, respecto de las relaciones jurídicas que alguno de quienes han sido parte en él mantengan con terceros.

Cuanto se ha expuesto determina la estimación del único motivo del recurso, lo que tiene como consecuencia que esta Sala, casando la sentencia recurrida en el particular relativo a la apreciación de la falta del litisconsorcio pasivo necesario, recobre la instancia y entre a resolver acerca de la procedencia de declarar la rescisión del contrato de compraventa celebrado entre los codemandados el 23 de junio de 1994. A estos efectos, debe mantenerse el pronunciamiento estimatorio de esta pretensión contenido en la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia de fecha 9 de diciembre de 1996, pues la prueba practicada en el proceso acredita la preexistencia de la deuda frente al acreedor, actor y ahora recurrente, declarada, por lo demás, judicialmente, la insuficiencia patrimonial del deudor para hacer frente a la ejecución de la misma, la disolución de la sociedad conyugal y la atribución a la esposa del deudor de la finca después vendida por ella a sus hijos, reservándose, empero, el usufructo de la misma, y a un precio sensiblemente inferior y desproporcionado –aun tratándose de la transmisión de la nuda propiedad– respecto de la cantidad en que fue tasada la finca, a efectos de la ejecución hipotecaria, no habiendo transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura de compraventa, lo cual, unido a la relación de parentesco que vinculaba a la vendedora y a los compradores, permite cabalmente apreciar la concurrencia de los elementos y requisitos objetivos y subjetivos exigidos para el éxito de la acción rescisoria, configurados por la doctrina jurisprudencial recogida en numerosas sentencias de esta Sala, y exponente de la cual es la de reciente fecha de 17 de julio de 2006 (recurso de casación 2954/1999) –que cita las de 10 de abril de 1995, 16 de enero de 2001, 27 de junio de 2002, 13 de mayo de 2004–, que enumera los requisitos para que proceda la rescisión por fraude de acreedores

del siguiente modo: «La existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa; realización de un acto en virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; el propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor; ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor». Si la presencia de los requisitos de carácter objetivo se revela de la prueba directa, de los hechos acreditados se infiere, también, la concurrencia del ánimo fraudulento que guió la celebración del negocio jurídico, habiéndose producido un progresivo desplazamiento patrimonial de los bienes del deudor en favor de su esposa, primero, e hijos, después, una vez fue declarada judicialmente la deuda e instada la ejecución de la sentencia de condena, lo que evidencia el propósito de sustraer del alcance del acreedor el patrimonio del deudor, en perjuicio de la efectividad de su derecho de

crédito, y manteniéndolo, en cambio, cercano a su ámbito de actuación y poder de disposición, al permanecer en manos de sus familiares más próximos.

Procede, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia, que acogió íntegramente la demanda, con la precisión, que ahora se hace, de que dicha íntegra estimación alcanza asimismo a la declaración de las consecuencias registrales que, como inherentes a la rescisión del contrato, se postula asimismo en el apartado segundo del suplico de la demanda, y cuyo acogimiento se encuentra implícito en la estimación íntegra de la demanda que se contiene en la parte dispositiva de la sentencia, debiéndose proceder en su día, por tanto, a librar el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad número 2 de los de Nules, a fin de que proceda a la cancelación de la inscripción de la compraventa rescindida.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

A pesar de que constante la sociedad de gananciales sólo se pagase un plazo de la vivienda familiar que, antes de contraer matrimonio, adquirió el esposo con carácter privativo, es de aplicación lo establecido en el artículo 1357 del CC.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Sevilla fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía núm. 161/1990, dimanante de juicio de testamentaría, promovidos a instancia de doña Araceli, contra doña Olga, doña Beatriz y doña María Cristina.
- ⦿ Doña Olga se promovió el 21 de febrero de 1990 juicio de testamentaría, a fin de que se practicara la división de la herencia de don Ildefonso. Tras formación de inventario y junta de herederos, doña Araceli, mostró su disconformidad con las pretensiones de la solicitante y la continuación del juicio de testamentaría.
- ⦿ Doña Araceli presentó demanda solicitando al Juzgado lo siguiente: A) Se declare la calificación y determinación de la cuantía de los bienes a que hace referencia el cuerpo de este escrito como pertenecientes a la sociedad de gananciales formada por la demandante y su fallecido esposo y se condene a estar y pasar por esta declaración a doña Olga, y a doña Beatriz y doña María Cristina y especial a la primera de las demandadas doña Olga se condene a estar y pasar por el carácter de propiedad pro indiviso de la sociedad de gananciales de la finca urbana reseñada, vivienda habitual de la familia y el derecho de la demandante a que se incluya en su haber esta vivienda o, en su caso, el derecho a cons-

tituir el derecho de uso y habitación sobre la misma. B) Se declare el derecho de la demandante doña Araceli al percibo de las prestaciones como beneficiaria del seguro de vida de grupo suscrito, como tomador, por la empresa «Guillete Española, SA» con la compañía de seguros «Swiss life España» cuyo asegurado era su fallecido esposo don Ildefonso y, en su caso, si las citadas prestaciones han sido abonadas a las demandadas doña Olga, doña Beatriz y doña María Cristina, éstas sean condenadas a la entrega a la demandante de las cantidades recibidas indebidamente, por el concepto citado de prestaciones del referido seguro de vida. C) Se condene en costas a las demandadas.

⊙ Las demandadas doña Beatriz y doña María Cristina, contestaron la demanda, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideraron oportunos, terminaron solicitando la desestimación íntegra de la demanda y la declaración de no haber lugar a los pedimentos de la misma en cuanto afectasen a las citadas demandadas, con expresa imposición de costas a la parte actora. Asimismo, contestó la demanda doña Olga, solicitando el dictado de sentencia en la que: «A) Se declare que todos los bienes relacionados en el Hecho segundo de esta contestación, que se dan aquí por reproducidos, tienen el carácter de privativos de don Ildefonso. B) Desestime todas las peticiones efectuadas en la demanda, absolviendo de las mismas a mi mandante. C) Condene en costas a la actora. D) Realice cuantos demás pronunciamientos se deriven de los Hechos y Fundamentos Jurídicos de esta contestación, que fueren procedente en justicia que pido».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Sevilla dictó Sentencia el 10 de octubre de 1991 desestimando la demanda, estableciéndose la prevención de que, una vez firme esta resolución, los contendientes retornarán al juicio voluntario de testamentaría, quedando fijado el inventario según los datos relacionados en el cuerpo de los Fundamentos de Derecho de esta resolución, en cuanto a su activo y a su pasivo, producida la disolución de la sociedad legal de gananciales, con la atribución expresada de los bienes que ostentan carácter privativo del causante, y carácter propio exclusivo de las personas de las demandadas; que no se comprenderán ni como privativos ni como gananciales en el inventario.

⊙ En grado de apelación la Sec. 6.ª de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 8 de junio de 1992 confirmando la sentencia del juzgado.

⊙ La Sala 1.ª del Tribunal Supremo dictó Sentencia el 18 de septiembre de 1991, en el recurso de casación núm. 3090/1992, cuyo fallo fue el siguiente: «Que debemos declarar y declaramos haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por doña Araceli contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 8 de junio de 1992, la cual casamos y anulamos en parte, revocando parcialmente la dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Sevilla de fecha 10 de octubre de 1991, en los términos explicitados en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia, los cuales se dan por reproducidos, confirmándola en el resto no incompatible. Sin condena en costas a ninguna de las partes en primera instancia y apelación, ni en este recurso. Con devolución del depósito constituido».

⊙ Por Auto de 24 de abril de 1997, el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Sevilla acordó declarar terminado el juicio de menor cuantía, continuando el voluntario de testamentaría.

⊙ El 23 de febrero de 1999 el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Sevilla, dictó Auto, en el que se acordó que «Procede fijar el derecho usufructuario de la Sra. Araceli en 2.712.490 pesetas; asimismo concretar la cuota ganancial del piso adquirido por don Ildefonso en 1,557% del valor total del inmueble, considerando la misma como activo, y siendo el pasivo la misma cuota en la deuda representada por el precio aplazado según el fundamento cuarto de esta resolución, y dejando a las partes la vía que consideren oportuna para debatir el resto de las cuestiones planteadas en relación con la disolución de la sociedad de gananciales».

⦿ El citado Auto fue recurrido en apelación por doña Olga; doña Beatriz y doña María Cristina. Producido el fallecimiento de doña Olga el 3 de junio de 1999, don Baltasar, don Tomás y doña Rebeca fueron tenidos por parte en la apelación como herederos de la fallecida. Dicha apelación fue resuelta por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sec. 6.ª, mediante Auto de 14 de enero de 2000, objeto del presente recurso de casación, en el que se acordó lo siguiente: «Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Rebeca, don Tomás y don Baltasar, herederos de doña Olga y doña Beatriz y doña María Cristina, revocar parcialmente la resolución objeto de este recurso y acordar que el Juzgado de procedencia debe continuar conociendo del presente procedimiento del que sólo resta el pago en metálico a la Sra. Araceli del usufructo viudal y el pago en metálico del líquido de la liquidación de la sociedad de gananciales. Satisfechos los cuales deberán ser entregados los bienes a los herederos, hoy apelantes. No haciendo pronunciamiento sobre las costas de esta alzada».

⦿ Doña Araceli interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el único motivo del recurso se alega la infracción de los artículos 3.1, 1354, 1357.2.º y 1406.4.º y 1407, todos ellos del Código Civil y en la Sentencia recaída en Casación de esta misma Sala de fecha 7 de junio de 1996, en relación a la pretensión del cónyuge sobreviviente de que de acuerdo con la calificación realizada en la citada sentencia, como «vivienda familiar», donde convivía con su difunto esposo y como un bien en parte privativo del marido y en parte ganancial de ambos, por haberse adquirido por el fallecido marido en estado de soltero y por haberse realizado un pago del préstamo hipotecario constante matrimonio con cargo al patrimonio de la sociedad de gananciales».

Argumenta la parte recurrente, en síntesis, que el pago en metálico de la liquidación resultante de la sociedad de gananciales contradice, en un punto sustancial, la sentencia ejecutoriada, que precisamente es la dictada en casación por esta misma Sala el 7 de junio de 1996, alegando que en esta Sentencia se otorgaba el carácter de vivienda familiar o destino de hogar familiar a la vivienda de Sevilla, en aplicación del artículo 1354, en relación con el artículo 1357, del Código Civil, derivándose de ello el derecho del cónyuge sobreviviente a que se incluya en su haber, en base a los artículos 1406.4.º y 1407 del Código Civil, lo cual en el Auto recurrido se le niega, al pretenderse una mera compensación o pago en metálico.

Entiende la parte recurrente que el Auto recurrido obvia la calificación de «vivienda familiar» que declara la Sentencia; que el artículo 1406.4.º del Código Civil es aplicable al caso, a pesar de lo expresado por la sentencia de instancia de que la viuda «había dejado de habitarla», pues ello se justificaría por el reciente óbito del marido, dolor

viudal y necesidad de consuelo de los familiares; que la norma al referirse «donde tuviese la vivienda habitual», alude claramente al momento de fallecimiento del causante y también al concepto de residencia y no al de permanencia ininterrumpida en la vivienda; que los presupuestos de aplicación del artículo 1406.4.º del Código Civil son el carácter ganancial de la vivienda, que hubiera sido residencia habitual u hogar familiar de los cónyuges, aunque no lo sea en el momento de partición o liquidación de la masa ganancial, y el fallecimiento de un cónyuge con anterioridad a la liquidación del haber ganancial, cualquiera que hubiera sido la causa de su disolución; que dicho artículo 1406.4.º contiene un motivo de humanidad para mantener al cónyuge supérstite en el que fue hogar familiar, y el vivir temporalmente la viuda con sus padres no supone inaplicación de este precepto, ni la renuncia de la viuda a este derecho. En el suplico del recurso, se pide a la Sala que «se resuelva la única cuestión que permanece en disputa, relativa a la adjudicación de la vivienda familiar a la viuda, en el sentido de acordar tal adjudicación a la misma».

En el escrito de impugnación del recurso, la parte recurrida aduce, en resumen, que el valor de la citada vivienda se estableció, por acuerdo de las partes, en 8.700.000 pesetas (en la actualidad, 52.288, 05 euros), y dado que, con cargo a la sociedad de gananciales, se había hecho un solo pago a cuenta del precio aplazado de 135.511 pesetas (esto es, 814,44 euros) la participación de la sociedad de gananciales en la adquisición de la vivienda fue del 1,557%. De las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, se alega, resulta que correspondería a la Sra. Araceli la cantidad de 349,89 euros, operaciones que nunca fueron contestadas de contrario sino aceptadas por la recurrente,

y que con fundamento en esa exigua cuota y en los artículos 1406.4.º y 1407 del Código Civil, se pretende la adjudicación de la citada vivienda. Se argumenta, asimismo, que aun cuando dichos preceptos tiendan a proteger más al cónyuge viudo, que al patrimonio del ascendiente, tal apreciación no es de aplicación al caso porque la Sra. Araceli, una vez fallecido su esposo, abandonó dicha vivienda y dejó de habitarla, transcurriendo al tiempo del escrito de impugnación 13 años sin que la haya vuelto a ocupar, no necesitando dicha vivienda para residir y que, en este aspecto, no necesita especial protección; que la Sra. Araceli se ha desentendido desde la fecha de fallecimiento del causante de atender, en el porcentaje que le correspondía, el precio aplazado del préstamo hipotecario y todos los gastos generales, suministros y tributos que recaen sobre la vivienda; que la vivienda sólo es ganancial en un 1,557%, integrándose el resto en el patrimonio privativo del causante y, en su consecuencia, en su caudal relicto; que es preciso que el cónyuge viudo resida en la vivienda en el momento de la liquidación y adjudicación de bienes. En definitiva considera ajustado a derecho el Auto recurrido, solicita la desestimación del recurso de casación.

Con carácter preliminar, antes del concreto examen de lo alegado en el motivo de casación, y teniendo presente que la impugnación gira en torno a un piso que se adquirió en estado de soltero, por el difunto esposo de la recurrente, cuyo pago aplazado se hizo en parte después del matrimonio (se trata de un único plazo), al que se aplica el artículo 1354 del Código Civil, entendiendo la recurrente que, por ello, también se le ha aplicar en la partición lo establecido en el artículo 1406.4.º del Código Civil, resulta conveniente exponer una serie de antecedentes relevantes para la decisión del presente recurso, porque sirven para situar la cuestión objeto del recurso, y determinar si puede considerarse incluido en el ámbito de la modalidad de recurso de casación contemplada en el artículo 1687.2.º de la LEC:

A) El procedimiento de cuya ejecución dimana el presente recurso de casación es un juicio declarativo de menor cuantía, seguido al núm. de autos 161/1990 ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Sevilla, promovido por la ahora recurrente, procedimiento que, a su vez, trae causa de un juicio voluntario de testamentaría instado por una de los herederas, doña Olga, madre del causante, don Ildefonso, al oponerse la recurrente doña Araceli, a la sazón cónyuge viuda del causante, a las pretensiones de los herederos. En la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Sevilla, el 10 de octubre de 1991 se razonaba (F. de derecho segundo, folios 415 y 416), al respecto de la calificación jurídica de los bienes integrantes del caudal hereditario,

en lo que se refiere a, piso vivienda de la Casa núm. NÚMooo y NÚMoor de la RONDAAooo de Sevilla, inscrito por el causante, en estado de soltero, en los siguientes términos: «ofrece un carácter de privativo, por cuanto los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges, antes de comenzar la sociedad tienen carácter privativo, aunque la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga durante el matrimonio con carácter ganancial –artículo 1357–; en lógica razón a que el derecho nacido del contrato de compraventa, anterior a la sociedad, tenía que ser privativo; es cierto, conforme a la regla legal, que se exceptúa de la anterior regla las compras de la vivienda familiar y del ajuar, a las cuales se aplica el artículo 1354, que hace una distinción entre aportación privativa y ganancial; pero esta norma, interpretada conforme al sentido progresivo y realista del artículo 3, apartado 1 del Título Preliminar del CC, resulta inaplicable al supuesto planteado, por cuanto el inmueble fue adquirido sin destino especial por el después causante, aunque al disponer del piso lo destinara libremente a residencia familiar; siendo el importe de la cantidad pendiente de pago del precio –o préstamo hipotecario– el carácter de deuda de la sociedad de gananciales. Pero lo que resulta evidente es que dicho plazo no está sometido a la norma del artículo 1406 del CC sobre adjudicación preferencial, porque dicha vivienda fue destinada por voluntad del causante a residencia familiar, que ha perdido, tan pronto como la señora viuda ha dejado de habitarla, trasladando su residencia –según la testifical y su propia confesión, en la posición onceava (*sic*)– al domicilio de sus padres en la CALLEEooo Núm. NÚMooo de Alcalá de Guadaira –Sevilla–».

B) Recurrida en apelación dicha Sentencia por la Sra. Araceli, la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia desestimatoria el 8 de junio de 1992 (rollo de apelación 1829/1991), en la que, tras advertir que el procedimiento había sufrido anomalías, al no haberse practicado en la testamentaría las operaciones de inventario, avalúo y división, por lo que la decisión no podía versar sobre todo lo que no fuera atinente a la formación de inventario, y más en concreto debía referirse la decisión a la consideración con que debían ser incluidos en el inventario los bienes del causante, el piso vivienda antes referido, cuentas corrientes y quién debía considerarse beneficiaria de un seguro de vida del causante (F. de derecho primero y segundo, folios 434 y 435). En lo relativo al piso vivienda de la Casa núm. NÚMooo y NÚMoor de la RONDAAooo de Sevilla, en el fundamento de derecho tercero la Audiencia razonaba del siguiente modo: «Adquirido por el causante, el piso vivienda y su garage, en estado de soltero, aun admitiendo que alguno de los plazos para el pago del precio aplazado con garantía hipotecaria, uno

de ellos, se haya podido hacer con dinero ganancial, la aplicación de la regla establecida por el artículo 1357 del Código Civil hace concluyente la consideración de bien privativo del causante. Frente a esta conclusión, pretende la actora en el juicio declarativo ordinario, referir el supuesto al contemplado en el artículo 1354 apoyándose en la excepción que de la vivienda hace el citado 1357 en relación con el 1354. Pero, abstracción hecha de que fue un solo plazo el que fue pagado con carácter ganancial, lo que conduciría a considerar como tal sólo una muy reducida proporción, lo cierto es que, como resalta la sentencia recurrida, la aplicación de la excepción resulta artificiosa si se contemplan las circunstancias caracterizadoras de la hipótesis, fechas de adquisición del inmueble y del matrimonio del causante, carencia de destino inicial y disposición muy posterior para residencia familiar; todo ello sin perjuicio de la posible consideración como deuda de la sociedad de gananciales. Por otra parte se intenta traer a colación por la viuda del causante al tratar sobre este inmueble, la preferencia establecida en el número 4.º del artículo 1406 del Código Civil; más al llegar a este punto incide calificadamente la indicación que, a manera de advertencia, fue hecha al principio, porque tal preferencia, como incluida en las reglas que regulan la liquidación de la sociedad de gananciales, ha de quedar obligadamente al margen de esta resolución puesto que, por lo dicho entonces, todo lo que afecta a la liquidación adjudicación o inclusión en los haberes respectivos, ha de reportarse para una fase posterior a la formación de inventario que confina el marco y la materia propia del juicio declarativo tramitado».

C) La Sentencia dictada por la Audiencia el 8 de junio de 1992 fue recurrida en casación ante esta Sala, por doña Araceli –recurso de casación núm. 3090/1992–, dictándose Sentencia el 7 de junio de 1996, que es la que precisamente se alega contrariada por el Auto, cuya impugnación casacional nos ocupa, en la que se acordó haber lugar en parte al recurso de casación, casando y anulando la dictada por la Audiencia, y revocando parcialmente la dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Sevilla de fecha 10 de octubre de 1991, en los términos explicitados en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia, confirmándola en el resto no incompatible. Tal revocación parcial afecta precisamente al pronunciamiento relativo a la calificación del antes citado piso, siendo menester reproducir los fundamentos de derecho segundo y quinto de la citada Sentencia de esta Sala:

«Segundo.–El motivo primero, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, denuncia infracción de los artículos 3.1, 1354, 1357, párrafo 2.º, y 1406, todos del Código Civil, en tanto que la sentencia recurrida no da la eficacia legalmente prevista –exponiendo en

síntesis la argumentación– al pago de algunos plazos del precio de la vivienda familiar.

El motivo se estima. Partiendo de que la Audiencia da como probado que sólo uno de los plazos se pagó durante el matrimonio del causante, no hay ninguna duda de que es necesario aplicar la excepción que señala el artículo 1357, párrafo segundo, para la vivienda familiar, lo que no han hecho las sentencias de instancia bajo los pretextos de: la exigua cantidad pagada por la sociedad de gananciales respecto del total que se adeudaba por el fallecido esposo; la compra del piso mucho tiempo antes de contraer matrimonio; y que fue muy posterior por ello el destino a hogar familiar.

Estos pretextos se arropan jurídicamente en la llamada a la realidad social en la aplicación de las normas que hace el artículo 3.1 CC.

Es claro que el artículo 1357 CC es una disposición reciente, pues data de la reforma del Código Civil de 1981. Es peregrino que haya necesidad de esa «adaptación» a la realidad social, y todavía es más incomprensible que ello lleve a la no aplicación de una norma jurídica, expulsándola del sistema jurídico por quienes tienen el deber de aplicarla. Ciertamente que en el caso de autos se dan las circunstancias antes expuestas, a las que se puede añadir la de que el matrimonio se contrajo el 18 de octubre de 1988 y se disolvió por la muerte del esposo a los pocos meses, el 1 de marzo de 1989. Pero el juego de las mismas no puede conducir más que a una crítica del modo en que el legislador ha regulado el tema de la adquisición de la vivienda familiar, no a prescindir del precepto, el cual no se fija más que en el dato de que la vivienda sea familiar, no que se haya comprado para ese destino que, por lo tanto, puede adquirirlo posteriormente, como lo demuestra el artículo 91.2 y 3 del Reglamento Hipotecario. Además, los problemas que pueden originar la cotitularidad que impone el artículo 1354 son susceptibles de solución en la vía de la liquidación de la sociedad de gananciales, y no en este litigio, en el que se contiene sólo sobre qué bienes son gananciales y qué otros privativos.

La parte recurrida, en relación con el único plazo pagado del precio aplazado de la vivienda familiar, niega que lo haya sido con dinero ganancial, y sostiene que fue con dinero privativo del causante. Pero al no haber recurrida la sentencia, queda firme la declaración de la Audiencia.

Quinto.–La estimación del motivo primero del recurso obliga a casar y anular parcialmente la sentencia recurrida, y a que esta Sala, como órgano de instancia, haga los pronunciamientos atinentes al fondo del asunto relacionado con aquél. De acuerdo con la razones expuestas al estimarlo, ha de declararse que el piso-vivienda adquirido por don Ildefonso según escritura pública de compraventa

otorgada el 29 de noviembre de 1982 ante el Notario del I.C. de Sevilla don Joaquín Cortés García en estado de soltero, pasó a tener como cotitular a la sociedad de gananciales que constituyó con la demandante, correspondiendo a dicha sociedad la cuota que represente el plazo pagado por la sociedad de gananciales del total precio del piso que quedó aplazado. Dicha cuota, que se concretará en período de ejecución de sentencia, formará parte del activo de la sociedad de gananciales disuelta por el fallecimiento de don Ildefonso, y en su pasivo figurará la misma cuota en la deuda representada por el precio aplazado no satisfecho en el momento del fallecimiento...».

De los transcritos razonamientos jurídicos interesa significar, dado el objeto de la presente modalidad de recurso de casación, cómo se destaca que los problemas que pueden originar la cotitularidad que impone el artículo 1354 del Código Civil, son susceptibles de solución en la vía de la liquidación de la sociedad de gananciales, y no en este litigio, en el que se contiene sólo sobre qué bienes son gananciales y qué otros privativos.

D) Por Auto de 24 de abril de 1997, el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Sevilla acordó declarar terminado el juicio de menor cuantía, continuando el voluntario de testamentaria, que se sigue con igual núm. de autos 161/1990.

El 30 de septiembre de 1998, la Audiencia Provincial de Sevilla dictó Auto resolutorio del recurso de apelación, interpuesto por doña Olga, contra el Auto del Juzgado de Instancia núm. 9 de Sevilla de fecha 16 de julio de 1997, dictado en el incidente surgido en el juicio de testamentaria. En el fundamento de derecho segundo, interpretando el artículo 839 del Código Civil, de manera diferente a como lo hizo el Juzgado, y habiendo quedado acreditado que la única heredera del causante es su madre doña Olga, y está en el uso de la facultad que le otorga el artículo 839, ejercita su derecho de conmutación a metálico del usufructo viudal que corresponde a la Sra. Araceli, estimando el recurso de apelación, acordando la procedencia de la facultad de conmutación a metálico del usufructo viudal.

E) Mediante Auto de 23 de febrero de 1999, el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Sevilla acordó fijar el derecho usufructuario de la Sra. Araceli en 2.712.490 pesetas; asimismo concretar la cuota ganancial del piso adquirido por don Ildefonso en el 1,557% del valor total del inmueble, considerando la misma como activo y siendo el pasivo la misma cuota en la deuda representada por el precio aplazado según el fundamento cuarto de dicha resolución, y dejando a las partes las vías que consideren oportunas para debatir el resto de cuestiones planteadas en la relación con la disolución de gananciales.

F) Recurrido en apelación el anterior Auto del Juzgado por doña Olga y doña María Cristina y doña Beatriz, la Audiencia Provincial dictó Auto el 14 de enero de 2000, cuyo fundamento jurídico primero conviene transcribir: «La parte apelante se muestra disconforme con la resolución de instancia y solicita su revocación en lo que respecta exclusivamente al fundamento de derecho 5.º y lo concordante con su parte dispositiva. Y ello por entender que la sociedad de gananciales está liquidada, que sólo resta el pago de la misma. Efectivamente el presente procedimiento se inicia en su día como juicio voluntario de testamentaria, en el cual fue necesario como cuestión previa la liquidación de la sociedad de gananciales. Efectuadas todas las operaciones de liquidación de la misma y mostrando ambas partes su conformidad en la comparecencia efectuada el día 8 de mayo de 1997 (folio 526), el usufructo de la Sra. Araceli recae sobre la mitad de la herencia es decir sobre 6.308.116 pesetas; quedando valorado el usufructo en 2.712.490 pesetas, cantidades en las que las partes muestran su conformidad, conforme consta en el escrito de 15 de febrero de 1999 (folio 613). Estableciéndose por sentencia firme de esta Sala, la conmutación en metálico a la Sra. Araceli el usufructo correspondiente y satisfecha la legítima del cónyuge viudo la adjudicación en su condición de heredera a la parte actora hoy apelante. Teniendo en consideración que en este mismo procedimiento se tramitó y disolución (sic) la sociedad de gananciales, por ser previo como ya queda expuesto a la cuestión suscitada en este proceso y mostrando las partes su total acuerdo con la cuantificación tanto del activo como del pasivo de dicha sociedad, ofreciendo la parte obligada al pago el abono de la cantidad correspondiente a la Sra. Araceli es decir 56.718 pesetas, procede acceder a ello, dando con ello cumplimiento a las resoluciones y acuerdos que se han ido dictando en el proceso». En la parte dispositiva del Auto la Audiencia acordó estimar el recurso de apelación, revocar parcialmente la resolución objeto de recurso y «Que el Juzgado de procedencia debe continuar conociendo del presente procedimiento del que sólo resta el pago en metálico a la Sra. Araceli del usufructo viudal y el pago en metálico del líquido de la liquidación de la sociedad de gananciales. Satisfechos los cuales deberán ser entregados los bienes a los herederos, hoy apelantes».

Realizada la anterior exposición de antecedentes, procede examinar la procedencia del recurso de casación formulado.

Para ello, no podemos olvidar que el alcance del recurso de casación basado en el artículo 1687.2.º de la LEC de 1881, con harta frecuencia ignorado en los recursos basados en el citado precepto, a cuyo efecto es conveniente recordar que esta Sala, en Sentencia dictada el 26 de abril de 1999, que cita la de fecha

12 de diciembre de 1998, destaca que el recurso previsto en el artículo 1687.2.º de la LEC 1881 es «un recurso especialísimo que, desde luego, desborda los límites taxativos de la casación, pues si esta clase de recurso defiende la monofiláctica, en el recurso especial de ejecución de sentencia lo que se protege en la intangibilidad del fallo que está en fase de realización efectiva, lo que determina que tenga un ámbito muy limitado. Por ello la Sentencia de esta Sala de fecha 28 de mayo de 1982, como epítome de doctrina jurisprudencial, determina que lo único y esencial de esta clase de recursos es evitar la contradicción entre lo ejecutoriado y lo acordado para su cumplimiento»; y, como igualmente se declaró en Sentencia de 6 de mayo de 2005, «el recurso de casación, establecido en el artículo 1687.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene por finalidad, según reiterada doctrina jurisprudencial (por todas, STS de 9 de abril de 1996), no la de contrastar el contenido de la sentencia y la ley, para verificar la estricta sujeción de aquélla a los mandatos de ésta, sino la de cotejar las actuaciones dictadas para la ejecución con el fallo definitivo que adquirió firmeza, a fin de corregir contradicciones, desviaciones o extralimitaciones no amparadas por la resolución devenida intangible; son los términos del fallo los únicos a tener en cuenta en el juicio comparativo que debe hacerse, frente a la resolución judicial que se dictó para su efectividad, y que en el recurso es el objeto de la impugnación, de manera que ésta procede cuando los autos recurribles resuelvan puntos esenciales no controvertidos en el pleito, ni decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado».

Siendo así que la Sentencia de esta Sala de 7 de junio de 1992, que se alega contrariada por el

Auto recurrido, señalaba en el segundo fundamento de derecho de la misma que «los problemas que pueden originar la cotitularidad que impone el artículo 1354 son susceptibles de solución en la vía de la liquidación de la sociedad de gananciales, y no en este litigio, en el que se contiene sólo sobre qué bienes son gananciales y qué otros privativos», resulta de toda evidencia que el Auto recurrido no contraría la expresada Sentencia de esta Sala, ya que en la misma no se atribuye a la vivienda integrante del caudal hereditario el carácter de bien privativo, y no se ignora «la cuota que represente el plazo pagado por la sociedad de gananciales del total precio del piso que quedó aplazado» que como se dispuso en tal Sentencia, «se concretará en período de ejecución de sentencia, formará parte del activo de la sociedad de gananciales disuelta por el fallecimiento de don Ildefonso, y en su pasivo figurará la misma cuota en la deuda representada por el precio aplazado no satisfecho en el momento del fallecimiento». La solicitada resolución sobre la adjudicación de la vivienda, no procede, porque es cuestión ajena al ámbito del presente recurso de casación en la medida en que las cuestiones relativas a la adjudicación de los bienes, previa la liquidación de la sociedad de gananciales, quedaron expresamente al margen de lo decidido en las instancias y en la Sentencia dictada en sede casacional que se dice contrariada, que estaba ceñida a la calificación de los bienes integrantes del caudal relicto, y, por consiguiente, en modo alguno existe contradicción entre lo resuelto por el Auto recurrido y en la expresada Sentencia de esta Sala. Por todo ello, el motivo de casación fenece.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter ganancial de la licencia de taxi adquirida constante el matrimonio.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 2007

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

ANÁLISIS DEL CASO

◉ Desde la fecha del matrimonio, el 15 de abril de 1973, los cónyuges fijaron como vivienda familiar la sita en la planta NÚMoo2 del núm. NÚMooo de la CALLEooo de Fuengirola, vivienda que fue construida sobre la azotea de la casa propiedad de los padres de la esposa, no habiéndose hecho declaración de obra nueva respecto de la construcción, ni apareciendo inscrita en el Registro de la Propiedad.

- ⊙ Constante el matrimonio y vigente la sociedad de gananciales que lo regía económicamente, el 31 de mayo de 1984 se adquirió por el esposo a un tercero, con dinero ganancial, la licencia municipal de transporte de viajeros, taxi núm. NÚMoor del Ayuntamiento de Fuengirola, abonándose igualmente con dinero ganancial los correspondientes derechos municipales y la adquisición del propio vehículo, llevándose a cabo a partir de la transmisión de la licencia la explotación del taxi por el esposo exclusivamente.
- ⊙ Doña Lucía formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre liquidación, partición y adjudicación de los bienes de la sociedad de gananciales contra su esposo, don Everardo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dictase sentencia por la que se decretara la liquidación de la sociedad de gananciales, concretando el activo y el pasivo de la misma y se proceda a la partición y adjudicación del caudal social, atribuyéndose a cada uno de los cónyuges la titularidad dominical plena y el pleno dominio de los bienes que le sean adjudicados, con imposición de las costas a la parte demandada.
- ⊙ Admitida la demanda y emplazada la demandada, compareció el demandado que contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para «Tenernos por aquietados respecto de la liquidación de la sociedad de gananciales y a la partición y adjudicación del caudal social, previa formación de inventario, en cuyo activo deberá incluirse, además de los bienes que relaciona el demandado en el hecho tercero de la demanda, la vivienda sita en ... y el mobiliario doméstico que se relaciona en el hecho tercero apartado B) de esta contestación, excluyéndose del inventario, por tener carácter privativo, la licencia municipal de transporte de viajeros, taxi núm. NÚMoor, inventariado con el número A-7 del hecho tercero de la demanda y los beneficios obtenidos en la explotación del taxi, inventariado bajo la letra A-9, del hecho tercero de la demanda, y con imposición de costas a la actora».
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Fuengirola dictó Sentencia el 8 de mayo de 1998 estimando en parte la demanda y decretando la liquidación de la sociedad legal de gananciales cuyo activo está constituido por los bienes referidos en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución y cuya partición y adjudicación se llevará a cabo en ejecución de sentencia sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes».
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Málaga dictó Sentencia el 26 de enero de 2000 estimando en parte el recurso formulado por doña Lucía y revocando parcialmente la sentencia del juzgado declaró la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales a liquidar la licencia municipal de transporte de viajeros, taxi núm. NÚMoor del Ayuntamiento de Fuengirola, y la exclusión del mismo de la vivienda sita en el núm. NÚMooo de la CALLEooo de la misma localidad, confirmando en el resto de sus pronunciamientos, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.
- ⊙ Don Everardo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Licencia municipal de taxi.

El primer motivo del recurso se formula al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo

1346, apartado 5.º del Código Civil, y del artículo 1347 apartado 5.º del mismo cuerpo legal.

Pretende en este motivo el recurrente la exclusión del activo de la sociedad de gananciales de la

licencia municipal de transporte de viajeros, taxi núm. NÚMoor del Ayuntamiento de Fuengirola, por considerar la licencia como un derecho de carácter personalísimo o inherente a la persona, y por tanto, privativo, conforme al artículo 1346.5.º del Código Civil. Se opone también a su configuración ganancial como empresa, constituida durante la vigencia del matrimonio por uno cualquiera de los cónyuges, a expensas de bienes comunes a que alude el artículo 1347.5.º del Código, entendiendo que, al haberse concedido a la esposa en la separación una pensión compensatoria, se está indirectamente configurando la explotación del negocio, y por tanto la licencia para su explotación, como bien privativo del esposo.

El motivo debe ser desestimado.

El planteamiento del recurso lleva a determinar si la licencia municipal de transporte de viajeros, taxi núm. NÚMoor del Ayuntamiento de Fuengirola, puede tener naturaleza de bien ganancial o debe reputarse privativo del esposo. La sentencia recurrida configura la licencia litigiosa como mero requisito administrativo en orden a la explotación del taxi, adquirido constante el matrimonio, con dinero ganancial, para considerar su necesaria inclusión en el activo ganancial, mientras que la parte recurrente parte de su configuración como un derecho personalísimo, otorgado en atención a su cualificación profesional, para atribuirle carácter privativo.

Resulta difícil, y en ocasiones imposible, separar la licencia administrativa del negocio de explotación, del que constituye presupuesto o requisito necesario, y con tal carácter, parece claro que debe configurarse necesariamente como elemento accesorio e imprescindible de la actividad comercial, como puede ser el propio taxi o la clientela. Efectivamente, la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos similares de actividades privadas, cuyo ejercicio está administrativamente sometido al cumplimiento de determinados requisitos (estancos, administraciones de loterías, farmacias), y así la doctrina contenida en la Sentencia de 31 de diciembre de 1997, y en las por ella citadas, a su vez recogida en la de 27 de marzo de 2000, establece que es preciso determinar, en primer lugar la naturaleza del negocio de explotación, y que en tal sentido deben distinguirse dos facetas. La primera, con arreglo a tal doctrina, vendría determinada en la normativa que establece los requisitos administrativos para el ejercicio de la actividad, que en este caso, estaría constituida por el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros, aprobado por Real Decreto 763/1979, que en su artículo 12 especifica quiénes podrán

solicitar licencia de autotaxi, fijando la doctrina de esta Sala al respecto de esta cuestión administrativa, que es perfectamente aplicable al caso de autos, que «la titularidad que se atribuye a quien figura al frente del establecimiento es meramente administrativa, acomodada a la normativa especial que rige los estancos y por tanto se trata más bien de tipo formal impuesta por las exigencias de la Administración que no excluye la civil, en este caso plural, a favor de los litigantes», es decir, como también en relación a una farmacia ha señalado la Sentencia de fecha 17 de octubre de 1987, en referencia a la normativa administrativa que establece los requisitos para ser titular administrativo, «es una norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacia». La segunda faceta, según la doctrina expuesta, se halla «constituida por la denominada base económica del negocio, que comprendería los medios en los que se basa físicamente, clientela, derecho de traspaso y demás elementos físico-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad comercial de explotación», y esta segunda (la base económica del negocio) es la que perfectamente puede ser constituida como bien ganancial, siempre que concurren los requisitos para la subsumición en alguno de los supuestos especificados en el artículo 1347 del Código Civil.

En atención a lo expuesto, configurándose la licencia en el primer sentido expuesto como una «titularidad formal o simplemente administrativa», y estando además acreditada su posibilidad de transmisión, con arreglo al artículo 14 del referido Reglamento Nacional de Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en automóviles ligeros, aprobado por Real Decreto 763/1979, de 16 de marzo, y su contenido económico expuesto, no sólo cabe negar el carácter personalísimo de los derechos anudados a ella sino que debe considerarse la licencia como un bien ganancial en cuanto base económico-necesaria de la explotación del negocio, como así lo ha considerado la sentencia impugnada, en razón al dato objetivo incontrovertido de que se ha tratado de un bien adquirido en constante matrimonio y con fondos gananciales.

Por último, debe significarse que en la sentencia de separación ni se liquida ni se adjudican los bienes que integran el patrimonio ganancial, careciendo de sentido pretender atribuir carácter privativo a la licencia litigiosa en base al otorgamiento a la esposa de una pensión compensatoria, pues la misma se fundamenta no sólo en el caudal y los medios económicos de cada cónyuge sino en otras circunstancias que el artículo 97 del Código

Civil enumera, y entre las que se encuentra la edad, el estado de salud, cualificación profesional, dedicación a la familia, duración del matrimonio, entre otros; e igualmente debe entenderse que la fijación de una pensión alimenticia a favor de los hijos de matrimonio no responde sino a la necesidad de garantizar la efectiva satisfacción de sus necesidades por parte del progenitor que, además de salir del domicilio familiar, va a continuar en la explotación del negocio, pero sin que ello presuma pronunciamiento alguno sobre el carácter privativo o ganancial de la licencia y explotación referidas, como se ha expuesto.

2. Vivienda familiar.

En el segundo motivo del recurso se formula al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1347.3.º y del artículo 1361 del mismo Código y por aplicación indebida del artículo 358 e interpretación errónea del artículo 361 del mismo Código.

El recurrente funda el mismo en la inclusión en el activo ganancial de la vivienda que había constituido el domicilio conyugal, por falta de prueba en contra de su carácter ganancial, y mediante la invocación de la doctrina de la accesión invertida.

El motivo también debe ser desestimado.

Mediante este motivo se pretende introducir en el proceso unos hechos nuevos que afectan a la esencia del objeto mismo del proceso. Como señaló la Sentencia de esta Sala de fecha 25 de septiembre de 1999, y recoge también la más reciente de fecha 30 de enero de 2007, «no cabe la menor duda que la preclusión de las alegaciones de las partes, es el sistema establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que significa que las alegaciones de las partes en primera instancia que conforman el objeto procesal, impide que no se puedan ejercitar pretensiones modificativas que supongan un complemento al mismo, impedimento que debe regir durante todo el proceso, tanto en primera instancia como en apelación... No pudiendo nunca olvidarse que el concepto de pretensiones nuevas comprende a las que resulten totalmente independientes a las planteadas ante el Tribunal *a quo* como a las que suponen cualquier modo de alteración o complementación de las mismas».

Efectivamente, en su escrito de contestación a la demanda, el ahora recurrente alegaba el carácter ganancial de la vivienda que había constituido

el domicilio conyugal en base a una supuesta cesión del derecho de vuelo sobre la azotea de la preexistente vivienda de los padres de su esposa. La sentencia recurrida no sólo no aprecia dicha cesión sino que además, excluye la posibilidad de calificar como ganancial tal vivienda configurándola como accesorio de la vivienda preexistente con arreglo al principio *superficie solo cedit* y por aplicación de los artículos 353, 358 y 361 del Código Civil, e incidentalmente, por tanto, reconociendo la titularidad de los padres de la esposa sobre la misma, no obstante el derecho de indemnización que pudiera corresponder a la sociedad conyugal. Para impugnar tal pronunciamiento la parte recurrente no sólo introduce un argumento jurídico diferente pretendiendo la aplicación de la doctrina de la accesión invertida, sino que además a través de la alegación de tal doctrina, introduce en el debate dos hechos nuevos que se precisan para su aplicación, pero no contemplados en su escrito de contestación, ni por tanto, sometidos a contradicción ni prueba: que la edificación litigiosa presenta mayor valor que el vuelo o azotea sobre el que se construyó, y que además, según mantiene el recurrente, se construyó de buena fe. En la medida en que ello es así, dicho planteamiento está totalmente prohibido en casación al implicar indefensión para la parte contraria, privándola de oportunidades de alegación y prueba, con trasgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa, al verse sorprendida la contraparte por unas alegaciones que no fueron objeto del debate —Sentencias de 10 de diciembre de 1991, 18 de abril de 1992, 7 de mayo de 1993, 22 de octubre de 1993, 2 de diciembre de 1994, 28 de enero de 1995, 18 de enero de 1996, 7 de junio de 1996, 17 de junio de 1996, 31 de julio de 1996, 2 de diciembre de 1997, 13 de abril de 1998, 6 de julio de 1998, 29 de septiembre de 1998, 1 de junio de 1999 y 23 de mayo de 2000, entre otras—, debiendo recordarse que la aplicación del principio *iura novit curia*, si bien autoriza a los Tribunales a aplicar las normas que estimen procedentes, así como a modificar el fundamento jurídico de las pretensiones, no les faculta, en cambio, para resolver la cuestión sometida a su decisión trasmutando la causa de pedir o sustituyendo las cuestiones debatidas por otras distintas, cuyo cambio puede significar menoscabo del artículo 24 CE, al desviarse de los términos en que viene planteado el debate litigioso, vulnerando el principio de contradicción —Sentencias 9 de marzo de 1985, 9 de febrero de 1988 y 30 de diciembre de 1993, entre otras—.

CONTRATO DE VITALICIO

Contrato de vitalicio que se otorga por uno de los cesionarios de los bienes utilizando poder general concedido por el cedente e incidiendo en autocontratación. Ejercicio abusivo de los poderes. Dolo en la formación del contrato. Restitución de gastos e inversiones en atención del cedente: *condictio* de prestación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Vicente Luis Montes Penades

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Braulio, a partir del 20 mayo de 1995, pasó a vivir con la familia Humberto. En 29 de mayo de 1995, otorgó testamento a favor de los miembros de la familia que lo acoge, instituyéndoles herederos universales de todos los bienes. El Sr. Braulio ingresó en el Hospital para el cambio de una prótesis de cadera, y, estando en el hospital, otorga un primer apoderamiento a favor de don Carlos Manuel (6 de noviembre de 1995) con determinadas facultades de gestión. En 15 de noviembre de 1995, un día antes de recibir el alta hospitalaria, otorga un segundo apoderamiento.
- ⦿ En la escritura de poder se contienen, entre otras, las siguientes Estipulaciones de interés para el caso: (a) En primer lugar, licencia para la autocontratación: «... aunque incidan en la figura de la autocontratación o tengan intereses opuestos...» (b) Facultades de administración: «... administrar bienes muebles e inmuebles...» (c) Facultades de disposición: «... disponer, enajenar, gravar, adquirir y contratar, activa y pasivamente respecto de toda clase de bienes muebles e inmuebles, derechos reales y personales ... constituir ... cualesquiera derechos reales y personales ... aceptar y (en su caso) hacer donaciones puras, condicionales y onerosas...»
- ⦿ En 28 de marzo de 1996, ante el Notario, don Carlos Manuel, actuando en representación de don Braulio, otorgó escritura de «contrato de vitalicio» por la que se cedían los bienes del representado a su propio favor, al de su esposa e hijos. Don Carlos Manuel y doña Elena, la esposa, recibían el usufructo, y sus hijos don Ángel Jesús y don Everardo, la nuda propiedad, a cambio de prestar al cedente atenciones y alimentos.
- ⦿ En 13 de septiembre de 1996, don Braulio abandona la casa de la familia Humberto.
- ⦿ Don Braulio demandó a los cónyuges don Carlos Manuel y doña Elena, solicitando se dicte sentencia en la que se declarara: 1. La nulidad radical de la escritura de contrato de vitalicio otorgada entre los demandados, en la representación en que intervienen, autorizada por el Notario de Chantada don Manuel Ángel Martínez García en 28 de marzo de 1996. 2. Subsidiariamente, se declare rescindido o resuelto el contrato por las causas expresadas en la Estipulación Tercera, imputados a los demandados por activa y pasiva. 3. Que el demandado Sr. Carlos Manuel viene obligado a rendir cuentas detalladas y justificadas de las operaciones que realizó en nombre del actor ante las entidades bancarias, así como del dinero que le fue entregado por el actor, pagando al actor la diferencia a su favor. 4. Que los cesionarios vienen obligados a devolver al actor todas y cada una de las fincas y derechos que se describen en la mencionada escritura, con sus frutos. Condenando a los demandados a ejecutar lo declarado y al pago de las costas.
- ⦿ Los demandados comparecieron y se opusieron, solicitando la desestimación, con costas, al tiempo que formularon reconvenición, en la que solicitaban se condenara al actor reconvenido a reintegrar las cantidades invertidas en su atención desde el 12 de mayo de 1995 al 29 de marzo de

1996, por diversos conceptos (alojamiento, vestidos, comidas especiales, traslados, tiempo invertido en su cuidado, etc.). Se dio traslado de la reconvencción, y la parte actora solicitó la desestimación, con costas.

⊕ El Juzgado de 1.^a Instancia de Lalín núm. 2 dictó Sentencia el 14 de abril de 1998, estimando parcialmente la demanda y declarando la nulidad del contrato de vitalicio documentado en escritura pública al que se refiere la demanda y que, en consecuencia, los demandados vienen obligados a devolver al actor todas y cada una de las fincas y derechos que se describen en la mencionada escritura, así como los frutos producidos desde el emplazamiento hasta la ejecución de sentencia. Asimismo, declaraba que el demandado Sr. Carlos Manuel viene obligado a rendir cuentas de las operaciones bancarias y del dinero recibido. Se condenó a los demandados a devolver al actor las fincas y derechos mencionados, la correspondiente documentación y los frutos producidos, y a rendir cuentas, sin especial pronunciamiento sobre costas. Igualmente se desestimó la reconvencción, absolviendo al actor, con imposición de costas.

⊕ En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Pontevedra dictó Sentencia el 28 de abril de 1999 desestimando el recurso.

⊕ Don Carlos Manuel y doña Elena interpusieron recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo, quien estimó la petición reconvenccional efectuada por los demandados.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El presente litigio fue promovido con la finalidad de anular el contrato de vitalicio celebrado por el demandado don Carlos Manuel, quien actuó como cedente, en representación del actor, don Braulio, en virtud de un poder que éste le confirió, y a la vez como cesionario, junto con su esposa (la demandada) y dos hijos, también cesionarios. Subsidiariamente, se interesa que se declare que don Carlos Manuel, como mandatario, viene obligado a rendir cuentas detalladas y justificadas de las operaciones que realizó en nombre del actor. Y, por último, que los demandados vienen obligados a devolver las fincas y los derechos que fueron objeto del vitalicio, con sus frutos. Los demandados formularon reconvencción, postulando se declarara la obligación del actor-reconvenido de reintegrar las cantidades invertidas por los reconvinientes en su atención desde el 12 de mayo de 1995 al 29 de marzo de 1996, que se habrían de fijar en ejecución de sentencia.

1. Cuestiones relativas al contrato de vitalicio.

En el motivo segundo, acogido al ordinal 4.^o del artículo 1692 LEC 1881, denuncian los recurrentes la infracción del artículo 1282 CC, por cuanto, dice, no se ha atendido a la intención de los contratantes, que era la de otorgar el vitalicio.

El motivo se desestima por el Tribunal Supremo.

En primer lugar, incurre en el vicio denominado «hacer supuesto de la cuestión», pues opone al razonamiento de la Sala una tesis de parte, desconociendo la resultancia de los hechos probados, esto es, sin combatir adecuadamente la estimación de hechos probados. Esta Sala ha dicho reiteradamente que no cabe variar la apreciación de los hechos probados sin acudir al error de derecho en la valoración de la prueba o al carácter de error patente, arbitrariedad o irrazonabilidad, en los términos en que se ha precisado por el Tribunal Constitucional, para obtener la necesaria modificación de la premisa fáctica (Sentencias de 22 de mayo de 2002, 16 de marzo, 8 y 21 de abril, 9, 12 y 18 de mayo, y 12 de junio de 2005, etc.). O, como decía la Sentencia de 22 de febrero de 2000, se incurre en el vicio señalado cuando «se realizan secuencias valorativas contrariando las realizadas por la Sala sentenciadora y no impugnadas adecuadamente, tratando de sustituir el autorizado criterio de la Sala *a quo* por el subjetivo de la parte recurrente» (Sentencias de 8 de febrero y 30 de noviembre de 1998).

En el caso, la Sentencia recurrida niega contundentemente que el contrato de vitalicio se hiciera con el conocimiento y el consentimiento del actor (FJ 2) y destaca que no hubo actividad probatoria tendente a acreditar tal extremo y que se trata de una aseveración incompatible con la propia naturaleza de la autocontratación y con el

modo de operar del demandado, quien acude solo a la Notaría, no se hace entrega de copia a quien se dice cedente, y carece de explicación que se acuda a la autocontratación cuando se pudo haber otorgado personalmente por los interesados.

Los recurrentes acuden a la existencia de la intención de don Braulio de donar sus bienes a la familia Humberto, que se revela en el testamento, para negar la existencia de un abuso de poder, y a la relevancia de un consentimiento prestado notarialmente. Pero, aparte de que estas dos cuestiones poco tienen que ver con una presunta infracción del artículo 1282 CC, que es la que se denuncia en el presente motivo, que sólo por esta razón ya podría ser desestimado sin más, no resisten un análisis mínimamente atento: como señala la sentencia de primera instancia, el vitalicio añade al testamento, entre otras muchas variantes, un elemento esencial, ya que de este modo el beneficiario previsto de los bienes alcanza un derecho actual e irrevocable sobre los bienes. Y en cuanto al consentimiento prestado notarialmente, no se refiere a la operación en sí, sino a un conjunto de facultades que se conceden al apoderado en abstracto, sin conexión concreta con un negocio u operación determinados, amén de que no siempre un profano está en condiciones de valorar si las facultades que se le presentan, en términos técnicos, alcanzan o no para realizar actos o contratos de cierta trascendencia.

En el Motivo Quinto, acogido al ordinal 4.º del artículo 1692 LEC 1881, denuncian los recurrentes la infracción del artículo 1719.I del Código Civil.

El Motivo se desestima.

El recurso combate la afirmación de la sentencia respecto de que la alegación de existencia de conocimiento y consentimiento por parte del actor «es una aseveración totalmente incompatible con la propia naturaleza de la autocontratación». Dice el recurrente que el hecho de incidir en la figura de la autocontratación «no impide que el mandante dé instrucciones al mandatario para utilizar de esa manera el poder».

Ante todo, la sentencia (FJ 2) argumenta sobre la alegación, efectuada por los apelantes, de existencia de conocimiento y consentimiento por parte de don Braulio. Y dice que no es aceptable, en primer término, porque no hay prueba de ello, ni siquiera intento de obtenerla, cuando la carga correspondía obviamente al demandado de acuerdo con el artículo 1214 CC, y en segundo lugar cuando «se trata de una aseveración absolutamente incompatible con la propia naturaleza de la autocontratación y con el modo de operar del demandado». Acto seguido subraya los indicios de que la operación se llevó a efecto a espaldas del poderdante y actor. No vale, pues, distorsionar ni seccionar las afirmaciones de la sentencia. Podrá la frase que toma el recurrente

como punto de apoyo ser un tanto exagerada, pero la Sala no se está refiriendo a que, en abstracto, no quepa en un caso de autocontratación que el representante haya recibido instrucciones del representado, sino a que en el conflicto de autos no hubo conocimiento ni consentimiento para la operación que se llevó a efecto. Para combatir esa afirmación de la Sala de instancia se debería haber utilizado la vía del error de Derecho en la apreciación de la prueba, o la doctrina constitucional para demostrar la existencia de un error patente, notorio, que da a la decisión carácter arbitrario e irrazonable.

Esta afirmación *de facto* no puede ser combatida a través de la invocación del artículo 1719 I CC, que no puede haber sido infringido, ante todo, porque ni era aplicable ni ha sido aplicado, ni se dice nada sobre la divergencia entre unas hipotéticas instrucciones y la actuación del mandatario ni, finalmente, el conocimiento y el consentimiento del actor respecto de una operación que implica la cesión de la totalidad de los bienes, pueden tratarse como unas «instrucciones» para la ejecución del mandato.

2. De la demanda reconvenicional solicitando indemnización por enriquecimiento injusto.

En el Motivo Sexto, por la vía del ordinal 4.º del artículo 1692 LEC 1881, denuncian los recurrentes la infracción de los artículos 1271.2 CC, y de la doctrina legal que lo interpreta, y del artículo 1275 CC.

Los recurrentes se refieren a la pretensión reconvenicional formulada en su día sobre restitución de los gastos realizados por razón de la estancia del actor en su casa y con el cuidado de sus estancias hospitalarias, desde el 12 de mayo de 1995 hasta la fecha de otorgamiento del vitalicio. El actor había contraalegado que los demandados habían poseído todas sus fincas. La Sentencia de primera instancia estima que no hay enriquecimiento injusto por cuanto los demandados aceptaron prestar auxilio a cambio de los bienes del actor una vez fallecido. La de apelación rechaza la aplicación del artículo 1887 CC. La razón determinante, en ambos casos, radica en la existencia de una convención, lo que excluye —según las sentencias de instancia— la posibilidad de aplicar un cuasicontrato. La Sentencia de Apelación, por otra parte, desestimó la alegación de los demandados reconviniendo sobre infracción del artículo 1303 del Código Civil que, señaló, no se entendía, y aplicó al «contrato de vitalicio» las reglas sobre restitución consecuentes de la nulidad declarada, pero sin referirse a las prestaciones efectuadas por los demandados para atención del actor durante el tiempo que permaneció en convivencia con ellos.

Ahora bien, la explicación que ofrece la sentencia de primera instancia abre interrogantes que es preciso despejar. Dice la Sentencia (Fundamento

Jurídico VII) que la pretensión de restitución deducida por los demandados no es viable porque lo impide, en primer lugar, la buena fe, en cuanto que los demandados irían contra sus propios actos, incurriendo en incoherencia al haber sostenido en la contestación a la demanda que: «... el actor les pidió si podría vivir con ellos, a cambio les recompen-saría cediéndoles todas sus propiedades...»

Esta voluntad habría quedado plasmada cuando, en 29 de mayo de 1995, don Braulio otorgó testamento en el que instituyó herederos a los esposos don Carlos Manuel y doña Elena, sustituidos por sus descendientes.

La sentencia de primera instancia sigue diciendo que «sin entrar en el análisis de la naturaleza jurídica del acuerdo al que llegaron demandante y demandado», es lo cierto que los segundos aceptaron al primero en su domicilio y se prestaron a cuidarlo a cambio de cederles todos sus bienes, pareciéndoles satisfactoria la solución de ser instituidos herederos.

No habría —concluye la sentencia de primera instancia— enriquecimiento injusto, dado que los demandados aceptaron prestar auxilio a cambio de los bienes del actor una vez fallecido. Y, acto seguido, manifiesta el Juzgador que «... es importante señalar que los accionados (*sic*) no apoyan su reclamación en el hecho de que el testamento en el que se les instituye herederos hubiese sido revocado, que ni se ha alegado ni acreditado, y es hecho nuevo que no cabría introducir en el proceso...», expresiones que se rematan diciendo «De haberlo sido (revocado, se entiende) cabría efectuar consideraciones de otro signo».

La Sentencia de apelación (FJ 5) rechaza la pretensión reconvenional de abono de gastos e indemnización por el tiempo invertido en el cuidado del actor y reconvenido porque ha sido sustentada en la doctrina del cuasicontrato y el artículo 1887, cuando el propio demandado —dice— reconoce que el demandante, que vivía solo, les pidió a los demandados si podría vivir con ellos, a cambio les recompen-saría cediéndoles todas las propiedades, lo que también se viene a decir en la demanda reconvenional. La sentencia recurrida, a continuación, llega a la conclusión de que, siendo «inherente a la propia naturaleza de la figura del cuasi-contrato el que los actos voluntarios y lícitos que puedan darle cobertura no sean constitutivos o deriven de una convención...», no cabe hablar de cuasicontrato en el presente caso, y se ha de desestimar la pretensión.

En ambas sentencias, pues, se rechaza la pretensión de reembolso de gastos e indemnización por el tiempo invertido en razón de que se justifica en base al cuasicontrato, figura que se alega, aun-

que parece que los actores reconvenionales están esgrimiendo el enriquecimiento injusto. Y la desestimación se produce porque hay entre las partes un convenio, es decir, un contrato que se describe de distinta manera: en primera instancia, como una relación en la que una parte recibe alimentos y atenciones a cambio de la cesión *post mortem* de sus bienes, lo que se habría cumplido (y sería, según el relato de la sentencia, la intención de las partes) al haber otorgado testamento instituyéndoles herederos. En la sentencia de apelación, la «convención», cuya existencia se reconoce, consistiría en la cesión de bienes por alimentos.

Si partimos de la existencia de tal convenio, que sería un auténtico «contrato de vitalicio», mal podríamos afirmar que el contrato declarado nulo, contenido en la escritura que autorizó el Notario de Chantada don Manuel Ángel Martínez García, en 28 de marzo de 1996, por más que a través de maniobras irregulares, careciera del conocimiento y del consentimiento de don Braulio, como se dice contundentemente en el Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia recurrida. Si, como parece más probable, no había voluntad por parte del Sr. Braulio en lo referente a la cesión actual e inmediatamente operativa de sus bienes, y por ello la utilización de la figura de la autocontratación, mediante el otorgamiento de los poderes generales y cuasiabsolutos, como ha sido ya comentado, que incide en el ejercicio abusivo del poder y en la captación de voluntad que determina la nulidad por dolo, pero había un convenio o una convención, sería la descrita en la sentencia de primera instancia: alimentos a cambio de una cesión *post mortem* de los bienes. El convenio, tal y como ha quedado descrito, habría de ser vinculante para el alimentista, en la voluntad de las partes, pues de otro modo carecería de sentido que se prestaran alimentos a la espera de una designación en la sucesión *mortis causa* que implica una decisión personalísima del testador, esencialmente revocable (artículos 670, 737, etc. CC).

Pero, en tal caso, como apuntan los recurrentes, puede tratarse de un pacto sobre la herencia futura, prohibido por el artículo 1271.II CC, y no subsumible en ninguna de las figuras que la compilación de Derecho Civil de Galicia entonces en vigor (Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia) aceptaba (artículos 118 a 134), al menos en la medida en que quedara sujeto el alimentista y vinculado en la designación de heredero, como por otra parte sugiere el propio Juzgador de primera instancia. Pues el alimentista, en función de tal convenio, habría de quedar trabado por la designación de sucesor *mortis causa*, y ello llevaría el pacto a que nos referimos, *recta via*, a la nulidad, toda vez que el sentido del precepto invocado se encuentra en «evitar

sujeciones insuperables de los bienes constitutivos de la herencia que vinculen al testador» (Sentencias de 29 de octubre de 1960, 1 de diciembre de 1955, etc.). Esta ineficacia habría de ser entendida como inexistencia, dentro de las nulidades radicales, como se desprende del artículo 1261 CC (Sentencias de 27 de febrero y 20 de octubre de 1958, 5 de marzo de 1987, etc.) y debería poder ser declarada de oficio (Sentencia de 20 de junio de 1996, 12 de diciembre de 2000, 15 de diciembre de 1993, 24 de abril de 1997, 31 de marzo de 1981, etc.).

Se entiende, sin embargo, que no es necesario realizar una expresa declaración de nulidad de tal convenio, que habría de ser concebido como una convención que permanece en vigor no obstante la nulidad declarada del «contrato de vitalicio», esto es, como otra relación subyacente que manifestamente iría dirigida al mismo objetivo, cuando las partes han roto absolutamente las relaciones de convivencia que sostuvieron y cuando hay que pensar que los gastos e inversiones realizadas por los demandados a favor del actor responden al cumplimiento de las obligaciones asumidas en el «contrato de vitalicio» que se llevó a la escritura pública, con la que se pretendió documentar y consolidar una relación poco definida, en la que quedaba claro que una parte debía alimentar y cuidar, pero no tanto qué se esperaba del alimentista. Relación a la que ha de afectar la declaración de nulidad realizada en la sentencia de primera instancia y confirmada en la de apelación.

En definitiva, los demandados reconvinientes ejercen una pretensión de restitución del enriquecimiento sin causa que constituye un caso claro de

condictio de prestación, que ha sido delineada por un importante y autorizado sector de la doctrina como la pretensión de restitución de «un aumento patrimonial que tiene su fundamento en una actividad o comportamiento realizado con la finalidad de ejecutar un plan jurídico-obligatorio». El autor de la prestación ha realizado determinados desplazamientos patrimoniales para cumplimiento de una obligación negocial supuestamente existente. La frustración de la relación priva de causa a los desplazamientos patrimoniales y determina la necesidad de la restitución. En este campo se encuentran las prestaciones derivadas de un contrato nulo o de un contrato anulado. Por razones históricas, la mayor parte de los casos quedan embebidos en las reglas de restitución, en este caso contenidas en los artículos 1303 a 1308 del Código Civil, dado los estrictos términos en que está concebida en nuestro Derecho la *condictio indebiti* (cobro de lo indebido, artículos 1895 y siguientes, especialmente 1900 y 1901, del Código Civil). La obligación de devolución nace de la ley, por lo cual no requiere petición expresa, y puede ser declarada por el juez en virtud del principio *iura novit curia* (Sentencias de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 5 y 6 de octubre de 1994, etc.) Y en el caso que nos ocupa, consecuencia de la nulidad del contrato de vitalicio ha de ser la restitución de los bienes y derechos que se atribuyeron a los demandados, pero también las expensas y las inversiones realizadas por ellos en atenciones y cuidados al actor durante el concreto tiempo de la convivencia, según lo que tienen solicitado. El motivo, por ello, ha de ser estimado.

MENORES

Fallecimiento de un menor al tocar una escultura expuesta en un museo y caérsele encima. Responsabilidad exclusiva de la fundación que exponía la escultura sin que proceda apreciar la concurrencia de culpas de los padres del menor, toda vez que no es exigible que dentro de un recinto cerrado un menor no pueda deambular por sí solo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Don Lucio y doña Cecilia, en su propio nombre, y en nombre y representación de su hija menor de edad Rocío, presentaron demanda de menor cuantía contra Junta Constructora del Templo Expiatorio de la Sagrada Familia, solicitando que se dicte sentencia declarando la responsabilidad civil extracontractual de la demandada y que se la condenase a abonar a los actores la suma que se

determine en ejecución de sentencia por los daños y perjuicios a ellos irrogados por el fallecimiento de Lorenzo, debiendo comprender tales daños y perjuicios, tanto los de índole moral, como material.

⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la Junta Constructora del Templo de la Sagrada Familia se contestó a la misma, suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... se dicte sentencia en la que se declare la absolución de mi poderdante de las responsabilidades pretendidas en la demanda».

⊙ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 30 de los de Barcelona dictó Sentencia el 16 de septiembre de 1998 estimando la demanda. Consideró el juzgado que se debe apreciar la concurrencia causal de la conducta negligente de los actores en la producción del resultado lesivo, pues la falta del deber de vigilancia del menor coadyuvó a la causación del daño, estableciendo proporcionalmente esa contribución en el curso causal en una tercera parte, y asignando a la falta de diligencia de la parte demandada los dos tercios restantes con arreglo a cuyo porcentaje fija la indemnización correspondiente a los perjuicios morales y a los daños materiales.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 16.^a de la AP de Barcelona, dictó Sentencia el 22 de octubre de 1999 estimando parcialmente el recurso y fijando la indemnización en seis millones seiscientos sesenta y seis mil seiscientos sesenta y seis pesetas para cada uno de los progenitores demandantes por daño moral y conjuntamente para ambos la de quinientas sesenta y cinco mil setecientos cincuenta y siete pesetas en resarcimiento de daños materiales, y en la de dos millones de pesetas en favor de Rocío por daño moral, dejándose sin efecto la imposición de costas a la demandada, confirmando expresamente el resto de la sentencia impugnada, sin hacer expresa imposición de las costas de la alzada.

⊙ Don Lucio y doña Cecilia, que actúan en su propio nombre y representación de su hija menor de edad Rocío, interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en el sentido de elevar las cantidades indemnizatorias a diez millones de pesetas para cada progenitor en concepto de daños morales, y conjuntamente para ambos la suma de ochocientos cuarenta y ocho mil seiscientos treinta y seis pesetas, en concepto de daños materiales; y para la menor Rocío, la suma de tres millones de pesetas, en concepto de daños morales. Las indicadas cantidades devengarán el interés procesal del apartado cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la presente resolución, y, en lo relativo a las indemnizaciones fijadas en la sentencia de apelación impugnada, dicho interés ejecutorio se devengará desde el 22 de octubre de 1999 hasta la fecha de esta sentencia de casación.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primero motivo del recurso fue de carácter técnico denunciando los recurrente incongruencia de la sentencia al haber fijado las indemnizaciones cuando en la demanda se solicitaba que las mismas se determinasen en fase de ejecución de sentencia. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo señalando que la Sala ha declarado con reiteración que el deber de congruencia consiste en una necesaria adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y que existe allí donde los dos términos de la relación, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, sin que, eso sí, se exija una estricta y absoluta identificación entre ellos,

sino más bien una adecuación racional y flexible; en otros términos, basta con que se dé la racionalidad lógica y jurídica necesaria y una adecuación sustancial, o una unidad conceptual y lógica, sin que se haya alterado sustancialmente la pretensión procesal (cfr. Sentencias de 18 de marzo de 2004, 8 de febrero de 2006 y 5 de abril de 2006), lo que sucede cuando, como es el caso, la sentencia, conforme a lo alegado y probado en el proceso, determina los perjuicios indemnizables y fija su importancia económica sin necesidad de esperar a la fase de ejecución de sentencia, aun cuando tal cosa fuera lo solicitado en la demanda. No debe

olvidarse que, conforme pacífica jurisprudencia –recogida, entre otras muchas, en la Sentencia de 26 de julio de 2001– es en la fase declarativa del proceso cuando deben ser alegados y acreditados los perjuicios, cuya reparación se postula, y que, tal y como enseña la también reiterada doctrina de esta Sala, sólo en el caso de que durante el proceso sea imposible demostrar la cuantía de los daños y perjuicios, cabrá hacer la reserva establecida en el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencia de 18 de marzo de 2004, que cita la de 22 de mayo de 1984). Y en modo alguno cabe apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, por haber determinado y concretado el importe de los perjuicios indemnizables en esta fase declarativa, si se tiene en cuenta que los daños y perjuicios que cabe reclamar son los que tienen causa generadora a la fecha de la demanda –*perpetuatio actionis*–, pues una condena respecto de los hipotéticos posteriores implicaría una inadmisble condena de futuro viciada por la incertidumbre acerca de la realidad de los mismos (Sentencia de 26 de julio de 2001, que cita las de 2 de diciembre de 1991 –no cabe condena para un hipotético daño de futuro–, y 18 de marzo de 1992 –ha de ser denegada cuando supone pedir indemnización por los gastos que «se ocasionen»... al faltar prueba convincente, sin que baste la simple afirmación de que se va a producir–).

Denuncian los recurrentes en el segundo motivo del recurso la infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta.

La tesis que se pretende imponer consiste, en síntesis, en negar la existencia de una relación de causalidad, entendida en su vertiente jurídica, y en términos de causalidad adecuada, entre la falta del deber de vigilancia que se atribuye a los padres del menor fallecido y el desgraciado accidente.

La sentencia recurrida consideró que junto con la conducta negligente de la entidad demandada concurría la de los progenitores del menor, a quienes atribuyó la omisión del cuidado exigible para con un menor de cinco años en un centro en el que se exhibían piezas y obras de valor «que no deben exponerse a las conductas y movimientos irreflexivos de personas carentes de razón por su minoría de edad», imponiendo a aquéllos la obligación «de mantener una constante vigilancia cuya forma más natural de expresión es la de llevarle cogido de la mano». Estima el tribunal de instancia que dicha conducta omisiva tuvo relevancia causal en el resultado lesivo producido, en la proporción de un tercio que se fija en la sentencia impugnada.

Para resolver este motivo del recurso debe tomarse como punto de partida que, como se indica en la reciente Sentencia de 26 de septiem-

bre de 2006 –con cita de la de 6 de noviembre de 2001– en el sistema resarcitorio de daños, con base en culpa extracontractual, del artículo 1902 del Código Civil, es preciso que se pruebe la existencia del nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al perjudicado que ejercita la acción. Por otra parte, y siguiendo la misma doctrina jurisprudencial, es de señalar que no basta la causalidad física, sino que es preciso que conste una acción u omisión atribuible al que se pretende responsable –o por quién se debe responder– determinante, en exclusiva o en unión de otras causas, siempre con certeza, o en un juicio de probabilidad cualificada, según las circunstancias concurrentes –entre ellas la entidad del riesgo–, del resultado dañoso producido. Asimismo señala la Sentencia de 26 de enero de 2006 –recogiendo la doctrina de la de 16 de mayo de 2001– que «esta Sala se basa en la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión –causa– y el daño o perjuicio resultante –efecto–, pero siempre termina afirmando que opta decididamente por soluciones y criterios que permitan valorar en cada caso el acto antecedente que se presente como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las conductas o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal». Y también es de apreciar que, según precisa la Sentencia de 29 de marzo de 1999, tales doctrina y orientación jurisprudencial sólo afectan al módulo cuantitativo responsabilizador cuando la causa originaria alcance tal transcendencia que haga inoperante cualquier otra incidencia, así como ésta no sea generante de una causa independiente.

Pues bien, atendiendo a la doctrina expuesta, y a la vista del *factum* consignado en la sentencia recurrida, cuya incolumidad debe mantenerse al no haber sido desvirtuado oportuna y convenientemente, procede acoger el motivo examinado. La sentencia recurrida considera indiscutible la responsabilidad de la entidad demandada sobre la base de que «los encargados del recinto museístico no sólo omitieron la adopción de unas razonables medidas de seguridad, sino que consintieron la creación de un riesgo superior al normal, ya que toleraban el tocamiento de una escultura de estabilidad precaria, como lo prueba que la fuerza de un niño de cinco años de edad la descompusiera apenas un año después de su colocación y fijación». Si tal es la razón de la imputación a la demandada

del daño y de la atribución de responsabilidad, no puede admitirse la relevancia causal que el tribunal de instancia aprecia en la conducta de los progenitores del menor fallecido, pues no contribuyó eficazmente a la producción del daño en la medida en que, habida cuenta de las circunstancias que rodearon al desgraciado accidente, aun cuando el menor se encontrara sometido a la más estrecha vigilancia de sus progenitores, no quedaba excluida la causación del desgraciado accidente. Éste se produjo, en el plano de la causalidad física, por la acción del menor; pero en la vertiente jurídica de la causalidad la creación de aquel riesgo extraordinario por parte de la demandada, colocando una escultura de inestabilidad acusada e integrada por tres piezas simplemente ensambladas una sobre otras y rejuntadas con yeso, y accesible para los visitantes del museo sin impedimento alguno, «hasta el punto de que –como ya destacara la sentencia recurrida– una de las vigilantes de seguridad presente en la sala el día del siniestro tiene declarado que “todo el mundo tocaba la pieza que se cayó”» (fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida), se erige en la única causa, con relevancia y eficaz, en la producción del daño, dejando sin trascendencia a estos efectos a los restantes actos que, como sucede con la conducta de los progenitores del menor se presentan como antecedentes.

Constituye doctrina de esta Sala que para la imputación de la responsabilidad cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta de la gente y la producción del daño (Sentencia de 11 de febrero de 1998), el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (Sentencias de 17 de diciembre de 1998 y 2 de abril de 1998). Es preciso la existencia de una prueba terminante (Sentencias de 3 de noviembre de 1993 y 31 de julio de 1999). El «cómo y el porqué» del accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (Sentencias de 17 de diciembre de 1988, 27 de octubre de 1990, 13 de febrero y 3 de noviembre de 1993). La prueba del nexo causal, requisito al que no alcanza la presunción insita en la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado (Sentencias de 14 de febrero de 1994, 14 de febrero de 1985, 11 de febrero de 1986, 4 de febrero y 4 de junio de 1987, 17 de diciembre de 1988, entre otras). (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2000.) En igual sentido las Sentencias de 22 de julio de 2003, 20 de febrero de 2003 y 26 de julio de 2001.

No cabe, así las cosas, apreciar la concurrencia de una conducta omisiva de los padres del menor fallecido, que tenga relevancia causal en la producción del daño. Al haberlo hecho la sentencia recurrida ha infringido el artículo 1903 del Código Civil, en relación con el artículo 1902 del mismo cuerpo legal, lo que determina la estimación del motivo, sin que por ello sea preciso examinar la infracción normativa denunciada en cuanto a la corrección de las consecuencias derivadas de la sentencia impugnada en punto a la determinación del perjuicio y la fijación de su indemnización respecto de la hija menor de edad, en cuyo nombre y representación actúan asimismo los demandantes.

En definitiva, los actores han acreditado fehacientemente que la causa del hecho determinante del fallecimiento de su hijo no puede ser razonablemente otra que la de la estructura por trozos de la escultura que cayó encima del niño. Y, por el contrario, no puede razonablemente concurrir a dicho nexo causal circunstancia distinta, que habría de probar la demandada. Pues no puede estimarse como tal la circunstancia de que el niño no estuviera cogido de la mano en lugar cerrado, sin que la demandada tampoco aclare quién había de cogerle la mano, su madre, su padre, o su hermana, llevada en brazos por su madre. A este respecto procede tener en cuenta que no se discute que el día 30 de julio de 1994 los actores acompañando a su hijo Lorenzo de la mano, quien nada más comenzar la visita al recinto se desasíó de la misma, al parecer por llamarle la atención una réplica de yeso de las constelaciones, asiéndose, colgándose o balanceándose en la misma, lo que provocó el desamblaje y posterior caída de los tres módulos que constituían la escultura, cayendo sobre el menor, quien resultó con fractura de la base del cráneo lo que provocó su muerte.

Es decir, siendo normal y no exigible que dentro de un recinto cerrado un menor no pueda deambular por sí solo, la conducta de sus padres no concurre en modo alguno a la producción del hecho y mucho menos con el resultado de que tuviera que sufrir la posible y negada conducta negligente la hermana menor de edad del niño fallecido.

La estimación del segundo motivo del recurso determina que deba casarse en parte la sentencia recurrida y que esta Sala, asumiendo la instancia, resuelva con arreglo a derecho la cuestión objeto de la controversia judicial, en los términos en que quedó planteada tras la pretensión impugnatoria. Y, según lo expuesto, debe darse sustancial acogida a los pedimentos de la demanda, si bien no por ello ha de confirmarse íntegramente la sentencia de primera instancia, pues es posible, según lo expuesto, determinar los daños y los perjuicios sufridos y fijar su importancia económica, sin necesidad de

diferir dicha concreción a la fase de ejecución de sentencia. Para lo cual debe estarse a los perjuicios determinados en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia recurrida —en realidad, el sexto—, y a la cuantía de las indemnizaciones allí establecidas sin deducción de porcentaje alguno, a saber, veinte millones de pesetas, a razón de diez millones de pesetas para cada progenitor, por los daños morales, y tres millones de pesetas, por el mismo concepto, para la hija menor de edad, en cuyo nombre actúan también aquéllos; importes a cuyo pago se condena a la entidad demandada; y en concepto de daños patrimoniales, procede condenar asimismo a ésta a abonar a los demandantes

los gastos de sepelio, que ascienden a la suma de 848.636 pesetas; lo que arroja una cantidad total de 23.848.636 pesetas. Estas cantidades devengarán el interés procesal del artículo 921, apartado cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de la sentencia de segunda instancia, en relación con las cantidades en ella fijadas (6.666.666 pesetas, para cada uno de los progenitores, 2.000.000 de pesetas para la hermana menor del fallecido y 567.757 pesetas por daños naturales), produciéndose el interés ejecutorio sobre las indemnizaciones totales que ahora se fijan en 23.848.636 pesetas, a partir de la fecha de la presente sentencia.

MENORES

Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de una reclamación de responsabilidad del Ayuntamiento con motivo del fallecimiento de un menor al caérsele encima una portería instalada por aquél.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Alejandro y doña Soledad interpusieron demanda de menor cuantía contra el Ayuntamiento de Elche solicitando que se dicte sentencia condenado al mismo a abonar, en concepto de indemnización por la muerte de su hijo, al cantidad de 20.000.000 de pesetas.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de Elche se contestó a la misma, suplicando al Juzgado, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dicte Sentencia en la que sin entrar a conocer del fondo del asunto se estimen las excepciones procesales propuestas por esta parte, y en definitiva, para el caso de que así no fuera, se absuelva íntegramente a la Corporación por mí representada de las pretensiones formuladas por los actores, desestimándolas por no ser conformes a derecho, y condenando a los mismos en costas, por ser preceptivas».
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Elche dictó Auto el 7 de julio de 1998, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: «Se acuerda el sobreseimiento del proceso, imponiendo a la actora el pago de costas».
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Alicante dictó auto desestimando el recurso interpuesto por los actores.
- ⊙ Don Alejandro y doña Soledad interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Don Alejandro y doña Soledad promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra el Excmo. Ayuntamiento de Elche, en reclamación de veinte millones de pesetas en concepto de indemnización por los daños morales ocasionados por el fallecimiento de su hijo, al caérsele encima una portera de hierro mientras jugaba un partido de fútbol, la cual había sido colocada por el Ayuntamiento el año anterior para el desarrollo de un torneo de fútbol.

Considera la Audiencia que las dudas que había suscitado la redacción de los artículos 142 y 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y la interpretación jurisprudencial sobre su aplicación a actuaciones de la Administración Pública en reclamaciones propias de la esfera privada han sido superadas tras la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual unifica la competencia para conocer de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración, situándola en los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relaciones de que derive. Concluye el tribunal de instancia afirmando que la circunstancia de que la citada Ley sea de fecha posterior a la interposición de la demanda no afecta a la decisión adoptada, porque precisamente el objeto de la cuestión suscitada en la alzada fue la determinación de la competencia para conocer de este tipo de asuntos, «tratándose de una cuestión de orden público que impone su aplicación al supuesto planteado».

Contra el Auto de la Audiencia han interpuesto los actores recurso de casación, en cuyo único motivo denuncian, al amparo del número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los apartados segundo y cuarto del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 1902 y 1905 del Código Civil y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, denuncia a la que se añade la de la vulneración de los artículos 24 de la Constitución y 2.3 del Código Civil, al haberse infringido los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las leyes, y del artículo 523, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender la parte recurrente que no debieron de habérsele impuesto las costas de la primera instancia por las mismas razones que llevaron al tribunal de instancia a no hacer imposición de las de la alzada, no obstante haber

desestimado el recurso de apelación interpuesto por los aquí también recurrentes.

Ante todo debe hacerse constar que la simple lectura del motivo de casación evidencia su falta de rigor formal y el defectuoso planteamiento de la denuncia casacional: dejando a un lado la cita del artículo 1905 del Código Civil, que ninguna relación tiene con los hechos que sustentan la demanda, y cuya mención debe responder, sin duda alguna, a un mero lapsus, el defecto de jurisdicción que se alega en los dos primeros apartados del motivo del recurso se ha de hacer valer a través del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no al amparo de su número cuarto, como ha hecho la parte recurrente; cuestión que no es baladí, pues es distinto el efecto de la sentencia estimatoria de uno u otro motivo de casación.

Salvando ese deficiente planteamiento, y agotando la respuesta casacional en atención al marcado carácter de orden público que presenta la cuestión objeto del recurso, se debe significar que al tiempo de interponerse la demanda, cuya admisión determina el comienzo de los efectos de la litispendencia, y, por tanto, el orden jurisdiccional competente —*vide*, al respecto, la Sentencia de 8 de junio de 2006—, la responsabilidad patrimonial de la Administración se encontraba regulada en el artículo 106.2 de la Constitución Española, conforme al cual «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos», y por el artículo 149, apartado I, regla 18.ª, de la Constitución, que establece la competencia exclusiva del Estado para fijar la legislación básica sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas. De acuerdo con tal atribución competencial, los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establecieron el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, después desarrollado por el Real Decreto 429/1993, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

Ciertamente, en el momento en que tuvo lugar el desgraciado accidente, y al tiempo de interponerse la demanda, no se había publicado la Ley

29/1998, de 13 de junio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que, con la reforma operada por la ley 6/1998, de 13 de julio, en materia de competencia de los tribunales de ese orden, y junto con la modificación de la Ley 30/1992 llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, despejan en la actualidad cualquier sombra de duda acerca de la competencia para conocer de las pretensiones indemnizatorias por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, atribuyéndola de forma decidida a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, aun cuando la reclamación se dirija conjuntamente contra la Administración y contra particulares, como responsables solidarios. Consiguientemente, la citada Ley 29/1998 no puede ser aplicada para determinar cuál ha de ser la jurisdicción competente para conocer de la pretensión deducida en la demanda, lo que no significa, sin embargo, que deba darse la razón a la parte recurrente, pues no es necesario acudir a la citada Ley 29/1998 en lo relativo a la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración, pues tras la supresión del párrafo quinto del artículo 1903 del Código Civil por la Ley 1/1991, de 7 de enero, y la publicación de la Ley 30/1992, es evidente –como indica la Sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1998– el cambio del panorama competencial en este campo, con la tendencia de concentrar las reclamaciones contra la Administración, tanto en las relaciones de derecho público como de derecho privado, en la jurisdicción contencioso-administrativa, desapareciendo de este modo el diferente régimen establecido en los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y por la doctrina jurisprudencial interpretativa de los mismos, y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 215 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Por lo tanto, la respuesta judicial, declarando la falta de la competencia de la jurisdicción civil para conocer de la demanda dirigida contra el Ayuntamiento demandado, fue plenamente ajustada a derecho, por más que lo haya sido con base en una norma que no era aplicable por razones temporales, debiendo ser mantenida en esta sede,

si bien con distinto fundamento, lo que priva de virtualidad a la denuncia casacional, que carece de todo efecto útil. El motivo, por ello, se desestima en este particular.

Y si, según lo expuesto, el motivo de casación, en sus dos primeros apartados, debe ser desestimado, también ha de serlo en lo atinente a la denuncia de la infracción del artículo 523, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues es evidente que los recurrentes pretenden extender al pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia las excepcionales circunstancias cuya concurrencia apreció la Audiencia y que determinó la no imposición de las costas de la alzada, lo que en modo alguno cabe en esta sede, en la que no cabe solicitar que se aprecien circunstancias que exoneren del pago de las costas, impuestas en aplicación del criterio general objetivo del vencimiento, pues, como reiteradamente ha declarado esta Sala –véanse, entre otras, las Sentencias de 6 de marzo y 20 de diciembre de 2006, y de 31 de enero de 2007, entre las más recientes–, únicamente cabe revisar en casación la aplicación de la regla objetiva del vencimiento, establecida en el primer párrafo del citado artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que aquí aparece, por lo demás, correctamente aplicada, en la medida en que la estimación de la excepción de falta de competencia de la jurisdicción civil opuesta por el Ayuntamiento demandado y el subsiguiente sobreseimiento del proceso conlleva el rechazo de las pretensiones de los actores, por más que lo haya sido por razones procesales, de examen previo, por tanto, al fondo del asunto, lo que no empece a condenar a la parte demandante al pago de las costas procesales originadas en la primera instancia, por haber promovido un proceso ante una jurisdicción incompetente, en línea con la reiterada doctrina jurisprudencial, recogida, entre otras, en la Sentencia de 14 de mayo de 2001 –que cita las de 28 de febrero y 7 de octubre de 1997–, conforme a la cual la absolución en la instancia por apreciación de un óbice procesal que impide entrar en el fondo de la demanda se ha considerado como vencimiento del demandante a los efectos de aplicar en todo su rigor el primer inciso del párrafo primero del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

RECURSO DE REVISIÓN

Estimación del recurso de revisión interpuesto contra la sentencia dictada en un juicio verbal sobre guarda y custodia y alimentos al haberse seguido el procedimiento en rebeldía del demandado sin haberse agotado los medios para su localización.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Raquel formuló demanda de juicio verbal sobre guarda, custodia y alimentos, dictándose sentencia por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. dos de Mahón con fecha 3 de junio de 2003, cuyo fallo dice: «Que estimando íntegramente la demanda instada por la Procuradora Sra. Josué en representación de doña Raquel contra don Fidel, debo acordar y acuerdo los siguientes pronunciamientos: 1. La privación de la patria potestad del padre de la menor María Virtudes y demandado en ese pleito don Fidel. 2. La atribución en exclusiva de dicha patria potestad a la madre y actora en este pleito doña Raquel y con ella, de la guardia y custodia de la hija común. 3. El establecimiento de una pensión de alimentos a cargo del padre de 180 euros mes pagaderas por el padre dentro de los cinco primeros días de cada mes en la c/c que a tal efecto sea designada por la esposa y estableciéndose como bases para actualización de estas cantidades el índice general del coste de la vida publicado anualmente por el Instituto Nacional de Estadística, módulo que habrá de adaptarse a los ingresos y rentas obtenidos. No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre costas».
- ⦿ Don Fidel, presentó escrito de formalización del recurso de revisión contra dicha sentencia en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando a esta Sala: «Se dice Sentencia estimando procedente la revisión, expidiendo el oportuno certificado del fallo y devolviendo los autos al Juzgado indicado junto con certificado, a los efectos de que las partes usen de su derecho según les convenga en el juicio correspondiente».
- ⦿ Por esta Sala se dictó providencia de fecha 24 de mayo de 2006, por la que se acordaba recibir el procedimiento a prueba por término de veinte días comunes para proponer y practicar las mismas, llevándose a efecto las declaradas pertinentes con el resultado que obra en autos.
- ⦿ Fue señalado para celebración de la Vista el día ocho de marzo de 2007, a las 10,30 horas, lo que ha tenido lugar, con la asistencia del Letrado don Fernando Arribas Hernández y el Procurador don Carmelo Olmos Gómez, de la parte demandante, y el Ministerio Fiscal, estando en rebeldía la demandada. El Letrado de demandante solicita se estime la demanda. El Ministerio Fiscal, solicitó la apreciación de la revisión.
- ⦿ El Tribunal Supremo estimó el recurso de revisión y rescindió la sentencia dictada en los autos de juicio verbal 144/2002 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Mahón.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el pleito cuya sentencia se pretende revisar, doña Raquel demandó a don Fidel en Juicio Verbal, sobre guarda y custodia y alimentos a la hija habida en la unión de hecho mantenida entre ambos. En la misma decía desconocer el domicilio del demandado y reclamó del Juzgado solicitara del INNS información al respecto. Esta información no se obtuvo, siguiendo el pleito en su rebeldía procesal, habiéndose dictado sentencia en la que se priva al ahora demandante de la patria potestad y se le impone una obligación alimenticia de 180 euros al mes teniendo en cuenta –FJ 4– que «figura de alta desde el mes de julio de 2001 en la empresa Instalaciones y Montajes Mar SL».

En el recurso se invoca el artículo 510.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiendo declarado esta Sala con reiteración que la maquinación fraudulenta exige una irrefutable verificación de que se ha llegado al fallo por medio de argucias, artificios o ardides encaminados a impedir la defensa del adversario, de suerte que exista nexo causal suficiente entre el proceso malicioso y la resolución judicial y ha de resultar de hechos ajenos al pleito, pero no de los alegados y discutidos en él (SSTS de 5 de abril de 1989; 10 de mayo; 14 de junio de 2006), siendo también doctrina de esta Sala la de que si bien se reputa maquinación fraudulenta la ocultación maliciosa del domicilio del demandado,

que da lugar a su emplazamiento por edictos, ello lo es cuando no sólo se acredita intención torticera de quien lo ocultó, sino también cuando consta que tal indefensión se produjo por causa no imputable al demandado (SSTS 9 de mayo de 1989; 10 de mayo y 14 de junio 2006, entre otras). Y es el caso que de las actuaciones resulta acreditado que las gestiones extraprocesales que la demandante hizo para localizar al demandado, no fueron suficientes, pues una cosa es que no se le exija una diligencia extraordinaria, que ponga en riesgo la tutela judicial de quien demanda, y otra distinta es que de las actuaciones resulte la existencia de un proceder malicioso buscado expresamente para impedir su defensa, pues, al margen de los intereses personales sobre los que se litiga, es evidente que con una mínima gestión se hubiera conocido su domicilio, la misma que se tuvo a la hora de ejecutar la Sentencia, con domicilio entonces conocido y así resulta de la certificación expedida por el Ayuntamiento de Barcelona, sino que es la propia sentencia la que pone a cargo del demandado una prestación alimenticia en función del trabajo que desarrolla en una determinada empresa y ello pone en evidencia que había datos suficientes sobre su domicilio, o al menos sobre la forma de localizarlo, que bien pudo aportar al proceso al inicio del mismo o durante su tramitación, lo que no hizo.

SUCESIONES

Nulidad de la donación de inmueble disimulada bajo la escritura pública de compraventa al no cumplir los requisitos del artículo 633 del CC, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no los reúne para su validez y eficacia. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Juan Francisco, en el mes de febrero de 1989 cuando era menor de edad, sufrió la privación total de la visión del ojo izquierdo, con disminución de tamaño del mismo, al haber sido alcanzado por el disparo de una escopeta de aire comprimido, efectuado por el también menor Paulino, hijo de don Carlos Ramón y doña Ana.

⊙ Tras diligencias penales previas, los padres de don Juan Francisco, en su carácter de representantes legales, interpusieron demanda contra don Carlos Ramón y doña Ana, padres del menor Paulino, que dieron lugar al declarativo de menor cuantía 18/90, seguido en el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Molina de Segura, en el que recayó sentencia por la que condenaba a los demandados a indemnizar al menor Juan Francisco de los daños y perjuicios sufridos por éste, cuya cuantía se fijaría en ejecución de sentencia. La misma, de fecha 2 de mayo de 1991, fue revocada parcialmente en grado de apelación por la de la Audiencia de 20 de diciembre de 1991, condenando a los demandados a indemnizar al menor lesionado en 2.500.000 pesetas por daño moral, previa apreciación de concurrencia de culpas, a las que se sumarían aquellas cantidades correspondientes a gastos médico-farmacéuticos y de la operación quirúrgica a que sea sometido el lesionado para implantación de una prótesis, cantidades estas últimas que se determinarían en ejecución de sentencia. La sentencia de la Audiencia fue confirmada por esta Sala, en la suya de 30 de junio de 1995, al desestimar el recurso de casación interpuesto por el padre de don Juan Francisco.

⊙ Por considerar fraudulenta la enajenación de las fincas llevada a cabo por don Carlos Ramón y su esposa, don Salvador, padre de Salvador, interpuso contra ellos querrela criminal por presunto delito de alzamiento de bienes, que dio lugar a las Diligencias Previas 432/1997, seguidas en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Molina de Segura, que fueron sobreseídas libremente.

⊙ Don Juan Francisco interpuso demanda de menor cuantía contra los cónyuges don Carlos Ramón y doña Ana y contra la hija de ambos doña Nieves, solicitando que se dictase sentencia que declarase la nulidad radical por simulación del contrato de compraventa formalizado en escritura pública de 14 de abril de 1989, por la que el matrimonio demandado vendía a su hija las fincas registrales ..., descritas en el hecho segundo de la demanda, con la consiguiente restitución de las prestaciones. Subsidiariamente, que se declarase rescindido el susodicho contrato de compraventa, por haberse realizado en fraude de acreedores, ya se entienda que la transmisión lo ha sido a título oneroso o a título lucrativo, y se declarase asimismo la complicidad en el fraude por parte de doña Nieves, con la restitución de las prestaciones. En cualquiera de los dos casos, que se declarase la cancelación de las inscripciones correspondientes practicadas en el Registro de la Propiedad.

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazadas las mencionadas partes demandadas, 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 «desestimatoria de la demanda, por la prescripción de las acciones de nulidad y rescisoria ejercitadas de contrario, o, en el caso de que se entre al fondo del asunto, por tener plena validez y eficacia la transmisión llevada a cabo en escritura pública de fecha 14 de abril de 1989 considerándose ésta como de compraventa o donación remuneratoria» con imposición de las costas a la actora.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Molina de Segura dictó Sentencia con fecha 18 de enero de 1999 desestimando íntegramente la demanda. Consideró que, si bien la compraventa fue simulada, ocultaba una donación remuneratoria, cuyo motivo fue el de favorecer a doña Nieves en recompensa por el sacrificio que suponía aportar su sueldo para el sostenimiento de la familia. Por lo que respecta a la acción rescisoria ejercitada subsidiariamente, se desestimó por haber transcurrido el plazo de cuatro años desde que se dispuso de las fincas en favor de aquélla, fijando como *dies a quo* la fecha del otorgamiento de la escritura pública (14 de abril de 1989).

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Murcia dictó Sentencia el 26 de octubre de 1999, confirmando la sentencia de instancia salvo en el particular sobre las costas causadas no haciendo expresa condena a ninguna de las partes en ninguna de las instancias. Compartió la Audiencia el criterio de la sentencia apelada de que la compraventa simulaba una donación remuneratoria, válida y lícita. Igualmente lo hizo en cuanto a la caducidad de la acción rescisoria pues el plazo debía compu-

tarse desde la fecha de la escritura (abril de 1989) o incluso desde su inscripción en el Registro de la Propiedad (junio de 1989), sin que pudiese diferirse a la fecha en que recayó sentencia en el anterior litigio civil «pues el principio de seguridad jurídica—dice el fundamento jurídico cuarto— impide que pueda quedar sometido el inicio del cómputo a otras circunstancias externas al propio contrato que se pretenda revocar; como recoge la sentencia apelada dicha interpretación del día inicial concuerda también con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria».

⦿ Don Juan Francisco interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que acordó la estimación de la demanda declarando que es nula por simulación absoluta la escritura pública de compraventa de 14 de abril de 1989, otorgada por los demandados don Carlos Ramón y doña Ana en favor de su hija doña Nieves, condenando a dicha demandada al reintegro de las fincas a que se refiere al patrimonio de sus padres, y ordenando la cancelación de las inscripciones registrales que, en favor de doña Nieves, haya causado la referida escritura pública de compraventa. Sin condena en las costas de la primera instancia, apelación y las de este recurso de casación a ninguna de las partes.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo segundo acusa el recurrente infracción de los siguientes artículos del Código Civil: 1261.3, 1275, 1276, 618 a 655, ambos inclusive. En su fundamentación, el recurrente resume las declaraciones de los demandados en las diligencias previas de carácter penal que se siguieron con anterioridad a la demanda origen de este pleito, concluyendo que no hubo compraventa por falta de precio entre los esposos demandados y su hija, por lo que hubo una simulación y en consecuencia la expresión de una falsa causa. A continuación el recurrente combate la *ratio* de las sentencias de instancia, que sostienen que aquella simulación era relativa, pues ocultaba un negocio de donación remuneratoria. Mantiene, en contra, que tal supuesto negocio tendría una causa ilícita, pues no hubo voluntad de donar sino de perjudicarle provocando la insolvencia de los demandados, y por no reunir el requisito de forma exigido en el artículo 633 CC. Además, afirma que la donación de los únicos bienes que poseía el matrimonio demandado sería nula por contravenir el artículo 634 CC, e inoficiosa según el artículo 636 del mismo cuerpo legal.

Hasta aquí las argumentaciones esenciales del recurso, que coinciden con la sentencia recurrida en que la misma estimó completamente simulada la escritura de compraventa por falta de precio, y discrepan en la existencia y validez del negocio disimulado. Dice la susodicha sentencia: «En consecuencia debemos concluir con que en realidad ha existido una donación remuneratoria con una causa válida y lícita. La circunstancia de que la misma tuviera lugar a los dos meses de que el hijo y hermano de los demandados alcanzara con un

perdigón el ojo del hijo del actor no es suficiente para poder presumir que el Sr. Carlos Ramón intentaba perjudicar al hoy actor pues debe tenerse en cuenta que la familia de ambos hijos era muy amiga y que el disparo se produjo cuando ambos menores llevaban una escopeta cada uno y habían salido a jugar después de haber comido juntos. Tal circunstancia bien pudo llevar al convencimiento al Sr. Carlos Ramón de que su amigo nunca le iba a reclamar cantidad alguna por el accidente; ello es así por cuanto no consta que el actor le hiciera reclamación alguna (aunque fuera verbal) antes de la celebración del contrato pues incluso dejó transcurrir 20 meses para interponer la demanda; por otro lado tampoco era clara la responsabilidad del Sr. Carlos Ramón cuando tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo apreciaron la existencia de concurrencia de culpas en el Sr. Carlos Ramón y en el actor por la falta de vigilancia de ambos menores al no adoptar las medidas para que no pudieran llevarse cada uno una escopeta».

El motivo se desestima porque no se han infringido los artículos 1275 y 1276 CC, ya que, según acabamos de exponer, la compraventa ocultaba una donación remuneratoria. Que existiese o no, no puede juzgarse dado el defectuoso planteamiento procesal que hace imposible conocer cuál o cuáles son los concretos y específicos preceptos infringidos, pues cita como tales todos los relativos a la donación, pero no es misión de esta Sala subsanar aquel defecto analizando la completa regulación de la donación para comprobar si la sentencia recurrida la infringió o no (Sentencias de 20 de junio de 2002 y 17 de noviembre de 2006).

Una coherencia entre el recurso de casación que se examina, con la sentencia recurrida y con las peticiones de la «súplica» de la demanda, obliga al análisis del motivo cuarto en lugar del tercero, pues aquél se refiere a la nulidad absoluta del negocio, en la tesis que se postula, mientras que el último se relaciona solamente con la rescisión de dicho negocio. La petición principal de la demanda fue la declaración de nulidad y la subsidiaria la de su rescisión. Además, el motivo segundo abordaba la nulidad, a la que se vuelve en el cuarto.

Dicho motivo, al amparo del artículo 1692.4.º LEC de 1881, acusa infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que cita, de forma parcial, que declaran la nulidad de la donación de inmuebles hecha bajo una compraventa totalmente simulada. Termina la fundamentación del motivo negando que el negocio jurídico encubre un móvil lícito y protegible. Dice el recurrente: «Efectivamente en la época de la supuesta transmisión la adquirente contaba apenas con 18 años de edad, trabajando a media jornada en una fábrica de pieles. En el supuesto hipotético que ésta hubiese aportado todo o parte de su precario salario para sufragar gastos domésticos o familiares, tal cantidad es insignificante en relación a los tres bienes inmuebles transmitidos».

Dada la desestimación del motivo segundo de este recurso, la Sala ha de partir para juzgar sobre el cuarto de la declaración de la sentencia recurrida; existencia de una donación remuneratoria con causa válida y lícita, oculta bajo una escritura pública la venta totalmente simulada.

La cuestión de si es válida la donación efectuada de este modo encubierto ha sido tratada en numerosas ocasiones por esta Sala con criterios discrepantes. El recurrente sólo recoge algunas de las sentencias favorables a su tesis de la nulidad.

Lo niegan las Sentencias de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 20 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964, 14 de mayo de 1966, 1 de octubre de 1991, 6 de abril de 2000 y 16 de julio de 2004. Son resoluciones cuya *ratio decidendi* es el criterio negativo a que la donación de inmuebles pueda ser disimulada, no meros *obiter dicta* que no obedecen al establecimiento de criterios para la resolución del caso litigioso, no constituyendo por tanto doctrina jurisprudencial. La contenida en las sentencias citadas tiene unas líneas muy semejantes, que nacen de la de 3 de marzo de 1932; la escritura pública de compraventa no vale para cumplir el requisito del artículo 633 CC, pues no es escritura pública de donación, en la que deben expresarse tanto la voluntad de donar como la aceptación del donatario. La primera no prueba la existencia de la donación del modo y forma que exige el artículo 633 (S. 3 de marzo de 1932); la escritura pública se

otorgó para amparar un contrato nulo, sin que en la misma constase el *animus donandi*, las cargas impuestas al donatario, ni la aceptación de éste (sentencia de 1 de diciembre de 1964); y que la aceptación del donatario no existe pues dio su consentimiento para un contrato de compra (Sentencia 1 de octubre de 1991).

Frente a estas sentencias pueden situarse otras en las que se mantiene la posición contraria, esto es, la validez de la donación de inmuebles disimulada. Son las de 29 de enero de 1945, 16 de enero de 1956, 15 de enero de 1959, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 19 de noviembre de 1992, 21 de enero de 1993, 20 de julio de 1993, 14 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 1999. Al igual que las mencionadas en el párrafo anterior, la validez de la donación encubierta es *ratio* del fallo. El argumento básico de esta posición es el de que si bajo el negocio simulado existe el disimulado, la forma de aquél será la propia de este último, y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio al que pertenece, cumple con el requisito formal correspondiente; que el Notario cuando autorizó la escritura pública estaba en verdad autorizando un contrato de donación (Sentencias de 9 de mayo de 1988 y 30 de septiembre de 1995).

Un tercer criterio es el de que, ante las posiciones enfrentadas sobre la cuestión, ha de resolverse ateniéndose a las circunstancias del caso (Sentencias de 19 de noviembre de 1987, 23 de septiembre de 1989, 22 de enero de 1991, 30 de diciembre de 1999, 18 de marzo de 2002 y 7 de octubre de 2004).

Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El artículo 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos.

Esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El artículo 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación,

además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus donandi* del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico.

La no aplicación de la forma sustancial a la donación remuneratoria no puede basarse en su tratamiento legal por la normativa de los contratos en la que impera el principio de la libertad de forma. El artículo 622 sólo ordena que las remuneratorias se sometan a las normas de la donación en lo que «excedan del valor del gravamen impuesto», es decir, aquella normativa de los contratos regirá hasta la concurrencia del gravamen. El precepto es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que por definición (artículo 619) no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles. Ciertamente que la doctrina científica ha discutido sobre el alcance de

las incompresibles palabras del legislador respecto a las remuneratorias, pero las diferentes posiciones que se propugnan no pasan de consideraciones doctrinales en modo alguno unánimes. En el terreno de la aplicación del derecho, no es posible la conjugación de los artículos 619 y 622, en otras palabras, no cabe confundir una donación remuneratoria con una donación modal. Es en ésta en la que efectivamente puede imponerse un gravamen al donatario, pero no en la remuneratoria.

Finalmente, hay que decir que el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad).

SUCESIONES

Al no haberse practicado la partición de las herencias de los causantes, no puede ejercitarse la acción de división de cosa común de los bienes que las integran al no constar quiénes y en qué proporción son sus titulares.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Ana María y don Carlos Alberto, doña Amelia y don Eloy interpusieron demanda de menor cuantía contra don Octavio, doña María Consuelo, doña María Ángeles y don Pedro Miguel, solicitando que se dictase sentencia por la que se declare: «1.º La disolución de la comunidad entre demandantes y demandados, en relación con los inmuebles descritos en el Hecho primero de esta demanda y conforme a las disposiciones testamentarias acordadas por doña Consuelo. 2.º Que si de las pruebas que se practiquen resulta material y físicamente divisible la repetida finca, se efectúe la división entre los contendientes en diez partes de igual superficie, valorando las mismas, adjudicándolas por sorteo a las partes en este litigio, seis a mis representados y cuatro a los demandados, debiendo compensar la que reciba la porción de más valor, si el de las demás fuese distinto, a la otra la diferencia de precio o, en su caso, si a juicio de los Peritos que se designen fuese conveniente, dividiéndola en diez partes de diferente superficie e igual valor. 3.º Para el improbable supuesto de que la finca fuese indivisible, o de que la división la hiciere desmerecer y causara perjuicios, se proceda a su venta en pública subasta, con admisión de terceros licitadores, repartiéndose el precio que se obtenga entre las partes en este litigio. 4.º Que se condene a la parte demandada a estar y pasar por dichas declaraciones, así como a llevar a cabo la división de la finca o, en su caso, la venta de la misma en pública subasta y la distribución proporcional del precio obtenido. 5.º Que se condene a la

parte demandada a las costas que se produzcan en este procedimiento, pues su negativa a la división de la cosa común, ha llevado a mis representados a interponer esta demanda.»

⊙ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de los demandados (a excepción de doña María Ángeles que se allanó a la demanda) contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que se dicte «... Sentencia por la que acogiendo la excepción de inadecuación de procedimiento se absuelva libremente a mi mandante de la demanda sin entrar en el fondo del asunto y con imposición de costas a los actores; subsidiariamente y para el supuesto de no acogerse dicha excepción, se dicte Sentencia por la que igualmente se absuelva a mi mandante de todas las peticiones deducidas en su contra, también con condena en costas a los actores...».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia de Priego de Córdoba dictó Sentencia el 3 de septiembre de 1999 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, dictó Sentencia con fecha 26 de enero de 2000 desestimando el recurso interpuesto por los actores.

⊙ Los actores interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Audiencia parte en su sentencia, hoy recurrida, como hecho acreditado de que los inmuebles cuya división se solicita, que fiscalmente integran una sola casa, la núm. ... de la calle ... de Córdoba, pertenecían inicialmente a la sociedad de gananciales formada por los cónyuges, ya fallecidos, don Rogelio y doña Consuelo —padres de los demandados y de don Enrique, esposo y padre, respectivamente, de los actores— así como del hecho de que doña Consuelo prelegó a su hijo, también fallecido, don Enrique la mitad indivisa de dicha finca que le correspondía en la sociedad de gananciales, mientras que de la otra mitad, la correspondiente al esposo don Rogelio, nada se sabe acerca de su transmisión hereditaria, sin que se haya llevado a efecto la partición de las herencias de los citados don Rogelio y doña Consuelo. En consecuencia, la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada radica en la imposibilidad de llevar a cabo aisladamente la división de la finca en cuestión cuando ni siquiera se ha acreditado que la titularidad de la misma pertenezca a una comunidad formada por actores y demandados, ya que se ignora el destino de la mitad perteneciente a don Rogelio, por lo que resulta necesario llevar a cabo previamente la partición.

La Sentencia de 25 de mayo de 1992 dice explícitamente que «en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria» y la de 6 de octubre de 1997, en el mismo sentido, dice:

«todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición»; doctrina que es reiterada por la más reciente de 28 de mayo de 2004, con cita de las anteriores.

Teniendo en cuenta tales consideraciones, no pueden prosperar los motivos de casación articulados por los actores, ya que: a) No puede imputarse a la sentencia recurrida infracción alguna del artículo 999 del Código Civil, en relación con el artículo 1000 del mismo código, a que se refiere el motivo primero, pues dichas normas se refieren a la aceptación de la herencia y a la posibilidad de que la misma pueda ser aceptada en forma tácita, sin que resulten aplicables al supuesto de autos referido, como se ha dicho, a la falta de acreditación de que demandantes y demandados son en conjunto los titulares de la finca y, en su caso, en qué proporción; b) Tampoco, por igual razón, se pueden considerar infringidos por inaplicación los artículos 392 y 400 del Código Civil, citados en el motivo segundo, referidos a la comunidad de bienes y a la facultad de cada comunero de solicitar la división de la cosa común, pues presupuesto necesario para ello es la constatación de la existencia de tal comunidad de bienes; c) Del mismo modo no pueden haber sido vulnerados por inaplicación los artículos 1051, 1061, 1062 y 1068 del Código Civil, a los que alude el motivo tercero, referidos a la partición de la herencia, pues lo solicitado en la demanda no ha sido la partición hereditaria de las respectivas herencias de los causantes don Rogelio

y doña Consuelo sino la concreta división o partición de un bien cuya forma de adjudicación a los herederos no consta y ni siquiera, como ya se dijo, que pertenezca en exclusiva a éstos; d) Igualmente no se ha infringido el artículo 1059 del Código Civil, según denuncia el motivo cuarto, porque no se ha negado la facultad de los herederos de acudir a solicitar ante los tribunales la partición hereditaria, que es precisamente lo que la Audiencia señala como procedente en el fundamento de derecho segundo *in fine* de la sentencia recurrida; y e) Correlativamente, tampoco se observa infracción alguna por inaplicación de los artículos 1058 y 1059 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como

se denuncia en el motivo quinto, pues los mismos se refieren a las personas que han de ser citadas al juicio voluntario de testamentaria y a la forma en que han de serlo, lo que ninguna relación guarda con el tema litigioso tal como, de forma adecuada, ha sido concretado por la Audiencia.

En realidad el recurso sigue una vía distinta a la trazada por la sentencia que impugna, en cuanto la misma concluye, con acierto, que no resulta posible acceder a lo solicitado en la demanda cuando, como se ha reiterado, se interesa en la misma la división material de un bien sin que conste quiénes y en qué proporción son sus titulares.

SUCESIONES

La donación efectuada en fraude de acreedores puede ser atacada por la ilicitud de la causa no siendo por tanto aplicable el plazo de cuatro años que se afecta a la acción de rescisión.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 2007

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Aluminios Sanse, SA interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Aluminios Unidos Cooperativa Autónoma (AUCA), don Esteban y doña María Luz, don Juan Manuel y doña Frida, don Sebastián y doña María Purificación, don Pedro Francisco, don Juan y doña María Consuelo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos y condenas: a) La condena a los demandados solidariamente al pago a la actora de la suma de nueve millones ochocientos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos setenta y cuatro pesetas (9.854.474) de principal, así como al pago de los gastos que se han podido justificar que incurridos por las cambiales impagadas, que suman cincuenta y tres mil ciento treinta y nueve pesetas (53.139), y de los intereses desde las respectivas fechas de vencimiento de las citadas cambiales, a ser determinados en período de ejecución de sentencia. b) La nulidad e ineficacia o, en su caso, resolución de los negocios de donación efectuados por los demandados señores Esteban y esposa señora María Luz y señores Juan Manuel y señora Frida, relativos a las fincas detalladas en los documentos 4 y 5 de esta demanda, decretando la nulidad asimismo de las inscripciones registrales a que tales donaciones fraudulentas dieron origen, quedando como titulares los donantes, igualmente demandados. c) la condena solidaria a los demandados al pago de las costas y gastos del presente procedimiento.

⊙ Don Juan Manuel y doña María Consuelo se personaron en autos y contestaron a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia estimando las excepciones formuladas en el cuerpo del escrito, o con carácter subsidiario a lo anterior, desestime la demanda denegando todas las pretensiones de la actora y, al propio tiempo, haciendo expresa imposición de las costas del procedimiento a la contraparte, por su manifiesta temeridad y mala fe.

⊙ Los codemandados AUCA, don Esteban, don Sebastián y don Pedro Francisco, fueron declarados en rebeldía por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos. El codemandado don Juan se allanó a la demanda.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Madrid dictó Sentencia el 25 de marzo de 1996 estimando la demanda, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando la demanda de reclamación de cantidad promovida por Aluminios Sanse, SA contra AUCA, don Esteban y doña María Luz, don Juan Manuel y doña Frida, don Sebastián y doña María Purificación, y don Pedro Francisco, debo condenar y condeno a los mismos, solidariamente, a pagar a la actora la cantidad de 9.907.611 pesetas más los intereses devengados desde los vencimientos de las respectivas cambiales hasta la sentencia, cantidades que se consideran líquidas a los efectos del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil así como a las costas causadas a la actora, y debo desestimar y desestimo la acción de nulidad e ineficacia o resolución de las donaciones entabladas por Aluminios Sanse, SA contra don Esteban, doña María Luz, don Juan y don Juan Manuel, doña Frida y doña María Consuelo, con imposición de tales costas a los codemandados por las razones expresadas en el fundamento jurídico quinto, sin expreso pronunciamiento en relación al codemandado allanado don Juan.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 20.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 21 de julio de 1999 desestimando el recurso interpuesto por don Juan Manuel y doña María Consuelo, y estimando el recurso por adhesión interpuesto por Aluminios Sanse, SA, contra la sentencia recaída en los presentes autos, de fecha 25 de marzo de 1996, y en su consecuencia, se rectifica la misma tan sólo en el pronunciamiento referente a la ineficacia de las donaciones, que se dejan sin efecto. Por lo que procede declarar nulas e ineficaces las donaciones efectuadas por don Esteban y doña María Luz a favor de don Juan, mediante escritura pública autorizada por el Notario de esta ciudad señor García Cuerda el día 21 de junio de 1982, con el núm. de protocolo 1962, respecto del piso sito en la CALLEooo núm. NÚMooo, NÚMoo1, NÚMoo2 de Madrid. Asimismo, se declara nula e ineficaz la donación que, en el mismo día y ante el mismo notario, efectuó don Juan Manuel y doña Frida a favor de doña María Consuelo, mediante escritura pública con el núm. de protocolo 1962, sobre el piso ubicado en ... de esta ciudad, ratificando en los demás extremos la sentencia de instancia. Se impone el pago de las costas de la apelación a don Juan Manuel y doña María Consuelo.

⊙ Don Juan Manuel y doña María Consuelo interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión jurídica que llega a casación es muy concreta, por lo que debe prescindirse de otras que han sido objeto de la instancia. La acción que ejerció en su día la demandante era doble: reclamación de cantidad por razón de afianzamiento y nulidad e ineficacia o resolución de donaciones por ser realizadas en fraude de acreedores. De los varios demandados, tan sólo se han personado en la instancia los hoy recurrentes en casación, don Juan Manuel y su hija doña María Consuelo. Un dato que tiene trascendencia en el presente caso es que estos demandados y ahora recurrentes, por razón de la donación cuya nulidad se postula fueron condenados por el delito de alzamiento de bienes,

por sentencia del Juzgado de lo Penal número 4 de Madrid, de 4 de octubre de 1990, que fue confirmada por la Audiencia Provincial, Sección 2.ª, de la misma capital, de 12 de marzo de 1991, salvo en el tema de las costas. Se han aquietado ante la condena al pago de la cantidad reclamada y han formulado el presente recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, Sección 20.ª, de Madrid, de 21 de julio de 1999, que declara nula e ineficaz la donación que efectuó el primero y su esposa a la hija de ambos, otorgada en escritura pública el día 21 de junio de 1982, de un piso sito en Madrid, por la razón, como expresa literalmente, que según se establece en el artículo

1275 del Código Civil «los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral». Siendo evidente en el presente caso que la causa de las donaciones no era el *animus donandi*, sino simplemente el defraudar a sus acreedores, por lo que siendo ilícita la causa las respectivas donaciones no pueden producir efecto alguno.

El recurso de casación que han formulado padre e hija contiene un solo motivo. Se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1290 y 1291.3.º del Código Civil por entender que tal donación se produjo en fraude de acreedores, tal como dice la sentencia de la Audiencia Provincial, y ello no es causa de nulidad, sino de rescisión al amparo de los citados artículos, tal como dijo la sentencia de primera instancia; cuya acción de rescisión tiene un plazo de caducidad de cuatro años, conforme al artículo 1299 y la sociedad demandante carecía de acción cuando formuló la demanda, pues habían transcurrido sobradamente los cuatro años. Todo ello según dice la parte recurrente.

El motivo se desestima y, por ende, el recurso de casación. Se mantiene, pues, la declaración de nulidad de la donación de los padres a su hija que ha hecho la sentencia de la Audiencia Provincial aun cuando el razonamiento debe completarse y matizarse.

Lleva razón la parte recurrente en lo que respecta a la calificación del negocio jurídico gratuito con fraude de acreedores como objeto de la rescisión, bajo un inexorable plazo de caducidad. Pero esta afirmación no es tan sencilla como puede parecer; la pregunta que procede es si sólo el fraude

da lugar a la rescisión o puede tratarse de una causa ilícita que produzca la nulidad, conforme al artículo 1275. La respuesta es positiva, en su segundo inciso. El propio artículo 1305 contempla la nulidad que proviene de la ilicitud de la causa, si el hecho constituye un delito o falta.

El hecho de que el matrimonio demandado, recurrente en casación, haya sido condenado por delito por razón de la donación, precisamente de la que aparece con causa ilícita, es decisivo. La comisión de un delito lleva más allá de la ineficacia sobrevenida del negocio jurídico, como es la rescisión. La ejecución de un hecho –contrato de donación en escritura pública– que es calificado en sentencia firme como delito doloso es nulo desde el principio, en estricta aplicación del artículo 1275: la causa debe ser lícita; es ilícita –como dispone esta norma– la que es contraria a la ley –como el caso extremo de ser delictiva– y el contrato con causa ilícita es nulo, en aplicación del artículo 6.3. Como ya decía la Sentencia de 13 de marzo de 1997, la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprochable del convenio (Ss. de 8 de febrero de 1963, 2 de octubre de 1972, 22 de noviembre de 1979, 14 de marzo y 11 de diciembre de 1986), descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes (Ss. de 22 de diciembre de 1981 y 24 de julio de 1993).

SUCESIONES

Desestimación de la acción de revocación de donación por ingratitud e incumplimiento de cargas al apreciarse la prescripción de la acción y la falta de legitimación activa.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2007

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Catalina interpuso demanda de menor cuantía contra doña María Milagros, solicitando que se dicte sentencia por la cual se admita en su integridad los pedimentos de la misma y por ello vuelva la titularidad de la casa de mi representada a su nombre, así como revocada la donación efectuada

a la demandada por ingratitud y por no observarse por la misma la obligación que sopesaba para obtener dicha titularidad, con expresa imposición de las costas a la demandada.

- ⊙ Admitida a trámite la demanda, en fecha 9 de junio de 1998 la representación procesal de María Milagros contestó a la misma suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, que se desestime íntegramente el suplico de la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de los de Écija dictó Sentencia el 5 de diciembre de 1998 estimando íntegramente la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 29 de junio de 2000 estimando el recurso interpuesto por la demandada y desestimando íntegramente la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El litigio del que trae causa el presente recurso de casación fue promovido por Catalina quien, junto con su esposo difunto, Ángel Daniel, donó mediante escritura pública, de fecha 27 de octubre de 1992, un inmueble a la demandada, a cambio de que ésta se comprometiera a prestar cuidado y asistencia por toda la vida de cada uno de los miembros del matrimonio a proporcionar en el domicilio de éstos, si bien esa carga del deber de cuidado, aunque pactada desde el principio, no fue recogida en la escritura de donación, sino en un acto conciliatorio posterior de fecha 14 de julio de 1993. La consideración de la demandante de que la demandada no había cumplido con las obligaciones contraídas con el matrimonio llevó a la solicitud de revocación de donación por ingratitud e incumplimiento de cargas.

La demandada, por su parte, se opuso a la demanda, alegando que no se había producido incumplimiento alguno; que la acción había prescrito, al haber pasado más de un año desde los supuestos incumplimientos; que las causas de revocación de donaciones por ingratitud están tasadas en el artículo 648 del Código Civil y no se imputa ninguna de ellas a la demandada; y que falta legitimación activa de la demandante para revocar la donación efectuada por su esposo premuerto.

La Audiencia Provincial revocó la de primera instancia al entender que debía apreciarse la excepción de prescripción de la acción; también aludía a la falta de plena legitimación de la actora, para solicitar la revocación de la donación, porque el esposo fallecido pudo ejercitar la acción revocatoria, «y si pudo debió hacerlo, y al no haberse hecho su derecho es intransferible» (*sic*); y, por último, a que no se había producido un incumplimiento de la carga aparejada a la aceptación de la donación, al apreciar que, de los términos del contrato conciliatorio, se

infería que la responsabilidad de la demandada no podía entenderse como de cuasi-esclavitud o presencia continua, habiendo cumplido la demandada con su función al procurar la asistencia necesaria a los donantes.

En el motivo del recurso, el recurrente pretende hacer supuesto de la cuestión al tratar de someter de nuevo a juicio de esta Sala, en el cuerpo del motivo, la prescripción y el cómputo del *dies a quo*, entrando a estudiar la prueba practicada, sin plantear cuestiones jurídicas, sino de hecho, que no pueden ser de nuevo sometidas a juicio de la Sala en casación. La parte recurrente, para llegar a la conclusión fáctica radicalmente contraria a la alcanzada en la sentencia de segunda instancia, se basa en su particular valoración de la prueba, incurriendo así en la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», que consiste en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida –SSTS 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 –SSTS 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 –SSTS 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 –SSTS 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—. Como se dice en Sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2005 el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión está vedado en este recurso extraordinario, de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Sala —Sentencias de 10 y 22 de febrero, 16 de marzo, 8 y 21 de abril, y 9, 12 y 18 de mayo de 2005—. A través del examen, parcial e interesado, que la parte realiza de los diversos medios de prueba, no pretende sino someter a esta Sala su propia visión de la controversia, propugnando la íntegra revisión de la prueba, con lo cual no se pretende otra cosa que convertir esta casación en una tercera instancia, lo cual en modo alguno es posible, como tiene esta Sala reiteradamente declarado.

En otro motivo, se atribuye a la sentencia impugnada «error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios». El motivo también debe ser desestimado. El error aducido, respecto de la valoración de la prueba, no se ajusta al texto del artículo 1692 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, desde la reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, y vigente, por tanto, al momento de formalización del recurso, siendo evidente que la redacción del precepto en el momento de la interposición del recurso, no permite ya denunciar el «error de hecho en la apreciación de la prueba». Por otra parte, no se expone qué error es el denunciado, sobre qué documentos y qué parte de la sentencia se impugna, limitándose a transcribir referencias bibliográficas de ilustres juristas y mención de dos sentencias de esta Sala, deduciéndose que lo que pretende la recurrente es que se desestime la excepción de falta de legitimación de la actora, para revocar la donación. Además, la *ratio decidendi* de la sentencia, cuya impugnación se pretende, versó sobre la apreciación de la excepción de la prescripción de la acción de revocación de la donación, por el transcurso del plazo de cuatro años, siendo la referencia a la falta de legitimación una consideración a mayor abundamiento, innecesario para motivar el fallo, al haberse considerado que la desestimación de la acción y, por ende, de la demanda, procedía en base la extemporaneidad de su ejercicio, por lo que únicamente esa consideración sobre la prescripción es la susceptible de ser combatida en esta sede casacional.

CUESTIONES PENALES

Condena por el delito de revelación de secretos al esposo que instaló un dispositivo en el ordenador para grabar las conversaciones que su esposa tenía en un chat, grabaciones que envió a una detective privada quien se limitó a hacer un informe con ellas que se aportó por aquél al juicio de separación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Paulino, mayor de edad, con DNI NÚMooo, sin antecedentes penales, en el año 1996 compró un ordenador y lo instaló en su casa, introduciendo su nombre de usuario y su propia contraseña. En julio de 2001 observó que las facturas mensuales de la compañía telefónica se incrementaban notablemente, porque se estaba disparando el consumo de internet, hasta 70 horas de consumo al mes, y a fin de averiguar quién utilizaba su ordenador, adquirió en su distribuidor legal en España, un programa llamado eBlaster para monitorizar la actividad informática y de internet desde una ubicación alejada, de forma que, desde su ordenador particular instalado en su domicilio, cada 30 minutos volcaba copia de todas las comunicaciones telemáticas a la cuenta de correo del ordenador que el Sr. Paulino utilizaba en su oficina. Al comprobar que la usuaria era su esposa Catalina, que entraba en chats como casados/infieles con conversaciones de contenido sexual y que además tenía

otra pareja, contrató a una investigadora privada, doña Silvia, remitiéndose todos los correos interceptados aportando dicha información al juicio de separación que se avecinaba, ante la angustia y el temor a perder la custodia de su hija de tres años y que ésta se educara en un ambiente inadecuado. doña Silvia, se limitó como investigadora privada a elaborar un informe con los correos que Paulino le remitía, aportarlo al juicio de familia y ratificarse en su informe, devolviendo personalmente la documentación a su cliente.

⦿ El Juzgado de Instrucción número treinta y uno de los de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado con el número 210/2002 contra don Paulino y doña Silvia, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid con fecha veinticinco de mayo de dos mil cinco, dictó sentencia con el siguiente fallo: «Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Paulino como autor responsable de un delito de descubrimiento de secretos, ya definido, concurriendo la circunstancia atenuante analógica del artículo 21.6 en relación con el artículo 21.3 igualmente definida, a la pena de **SEIS MESES DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **MULTA DE SEIS MESES**, con una cuota diaria de 6 euros, sujeta a una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas y al pago de la mitad de las costas procesales. Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a Silvia del delito de revelación de secretos de la que venía siendo acusada, con declaración de oficio de las costas procesales».

⦿ Don Paulino interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de descubrimiento de secretos del artículo 197.1 del Código Penal, con la concurrencia de la atenuante analógica del artículo 21.6.^a en relación con la prevista en el apartado 3.º del mismo artículo, a la pena de seis meses de prisión y multa de seis meses. Contra la sentencia interpone recurso de casación formalizando tres motivos.

1. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En el primero denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues entiende que no ha quedado probado el elemento subjetivo. La prueba no ha permitido acreditar, dice, que su finalidad fuera descubrir los secretos de su mujer, ni tampoco que ésa fuera la finalidad de su conducta cuando continuó recibéndolos, puesto que lo que motivó su acción era el temor y la angustia de perder la custodia de su hija de tres años. Menciona el error de prohibición, niega la conexión entre los hechos y la supuesta autoría y niega el dolo.

El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2

del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Esto supone que es preciso que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que tenga un contenido suficientemente incriminatorio como para desvirtuar racionalmente aquella presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos.

La alegación de su vulneración en el recurso de casación puede ir orientada a negar la existencia de prueba; a negar la validez de la existente; a negar el poder probatorio o demostrativo de la prueba existente y válida, o a cuestionar la racionalidad del proceso valorativo efectuado por el Tribunal sobre las pruebas disponibles. Ante esta alegación, esta Sala del Tribunal Supremo debe realizar una triple comprobación. En primer lugar que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones

fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica, de las enseñanzas de la experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos y que no es, por lo tanto, irracional o manifiestamente errónea.

A través de la prueba deben quedar acreditados tanto los elementos del tipo objetivo como los atinentes al tipo subjetivo. Estos últimos, al ser hechos de conciencia, salvo en las ocasiones en las que se pueda disponer de una confesión del acusado que pueda ser aceptada como creíble en función del resto de la evidencia disponible, deben ser probados mediante un razonamiento inferencial. El mecanismo racional para estos casos, característico de la prueba indiciaria, permite considerar demostrada la existencia de un hecho subjetivo como resultado del razonamiento apoyado en otros hechos objetivos distintos, a su vez suficientemente acreditados. Para que la prueba de indicios pueda enervar válidamente la presunción de inocencia, la jurisprudencia de esta Sala exige que el razonamiento se apoye en elementos de hecho y que éstos sean varios; que estén acreditados; que se relacionen reforzándose entre sí, y que de su valoración conjunta fluya de modo natural la conclusión relativa a la existencia del hecho que se pretende acreditar, con respeto al recto criterio humano racional, ajustándose por lo tanto a las reglas de la lógica y a las enseñanzas de la experiencia y sin vulnerar los principios científicos comúnmente aceptados cuando se haya recurrido a ellos. Desde el punto de vista formal, es necesario que la sentencia exprese con claridad y precisión el juicio de inferencia.

La razonabilidad del juicio de inferencia no supone la imposibilidad de otras versiones distintas de los hechos, de manera que el Tribunal haya debido inclinarse por la única certeza posible (STS núm. 499/2003, de 4 de abril), pero sí exige que no se opte por una ocurrencia fáctica basada en una inferencia débil, inconsistente o excesivamente abierta, (STS núm. 1090/2002, de 11 de junio), de forma que pudieran obtenerse alternativas fácticas igualmente sólidas.

En el caso, en realidad no son discutidos los hechos subjetivos. El recurrente reconoce haber instalado un programa en el ordenador de su propiedad con la finalidad de descubrir quién lo utilizaba, dado que habían aumentado de forma injustificada, en su opinión, los gastos correspondientes, sospechando de la asistenta del servicio doméstico. Reconoce asimismo que pudo comprobar que quien lo utilizaba era su esposa. Y reconoce que, a pesar de ello, al percatarse del contenido de las conversaciones, correos y otras comunicaciones de aquella con terceras personas, continuó

apoderándose de las referidas comunicaciones con la finalidad de aportarlas al procedimiento de separación en el intento de proteger a su hija menor y evitar que no le fuera concedida su custodia.

Por lo tanto, de los hechos probados y del mismo reconocimiento del recurrente se desprende que conocía los aspectos relevantes de su conducta, es decir, los referidos al acceso a las comunicaciones privadas de su esposa con terceros mediante el programa instalado en su ordenador, de manera que actuó conociendo los elementos del tipo objetivo, lo que acredita la existencia del dolo, y además, que con su conducta pretendía acceder a dichas comunicaciones, lo que permite considerar cumplido el requisito finalista de la conducta expresado en la frase «para descubrir los secretos», aun cuando su actuación tuviera como último objetivo emplear tales conversaciones en el procedimiento de separación matrimonial, como efectivamente hizo.

Por lo tanto, no se ha vulnerado la presunción de inocencia en cuanto a la existencia de prueba respecto de los elementos del tipo subjetivo, lo que determina la desestimación del motivo.

2. Infracción del artículo 197.1 del Código Penal.

En el motivo segundo, con apoyo en el artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la infracción del artículo 197.1 del Código Penal, pues considera que no concurren los elementos subjetivos del delito de descubrimiento de secretos, pues nunca tuvo la finalidad de descubrir los mensajes de su mujer con su amante, sino de asegurar el bienestar de su hija de tres años.

El delito de descubrimiento de secretos del artículo 197.1.º del Código Penal se orienta a la protección de la intimidad, reconocida como derecho fundamental en el artículo 18 CE, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, derecho que «es propio de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE e implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana”» (STC 89/2006).

El tipo requiere del dolo, es decir, del conocimiento por el autor de los elementos del tipo objetivo, y además de un especial elemento subjetivo consistente en que la acción se ejecuta con la finalidad («para») de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro. No sólo, pues, dolo genérico. Es indiferente a los efectos de este primer apartado la finalidad ulterior del autor, aunque la existencia de un propósito lucrativo tiene su reflejo en el apartado sexto del mismo precepto.

El recurrente confunde dos aspectos de los hechos de trascendencia diferente. De un lado, la parte de la acción consistente en la instalación de un programa que permite conocer los movimientos u operaciones realizados desde un determinado ordenador. En principio, en cuanto se trata de un acto de protección de la propiedad privada que no afecta a derechos de los demás, es un acto legítimo, pues parece claro que el propietario del ordenador puede instalar un programa que le permita verificar el uso que se da a ese instrumento, cuando sospecha razonablemente que está siendo utilizado de forma no autorizada. Es cierto, como argumenta, que en el momento de la instalación del referido programa no puede establecerse que su finalidad fuera conocer los mensajes o conversaciones de aquellos terceros que utilizaran el ordenador y la línea de internet sin estar autorizados por quien era su propietario, pues no se declara probado que desde el primer momento supiera que el programa facilitara el contenido íntegro de las comunicaciones de una forma que hiciera inevitable su conocimiento. Esa acción no puede reputarse inicialmente ilícita. Pero esta valoración no permite ir más allá. Y desde luego no autoriza a invadir la privacidad ajena.

De otro lado, es relevante la conducta del recurrente consistente en apoderarse del contenido de las conversaciones y comunicaciones privadas de su esposa, una vez que había comprobado que era ella quien utilizaba el citado ordenador para comunicarse con terceros. La cuestión no permite albergar duda alguna una vez que el recurrente conoció el contenido del primero de los correos, pues desde ese momento pudo tener, y sin duda tuvo, la seguridad de que se trataba de comunicaciones íntimas de su esposa, que afectaban al ámbito de su intimidad más estricta, a las que no podría pretender tener acceso legítimamente aun cuando se realizaran desde su ordenador personal, a pesar de lo cual continuó apoderándose de las dichas comunicaciones. Es esta segunda fase de la conducta la que la sentencia ha considerado delictiva en cuanto comprendida en las previsiones del artículo 197.1 del Código Penal, pues la acción del acusado recurrente, una vez que conoció la naturaleza del contenido de las comunicaciones interceptadas e identificó a los comunicantes, se orientó con claridad al apoderamiento de datos relativos a la intimidad estricta de otra persona que constituirían secretos de ésta en cuanto no resultaban accesibles a terceros de forma indiscriminada.

A los efectos del delito, es indiferente que el fin último del autor fuera utilizar el contenido de esas conversaciones, que él valoró como negativas para su esposa, en el procedimiento de separación matrimonial para con ello impedir que se acordara por el Juez la privación de la custodia de la hija. No existe

duda alguna que la finalidad de la continuación en el uso del programa informático era precisamente continuar apoderándose de las comunicaciones privadas, aunque después pretendiera darles una u otra utilidad, de donde resulta el dolo específico referido a la finalidad de descubrir los secretos de otro o de vulnerar su intimidad.

En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en anteriores Sentencias. En la STS núm. 1641/2000, de 23 de octubre, se decía que «lo relevante a efectos de la configuración del tipo no es la apertura de la correspondencia, sino el apoderamiento de su contenido sin consentimiento, que es lo que constituye la conducta típica sancionada por el legislador, extremo este que ha quedado acreditado por prueba de cargo demostrativa de que la acusada hizo suya la misiva enviada al marido por la Seguridad Social utilizándola como prueba contra éste en un proceso civil y en beneficio propio».

Por lo tanto, concurre en la conducta del recurrente el elemento subjetivo exigido por el artículo 197.1 del Código Penal, y por lo tanto, el motivo debe ser desestimado.

3. Indebida aplicación del artículo 14 del Código Penal.

En el tercer motivo denuncia la inaplicación indebida del artículo 14 del Código Penal, pues sostiene que instaló el programa en el ordenador con el pleno convencimiento de que era legal y que no estaba cometiendo ilícito alguno. No ha podido traer como testigo al Abogado que lo asesoró en ese sentido, pero la existencia del consejo ha venido avalada por tres testigos. Afirma que desconocía la antijuricidad del hecho.

El error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y aparece cuando el autor del delito actúa en la creencia de estar actuando lícitamente. Será vencible o invencible en la medida en la que el autor haya podido evitarlo, en atención a las circunstancias y a las características y complejidad del hecho. El primero supone una disminución de la pena y el segundo excluye la responsabilidad criminal, según dispone el artículo 14 del Código Penal.

El error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuricidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la respuesta concreta del ordenamiento a esa forma de actuar. Por lo tanto, basta con que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito; tampoco es exigible que conozca que su acción es típica; por ello, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya

ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta (STS núm. 1171/1997, de 29 de setiembre, y STS núm. 302/2003).

Por otra parte, no es suficiente con la mera alegación del error, sino que es preciso que su realidad resulte con claridad de las circunstancias del caso.

Parece evidente que cualquier persona sabe que el acceso a las comunicaciones íntimas y personales de otra afecta a su intimidad, e igualmente, que la esfera más íntima del sujeto está protegida por la ley de la invasión de terceros no autorizados. Asimismo es notorio que las cuestiones relativas a la vida sexual de la persona constituyen parte del núcleo del concepto de intimidad. Es evidente también que la relación conyugal, o las equiparables a ella, incluso aunque no se encuentre en trámites previos a la separación, no autoriza el acceso a los secretos del otro integrante de la pareja. Desde este punto de vista no puede aceptarse la alegación del desconocimiento de la ilicitud.

El recurrente afirma, por otro lado, que no era su intención invadir la intimidad sino proteger a la hija de ambos. El dolo de consecuencias necesarias es suficiente para el tipo subjetivo. El recurrente

sabía que actuando de esa forma, es decir, accediendo al contenido de las comunicaciones privadas de su esposa, invadía su intimidad, de forma que su intención final no era relevante respecto del dolo. De otro lado ya ha sido tenida en cuenta por el Tribunal, que ha apreciado una atenuante como muy cualificada al estimar una menor culpabilidad en el hecho.

Finalmente, afirma que se había asesorado técnicamente consultando a su abogado. Sin embargo, ésta es una cuestión de hecho que no ha sido declarada probada por el Tribunal, entre otras razones por la imposibilidad de contar con el testimonio del mencionado letrado. Aun cuando el Tribunal pudiera entender que había mediado una consulta jurídica, no consta debidamente si se refería a la utilización del programa, aspecto respecto del que argumenta reiteradamente el recurrente, o si se refería más concretamente al acceso al contenido de los correos y comunicaciones íntimas y personales de su esposa. Es decir, que no consta precisamente el contenido y alcance del asesoramiento. En cualquier caso, finalmente, la ilicitud de la conducta es de tal claridad que un eventual consejo de terceros no excluiría la culpabilidad del acusado.

Por todo ello, el motivo se desestima.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Constando que los cónyuges estuvieron previamente inscritos oficialmente como pareja de hecho y que las relaciones entre ambos databan de tiempo atrás, no puede entenderse que el esposo estuviese sometido a presión o condicionamiento alguno para contraer matrimonio, por lo que no procede declarar la nulidad matrimonial.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Puebla Povedano

La base de la demanda y del escrito interponiendo el recurso de apelación es la procedencia de la nulidad del matrimonio solicitada por el actor Andrés frente a su esposa Filomena, en base a la aplicación del artículo 73.1 del CC que considera como causa de nulidad matrimonial la falta del consentimiento dentro de la cual hay que incluir también los casos de consentimiento viciado por algunos de los motivos que la determinan entre los cuales el actor ha invocado la simulación, es decir la declaración de una voluntad no querida para aparentar con fines normalmente engañosos, la realidad de un contrato o negocio jurídico que no se ha realizado (simulación absoluta) o que es distinto del verdaderamente celebrado (relativa).

En este caso se trata de que la demandada, súbdita extranjera y sin residencia autorizada en España, convenció al actor para contraer matrimonio como medio de evitar la casi inevitable expulsión del territorio nacional español.

Es incuestionable que el matrimonio es, esencialmente, un acto libre y que la falta de esa libertad puede convertir en nulo el acto, pero para ello ha de contar expresamente la concurrencia de circunstancias, de determinar esa falta de libertad. Pero ello no ocurre en el caso que contemplamos pues consta

la existencia de un afecto que la sentencia recurrida induce de las fotografías que se han aportado a los autos y que si bien no es un medio definitivo, sí que puede ser indicador de ese aspecto o cariño precedente al matrimonio. Pero es que, además parece ser que los ahora litigantes estaban inscritos oficialmente como pareja de hecho y que las relaciones entre ambos databan de tiempo atrás, de manera que el Sr. Andrés no fue sometido a una presión o condicionamiento alguno para contraer matrimonio, ni tampoco cabe admitir en buena lógica que se casan sólo por hacer un favor a su amiga, pues el matrimonio es una decisión seria e importante y duradera, por lo que en un orden racional de valoración de las conductas humanas, no es lícito inducir que voluntariamente se acuda a contraerlo por razones espúreas porque aun así (matrimonios de conveniencia) no dejan de constituir un acto de libre determinación.

Es muy difícil imaginar que nadie preste su consentimiento matrimonial de una manera que no sea libre y espontánea; así lo impone la naturaleza y trascendencia del acto.

Por tanto, procede confirmar la sentencia apelada aceptando sus argumentos, sin expreso pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

PATRIA POTESTAD

Dado que las partes discrepan respecto del tipo de tratamiento que el común descendiente debe seguir, nos encontramos ante un supuesto de incompetencia funcional de esta Sala para conocer de la cuestión planteada, ya que contra la resolución del juzgado no cabe recurso alguno.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 25 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Contra el criterio decisorio adoptado por el Juzgador *a quo*, mediante auto de 26 de mayo 2006,

confirmado por el de 23 de junio siguiente, en los que se acuerda no haber lugar a someter al hijo

común de los litigantes al tratamiento propuesto por el Perito Psicólogo don Gerardo, debiendo, por el contrario, seguir tratamiento psicológico en el Instituto de Ciencias de la Salud de Talavera de la Reina, se alza la Sra. Gabriela, suplicando de la Sala que se deje sin efecto dicho pronunciamiento y, en su lugar, se determine que ha de realizarse el tratamiento por un terapeuta experto en el Síndrome de Alienación Parental, pudiendo el Juzgador solicitar del Colegio de Psicólogos la lista de los expertos más próximos al domicilio del menor, debiendo aquél informar al Juzgado de las medidas a adoptar a lo largo del tratamiento, o bien se realice el mismo a través de la Asociación Madrileña de Terapia Familiar en los mismos términos.

Pretensión que encuentra la frontal oposición de la contraparte y del Ministerio Fiscal, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

Con independencia de los defectos formales de que adolece el escrito de preparación del recurso, según denuncia el apelado, y que podrían determinar el rechazo de la pretensión deducida, sin entrar en el examen de fondo de la cuestión que se suscita, es lo cierto, como ya se anticipó mediante providencia de esta Sala de 22 de febrero de 2007, que la referida problemática encuentra un inequívoco encaje en las previsiones del artículo 156 del Código Civil, dado que las partes discrepan respec-

to del tipo de tratamiento que el común descendiente, por la detectada patología en lo afectante a las relaciones con su madre, ha de seguir.

Así, afectando la referida divergencia al ejercicio de la patria potestad que, en principio corresponde a ambos progenitores, el citado precepto atribuye al Juez de 1.ª Instancia la facultad exclusiva para dirimir la misma, ya que contra su decisión no cabe recurso alguno.

De otro lado, y en cuanto el sometimiento del menor a un determinado tipo de tratamiento psicológico tiene igualmente por finalidad allanar, si ello fuere posible, los obstáculos existentes en orden a una deseable normalización del régimen de visitas, el auto apelado tendría un carácter meramente instrumental o interlocutorio, lo que, de conformidad con los artículos 451 y 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, determinaría su exclusión de un posible recurso de apelación.

Nos encontramos, en consecuencia, ante un supuesto de incompetencia funcional de esta Sala para conocer de la cuestión planteada, lo que atrae al caso las previsiones de los artículos 225.1 y 227.2, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, determinando, de modo ineludible, la declaración de nulidad de la resolución que admitió a trámite la apelación, así como la de todas las posteriores actuaciones dimanantes de la misma.

PATRIA POTESTAD

El hecho de dejar de pagar la pensión alimenticia podrá ser objeto del oportuno análisis en el marco del procedimiento penal que ha iniciado la esposa, pero no es suficiente, por sí solo, para privar o suspender la patria potestad, cuya titularidad corresponde a ambos progenitores.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Juana Calderón Martín

El resto de las alegaciones de la parte recurrente se dirigen, aun sin expresarlo claramente, a rebatir la valoración probatoria efectuada en la instancia, pretendiendo sustituir tal imparcial valoración por la legítima pero interesada de dicha parte.

Así, en cuanto a la pretensión referida a la «supresión» de la patria potestad del padre respecto del hijo menor del matrimonio, indefinidamente o, con carácter subsidiario, de manera temporal, la Sala comparte la decisión denegatoria que se efectuó en primera instancia. La privación de la patria

potestad sobre los hijos menores de edad es una medida grave, que no tiene el carácter de sanción que la parte recurrente pretende por el hecho de que el menor no haya tenido contacto con el padre durante un largo período de tiempo, y por la también alegada circunstancia de no haber abonado aquél la pensión alimenticia fijada en la sentencia de separación, sino que, esencialmente, está dirigida a la protección del menor y a la evitación de peligros y de riesgos para el mismo, tal como resulta de una interpretación correcta del artículo

170 del Código Civil; por eso, no basta considerar una situación objetiva de hecho, sino que habrá que atender, básicamente, a si esa privación que se pretende es realmente necesaria para evitar esos riesgos o peligros para la formación y desarrollo del menor. También debe añadirse que las causas de privación de la patria potestad deben ser objeto de interpretación restrictiva, lo que implica que tales causas aparezcan, en el caso concreto de que se trate, plenamente probadas.

En este caso, por una parte, no consta claramente probado que la falta de contactos entre

el padre y el menor haya sido imputable a dicho progenitor, o si, como sostiene el padre demandado ha sido debido o impedido por la conducta de la madre a partir del momento en que el padre dejó de abonar la pensión alimenticia, según afirma debido a su precaria situación económica. El hecho de dejar de pagar la referida pensión podrá ser objeto del oportuno análisis en el marco del procedimiento penal que ha iniciado la esposa, pero no es suficiente, por sí solo, para privar o suspender la patria potestad, cuya titularidad corresponde a ambos progenitores.

PATRIA POTESTAD

No debió ser admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el Juez de 1.ª Instancia resolviendo una controversia en el ejercicio de la patria potestad, ya que en el artículo 156 del CC no se prevé dicho recurso.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 28 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

Por Auto de este Tribunal, de fecha 24 de enero de 2007, dictado en rollo de apelación interpuesto contra Auto de 17 de marzo de 2006 del Juzgado de 1.ª Instancia 5 de Sabadell, recaído en materia de discrepancia sobre el ejercicio de la patria potestad, se determinó en su parte dispositiva, entrando en la cuestión de fondo no obstante tratarse de materia que por definición legal carece de recurso, que el menor podría realizar actividades deportivas, en los períodos de tiempo que le corresponde la custodia del mismo, siempre que: a) no impliquen cambio de colegio si éste no está consensuado con el padre del niño; b) que no altere el ritmo normal de la escolaridad reglada, ni de las relaciones propias de la edad del menor con compañeros, amigos y familia externa; c) no comprometa los espacios provistos para que el niño se comunique o visite al padre.

El citado Auto de esta Sección de la Audiencia Provincial, ya ha resuelto la controversia sobre las actividades extradeportivas del menor, siendo improcedente la pretensión de parte, formulada antes del conocimiento de tal resolución, y referida a la autorización del cambio de horarios de

las prácticas deportivas de patinaje artístico y de hielo, por cambios de domicilio de Sabadell a Barcelona, con inobservancia de las prescripciones del artículo 139.4 del Código de Familia de Cataluña.

En su consecuencia procede confirmar el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Sabadell, denegatorio del cambio de horario solicitado, debiendo estarse al contenido de la parte dispositiva del Auto de esta Sección de 24 de enero de 2007. Indicándose que no debió de ser admitido a trámite el recurso de apelación, en base al párrafo segundo del artículo 156 del Código Civil, que impide el acceso a cualquier medio impugnatorio a las cuestiones sobre discrepancia en el ejercicio de la patria potestad, sin que pueda objetarse la falta de pronunciamiento al respecto del artículo 139 del Código de Familia de Cataluña, pues tratándose de aspecto procesal, de carácter imperativo por afectar al orden público, han de observarse en materia adjetiva las prescripciones del Derecho Común, que impide el acceso al recurso de apelación las materias sobre discrepancia en el ejercicio de la patria potestad.

GUARDA Y CUSTODIA

No puede aceptarse el planteamiento simplista que pretende hacer recaer en el horario laboral de los progenitores la única referencia para decidir sobre la atribución de la guarda y custodia.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Manuel García Sánchez

Que, en cuanto a la concreta materia que es objeto de la pretensión del recurso, se alza el apelante contra la sentencia de divorcio, en lo concerniente a las medidas complementarias acordadas sobre la custodia del menor hijo habido del matrimonio, así como en cuanto a la pensión alimenticia señalada a su cargo. Respecto de lo cual, y por lo que se refiere a la atribución de la guarda y custodia, hemos de partir de la reiterada línea jurisprudencial que atiende a la preferencia del *favor filii* en cualquier decisión judicial atinente a los hijos en todo procedimiento de nulidad, separación o divorcio; frente a los intereses o las conveniencias de los progenitores. Así lo establece el T. Supremo en sentencias como la de 9 de julio de 2003, según la cual, el interés de los hijos es el que tiene que presidir las relaciones con los padres; y, como dice la Sentencia de 27 de marzo de 2001, debe prevalecer siempre, incluso por encima del de sus progenitores. Ello, en concordancia con la literalidad del artículo 92 del CC y la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya que «en todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación o separación».

Sentado lo cual, resulta evidente que la decisión sobre la atribución de la guarda y custodia no puede hacerse depender exclusivamente del resultado de una pugna sobre aptitudes, capacidades o disponibilidad de medios en mayor o menor medida de un progenitor sobre otro; como parece querer poner de manifiesto el apelante, al aludir al disfrute de un horario laboral que le permite una más plena relación con el hijo. Pues, en primer lugar, no se trata de sopesar las atenciones materiales que cada uno de ellos están en disposición de dispensar al menor,

cuando de ellos también depende su desarrollo emocional, moral y educacional. En segundo lugar, no puede aceptarse el planteamiento simplista que pretende hacer recaer en el horario laboral de los progenitores, la única referencia para decidir sobre la conveniencia de otorgamiento de la guarda y custodia; cuando a ello concurren otros muchos factores, tales como la edad, intensidad de la previa relación afectiva de cada uno con el hijo, entorno familiar más favorable a procurar su formación y cualesquiera otros que concurrirían a garantizar el éxito de su desarrollo, tanto desde el plano personal como material. Y, en tercer lugar, en modo alguno la dedicación a un trabajo que se desarrolla de forma estable en el lugar de residencia del núcleo familiar que forman el hijo y el progenitor favorecido por la atribución de la guarda y custodia, puede significar mayor impedimento, cuando el inconveniente resida exclusivamente en el horario laboral de éste; pues, a salvo las situaciones laborales que supongan constantes desplazamientos o ausencias del lugar de residencia, la realidad de un estado social de derecho garantiza los subsidios y medios suficientes en beneficio del trabajador, como para conciliar de forma adecuada la vida laboral y familiar.

De todo lo cual, se desprende que la referencia al horario de trabajo no puede valorarse en ningún caso como elemento inhabilitante para la atribución de la guarda y custodia; sobre todo, si se le considera como un medio adicional para la obtención de recursos, que necesariamente han de revertir en incremento de los medios económicos con los que contribuir a los alimentos del menor. Sino que supone, todo lo más, un elemento añadido a tener en cuenta, junto con las demás circunstancias que concurren en ambos progenitores, para la concesión de la custodia a uno u otro en función de lo que se considere más ajustado a la protección del interés de los hijos. Pues no se olvide que el pronunciamiento que necesariamente ha de seguir al respecto, como consecuencia de la crisis matrimonial, no se concibe como una sanción al progenitor no destinatario de la custodia, sino como una medida exclusivamente concebida en salvaguarda de la mayor protección de aquéllos. Siendo así que, por

lo que se refiere al caso que nos ocupa, la situación laboral de la madre no representa mayor obstáculo para su aplicación a los cuidados inherentes a la guarda y custodia, una vez acreditada la intervención de la abuela materna en tales menesteres, ya con anterioridad a la crisis matrimonial, precisamente motivada, en gran parte, por las ausencias del esposo del domicilio familiar, dada su anterior dedicación a la profesión del transporte por carretera. De forma que el efecto de dicha atribución no puede tener consecuencia alguna en el régimen de formación, cuidados y atención del que ha venido disfrutando el menor hijo; el cual, por otra parte, se revela como adecuado a su interés, habida cuenta de que, como resulta del informe pericial unido como diligencia de prueba, en la actualidad presenta un buen rendimiento académico y una situación emocional carente de alteración significativa.

Por lo que, y sin desmerecer la disposición del padre a hacerse cargo de ella, se considera más

ajustado al interés del hijo el mantenimiento de la guarda y custodia a favor de la madre. Por ser tal la solución que, consideramos, ofrece las mayores garantías de continuidad y estabilidad en el satisfactorio desarrollo de su formación. Frente a la opción defendida por el apelante, fundamentada básicamente en la situación laboral y personal que presenta en la actualidad; la cual, sin embargo, no se corresponde con la inestabilidad de los cambios de empleo que ha venido observando durante la vida del menor, habiendo pasado de trabajos, tan dignos como dispares, tales como repartidor a domicilio, transportista por carretera y albañil. Extremos todos ellos que, sin valorarse de forma peyorativa hacia las aptitudes del padre para el ejercicio de la custodia, nos mueven a considerar la situación de la madre como más adecuada y con mayores garantías de consecución del fin superior que debe mover a decidir, y que no es otro que el supremo interés del hijo.

GUARDA Y CUSTODIA

No se considera decisiva la manifestación del hijo de nueve años en cuanto a que prefiere vivir con la madre ya que la voluntad del menor no puede considerarse que haya sido manifestada de forma libre o incondicionada y en plenas condiciones de madurez, por lo que la Sala comparte plenamente la consideración realizada por el juez *a quo* cuando afirma que el menor se encuentra influenciado.

AP BARCELONA, SEC. 18.^a, SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Dolores Viñas Maestre

Contra el pronunciamiento de la sentencia que atribuye la guarda y custodia del menor Julián al padre, se alza la demandada alegando en primer lugar que no se han tenido en cuenta las manifestaciones del menor vertidas en la exploración judicial y en presencia del Ministerio Fiscal, de las que se desprende a criterio de la apelante, la voluntad del menor de permanecer con la madre. Como ya ha tenido ocasión de señalar esta Sala en Sentencias de fecha 10 de junio, 22 de septiembre y 18 de noviembre de 2005, se nos plantea cuál debe ser la relevancia que debe darse a la voluntad manifestada por el hijo menor de edad, en el procedimiento matrimonial de sus padres, en tanto nuestro ordenamiento jurídico, en diferentes preceptos le reconoce el derecho a ser oído. La primera conclusión a la que debemos llegar es que la ley cuando reconoce este derecho, no lo equipara al derecho de decidir, de manera que la voluntad

manifestada ante el Juez, no vincula ni condiciona la decisión que se adopte al respecto. Para que el Juez pueda determinar la medida exigida por el interés del menor, debe valorar todos los elementos de prueba que se hayan aportado, conjuntamente con la exploración, debiendo cerciorarse de que la voluntad del menor o de la menor, manifestada en la exploración, haya sido correctamente formada, que el menor o la menor no se encuentra condicionado o presionado por uno de sus progenitores o por ambos y valorar sus opiniones dentro del contexto en el que nos encontramos, es decir, en el contexto de un procedimiento contencioso en el que el menor puede y suele encontrarse inmerso en un conflicto de lealtades. En ocasiones incluso se transmite a los niños y niñas la convicción de que pueden decidir sobre la custodia, delegando en ellos la responsabilidad de tomar dicha decisión, cuando, pese a ser mayores de doce años, no tienen

ni la capacidad, ni la madurez, ni las condiciones ambientales o de entorno familiar adecuadas, para poder pronunciarse al respecto, lo que les genera mayor tensión y repercute negativamente en su formación. Por ello es esencial en algunos casos el informe psicosocial que puede clarificar el estado psicológico del niño o niña.

En el caso de autos, se da la circunstancia que el menor tenía nueve años en el momento de hacer la exploración, razón de más para examinar y valorar las demás pruebas aportadas a fin de tomar una decisión como la que se discute, sin que las opiniones manifestadas por el hijo, atendida su edad y el conflicto existente entre ambas partes, resulten en este caso determinantes.

Como circunstancias que hay que tener en cuenta para valorar la trascendencia que puede tener en este procedimiento la voluntad del menor se relacionan las siguientes: el menor ha convivido con su madre desde que así lo acordó la Sentencia de 20 de diciembre de 1999; en abril de 2004, la madre acordó con el padre que el menor viviría con éste y en noviembre del mismo año se volvió a llevar a su hijo a vivir con ella y su actual compañero sentimental; los informes escolares correspondientes al curso 2003/2004 ponen en evidencia un deficiente rendimiento escolar y una conducta agresiva, falta de concentración e intranquilidad; en febrero de 2005, la madre y el menor sufrieron una agresión por parte de la pareja de la madre. Estas circunstancias ponen de manifiesto que el menor se halla inmerso en un contexto o entorno que no favorece o facilita la estabilidad emocional, y que concurren incluso factores de riesgo que comprometen su desarrollo equilibrado. Si a estas circunstancias unimos la corta edad del niño, nueve años, la conclusión no puede ser otra que la de dar mayor valor decisivo a las demás pruebas practicadas, especialmente a las pruebas periciales. La voluntad del menor no puede considerarse haya sido manifestada de forma libre o incondicionada y en plenas condiciones de madurez, por lo que la Sala comparte plenamente la consideración realizada por el juez *a quo* cuando afirma que el menor se encuentra influenciado.

Se alega asimismo por la parte recurrente que se ha dado valor decisivo a un informe pericial aportado por el demandante que fue impugnado por la ahora recurrente, afirmando que se trata de un informe realizado sin conocimiento y consen-

timiento de la madre y sin su intervención y que fue remitido al Equip d'Assessorament Tècnic para la elaboración del informe pericial solicitado por la ahora apelante, lo que impidió la imparcialidad del Equipo. Las pruebas periciales practicadas han sido valoradas por el Juez *a quo* según las reglas de la sana crítica. Respecto a la pericial aportada por la parte, cabe señalar que constituye una prueba permitida y facilitada por la Ley procesal, que contempla la aportación de informes periciales de parte, cuyo valor probatorio ha de ser examinado por el juez, sin que la sola circunstancia de ser prueba de parte dote de menor valor al informe. El contenido de ambos informes, el aportado por la parte y el emitido por el EAT, resultan contundentes y coherentes con el resultado que se desprende de otras pruebas practicadas. El informe de parte concluye que el menor es un niño inseguro que necesita un entorno más estructurado, conclusión a la que se llega después de aplicar diversos test al menor. El informe del EAT señala que el menor se encuentra en una situación que le genera ansiedad y malestar, inmerso en el conflicto de sus padres. Ambos informes coinciden en que el padre puede ofrecer al menor un contexto de mayor estabilidad. Conviene también destacar el contenido de los informes escolares aportados correspondientes al curso 2003/2004, que como se ha señalado en el fundamento jurídico anterior, destacan no sólo el bajo rendimiento escolar sino también la conducta agresiva y dispersa del menor en el centro escolar. De dichos informes se deriva la situación de fragilidad emocional en la que se encuentra el niño y que el contexto en el que ha vivido no resulta el más adecuado. Y por último, considerando la Sala que tiene gran trascendencia, consta que en el entorno materno, el niño ha presenciado una agresión proferida por el actual compañero de la madre hacia la misma, agresión cuya causa y consecuencias han sido posteriormente minimizadas por la madre, lo que evidencia las dificultades que tiene la misma para preservar al menor de estas situaciones y de protegerlo. Ante una situación probada de cuidado inadecuado por parte de la madre, y de deficiencias en la capacidad protectora de la misma y atendido el contenido de los dos informes periciales obrantes en autos, se estima que la medida más beneficiosa para el niño es la custodia paterna. Todo ello conduce a la confirmación de la sentencia por lo que hace referencia a este pronunciamiento.

GUARDA Y CUSTODIA

Acreditado que el cambio de residencia a EEUU obedece a cuestiones laborales de la persona con quien la madre ha formado una nueva familia, y que los hijos ya acudían en nuestro país a un colegio americano, no se encuentra motivo para modificar la custodia a favor del padre.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Alavedra Farrando

En relación al fondo del asunto, se peticiona la revocación de la sentencia en orden a la guarda y custodia de las menores, en que pide le sea otorgada al apelante, y subsidiariamente la modificación del régimen de visitas.

El motivo del recurso sobre la petición de la custodia debe de rechazarse, pues tiene que entender la parte la prevalencia del *favor filii* más allá de la voluntad del padre o abuelos, o del entorno en que viven, pues si bien este último debe ser tenido en cuenta, no por ello deviene esencial, siendo el conjunto de elementos que autorizan la adopción de una medida u otra, y en el presente caso, contra lo que se alega, el cambio de residencia de la madre obedece a razones laborales acreditadas de la persona con quien ha formado una nueva familia, constituida ésta por los dos hijos del matrimonio ya disuelto que nos ocupa, y los dos nuevos hijos con la actual pareja, por lo que el *favor filii* se cumple en mayor medida en la convivencia conjunta de todos los hermanos que en la determinación de uno u otro

entorno. Debemos también añadir que el cambio de residencia al extranjero de un progenitor como se recoge en el Auto de inadmisión del TSJ de Cataluña de fecha 13 de enero de 2003, «queda pale- sa l'impossibilitat de la Sala de fixar uns paràmetres o unes normes generals que permetin resoldre els debats que es plantegin sobre el tema en anàlisi, ja que el ésser exclusivament fàctic no és possible fer cap declaració general», en definitiva, no procede acudir a unas normas generales en el caso que nos ocupa, debiendo estar a los hechos constatables que autoricen determinar un beneficio en los menores, y éste pasa, según la prueba practicada –exploración de los menores incluida–, por continuar bajo la custodia de la madre, y, sin que conste perjuicio alguno en la nueva situación ya vigente, en residencia en Houston (EEUU), siendo que los menores acudían ya al colegio americano en Barcelona, y sus estudios les serían homologados, lo que no se ha cuestionado; y en los demás escritos tras el recurso tampoco resulta a los menores problemática alguna en la nueva situación.

GUARDA Y CUSTODIA

No procede otorgar al padre la custodia del menor porque la madre haya incumplido puntualmente el régimen de visitas fijado en el Auto de Medidas Provisionales: el cambio de custodia, contemplado en el artículo 776.3.º de la LEC, exige que el incumplimiento de visitas por el progenitor custodio sea reiterado.

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eugenio Santiago Dobarro Ramos

El acto del juicio por la parte actora modifica la demanda, sustancialmente, en cuanto a la atribución a la parte actora de la custodia del hijo menor o, en su caso, la custodia compartida por meses, en

atención al incumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre del establecido en auto de medidas provisionales previas. Por la madre se opone atendiendo, entre otros argumentos que el

mismo había quedado sin eficacia por no interponerse demanda dentro de los treinta y que existían dudas acerca de cuál era el primer fin de semana. Por el Ministerio Fiscal se ratifica en su contestación a la demanda. La sentencia desestima la modificación solicitada por la parte actora en cuanto a la atribución de la guarda y custodia al padre o que la misma sea compartida por ambos progenitores. El padre apelante formula recurso de apelación solicitando la custodia del hijo menor, subsidiariamente que la guarda y custodia sea compartida entre ambos progenitores.

En cuanto al otro punto relativo a la atribución de la custodia del menor al padre, debe de significarse en la situación inicial al tiempo de la demanda, por la parte actora solicita, o al menos así parece debe de entenderse al invocar el Convenio, del que resulta que en su punto Segundo se establece que: «la custodia del hijo menor, Sergio, será ejercitada por su madre, siendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores»; Quinto: «Como régimen de visitas, teniendo en cuenta el horario laboral (nocturno y diurno) del padre, se establece que la comunicación entre el padre y el menor será libre, si bien el Sr. Jesús Miguel avisará de su intención de tener en su compañía al menor,

con 48 horas de antelación. En cualquier caso, si dicho régimen fracasara, se establece el convencional (fines de semana alternos y mitad de vacaciones escolares, sin pernoctar el menor fuera del domicilio materno hasta que cumpla los cuatro años de edad». Del que resulta que se considera a la madre la persona idónea para la custodia del hijo y se argumenta, para el establecimiento de un régimen de visitas flexible entre padre e hijo en atención al «horario laboral (nocturno y diurno) del padre». Consiguientemente, al solicitar ahora la atribución de la custodia el padre, introduce un factor nuevo, no basado en la idoneidad por cambio de sus circunstancias personales y de las de la madre, sino en el incumplimiento por parte de ésta del régimen de visitas que estableció el auto de medidas provisionales previas, lo que hace aplicable la especialidad 3.ª del artículo 776 de la LEC que dispone que: «El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas». Del que resulta que para el cambio de guardador, por tal razón de incumplimiento debe de ser éste reiterado, punto este en modo alguno acreditado.

GUARDA Y CUSTODIA

En el presente caso deberá ser la progenitora custodia, con todo el esfuerzo de los servicios sociales, la que deba mantener esa cualidad de buena custodia, eliminando los obstáculos que impiden a la pequeña ver a su padre.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda

En la tarea de determinar cuál deba ser la relación del progenitor no custodio con su hijo, ha proclamado la Sala en anteriores resoluciones que el interés de todo menor pasa por el establecimiento de un amplio, fluido y flexible régimen de visitas que le permita disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura familiar, a la que la pequeña Blanca, nacida el 20 de diciembre de 2002, ha sido absolutamente ajena, y, sin embargo, sufre una de sus consecuencias más traumáticas, cual es la salida de uno de

sus progenitores del entorno familiar. Ello debe compensarse con ese régimen de visitas, por lo que la pretensión de la recurrente de que se suspenda no tiene justificación alguna.

De la misma forma que el facilitar la relación con el otro progenitor que no los tiene en su compañía, es una de las cualidades que se tiene en cuenta por la Sala y por los miembros del equipo psicosocial para determinar quién de ambos progenitores es el que debe ostentar la guarda y custodia de la menor, en el presente caso deberá ser la pro-

genitora custodia, con todo el esfuerzo de los servicios sociales, la que deba mantener esa cualidad de buena custodia, eliminando los obstáculos que impiden a la pequeña ver a su padre. Y de esa forma a través del no enfrentamiento de los padres en la entrega y recogida de la menor mediante la cautela

que pone de manifiesto el documento obrante al folio 361 de los autos, pueda ser preludio de que se superen los obstáculos existentes para en definitiva conseguir que la relación paterno-filial se consolide pues la menor necesita de la presencia de ambos progenitores para su desarrollo psicosocial.

GUARDA Y CUSTODIA

Los menores manifiestan con claridad su voluntad de que se modifique la custodia y pase a ser ejercida por su padre, pero tal información no puede considerarse plenamente fiable atendiendo a la evidencia de que han sido preparados para la evaluación.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina

La demandada interpone recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 26 de Valencia el día 26 de julio de 2006, que estimó la demanda formalizada por el actor para que se le asignara la guarda de sus tres hijos, de 12, 11 y 9 años de edad, y que estableció a cargo de la demandada la obligación de pagar la suma de 600 euros al mes en concepto de alimentos para los hijos.

Para determinar cuál es el régimen de guarda más adecuado al interés de los hijos, de acuerdo con los artículos 92 y 159 del Código Civil en relación con los preceptos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y las disposiciones concordantes de carácter nacional e internacional, se tiene en consideración el informe pericial realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia, que figura en los folios 300 y siguientes de las actuaciones; en su conclusión primera se dice literalmente: «los menores manifiestan con claridad su voluntad de que se modifique la custodia y pase a ser ejercida por su padre. Las diferencias que reflejan en cuanto al estilo de socialización de uno y otro progenitor, el grado de atención y el apoyo afectivo que les prestan justificarían en principio dicho cambio y llevarían a considerarlo positivo. Ahora bien, tal información no puede considerarse plenamente fiable atendiendo a la evidencia de que han sido

preparados para la evaluación». Es este último inciso, que condensa una impresión del suscriptor del informe ampliamente razonada y desarrollada en el cuerpo del mismo, el que resulta clave para interpretar las manifestaciones de los hijos en sus exploraciones (folios 321 y siguientes), y el propio informe pericial. Por ello, ante lo que el mismo informe califica de evidencia de preparación, el criterio para la decisión de la cuestión controvertida debe ser el de primacía de la estabilidad de los menores, acogido, entre otras sentencias, por las de esta Sala de 8 de junio de 2004 y 29 de noviembre de 2006; este valor de la estabilidad sólo debe ceder cuando concurren graves y sólidos motivos que aconsejen el cambio, que no se dan en este caso, en el que se comprueba que los hijos han estado con su madre desde la separación de sus padres, regulada por la sentencia de 12 de junio de 2003, que aprobó el convenio regulador suscrito por los litigantes; después, la guarda materna fue mantenida por el auto de 30 de junio de 2004, dictado en un juicio de modificación de medidas recogiendo el acuerdo de las partes, y en la todavía reciente sentencia de divorcio de 20 de junio de 2005, que también reflejó el acuerdo al que habían llegado los litigantes; en consecuencia, procede la revocación de la sentencia, y la desestimación de la demanda, con lo que las medidas vigentes vuelven a ser las de la sentencia de divorcio.

GUARDA Y CUSTODIA

Aunque la hija muestra en la exploración su deseo de mantener un mayor contacto con las hermanas –fruto del segundo matrimonio del padre– no se considera que ello sea causa para cambiar la custodia a favor del padre al no acreditarse que la custodia materna haya supuesto algún peligro o riesgo para el desarrollo y evolución de la niña. Por otro lado, no puede olvidarse que la niña está con las hermanas cada fin de semana alterno y todos los martes y jueves.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

La cuestión que se suscita como tema de fondo, objeto de debate habrá de ser resuelta conforme a las previsiones de los artículos 90 y 91 *in fine* del CC, según los cuales para que se produzca una modificación de las medidas adoptadas en precedente pleito matrimonial es preciso que se alteren sustancialmente las circunstancias existentes al momento de su adopción, debiendo afectar dicho cambio al núcleo o esencia misma de la medida, no bastando a tal efecto un mero cambio tangencial o accesorio, debiendo tener carácter definitivo o ser cuando menos de cierta duración, teniendo, además, que obedecer a circunstancias ajenas a la voluntad de quien promueve la modificación, extremos que, sin duda, han de calibrarse ajustadamente a fin de no vulnerar exigencias derivadas del principio de la seguridad jurídica, y que no concurren en los hechos objeto de cuestión, que se remontan a la Sentencia de fecha 20 de febrero de 2002 dictada en los autos de guarda y custodia de hijo no matrimonial núm. 366/2001, que atribuyó la guarda y custodia de la hija menor de los litigantes Raquel, a la madre.

Y es así que en los autos se pone de manifiesto –entre otros datos– mediante la exploración de la niña, de 9 años de edad, y practicada en esta alzada, que Raquel está contenta en el colegio, al que ha ido siempre. La citada menor refiere que siempre

ha vivido con su madre y destaca que quiere estar más tiempo con sus hermanas, y que le parece poco tiempo el que está con sus hermanas. Que echa de menos el no tener otros niños con los que jugar. Que le gustaría vivir con su padre por estar más tiempo con las hermanas. Que su madre la riñe si no estudia. Que está también contenta viviendo con su madre y sus abuelos.

De esta forma cumplido el trámite que se instó por el recurrente, y practicada la exploración de la menor, es evidente que no existen razones acreditadas que avalen el cambio de custodia, que ahora se propugna por cuanto la exploración judicial de la menor no desvirtuó el resultado probatorio de la primera instancia, debidamente analizado por el Juzgador *a quo*, en cuanto las manifestaciones de la niña tienen como contenido el deseo de permanecer y mantener un mayor contacto con las hermanas, debiendo señalar al efecto que se encuentra con ellas cada fin de semana alterno y todos los martes y jueves, y significando en todo caso, que no se acredita que la custodia materna haya supuesto algún peligro o riesgo para el desarrollo y evolución de la niña, razones todas que determinan en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conducen a confirmar la sentencia recurrida, por cuanto no constan probados cambios que conduzcan a la modificación propugnada.

GUARDA Y CUSTODIA

Se indica en el informe pericial que la madre organiza mejor el juego, utiliza un lenguaje y un nivel de exigencia más adecuados que el padre, el cual propicia una conducta más infantilizada y estereotipada en la hija, criterios que aconsejan otorgar a la madre la custodia.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

La Juzgadora de la primera instancia acuerda acertadamente otorgar la guarda y custodia de la menor

a la madre, lo que la Sala considera conforme a derecho y a las circunstancias acreditadas del caso.

En efecto, consta en los autos el informe psico-social elaborado en la primera instancia en la pieza de medidas provisionales, en el que los peritos no objetivan más situación de riesgo para la menor que la que entrañan todas las separaciones altamente conflictivas, no constituyendo –se dice– los estilos de personalidad de los progenitores patologías que requieran la adopción de medidas cautelares, dictaminando que un sistema de presencia bastante equilibrada de ambas partes en la vida de la niña, como el que provisionalmente ha regulado la situación en los meses precedentes podría mantenerse aunque con los reajustes que se proponen.

Se indica en aquel informe que la madre –durante la sesión en el gabinete– organiza mejor el juego, utiliza un lenguaje y un nivel de exigencia más ade-

cuados que el padre, el cual propicia una conducta más infantilizada y estereotipada en la cría.

De esta forma se propone en definitiva que el padre recoja a la menor los días que allí se indican retornándola al domicilio materno, no habiéndose evidenciado por todo ello que la custodia materna suponga riesgo o peligro alguno para el desarrollo y evolución psicofísica de la menor, razones todas que determinan en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conducen a confirmar la sentencia recurrida, debiendo mantener también cuanto se acuerda en la misma, en orden a la patria potestad compartida de ambos progenitores, cuestiones ya resueltas así correctamente en la resolución objeto de apelación.

GUARDA Y CUSTODIA

Como quiera que el período de estancia es prolongado al establecerse un período de custodia compartida por períodos escolares no se considera que la relación entre los padres pueda influir negativamente en el bienestar de las niñas, si tenemos además en cuenta que ambos progenitores han decidido acudir al CAI para mejorar la situación existente, tal y como se recomienda en la sentencia.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

La Juzgadora de la primera instancia resolvió fijar la guarda y custodia compartida de las hijas por cursos escolares empezando por la madre, estableciendo un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio respecto a las citadas menores, al margen de los acuerdos, consistente en fines de semana alternos, desde el jueves a la salida del centro escolar hasta el lunes y dos tardes entre semana cuando no le corresponda el fin de semana y una tarde en semana cuando le corresponda el fin de semana así como la mitad de los períodos de vacaciones escolares de Navidad y verano y la semana santa alternativa con cada uno de ellos.

El examen de lo actuado revela, en líneas generales, que lo acordado en la primera instancia se ajusta a las exigencias propias de la contienda suscitada en estos autos, a la vista de las diligencias practicadas.

De esta forma la Juzgadora de la primera instancia resolvió como ya se argumentaba, fijar la guarda y custodia de las hijas a favor de ambos progenitores, lo que al parecer de la Sala es conforme

a derecho y a las circunstancias del caso acreditadas en las actuaciones.

En efecto, en el informe psicológico aportado a las actuaciones se dictamina que el grupo familiar reciba asesoramiento técnico para tratar los elevados niveles de conflicto entre los progenitores, en el Centro de Atención a la Infancia más próximo al domicilio de las menores y en un primer momento dada la petición del padre de la custodia compartida por períodos mensuales, se argumentó que la guarda y custodia fuera ejercida por el progenitor materno.

Se reseña también en aquel dictamen que hay una percepción negativa de la relación que mantienen los padres entre sí, concluyendo asimismo que los niveles de comunicación entre los progenitores no son fluidos por lo que dificultaría la guarda y custodia compartida en el momento y dada esa petición de custodia mensual, se recomienda que la guarda y custodia se ejerza por uno de sus progenitores y ampliación del tiempo de visita para el no custodio, favoreciendo la posibilidad de que en el futuro se ejerza por períodos escolares.

Pero es así que posteriormente en la vista oral las informantes indicaron que dada la aceptación por el padre del sistema de custodia compartida por cursos escolares estimaban aconsejable dicha custodia compartida para la estabilidad de las niñas, mostrándose conformes los progenitores con la asistencia al CAI.

Se especifica también en dicho informe que la comunicación entre las partes no es fluida y en relación a Elena se destaca que atribuye un trato más cariñoso a la madre y percibe al padre más estricto y cuando le surge algún problema se lo cuenta primero a doña Eva, señalando que los estilos educativos son complementarios y que ambos progenitores son idóneos para ostentar la guarda y custodia.

En el mismo sentido la madre reconoció en el interrogatorio de la vista oral que el padre tenía buena relación con las hijas y que se había ocupado de ellas durante la convivencia, debiendo significar que no se oponía a la custodia compartida cuando las niñas fueran un poco mayores.

Como quiera que el período de estancia es prolongado al establecerse un período de custodia por períodos escolares no se considera que la relación entre los padres puede influir negativamente en el bienestar de las niñas, si tenemos en cuenta que ambos progenitores deciden acudir al CAI para mejorar la situación existente, tal y como se recomienda en la sentencia, habiendo informado positivamente la guarda y custodia compartida además de los psicólogos profesionales del equipo psicosocial adscrito al Juzgado, el representante del Ministerio Fiscal, razones que determinan en este punto el rechazo de este motivo de apelación y que conducen a confirmar la sentencia recurrida, todo ello sin perjuicio de cualquier medida que proceda adoptar cuando así lo demande el interés prioritario de las niñas.

La confirmación de la sentencia y de la medida principal, tiene consigo la de la medida subsiguiente al no haber sido impugnados al margen de la pretensión primera, por ser todo esto conforme a derecho y a las circunstancias acreditadas del caso.

RÉGIMEN DE VISITAS

Aunque el padre no haya tenido relación con el hijo durante un período de tiempo, procede fijar un régimen de visitas progresivo y amplio, ya que la falta de contacto fue debida a la falta de reconocimiento de filiación que obligó al padre a instarla judicialmente, lo que es la mejor muestra de su interés.

AP TENERIFE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Modesto Valentín Adolfo Blanco Fernández Del Viso

En el presente procedimiento, constituye el único motivo del recurso, según se precisó en el escrito de preparación y en lo que ahora es pertinente por el transcurso del tiempo, la discrepancia de la madre recurrente con el régimen de visitas que se asigna al padre por la sentencia recurrida a partir de diciembre de 2006, básicamente, en lo que se colige del escrito de interposición, con el hecho de que las visitas que se asignan al padre sean más amplias y con pernocta.

La madre recurrente alega, en resumen que puede hacerse, que el padre no ha mostrado mayor interés en ver a su hijo, y la falta de relación de éste con el hijo.

Viene a decir que deberán ser las circunstancias del cumplimiento y actuación del padre respecto de las visitas las que puedan hacer merecer un cambio de régimen.

En orden al discernimiento del motivo de recurso, así como la atribución de la custodia que se establece tras la ruptura matrimonial es una medida que debe ser adoptada en beneficio de los hijos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil, criterio idéntico al consignado en el artículo 159 del mismo texto legal, redactado conforme a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma de dicho Código, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, criterio

legal aplicable aunque no se trate de medidas adoptadas en procedimientos matrimoniales, siendo una de las consecuencias de la atribución de la custodia la regulación del derecho de los padres a comunicarse con los hijos que dispone el artículo 160 del Código Civil, su determinación tendrá presente el mismo criterio del beneficio de los hijos, como dicen los padres.

Claro está que el beneficio de los hijos, criterio legal expuesto, constituye un concepto jurídico indeterminado que ha de encontrar su mejor concreción posible en cada caso según las circunstancias, por lo que es atribuido a los tribunales el uso de la potestad discrecional en pro de estos superiores intereses de los hijos (cfr. artículos 92, 93 y 94 del Código Civil y artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y SSTs de 2 de diciembre de 1987 y 11 de febrero de 2002, por ejemplo).

En este caso, aplicando dichos criterios, debe considerarse que de lo actuado no se desprende ni la inidoneidad del padre ni que lleve una vida desordenada que fuera inadecuada para el cuidado de un menor, pues la falta de contacto con el hijo sin duda ha sido debida a la falta de reconocimiento de la filiación; reconocimiento para el que el padre tuvo que demandar la tutela judicial, lo que es la mejor muestra de interés; de hecho, la madre reconoció en la vista que no permitió al padre ver al niño.

Por otra parte, la madre recurrente aceptó en la vista el régimen establecido, como pone de relieve el Fiscal en su escrito de oposición al recurso, por lo que va contra sus propios actos, de modo que no se encuentran motivos de suficiente entidad para modificar el régimen de visitas establecido en la sentencia recurrida.

RÉGIMEN DE VISITAS

Aunque el esposo ha sido condenado por un delito de maltrato familiar con prohibición de acercarse a la esposa durante 1 año y 4 meses, procede fijar un régimen de visitas paterno-filial que permita una fluida relación del padre con los hijos que cuentan con 15 y 7 años: durante la semana el padre los recogerá a la salida del colegio, donde los reintegrará el jueves por la mañana al comienzo de las clases. En los períodos vacacionales que coinciden con días lectivos, las entregas y recogidas serán igualmente a través del centro escolar, ya que ello es compatible con la prohibición de comunicación con la madre.

AP TENERIFE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eugenio Santiago Dobarro Ramos

Por la madre, parte actora apelante, se solicita la revocación de la sentencia en el punto relativo al régimen de visitas que se establezca conforme a lo por ella solicitado.

Del examen de lo actuado, atendiendo al resultado de la prueba practicada, no puede llegarse a conclusión distinta de la que hace la sentencia apelada, por cuanto, el régimen de visitas establecido, para los hijos pormenorizado en su desarrollo semanal, y en lo relativo a los períodos vacacionales, debe de apreciarse adecuado dada la situación de

los progenitores en trance difícil de relación que ha llevado incluso a sentencia condenatoria por delito de maltrato familiar con pena de cuatro meses de prisión y prohibición de aproximarse y comunicarse con la esposa durante un año y cuatro meses, atendiendo a la edad de los hijos, nacidos en 1992 y 2000, permite una fluida y sostenida relación con los mismos, a la vez que se adecua a la prohibición del padre de aproximarse y comunicarse con la madre; por lo que en interés de los hijos se estima adecuado el régimen establecido en la primera instancia.

RÉGIMEN DE VISITAS

Aunque los hijos niegan cualquier tipo de relación con el padre, tal manifestación y deseo lo basan en presuntos malos tratos físicos y verbales, sin ser capaces de relatar puntualmente un solo episodio de tales hechos, por lo que es procedente la fijación de un régimen de visitas progresivo.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

En la formulación del recurso de apelación se observa la impugnación de la sentencia de divorcio, en lo relativo al régimen de comunicación, visitas y compañía establecido para regular las relaciones de los hijos menores de edad con su progenitor no custodio.

Se solicita por la recurrente, tanto en la fase expositiva del proceso propia de la contestación a la demanda, como en la presente alzada procedimental, el no establecimiento de régimen de visitas para regular las relaciones de los menores con el progenitor no custodio, al rechazar los mismos cualquier tipo de comunicación con su padre.

La pretensión impugnatoria así deducida ha de ser plenamente desatendida. En el informe psicosocial emitido por el Servicio de Mediación y Asesoramiento Técnico del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, se aprecia que el entorno de los menores está impregnado de la influencia de una lucha de poder de los padres, lo que determina que las necesidades de aquéllos queden en segundo orden. El progenitor reivindica formar parte de la vida de sus hijos, después de un tiempo de incomunicación. La madre no tiene suficientes elementos para contener el deseo de los hijos de no comunicarse con el padre. Se considera conveniente proporcionar una atención personal y profesional a los menores para evitar que las circunstancias concurrentes afecten a su esquema emocional y a su proceso madurativo.

En el informe pericial elaborado por la psicóloga doña Rosario se determina que el padre se haya capacitado para tener a sus hijos bajo su custodia, y que la madre se haya afectada por el síndrome de alineación parental con la consecuencia de predisponer a sus hijos contra el otro progenitor. Tal aseveración es negada por el perito Sr. Millán y por la testigo psicóloga doña Gloria.

En la exploración de los menores, efectuada por el órgano judicial, si bien se aprecia la negación de cualquier tipo de relación de los hijos con su padre, tal manifestación y deseo lo basan en presuntos malos tratos físicos y verbales, sin ser capaces de relatar puntualmente un solo episodio de tales hechos.

Tal como refiere la fundamentación jurídica de la sentencia apelada, la conducta de ambos padres no es la adecuada para la creación de un clima de sosiego que pueda proporcionar un desarrollo adecuado de la formación de sus hijos. Los continuos vaivenes y actuaciones judiciales no favorecen el cambio de las circunstancias concurrentes, al objeto de facilitar la comunicación paterno-filial. Es necesario que ambos padres faciliten, en la medida de lo posible, el desarrollo del régimen de visitas que se ha determinado en la sentencia apelada, con la finalidad de favorecer la necesaria comunicación de los hijos con su padre, y así evitar la desaparición de la figura paterna, debiendo la madre, tal como se indica en el informe del Servicio de Mediación y Asesoramiento Técnico, proporcionar a sus hijos una atención personal y profesional, por vía de intervención psicológica de profesionales, para fortalecer un esquema emocional ahora deteriorado y facilitar el esquema madurativo.

Por lo explicitado procede confirmar el régimen de visitas progresivo establecido en la sentencia apelada, con el seguimiento del Servicio de Mediación y Asesoramiento Técnico, que deberá emitir informe semestral, dirigido al Juzgado, sobre el desarrollo de tal régimen de visitas.

El Juzgador *a quo* deberá remitir Oficio al Centro de Mediación indicado, para que cumpliera la elaboración de los informes aquí determinados.

RÉGIMEN DE VISITAS

El criterio determinante para la pernocta no debe ser exclusivamente la edad del menor pues la indiscriminada fijación del mismo no conforma su interés y beneficio, por todo ello se deja sin efecto dicho pronunciamiento, debiendo instarse su revisión por cualquiera de los cónyuges a medida que las circunstancias lo permitan y se van normalizando las relaciones padre e hija.

AP A CORUÑA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg

Pues bien, en el caso presente, la sentencia apelada fijó un régimen restringido, no cuestionado por el padre, dada la edad de la menor, y los problemas de drogadicción que presenta el mismo, que se halla en tratamiento de deshabituación en la Unidad Asistencial de Drogodependencias de A Coruña, con diagnóstico de dependencia a opiáceos, abuso de cocaína, hachís y otras sustancias (f. 70). Estas circunstancias llevaron a la sentencia apelada a fijar el régimen de visitas una vez a la semana, los sábados, de 16 a 19 horas, en punto de encuentro más próximo al domicilio familiar. Ahora bien, una vez cumplidos tres años, se establece a favor del padre un régimen de visitas

normalizado con estancia con la menor los fines de semana alternos con pernocta, así como ordinario de vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad, que consideramos prematuro e impropio, así como brusco, por desconocerse las concretas circunstancias concurrentes en tal momento. El criterio judicial determinante no ha de ser exclusivamente la edad de la menor, pues la indiscriminada fijación del mismo no conforma su interés y beneficio, por todo ello se deja sin efecto dicho pronunciamiento, debiendo instarse su revisión por cualquiera de los cónyuges a medida que las circunstancias lo permitan y se van normalizando las relaciones padre e hija.

RÉGIMEN DE VISITAS

Teniendo en cuenta que la menor no identifica a su padre como tal, no lo conoce, de mantenerse sin contacto alguno con él difícilmente podrá recuperarse la figura paterna cuando ello puede ser factible mediante el establecimiento de un sistema, aunque restringido, de comunicación de la menor con su padre que le permita ir conociéndolo e identificarlo como tal.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

Conforme a la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004), «el derecho de los padres que no ejerzan la patria potestad a relacionarse con sus hijos menores está regulado en el artículo 160 del Código Civil (el 92, que ha sido el invocado por la recurrente, hace lo propio al contemplar uno de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio). Establece el artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificado el 30 de noviembre de 1990, BOE de 31 de diciembre de 1990) que los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de los dos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos

de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. Como recuerda la Sentencia de 17 de septiembre de 1996, el interés del menor constituye principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a su edad y circunstancias, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que pueda ser manipulado y buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social», y que, como dice la Sentencia del mismo Tribunal de 9 de julio de 2002, «el derecho

de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (Sentencias de 30 de abril de 1991, 19 de octubre de 1992 y 22 de mayo y 21 de julio de 1993). En este sentido se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la Cámara 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 psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto.».

Y al prever también, al cesar la convivencia, el establecimiento de un régimen de visitas el artículo 15 de la Ley 10/1998, de 15 de julio (Parlamento de Cataluña), de Uniones Estables de Pareja, en el caso de autos, aplicando la doctrina jurisprudencial dicha, no puede considerarse que el necesario contacto de la menor con el padre sea contrario al interés superior de la misma, por cuanto dada la

edad de la niña que, según manifestó la madre en la prueba de interrogatorio de parte practicada en el acto de la vista, no identifica a su padre como tal, no lo conoce, de mantenerse sin contacto alguno con el mismo difícilmente podrá recuperarse la figura paterna cuando ello puede ser factible mediante el establecimiento de un sistema, aunque restringido, de comunicación de la menor con su padre que le permita ir conociéndolo e identificarlo como tal, lo que debe entenderse beneficioso para la misma y que contribuirá a su formación integral y a su integración familiar, por lo que procede establecer un régimen de visitas a favor del padre para que pueda estar con la menor de dos horas cada quince días y que habrá de llevarse a cabo, dicha comunicación paterno-filial, en el Punt de Trobada, como aconseja el Equipo de Asesoramiento Técnico Civil que se haga para el caso de que se reiniciaran las visitas, y que deberá ser objeto de seguimiento mediante el correspondiente informe que el Equipo de Asesoramiento Técnico Civil emita, en principio trimestralmente, al Juzgado a fin de que por el mismo, atendida la evolución del régimen de visitas que ahora se establece, pueda, en ejecución de sentencia, ampliarlo o, incluso, volverlo a dejar sin efecto si el padre incumple con el mismo, por lo que procede la estimación parcial del recurso de apelación.

RÉGIMEN DE VISITAS

Si bien la previsión de que puedan efectuarse comunicaciones intersemanales entre padre e hijo puede entenderse como algo beneficioso, a fin de que mantengan una relación habitual y de que el padre pueda implicarse en todas las actividades del menor, que se prevea que estas visitas puedan tener lugar todos los días resulta excesivo, pudiendo alterar los hábitos del menor, e interferir en sus actividades semanales, por lo que se considera más adecuado limitar esas visitas intersemanales a dos días.

AP A CORUÑA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Carmen Antonia Vilarino López

La sentencia de primera instancia acuerda como régimen de visitas el propuesto por el padre con la particularidad de realizarse estas visitas durante los tres primeros meses de relación entre padre e hijo, en presencia de una persona de confianza del menor; pronunciamiento que es objeto del recurso formulado por la demandante que considera que,

un régimen de visitas de tal amplitud, no es adecuado en este caso por las razones que expone relativas al desinterés del padre hacia el hijo y a la falta de contribución económica alguna a los alimentos desde febrero de 2005.

El derecho de visitas se configura como un complejo derecho-deber cuyo adecuado cumpli-

miento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de su desarrollo, estando condicionado dicho derecho a que sea beneficioso para el menor para salvaguardar sus intereses, verdadero titular del derecho de visitas en última instancia. Y, en este caso ese desinterés del padre no se ha revelado que tenga trascendencia a los efectos del régimen de visitas, siendo así que tampoco la madre niega que se establezca, sino que el que propone no incluye pernoctas en el domicilio paterno hasta que el menor cumpla ocho años.

Dada la edad del menor, tres años, se entiende que es importante posibilitar que se instaure la relación paterno-filial, no advirtiéndose que sea desaconsejable o perjudicial para él que, después de esos tres primeros meses de relación, se fije ya que un régimen que incluya pernoctas con su padre, y, en cambio, que esperar a los ocho años para que pueda pernoctar en el domicilio paterno, no contribuiría a afianzar la figura paterna. Ahora bien, en este primer verano, consideramos prudente prever que el período de estancia vacacional con el menor

no sea de más de 15 días, período que elegirá el padre.

El régimen de visitas previsto contempla, para el caso de que ambos progenitores residan en la misma provincia o con la proximidad que lo permita, la posibilidad de que el padre podrá visitar al hijo todos los días de año, avisando previamente a la madre, siendo las horas de visita por las tardes a partir de las 18:00 horas, debiendo reintegrar al hijo al domicilio antes de las 20:00 horas en invierno y de las 22:00 horas en verano. Si bien la previsión de que puedan efectuarse comunicaciones intersemanales entre padre e hijo puede entenderse como algo beneficioso, a fin de que mantengan una relación habitual y de que el padre pueda implicarse en todas las actividades del menor, que se prevea que estas visitas puedan tener lugar todos los días resulta excesivo, pudiendo alterar los hábitos del menor, e interferir en sus actividades semanales, por lo que se considera más adecuado limitar esas visitas intersemanales a dos días, a falta de acuerdo, los martes y jueves, con el mismo horario que el previsto en la resolución apelada.

RÉGIMEN DE VISITAS

El régimen de visitas que comprende dos meses en verano, un período equivalente a la Semana Santa en cada año, y las Navidades en años alternos, además de prever que «cuantas veces el padre se desplace para ver a los hijos podrá tenerlos consigo cuanto tiempo sea preciso sin alteración de sus actividades académicas», es suficientemente amplio para garantizar la continuidad de la relación del padre con los hijos que residen en EEUU.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Alavedra Farrando

Subsidiariamente se pide una modificación del régimen de visitas en atención al que se alega nuevo calendario escolar de los menores. Debe desestimarse dicho motivo de apelación, en cuanto el régimen de visitas ya se prevé lo suficientemente amplio, sin considerar necesario su ampliación, así comprende dos meses en verano, un período equivalente a la Semana Santa en cada año, y las Navidades en años alternos, además de prever que «cuantas veces el padre se desplace para ver a los hijos podrá tenerlos consigo cuanto tiempo sea preciso sin alteración de sus actividades académicas», esto último conlleva un derecho inconcreto, que en su uso, puede revertir incluso período superior al solicitado, y, atendiendo a ello, y al régimen previsto en las distintas vacaciones, consideramos que ya es suficientemente amplio, que en su cumpli-

miento íntegro permite una relación paterno-filial suficiente dadas las circunstancias concurrentes. También en la propia sentencia se prevé el ajuste o concreción de los meses o períodos exactos en ejecución de sentencia, a falta de acuerdo, lo que ya se ha llevado a cabo, según auto de ejecución aportado al Rollo, y cuyo estudio o modificación no cabe en la presente, al tratarse de proceso distinto, que debe seguir, en su caso, su curso legal en su impugnación, sin que sea dable manifestarnos en la presente. Y, finalmente debe rechazarse la sola petición, de que la madre se haga cargo de todos los viajes, siendo que la capacidad económica de ambas partes conlleva sea más plausible y acomodado a la realidad el que se hagan cargo por mitad en la forma recogida en la sentencia recurrida, que debe confirmarse.

RÉGIMEN DE VISITAS

La conveniencia de preservar una relación paterno-filial intensa, de acuerdo con los artículos 94 y 160 del Código Civil, pasa por reconocer un régimen de contacto telefónico libre, sin sujeción a horario fijo, aunque el progenitor no custodio debe hacer un uso razonable de este derecho, lo que significa que deberá abstenerse de llamar en horas intempestivas.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina

En relación con el régimen de comunicación, solicita el recurrente que, dado que vive en las islas Canarias, se le permita hablar por teléfono con sus hijas en unos días y horas predeterminados; la Sala estima que la conveniencia de preservar una relación paterno-filial intensa, de acuerdo con los artículos 94 y 160 del Código Civil, pasa por reconocer un régimen de contacto telefónico libre, sin sujeción a horario fijo, aunque el progenitor no custodio debe hacer un uso razonable de este derecho, lo que significa que deberá abstenerse de llamar en horas intempestivas. Interesa también el demandado, mediante escrito presentado en la

Secretaría de esta sección, que puesto que la actora junto con las hijas residen ahora en Manresa, se declare que ambos litigantes deben hacer frente por mitad al pago de los gastos de traslado de las hijas a las Canarias, en cumplimiento del régimen de visitas. La Sala no accede a esta pretensión por razones prácticas para evitar las discrepancias a que puede dar lugar el pago por mitad, y porque tal pago tendrá lugar cuando las hijas viajen a las islas, lo que implica que el padre no tendrá que desplazarse a Manresa, por lo que no tendrá que sufragar allí su alojamiento.

RÉGIMEN DE VISITAS

Dada la mala relación existente entre los abuelos y demás familia paterna y la madre de los menores, así como la falta de disposición de éstos a mantener relaciones con los abuelos paternos, no sería beneficioso para referidos menores fijar un régimen de visitas, tal como sostiene el informe pericial obrante en las actuaciones y deriva de la prueba documental también incorporada a los autos.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Juana Calderón Martín

La sentencia desestima la petición que, en la demanda inicial, hacían los hoy apelantes para que se fijara un régimen de visitas entre aquéllos y sus nietos, hijos de la demandada Sra. Gloria y de su fallecido hijo Sergio.

Razona la Sra. Juez de instancia que dada la mala relación existente entre los abuelos demandantes y demás familia paterna y la madre de los menores (mala relación que existía también entre los demandantes y su hijo fallecido), así como la falta de disposición de éstos a mantener relaciones con los abuelos paternos, no sería beneficioso para referidos menores fijar régimen de visitas de ningún tipo, tal como sostiene el informe pericial obrante

en las actuaciones y deriva de la prueba documental también incorporada a los autos.

Alega el recurrente el error en la valoración de la prueba en que habría incurrido el Juzgador *a quo* para llegar a su conclusión, error que en modo alguno se ha producido, mereciendo pleno respaldo los argumentos en que se sustenta la resolución apelada, como a continuación exponaremos.

Antes de empezar el concreto análisis del fondo de la cuestión debatida, preciso es recordar que el uso que haya hecho el Juez de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en

la sentencia, únicamente debe ser rectificado, bien cuando en verdad sea ficticio, por no existir el imprescindible soporte probatorio de cargo, o bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador *a quo* de tal magnitud y diaphanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada. Más concretamente, podemos decir que sólo cabe revisar la apreciación hecha por el Juez de la prueba practicada en su presencia en la medida en que aquélla no dependa sustancialmente de la percepción directa o inmediación que el mismo tuvo con exclusividad y, en consecuencia, el juicio probatorio sólo será contrastable por vía de recurso en lo que concierne a las inducciones realizadas por el Juez *a quo*, de acuerdo con las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos, examinando su razonabilidad y respaldo empírico.

También en este caso, y dado que se trata de resolver sobre una cuestión que afecta directamente a menores de edad, conviene señalar que es el interés y beneficio del menor el criterio primordial que debe presidir cualquier decisión que sobre ellos se adopte, por más que sean lógicamente dignos también de protección otros intereses como, en el caso que nos ocupa, los de los abuelos, y de ahí la previsión legal contenida en el artículo 160 del Código Civil, al disponer que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados, precepto del que deriva el derecho de los abuelos, en este caso paternos, a mantener un régimen de comunicación con su nieto, función o derecho-deber que debe ser ejercitado con atención fundamental al interés superior de los hijos y persigue como finalidad primordial proteger y fomentar la relación afectiva entre los menores y sus más cercanos parientes o allegados, procurándoles la formación y el desarrollo integral que necesita su personalidad. Así lo ha señalado la jurisprudencia, que afirma el carácter favorable que para dicha formación y desarrollo supone la inserción del menor en su entorno familiar completo a través de la relación personal con los abuelos, tanto 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, partiendo de la doctrina expuesta, y tras la obligada reexaminación de las actuaciones, no hay más remedio que concluir que, en este caso, no aparece debidamente probado que la pretendida comunicación o régimen de visitas de los abuelos para con los menores vaya a redundar en beneficio de estos últimos. Así, en primer lugar tenemos que señalar la poca o prácticamente nula relación que ha existido entre abuelos y nietos desde antes ya del fallecimiento del hijo de los demandantes (poca relación que incluso es admitida por ellos y por su hija); por otro lado, y pese a la genérica y puramente formal impugnación que hizo la parte actora de las cartas del padre de los menores, aportadas con la contestación a la demanda, y pese a que los demandantes y su hija lo niega, tales cartas ponen en evidencia que ni siquiera era positiva la relación entre los abuelos demandantes y su propio hijo (posiblemente debido a la drogadicción que afectaba a tal hijo), hasta el punto de que el fallecido padre de los menores llega a decir que si a él le pasara algo y también a su mujer, y sus hijos quedaran solos, quienes, a su entender, debería cuidarlos o atenderlos serían sus suegros y no sus propios padres. Evidencian también la mala relación entre abuelos y madre de los menores las denuncias de la Sra. Gloria contra el abuelo paterno y la hermana de su marido, que han dado lugar a diversos procedimientos judiciales.

Toda esta problemática y conflictiva relación entre familia paterna y la madre de los menores ha sido sin duda vivenciada por los niños de forma claramente negativa, tal y como se expresa en el informe técnico que obra en las actuaciones, y es por ello por lo que los nietos de los demandantes no están conformes (cuando no se niegan rotundamente) con mantener ningún tipo de contacto con sus abuelos paternos; tales contactos no redundarían clara y definitivamente en beneficio para los menores, o, en palabras del informe señalado, «el reinicio del contacto entre los menores y los abuelos paternos podría provocar inestabilidad en el desarrollo de los menores».

Además, el informe concluye también que tal reinicio de los contactos no serían aconsejables sin una evaluación y estudio de la situación de los abuelos, que, precisamente, no comparecieron, a pesar de las múltiples citaciones, ante los técnicos que elaboraron tal informe, por lo que no cabe sino, con desestimación del recurso, confirmar en todos sus términos la resolución apelada.

VIVIENDA FAMILIAR

La pretensión del apelante relativa a la utilización compartida de la vivienda conyugal, a la que, naturalmente se opone la actora apelada, olvida que el citado artículo 96 sólo contempla el pleno y exclusivo uso de la vivienda por uno de los cónyuges, como medio necesario para que tenga efectividad la suspensión de la vida en común de los casados que toda separación judicial implica.

AP A CORUÑA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Julio Tasende Calvo

El recurso interpuesto por el esposo demandado, contra la sentencia de separación matrimonial dictada por el Juzgado, impugna la atribución en exclusiva a la esposa demandante del uso de la vivienda conyugal, alegando que dicha medida le causa un grave perjuicio económico, siendo posible que ambos compartan la vivienda como venían haciendo hasta ahora, y que su interés es el más necesitado de protección.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96, párrafo primero, del Código Civil, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el criterio legal que prevalece en la atribución del uso de la vivienda familiar a alguno de los cónyuges es el del interés de los hijos menores de edad (SSTS 22 diciembre 1992 y 18 octubre 1994), correspondiendo el uso de la vivienda a éstos y al cónyuge en cuya compañía queden. Ahora bien, en el caso de que no haya hijos menores de edad confiados al cuidado de alguno de los cónyuges, ya no cabe la asignación automática de la vivienda a su favor, sino que se atenderá al «interés más necesitado de protección», según establece el citado precepto en su párrafo tercero. En tal supuesto, el interés familiar más necesitado de protección puede ser el de cualquiera de los cónyuges, atendida la situación familiar, personal y económica en su conjunto, en función de lo que

«las circunstancias hicieran aconsejable», como reza dicha norma.

La pretensión del apelante relativa a la utilización compartida de la vivienda conyugal, a la que, naturalmente se opone la actora apelada, olvida que el citado artículo 96 sólo contempla el pleno y exclusivo uso de la vivienda por uno de los cónyuges, como medio necesario para que tenga efectividad la suspensión de la vida en común de los casados que toda separación judicial implica (artículo 83 CC), sin que se haya alegado siquiera que el inmueble litigioso permita desarrollar una vida absolutamente independiente y que preserve la intimidad de la demandante frente a su esposo, a la que tiene perfecto derecho en virtud de la separación acordada, cuyo efecto y finalidad esencial resultarían frustrados de aceptarse tal pretensión.

En cuanto al interés más necesitado de protección, es evidente que corresponde a la esposa demandante, dada la precariedad y considerable inferioridad de sus ingresos económicos acreditados, respecto a los que recibe con carácter fijo el apelante, como este mismo reconoce en su recurso, sin que, por el contrario, haya demostrado la percepción por aquélla de retribuciones aleatorias por la venta de productos domésticos, que superen sus emolumentos, como alega el recurso. Procede, pues, desestimar la apelación.

VIVIENDA FAMILIAR

Al no haberse ocupado nunca el inmueble no se considera que tenga la cualidad de familiar y por tanto no procede la atribución de su uso en el procedimiento matrimonial.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda

En cuanto a la vivienda que constituyó el domicilio familiar, por el propio recurrente se considera que sus padres les permitieron aun cuando de forma

provisional ocupar la vivienda sita en la calle (...) de Benifayó núm. NÚMooo, y lo cierto es que ése ha constituido su domicilio familiar toda vez que

es el mismo que se fija en el documento número 3 de la demanda, siendo en él donde se le emplaza a él para contestar la demanda, pues en él quedó tras la marcha de la parte contraria a casa de los padres de ella con la pequeña –calle (...) núm. NÚMoor de Benifaíó–. El domicilio, propiedad también de los padres de él sito en el número NÚMoo2 o NÚMoo3 de la misma (...) de la localidad de Benifaio, nunca constituyó domicilio familiar salvo en el deseo de ambos progenitores cuando se llevaban bien de que ése constituyera su hogar familiar, pero nunca hubo una ocupación del mismo, aun cuando se amueblara por ambos y así consta a las facturas

de los muebles y del transporte. Por ello, por el hecho de que no se ocupara es por lo que nunca constituyó residencia de la menor, a cuyo único favor se efectúa la atribución automática conforme al artículo 96 del Código Civil de la vivienda familiar. Si no fue domicilio familiar si no estuvo en él la pequeña no se encuentra en la necesidad de que se mantenga en su domicilio, sino solamente en su derecho de habitación que puede cubrirse de otros modos. Lo contrario sería una fuente de conflictos y una ocupación meramente provisional en atención a la titularidad de la vivienda y el título en virtud del cual se ocupa.

VIVIENDA FAMILIAR

Aun en el caso de que la plaza de garaje se encuentre en el mismo edificio de la vivienda conyugal adjudicada a la esposa, si ésta o alguno de los hijos que con ella conviven no tienen vehículo, parece un contrasentido privarle del uso de ésta al esposo que sí tiene coche y tiene el lugar de trabajo en las inmediaciones.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Alfredo Caballero Gea

Atribución de la cochera. Al respecto, esta Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, se limita a reproducir lo ya resuelto por la Sección 1.ª de la misma, en Sentencia 247/2004, de 21 de mayo de 2004: «Se está en el caso de atribuir el uso de algo que no es vivienda familiar, que puede entrar en lo que determina el artículo 103.4 del Código Civil sobre régimen de bienes comunes, y en este sentido, aun en el caso de que la plaza de garaje se encuentre en el mismo edificio de la

vivienda conyugal adjudicada a la esposa, si ésta o alguno de los hijos que con ella conviven no tienen vehículo, parece un contrasentido privarle del uso de la misma al esposo que sí tiene coche y tiene el lugar de trabajo en las inmediaciones», máxime –abundamos– cuando utiliza el garaje para guardar vehículos necesarios para su trabajo. Los anteriores razonamientos son válidos aunque desde la fecha de la Sentencia dicha, la ex esposa o hijos hubieran adquirido un coche.

VIVIENDA FAMILIAR

La pretensión del actor, consistente en que se deje sin efecto la cláusula relativa al uso de la vivienda, y se le permita venderla, y compensar a la demandada entregándole 120.202,42 euros para que sufrague los gastos de alojamiento, no puede aceptarse, porque no se han producido hechos, con posterioridad a la sentencia de separación, que supongan una alteración de las circunstancias.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina

El actor interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia

número 9 de Valencia el día 27 de septiembre de 2006, que acordó el divorcio de los litigantes y

mantuvo la asignación a la demandada del uso de la vivienda familiar acordada en la Sentencia de separación de 9 de mayo de 2005, que aprobó el convenio suscrito por los litigantes.

La pretensión del actor, consistente en que se deje sin efecto la cláusula relativa al uso de la vivienda, y se le permita venderla, y compensar a la demandada entregándole 120.202, 42 euros para que sufrague los gastos de alojamiento, no puede aceptarse, porque no se han producido hechos, con posterioridad a la sentencia de separación, que supongan una alteración de las circunstancias concurrentes en aquel momento; en efecto, la demanda,

que convive con una hija estudiante de 22 años, y otro hijo de 37 que padece una minusvalía por retraso mental ligero del 33% (folio 159) percibe tan sólo, según dice, unos 500 euros al mes, mientras que el actor ingresó en los últimos meses de 2005, 2.709,82 euros (folio 45), y ha recibido una indemnización por haber sido víctima de un atentado terrorista, que el demandante cifra en su demanda en 47.881,01 euros, pero que puede ser superior atendiendo al documento periodístico aportado por la apelada al rollo de Sala. En consecuencia, la demandada sigue encarnando el interés más necesitado de protección, conforme al artículo 96 del Código Civil, y procede por ello la desestimación del recurso.

VIVIENDA FAMILIAR

El simple hecho de que el esposo alegue que la esposa puede irse a vivir con la hija o con una hermana implica el reconocimiento de que necesita una vivienda no siendo lícito obligarla a «vivir de favor», por lo que procede atribuirle el uso de la vivienda familiar.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Puebla Povedano

En orden al primer extremo, el criterio para la asignación de la vivienda familiar es tener en cuenta el interés más necesitado de protección siendo muy frecuente identificar tal interés con el de los hijos para atribuir el uso de la vivienda a aquel de los cónyuges con el que tales hijos conviven, pero ello no procede en el caso de autos porque los dos hijos del matrimonio son mayores de edad y tienen independencia económica y si bien es verdad que el hijo varón convive con su padre –hoy apelante– tiene su independencia económica hasta el punto de estar construyéndose una casa para habitarla; por ello

no puede considerarse como titular de un interés precisado de una especial protección.

En este trance se habla por el apelante de que la esposa podría irse a vivir con la hija o con una hermana, pero ello no implica sino el reconocimiento de que necesita la vivienda familiar para habitarla sin que sea lícito obligarla a lo que podríamos llamar «vivir de favor».

En cualquier caso se reconoce que está en trámite la liquidación de los gananciales, siendo entonces cuando «determinará definitivamente el destino de esa vivienda común».

VIVIENDA FAMILIAR

Permitió que su hija y su compañero ocupasen una habitación de la casa y las malas relaciones provocaron que aquélla tuviese que irse a vivir a casa de otro hijo. La Audiencia, revocando la sentencia del Juzgado, considera que procede el desahucio por precario.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Luis Martínez López

Por la representación procesal de doña Mónica se presenta ante el Juzgado de 1.ª Instancia de Almuñécar demanda de desahucio por precario de

vivienda contra los demandados, basándola en los siguientes hechos: 1.º) Con fecha 1 de abril de 1995 la actora suscribió con el legal representante de la

Junta de Andalucía contrato de arrendamiento de un piso de la que esta Entidad es propietaria, sito en Almuñécar, barriada DIRECCIÓN núm. NÚM000; la arrendataria, de estado divorciada, tenía dos hijos, que convivían con ella en el citado domicilio. 2.º) A causa del embarazo de la hija, y debido a la precaria situación de la pareja, la demandante consintió que tanto la hija como su compañero sentimental –ambos demandados– convivieran con ella en dicha vivienda, hasta tanto se les solucionara el problema económico, usando una de las habitaciones de la misma. 3.º) La convivencia entre ellos devino en imposible, al extremo de haberse presentado varias denuncias por la actora contra su hija y su compañero, razón por cual aquella hubo de marcharse de la vivienda con el otro hijo, lo que fue aprovechado por los demandados para ocupar la totalidad de la vivienda, así como para sustituir la cerradura de la puerta de entrada, lo que hicieron sin notificarlo a la arrendataria. 4.º) En su deseo de dar por terminada esta situación, la actora, por medio de su representante legal, remite burofax a los demandados, que es recibido el 14 de noviembre de 2005, conminándoles al abandono del piso en el plazo de un mes. A esta pretensión de desahucio, se opusieron los demandados.

La sentencia dictada, de la que este recurso dimana, tras de calificar de comodato la cesión a los demandados de una habitación de su vivienda, desestimó la demanda formulada por doña Mónica contra su hija y el compañero sentimental de ésta, doña Celestina y don Luis Enrique, en la que interesaba se los desahuciara, por ocuparla en precario; y frente a dicho fallo se alzó la demandante quien, tras poner de manifiesto aquellos elementos que a su juicio sustentaban su tesis, solicitó la revocación del mismo y el subsiguiente acogimiento de la demanda, lo que fue impugnado por los demandados quienes, tras insistir que la cuestionada ocupación se encuadra en la figura del comodato, solicitaron su confirmación.

Así centrados en esta alzada los términos del debate, en orden a su resolución se debe comenzar señalando que la cuestión de la cesión por su titular arrendatario de una habitación de su domicilio para ser habitada gratuitamente, y en especial la cesión gratuita que hacen unos padres a sus hijos del uso de una vivienda, o parte de ella, ya fue resuelta por el TS en el sentido de configurar la situación como un auténtico precario, cuyo cese se producirá tan pronto como el cedente quisiera ponerle fin, a no ser que otra cosa fuere dable inferir de la prueba practicada; línea jurisprudencial que fue matizada a partir de la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 2 de diciembre de 1992, en la que se consideró comodato lo que hasta entonces se estimaba mero precario, si bien ello fue sobre la base de estimar de

aplicación criterios de simple valoración subjetiva a los que precisamente se vinculó la solución del caso que en ella se resolvía, lo que difícilmente puede propiciar la misma suerte jurídica a toda cesión entre familiares de una vivienda o parte de ella, dado además la ausencia de formalismo y la escasa intensidad y estabilidad de la relación jurídica creada por lo que habrá de estarse a las especialidades jurídicas que conforman en nuestro derecho el comodato y el precario para determinar cuándo existe una y otra figura jurídica, evitando que el simple dato de que la cesión se produzca entre parientes con la intención de cubrir las necesidades de una familia propicie sin más la calificación de comodato; a lo que debe añadirse que sin desconocer que la referida Sentencia de 2 de diciembre de 1992 vino a señalar que la diferencia entre una y otra figura jurídica vendría determinada porque en el comodato el bien se cedería para un uso preciso y determinado, de modo que cuando no se hubiera concretado el uso y el plazo estaríamos en presencia del precario, la doctrina jurisprudencial configura el precario como una variedad del préstamo de uso, es decir, un comodato cuya duración se deja al arbitrio del comodante, teniendo ambos de común en que la utilización del bien es gratuita y por la mera tolerancia de su dueño, es decir, sin título que justifique la ocupación, bien porque no se haya tenido nunca, bien porque habiéndolo tenido se haya perdido, a lo que debe añadirse que la jurisprudencia también tiene señalado que el pago de los gastos de comunidad, la luz, el agua, tasas municipales, etc., no desvirtúa el concepto de precario (como tiene declarado esta AP en Sentencia de 1 de febrero de 1999), así como que aunque pueda ser normal que los padres de familia al casarse, o tener pareja alguno de sus hijos le cedan parte de su vivienda para que puedan vivir en ella, de ello no puede inferirse sin más que se está estableciendo un derecho real de habitación, sino más bien un auténtico precario que cesará cuando el cedente quiera ponerle fin; debiendo finalmente significarse que si bien es cierto que del hecho de que se ceda el uso de una habitación en una vivienda para ser ocupada por una pareja pueda inferirse que se estaba fijando un uso determinado y, por ende, resultara de aplicación el artículo 1749 del Código Civil, también lo es que una vivienda –o una habitación de una vivienda– por definición está destinada a servir de morada humana, por lo que no es que las partes hayan pactado un uso concreto, sino más bien sirviéndose de ella según el fin que le es propio.

Según constante doctrina, de la que el Juzgador de Instancia se hace eco en el Fundamento de Derecho Tercero de su sentencia (señalando las SS del TS, entre otras, las de 13 de febrero de 1958; 30 de octubre de 1986 y 31 de enero de 1995),

el procedimiento de desahucio por precario es de aplicar a cuantos sin pagar renta o merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando no tenga eficacia el invocado para enervar el más cualificado que ostente el actor.

En el caso que nos ocupa, no han sido objeto de debate, siendo admitidos por las partes, que la demandante ostenta un título legítimo (el contrato de arrendamiento suscrito con la Junta de Andalucía) ni la identificación de la vivienda, sólo es objeto de controversia si existe título suficiente o no en favor de los demandados para la ocupación de una habitación de la misma, y, como bien indica la Sentencia de la Instancia, «corresponde la prueba de la presencia del título eficiente que ampare la posesión obtenida —o el pago de renta o merced— a los interpelados al tratarse de hechos positivos».

La esencia del precario es, pues, el uso y disfrute de una cosa ajena sin que medie renta o merced ni otra razón que la mera condescendencia o liberalidad del poseedor real, de cuya voluntad depende

poner término a su propia tolerancia (SSTS de 6 de marzo de 1940 y 25 de junio de 1943).

Centrado el debate en la determinación de la existencia o no de título que justifique la posesión de los demandados, esta Sala ha de llegar a conclusiones distintas de las del Juzgador de Instancia, es decir, el único título que puede existir es la liberalidad de la actora acogiendo en su domicilio a su hija y la pareja de ésta, hasta tanto su situación económica les permitiera independizarse, y ello no puede constituir título legítimo, ya que, por mor de un mayor o menor interés en la búsqueda de trabajo, no puede perpetuar una situación de convivencia que ha conllevado enfrentamientos incluso judiciales, haciéndola totalmente insostenible.

Todo lo anteriormente expuesto, y valorando la prueba practicada en el acto de la vista, en la que se acredita la liberalidad de la actora para que los demandados usaran una habitación de su vivienda, esta Sala ha de admitir el recurso presentado, en el sentido de estimar la demanda revocando, en consecuencia, el fallo de la Instancia.

VIVIENDA FAMILIAR

La posesión que disfruta la demandada es por mera tolerancia del actor, lo que le confiere la condición jurídica de precarista, como igualmente era éste el título, en virtud del cual gozaba del piso litigioso, el hijo del actor, y que ahora ocupa la demandada, tras la rotura entre ellos de su convivencia *more uxorio*. El demandante es tercero ajeno a la relación de pareja existente entre la demandada y su hijo, sin que se le pueda oponer lo decidido en un procedimiento de derecho de familia.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 2007

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 acción de desahucio por precario, que es ejercitada por el actor don Tomás contra la demandada María Consuelo y la hija menor de ésta Camila, a los efectos de obtener una declaración judicial que condene a las demandadas a dejar libre y a disposición del actor la vivienda de su titularidad, sita en la CALLEooo, núm. NÚMoor-NÚMooo de esta ciudad de A Coruña. Seguido el juicio, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de A Coruña estimando la demanda, pronunciamiento judicial contra el que se formuló por la parte demandada el presente recurso de apelación, el cual no ha de ser estimado.

A los efectos decisorios de la presente controversia judicializada hemos de partir de los siguientes hechos, que expresamente se declaran probados:

A) Que el actor don Tomás es el dueño del inmueble litigioso, que adquirió por escritura pública de 12 de noviembre de 1993, autorizada por el Notario de esta población Sr. Alba Puente, núm. 3973 de su protocolo, debidamente inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad.

B) Que en el mentado inmueble venía viviendo su hijo Tomás, por mera condescendencia del actor, sin pagar renta o merced de clase alguna.

C) Que posteriormente el hijo comenzó a mantener una relación de convivencia *more uxorio*, en la mentada vivienda, con la demandada doña María Consuelo, fruto de la cual nació una niña Camila,

que cuenta en la actualidad con cuatro años de edad.

D) Fruto de las desavenencias en la pareja se produjo el cese de la convivencia *more uxorio*, tras más de cuatro años de vida en común, el 23 de marzo de 2005.

E) A los efectos de regular las relaciones personales y patrimoniales de la rotura de la precitada unión se siguió procedimiento, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña, que fijó las consecuencias jurídicas de la misma con relación al régimen de visitas, custodia y alimentos de la hija común.

F) En la Sentencia de 23 de mayo de 2005, que puso fin al mentado litigio, se acordó: «No acceder a lo solicitado por la demandada, en cuanto al uso y disfrute de la vivienda, al no ser propiedad de los litigantes, ni estar disfrutando la interpelada de la misma en concepto de arrendataria», si bien en la misma continuó viviendo la demandada con su hija, lo que viene haciendo en la actualidad.

La apelante entiende que nos hallamos ante un comodato, y que ésta es la relación jurídica que le autoriza para continuar en el uso de la vivienda y que descarta la consideración de su posesión como de precarista. La mentada cuestión ha sido tratada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

En una primera resolución se consideró que la cesión de la vivienda por un familiar a otro sin pagar de renta o merced era constitutiva de una situación de precario, así se manifestó la STS 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 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 muy allegado, sin señalamiento o exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario».

En una segunda Sentencia de la Sala Primera, en esta ocasión, de 2 de diciembre de 1992, en el caso en el que la reclamación era entablada por el dueño de la vivienda, cuyo uso se lo había atribuido a su hijo para que viviera con su mujer e hijos, divorciándose ulteriormente y atribuyendo en convenio regulador el disfrute de la misma a la nuera y nietos, consideró existente una situación de comodato, todo ello «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 y sus hijas y como tal «uso preciso y determinado» lo impregna de la característica especial que diferencia el comodato del precario (artículos 1749 y 1750), pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esta necesidad familiar que no se ha negado en la demanda».

Por tercera vez, se pronuncia el Tribunal Supremo sobre dicha cuestión, y lo hace así, en la Sentencia de 31 de diciembre de 1994, en la que afirma, que la cesión de una vivienda para su uso por su dueño, padre de uno de los cónyuges, no implica, por sí misma, la existencia de una relación jurídica creadora de un derecho a poseer, y de ningún modo es incompatible con una tenencia en concepto de precario, al razonar: «Pero 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 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. Ésta era la situación de los cónyuges, hoy litigantes, que obtuvieron vivienda del padre del esposo, sin que se haya acreditado que se obtuviera en virtud de relación jurídica alguna creadora de un derecho a poseer, por lo que el padre en cualquier momento, habría podido recobrar la posesión de la vivienda que tenían los esposos por su tolerancia».

Por fin recientemente podemos citar, en esta revisión de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, la Sentencia de 26 de diciembre de 2005, en la que se fija la doctrina siguiente: «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». Y la mentada sentencia nos sigue diciendo, que 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».

Es frecuente, en los casos que contemplamos, oponer a la pretensión del titular de la vivienda los convenios reguladores suscritos entre los cónyuges judicialmente aprobados o el principio de protec-

ción de la familia, sin embargo los mismos no operan frente a tercero, y así la mentada sentencia razona, con respecto, a este último motivo de oposición, que: «este argumento es absolutamente aceptable cuando se trata de las relaciones entre cónyuges, pero no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio que se disuelve y que no son parte, porque no pueden serlo, en el procedimiento matrimonial (argumento *ex* sentencia del Tribunal Constitucional 126/1989, de 12 de julio)», y, con relación al primero de ellos, que «la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual».

Pues bien, en el supuesto que enjuicamos, no existe constancia de la existencia de relación contractual de clase alguna entre la demandada y el actor, que legitime por parte de aquélla la ocupación del inmueble litigioso, cuyo uso y disfrute por dicha causa ya no le fue atribuido por el Juzgado de Familia. En tales condiciones hemos de concluir que la posesión que disfruta la demandada es por mera tolerancia del actor, lo que le confiere la condición jurídica de precarista, como igualmente era éste el título, en virtud del cual gozaba del piso litigioso, el hijo del actor, y que ahora ocupa la demandada, tras la rotura entre ellos de su convivencia *more uxorio*. El demandante es tercero ajeno a la relación de pareja existente entre la demandada y su hijo, sin que se le pueda oponer lo decidido en un procedimiento de derecho familia, en el que no es parte, y en el que, además, como ya se advirtió, el Juez no le atribuye por tal causa la vivienda objeto de este proceso.

VIVIENDA FAMILIAR

Al tiempo de sustanciarse la presente litis, ambas hijas habían salido ya del entorno residencial materno, por lo que el derecho de uso perdió el condicionante fáctico bajo el que inicialmente fue sancionado. Por lo cual no puede ahora pretenderse su mantenimiento sobre la base de ser el interés de la esposa merecedor de prioritario amparo, pues dicha esgrimida preferencia ha quedado judicialmente protegida durante el tiempo en que aquélla, en unión de las hijas, ha venido detentando el uso exclusivo y excluyente, no pudiendo ahora invocarse circunstancias que entonces ya existían para desbordar, de modo no permitido, los límites temporales y de prudencia a que el derecho analizado se encuentra ineludiblemente supeditado.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

El derecho regulado en el artículo 96 del Código Civil no tiene, a salvo de otro acuerdo de los cón-

yuges, un carácter indefinido o vitalicio, en cuanto, siendo el esposo no usuario titular o cotitular del

inmueble sede de la vida familiar, el vigente ordenamiento jurídico no permite privarle *sine die* de sus facultades dominicales, en los términos prevenidos en los artículos 348 y siguientes del citado texto legal, ya sea en cuanto al goce del citado bien, ya respecto de una efectiva, que no meramente formal o nominal, liquidación del patrimonio común.

Así, en los supuestos de existir hijos en situación de dependencia jurídica o económica de los litigantes, y dado que el derecho analizado tiene un contenido inequívocamente alimenticio, en cuanto destinado a cubrir las necesidades de alojamiento de la prole (*vid.* artículo 142), el mismo, de conformidad con el párrafo primero del precepto analizado, en relación con el 93, párrafo 2.º, no puede prolongar su vigencia más allá de la independencia pecuniaria de los alimentistas, o de su salida del domicilio familiar.

En la hipótesis de no existir hijos, o haberse ya producido las eventualidades antedichas, el párrafo 3.º del repetido artículo 96 recoge la posibilidad de asignar el derecho de uso al cónyuge no titular cuando su interés fuere el más necesitado de protección, pero siempre por un tiempo prudencial. Como viene manteniendo esta Sala, las referidas previsiones han de hacerse extensivas a las hipótesis en que la titularidad del inmueble corresponda a ambos esposos, respecto de las que la norma examinada guarda absoluto silencio, pero siempre bajo el expuesto condicionante temporal, pues no puede hacerse de mejor condición en tal caso al cónyuge usuario respecto del que tiene en su compañía a los hijos, en las referidas situaciones de dependencia.

En el caso que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración el uso del inmueble sede de la vida familiar fue asignado a las hijas comunes, en unión de la Sra. Soledad, en cuanto encargada de su custodia, desde el Auto que, en fecha 13 de julio de 2001, reguló las medidas provisionales dimanantes del proceso de separación, siendo tal medida corroborada por la sentencia que, en 18 de marzo siguiente, puso fin a la litis principal. Lo mismo acaeció en el ulterior procedimiento de divorcio, culminado mediante Sentencia de 8 de octubre de 2003, dado que la menor de las comunes descendientes seguía conviviendo con la hoy apelante.

Pero es lo cierto que, al tiempo de sustanciarse la presente litis, ambas hijas habían salido ya del entorno residencial materno, por lo que el derecho de uso perdió el condicionante fáctico bajo el que inicialmente fue sancionado. Por lo cual no puede ahora pretenderse su mantenimiento sobre la base de ser el interés de doña Soledad merecedor de prioritario amparo, pues dicha esgrimida preferencia ha quedado judicialmente protegida durante el tiempo en que aquélla, en unión de las hijas, ha venido detentando el uso exclusivo y excluyente, no pudiendo ahora invocarse circunstancias que entonces ya existían para desbordar, de modo no permitido, los límites temporales y de prudencia a que el derecho analizado se encuentra ineludiblemente supeditado.

En consecuencia, hemos de compartir plenamente, desde la perspectiva de esta alzada, el criterio decisorio al efecto recogido en la sentencia de instancia, lo que hace decaer el único motivo del recurso.

VIVIENDA FAMILIAR

No constituye un dato significativo el hecho de que la esposa abandonase la vivienda, en razón de las concretas circunstancias personales y familiares que se produjeron en su momento, y puesto que, al día de hoy, el alojamiento de las hijas y de la madre comporta un importante gasto, por lo que no existe motivo alguno para dejar sin efecto la regla general contenida en el artículo 96 antes indicado.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado que el uso de la vivienda familiar se otorgue al esposo, y se atribuya la obligación del pago de la totalidad del préstamo hipotecario

a la esposa, siendo necesario rectificar los datos, contenidos en la sentencia apelada, en relación a los ingresos de la esposa. Refiere que esta última se fue de la vivienda, ocupa otra en régimen de alquiler, con los hijos, no necesita usar la vivienda familiar y ha comprado una vivienda de nueva construc-

ción, de próxima entrega; asimismo, refiere que se encuentra sin trabajar activamente, mientras que la esposa percibe una cantidad próxima a los 40.000 euros anuales, habiendo dispuesto aquélla de los fondos y activos del matrimonio.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación de la sentencia, aclarando que abandonó provisionalmente la vivienda familiar, ocupando actualmente otra que genera un gasto de alquiler de 1.050 euros mensuales, que ha sido arrendada por su hijo, negando que haya adquirido una nueva vivienda, cuya titularidad corresponde al hijo, y advirtiendo que el recurrente sigue trabajando en su condición de promotor inmobiliario, al tiempo que afirma que el esposo ha retirado una cantidad superior a los 100.000 euros, procedente de los fondos y activos del matrimonio.

Se ajusta a derecho el pronunciamiento de la sentencia apelada que otorga el derecho de uso de la vivienda en favor de las hijas a las que se ha reconocido en esta litis matrimonial el derecho a la pensión de alimentos, y si ello es así, en los términos definidos en el artículo 93 del Código Civil, es claro que de conformidad con lo señalado en el artículo 96 del mismo texto legal, el uso de la vivienda familiar debe ser otorgado en favor de dichos hijos y del progenitor que convive con los mismos; a este respecto conviene aclarar ya en este momento que se debe dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la custodia de la hija Diana, pues esta última alcanzó la mayoría de edad en el mes de abril de 2007, siendo así que la hija Esther ya era mayor de edad cuando se dictó la sentencia; en todo caso, actualmente reúne los presupuestos y condiciones que se señalan en el artículo 93 antes mencionado,

hasta el punto de que el pronunciamiento relativo a la pensión de alimentos que se ha reconocido en la sentencia no ha sido impugnado por el apelante.

No constituye un dato significativo el hecho de que en su momento la esposa abandonase la vivienda, en razón de las concretas circunstancias personales y familiares que se produjeron en su momento, y puesto que, al día de hoy, el alojamiento de las hijas y de la recurrente comporta un importante gasto, por lo que no existe motivo alguno para dejar sin efecto la regla general contenida en el artículo 96 antes indicado.

Por otra parte, tampoco existe circunstancia excepcional que justifique la pretensión planteada por el recurrente, en orden al pago de la hipoteca única y exclusivamente por la esposa, y no es razón que fundamente el éxito de tal pretensión las hipotéticas disposiciones de activos y fondos por parte de uno y otro cónyuge, lo cual tendrá su consecuencia al momento de plantear la liquidación de la sociedad legal de gananciales, pues lo importante, en orden a la definición de las obligaciones que ahora corresponden a ambos, es corroborar la capacidad económica que permita afrontar entre aquéllos tal carga, y en idéntico porcentaje, siendo así que se ha justificado, a mayor abundamiento, la actividad del recurrente, relacionada con la promoción inmobiliaria, a la que ha venido dedicándose siempre y durante el matrimonio.

Por último, no constituye motivo de recurso alguno el alegato relativo a la falta de acuerdo del recurrente con respecto a lo establecido en la sentencia en relación a la capacidad económica y a los ingresos de la esposa, todo lo cual determina la total desestimación del recurso interpuesto.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El progenitor se encuentra en una situación coyuntural o provisional que por sí sola no puede determinar la situación pretendida de modificar la pensión alimenticia, por cuanto la baja laboral es temporal.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda

Aplicando lo dicho al caso de autos el actor pretende la modificación de la pensión de alimentos en base a una baja laboral producida por accidente de tráfico cuando se traslada a su empresa a trabajar o vuelve de ella, de modo que cabe la calificación de *in itinere*. La medida a modificar lo es la sentencia de divorcio de fecha 29 de abril de 2004, el accidente tuvo lugar en febrero pero ello no obstante

no se tuvo en cuenta en la anterior resolución. Se desconoce si en la actualidad el progenitor obligado al pago de los alimentos continúa en la situación de baja laboral, más dado el tiempo transcurrido desde la fecha del accidente se presume, en el mejor de los casos, que ya habrá sido dado de alta y retornado a la situación correspondiente a un trabajador de su antigüedad, más si por el contrario no se ha

producido el alta la situación laboral a contemplar es distinta a la actual y podría llegar a una invalidez como manifiesta en autos por la que obtendría otros ingresos, pero además también se desconoce si ya ha obtenido la indemnización correspondiente por el accidente sufrido. En todo caso, el progenitor se encuentra en una situación coyuntural o provisional que por sí sola no puede determinar la situación pretendida de modificar la pensión alimenticia, por

cuanto la baja laboral es temporal y la situación venidera es, en su caso, por su permanencia la que determinaría un cambio considerado sustancial para provocar esa modificación.

En consecuencia, considerando no sustancial el cambio producido en su situación económica por la baja laboral dada su naturaleza de provisional se está en el caso de estimar el recurso de apelación y desestimar la modificación pretendida.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Las circunstancias laborales de los litigantes no han cambiado, dado que el actor desempeñaba su trabajo de forma estacional pero regular en las mismas condiciones que actualmente lo hace, conforme a la cadencia de la actividad turística, de modo que trabaja desde mediados de primavera, el verano y parte de otoño y el resto del año percibe la prestación por desempleo, sin perjuicio de los trabajos esporádicos que efectúa en este período de desempleo. Por tanto no procede modificar la cuantía de la pensión alimenticia.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

La sentencia de separación adoptó las medidas a que se refiere el artículo 91 del Código Civil, en procedimiento de mutuo acuerdo, y por tanto las fijadas por las partes en el convenio. Allí se estableció una pensión de alimentos para el menor hijo de los litigantes de 240 euros mensuales y una pensión compensatoria para la esposa de 180 euros mensuales, pretendiendo el actor la rebaja a 150 euros los alimentos y la supresión de la pensión compensatoria (o la fijación de una duración temporal).

La sentencia negó la modificación por entender que no se había producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para la adopción en su día de las medidas, al no tener tal carácter las circunstancias alegadas por el actor para dicha modificación.

Esta decisión de la sentencia de instancia debe ser mantenida. Efectivamente, las circunstancias laborales de los litigantes no han cambiado, dado que el actor desempeñaba su trabajo de forma estacional pero regular en las mismas condiciones que actualmente, conforme a la cadencia de la actividad turística, de modo que trabaja desde mediados de primavera, el verano y parte de otoño y el resto del año percibe la prestación por desempleo, sin perjuicio de los trabajos esporádicos que efectúa en este período de desempleo, como consta acreditado. Y la esposa no desempeña ningún trabajo con las características exigidas para que constituya una alteración sustancial de las circunstancias, dado que si bien es cierto que ha trabajado duran-

te poco más de cuatro meses en una residencia geriátrica (fol. 115) esta situación no se ha repetido y por tanto no goza de una razonable permanencia que conduzca a valorarla como restauradora del desequilibrio económico que la separación produjo entre los litigantes, a lo que se añade la necesidad de atender en su enfermedad al hijo mayor pero que convive en el domicilio, por lo que subsiste aquella inicial situación que los propios cónyuges valoraron como desigual y de ahí la pensión compensatoria que establecieron. Y dicha situación no se modifica por el hecho de que el actor deba satisfacer la pensión de alimentos al hijo menor o alquilar una vivienda, pues esas necesidades ya existían al tiempo del convenio, ya que la vivienda familiar se atribuyó a la esposa, como asimismo el hecho de tener que satisfacer los plazos del préstamo que se tuvo en cuenta al acordar el convenio, pues dicha obligación fue asumida el mismo día de la firma de dicho convenio, aunque fuera en documento separado (folios 26 y 27), de todo lo cual se desprende que los ingresos confesados del actor no son reales y existen otros ingresos ocultos u opacos que impiden admitir las alegaciones del actor sobre su insuficiencia financiera para cubrir dichas cargas alimenticia y compensatoria en las cuantías establecidas, habida cuenta que, respecto de esta última, ni es lógico que haya disminuido tal necesidad con el paso del tiempo ni menos aun se ha probado esa minoración, lo que comporta la confirmación de la sentencia.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Si bien es cierto que, oficialmente, el hoy apelante no percibe prestación alguna por desempleo, ni aparece ejerciendo profesión alguna, tras haber sido lanzado de las fincas rústicas que llevaba en explotación, no es menos cierto que ello signifique, sin más, que se encuentre en una situación de ausencia de percepción de cualquier tipo de remuneración, pues bien podría estar percibiéndolas en el ámbito de la llamada «economía sumergida», al no constar que el apelante se encuentre en situación de indigencia.

AP BADAJOZ, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Paumard Collado

El recurso que se examina no puede prosperar porque, en primer lugar, en lo que se refiere a la pretensión de que la cantidad que, hasta ahora, viene abonando el apelante en concepto de contribución a las cargas familiares –150 euros para cada hijo– se reduzca hasta aquella que represente el 15% de los ingresos que aquél pudiera percibir por cualquier concepto, no puede admitirse, desde el momento que, si bien es cierto que, oficialmente, el hoy apelante no percibe prestación alguna por desempleo, ni aparece ejerciendo profesión alguna, tras haber sido lanzado de las fincas rústicas que llevaba en explotación, por Sentencia de 24 de noviembre del 2003, del Juzgado de 1.ª Instancia de Fregenal de la Sierra, no es menos cierto que ello signifique, sin más, que se encuentre en una situación de ausencia de percepción de cualquier tipo de remuneración, pues bien podría estar percibiéndolas en el ámbito de la llamada «economía sumergida», al no constar que el apelante se encuentre en situación

de indigencia; debe tenerse en cuenta, además, por un lado, que hasta hace bien poco ha estado trabajando para el Ayuntamiento de Fregenal de la Sierra (entre el 3 y el 26 de abril de 2006) por lo que ha generado ingresos; por otro lado, hasta el 18 de julio de 2006, ha estado percibiendo la renta por el alquiler, durante siete meses, de la que era vivienda familiar.

Quiere decirse, entonces, que percibe, ciertamente, ingresos, o los ha percibido hasta fechas muy recientes, lo que sucede es que no los revela, permaneciendo ocultos.

En todo caso, debe atenderse al interés preferente de los menores, que obliga al progenitor hoy apelante a subvenir a las necesidades y exigencias de la subsistencia de sus hijos, considerándose que, por razón de la edad de ambos (15 y 14 años de edad), la cifra fijada en sentencia es ajustada a las necesidades de aquéllos y al caudal presumible del deudor (artículos 90, 91 y 142; 146 del CC).

PENSIÓN ALIMENTICIA

No pueden aceptarse los argumentos señalados en la sentencia, cuando fundamenta el reconocimiento del derecho a los alimentos en favor de dicha hija, no obstante estar incorporada al mercado de trabajo, en la excusa de la falta de constancia de los ingresos de ésta.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

No pueden aceptarse los argumentos señalados en la sentencia, cuando fundamenta el reconocimiento del derecho a los alimentos en favor de dicha hija,

no obstante estar incorporada al mercado de trabajo, bajo la excusa de la falta de constancia de los ingresos de la misma.

Antes bien, la propia apelada, demandante en el procedimiento, en la prueba de interrogatorio practicada en el acto de la vista, reconoció expresamente que dicha hija estaba trabajando y percibía 500 euros mensuales, si bien se alegaba que dichos ingresos se destinaban a la ayuda de la familia.

Es lo cierto que, por tanto, dicha hija no continúa con los estudios, cuenta con 22 años de edad, y ya está incorporada al mercado de trabajo, no se prueban las circunstancias laborales que determinen su inmediato cese, como tampoco se acredita que esté imposibilitada para mantenerse activa en el mercado laboral, siendo así que los ingresos que percibe sirve a la misma para su propio mantenimiento y manutención.

Por todo cuanto antecede, y atendiendo a las concretas peticiones planteadas en el escrito de formalización del recurso, se está en el caso de

declarar la extinción del derecho a la pensión de alimentos en favor de la hija Soledad.

No puede olvidarse que en el procedimiento de modificación de efectos tienen encaje aquellas pretensiones que estén basadas en circunstancias que tengan su origen en acontecimientos futuros, nuevos y de notoria significación, no previstos al momento en el que se establecieron las medidas económicas en una anterior sentencia.

Así las cosas, cuando con fecha 17 de mayo de 2002 se dictó la sentencia que reconoció la pensión de alimentos en favor de los hijos, incluida la hija que ahora viene afectada por el pronunciamiento de la presente resolución, esta última no trabajaba y dependía de sus progenitores; se ha producido, pues, una circunstancia de notoria significación que justifican la revisión de la medida establecida en la anterior sentencia, lo que determina la supresión de tal derecho, en esta litis matrimonial.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Tiene razón el apelante cuando indica que los gastos de uniforme y material escolar y de escritorio no tienen el carácter de gastos extraordinarios.

AP BADAJOZ, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Paumard Collado

Dice el apelante que, para calibrar las cargas familiares a cuyo sostenimiento debe contribuir el demandado, debemos atender a una serie de gastos fijos de periodicidad mensual o muy aproximada; en concreto, habla de los gastos de las cuotas hipotecarias abonadas, que gravan por, un lado, el piso o vivienda que fue del matrimonio hasta la quiebra del mismo –sito en C/ DIRECCIÓN 0000 núm. NÚM000, dotado, además, de plaza de garaje y trastero; sujetos cada uno al correspondiente pago del impuesto de bienes inmuebles– y, por otro lado, la hipoteca que grava una casa, acondicionada como chalet, en la zona de Valdeboña; sin embargo, ambas partes reconocen que la primera hipoteca se satisface, por mitad, por ambos litigantes; mientras que la segunda hipoteca, se sufraga exclusivamente por el Sr. Jaime; por otro lado, los gastos correspondientes a suministro eléctrico, de agua, de gas ciudad y de teléfono, del mencionado hogar, no pueden imputarse más que al cónyuge a quien se hubiese atribuido el uso y disfrute de la vivienda, porque, obviamente, el cónyuge que debe abandonarla ha de hacer frente a los gastos que suponen el tener que localizar un nuevo hogar donde vivir, con sus correspondientes gastos.

Quiere decirse, entonces, que este tipo de gastos no pueden computarse para fijar la pensión alimenticia de los hijos; como tampoco los gastos de comunidad de la mencionada vivienda.

En cambio, sí deben tenerse en consideración, para cuantificar aquella pensión, los gastos relacionados con la educación de los hijos, como los abonados a la Academia de Inglés a la que aquéllos asisten (16 euros mensuales) y las aportaciones a un plan de ahorro para el estudio de los mismos (60 euros mensuales) y las cuotas del Club Deportivo y Social donde acuden los hijos para las labores de ocio (30,41 euros mes).

De la misma manera, tiene razón el apelante cuando indica que los gastos de uniforme y material escolar y de escritorio, no tienen el carácter de gastos extraordinarios, pues no son gastos imprevisibles, sino con un vencimiento de una periodicidad más o menos extensa; por ello mismo, no deben calibrarse aparte del contenido del artículo 142 del CC (lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica e instrucción y educación ordinarios), sino que por gastos extraordinarios sólo deben considerarse los

que se presentan de manera inopinada y sorpresiva (v.gr., gastos de ortodoncia, como colocación de prótesis; o los gastos de operaciones complejas; o los generados para realización de un máster, etc.)

Por tanto, los gastos de uniforme y de material escolar (libros de texto; material de escritorio inicial en el curso) no pueden computarse aparte para incrementar la cantidad que ordinariamente se fijase para la pensión alimenticia.

PENSIÓN ALIMENTICIA

En modo alguno ha acreditado la madre que haya recabado el consentimiento previo del padre en orden al devengo del gasto relacionado con el curso de informática, no habiéndose aportado por otro lado prueba alguna de la aceptación tácita.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 18 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

En modo alguno puede tener favorable acogida la pretensión planteada por la parte recurrente, por cuanto que se ha procedido a la ejecución de la sentencia en sus propios términos, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en lo que se refiere a lo dispuesto en el convenio de 20 de julio de 2003, y anexo de 23 de octubre del mismo año, aprobado por sentencia de 30 de octubre de 2003, que exigen la necesidad del previo consentimiento para el gasto extraordinario, siendo así que no nos hallamos ante gastos médicos o asistencia sanitaria de carácter urgente, en cuyos casos varía el análisis de la problemática, por cuanto que es lo procedente atender de modo prioritario al interés de los hijos.

En este sentido, en modo alguno ha acreditado la recurrente que haya recabado el consentimiento previo del apelado, en orden al devengo del gasto relacionado con el curso de informática, sin prueba alguna, por otra parte, de la aceptación tácita, por parte del apelado, de dicho gasto.

Tampoco es posible asumir el gasto extraordinarios relativo a los libros, y a su compra, pues se trata de un concepto incluido en el ámbito alimenticio, de conformidad con lo establecido en el artículo

142 del Código Civil, pues dicho gasto responde a una necesidad ordinaria y periódica, para procurar a los hijos la educación y escolarización correspondientes, gasto previsible, y en modo alguno excepcional, que se genera durante el período escolar de aquéllos; por ello, se desestiman las pretensiones planteadas en estos capítulos.

Por último, conviene precisar que la reclamación planteada por la ejecutante lo es con fecha de 9 de diciembre de 2004, siendo así que se planteó la solicitud de la pensión de alimentos correspondiente a los meses de septiembre a diciembre de 2004, constando acreditado que los meses de octubre, noviembre y diciembre de dicho año habían sido abonados con fecha 17 de noviembre y 4 de diciembre de 2004, y solamente la mensualidad correspondiente a septiembre fue abonada con posterioridad a la fecha de la demanda de reclamación de atrasos; en suma, no existe motivo alguno, conforme a lo dispuesto en los artículos 561 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para imponer las costas de la instancia a la parte ejecutada, confirmándose el pronunciamiento del auto apelado en este apartado sobre la no imposición de las costas de la instancia.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Ha quedado acreditado que el hijo del matrimonio, ya mayor de edad, no cursa estudios, ha realizado trabajos algunos meses, percibiendo hasta 500 euros mensuales, incluso en situación de baja laboral, de modo que no sirve de fundamento para mantener tal derecho en esta litis matrimonial la afirmación a propósito de las previsiones de futuro de dicho hijo, de reiniciar estudios de idiomas o de comenzar en el futuro otros estudios.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La naturaleza y el objeto del procedimiento de modificación de efectos exige delimitar las pretensiones que pueden ser traídas a esta clase de procesos y que deben de estar basadas en circunstancias que tengan su origen en acontecimientos futuros, nuevos, imprevisibles, inciertos y de notoria significación, lo que exige un análisis comparativo entre la situación concurrente al momento en el que se dicta la sentencia que ahora pretende modificarse y la posición actual del grupo familiar, de manera que si se pretende la extinción de la pensión de alimentos que venía reconocida con anterioridad en favor de un hijo se hace preciso el análisis sobre la concurrencia de los presupuestos definidos en el artículo 93 del Código Civil, pues en el ámbito del procedimiento familiar, y sin perjuicio de cualquier reclamación que se pueda plantear de modo directo por los hijos ya mayores, sólo es posible reconocer el derecho a la pensión de alimentos en favor de dichos hijos mayores cuando se acredita, no solamente la situación de convivencia con el progenitor que reclama tal derecho, sino también la situación de permanencia en el período de formación escolar o profesional, de manera que, conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quien pretende el mantenimiento de tal derecho, cuando se niega de contrario el mantenimiento de la pensión, alegando la mayoría de edad, la falta de estudios del hijo y la obtención de ingresos por

razón de su trabajo, es necesario acreditar que aún concurren dichos presupuestos, es decir, la continuación de la formación escolar o profesional, la falta de ingresos y la imposibilidad de mantenerse en el mercado de trabajo.

Dicho lo anterior, ha quedado acreditado que el hijo del matrimonio, ya mayor de edad, no cursa estudios, ha realizado trabajos algunos meses, percibiendo hasta 500 euros mensuales, incluso en situación de baja laboral, de modo que no sirve de fundamento para mantener tal derecho en esta litis matrimonial la afirmación a propósito de las previsiones de futuro de dicho hijo, de reiniciar estudios de idiomas o de comenzar en el futuro otros estudios, según se anuncia, siendo así que hace tiempo que ya abandonó los mismos; en este sentido, y presumiendo la posibilidad de la incorporación al mercado de trabajo de dicho hijo, o en su caso siendo posible la reclamación de los alimentos a sus progenitores, en el proceso declarativo correspondiente, no concurriendo los requisitos definidos en el precepto anteriormente señalado para mantener tal derecho en la litis matrimonial, es lo procedente declarar haber lugar a la extinción de la pensión de alimentos, con efectos desde la sentencia de instancia, entendiéndose consumidos todos los satisfechos hasta este momento.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La hija, que ha cumplido 27 años, ha concluido sus estudios de psicología, ha estado colegiada, ha trabajado esporádicamente y cabe presumir que ha podido concluir en estos momentos el doctorado iniciado el año 2005. Por tanto, ya no reúne los requisitos para seguir percibiendo la pensión alimenticia.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La sentencia impugnada ha acordado la extinción de la pensión de alimentos en favor de la hija del

matrimonio, Alejandra, pronunciando que se ajusta a derecho, en una correcta interpretación de

lo dispuesto en el artículo 93 del Código Civil, por cuanto que en la litis matrimonial sabido es que tal derecho a los alimentos lo es en favor de los hijos mayores que cumplen con el doble requisito, relativo a la convivencia con el progenitor que reclama los alimentos así como la vigencia del período escolar o académico de aquéllos, valorándose esta última circunstancia en sus justos términos, apreciando, para ello, la edad de los mismos, el aprovechamiento escolar o académico y la posibilidad de incorporarse al mercado de trabajo, o la obtención de ingresos por alguna actividad laboral.

En el presente supuesto ha quedado acreditado que la hija, que ha cumplido 27 años en el presente mes de mayo, ha concluido sus estudios de psicología, ha estado colegiada, ha trabajado esporádicamente y cabe presumir que ha podido concluir en estos momentos el doctorado iniciado el año 2005, habiendo contado con una beca de 645 euros.

En estas circunstancias es ajustado a derecho el pronunciamiento que ha acordado la extinción de la pensión de alimentos en favor de dicha hija, que

venía reconocida en la anterior sentencia dictada, en su momento, por la Sala.

Conviene precisar, dando respuesta al último motivo del recurso planteado por la demandada, que la sentencia de fecha 20 de julio de 2004, dictada en la alzada, acordó que, una vez alcanzada la independencia económica de la hija, es decir, en una correcta interpretación de dicha resolución, habiéndose resuelto la improcedencia del derecho a la pensión de alimentos en favor de la misma, el uso de la vivienda lo sería con carácter alternativo por años hasta la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

En esta circunstancia, no habiendo prosperado la pretensión planteada por la parte recurrente —demandada— en el capítulo referido al mantenimiento del derecho a la pensión de alimentos, es lo procedente, en este momento, llevar a efecto lo resuelto en su momento en la sentencia dictada por la Sala, de manera que el pronunciamiento de la sentencia ahora impugnada, en este apartado, relativo al derecho de uso de la vivienda, es ajustado a derecho.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La obligación ha de quedar en suspenso en tanto el hijo menor de edad disponga de recursos económicos, y definitivamente extinguida a partir de su mayoría de edad, sin perjuicio del derecho que a éste pueda asistir en el futuro, en el supuesto de carecer de medios económicos para reclamar.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Cierto es que el artículo 93 del Código Civil, dentro de la regulación de los efectos complementarios a adoptar en los procedimientos matrimoniales, dispone que el Juez, «en todo caso», determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos de los hijos comunes de los litigantes sometidos a la patria potestad.

Pero tal exigencia legal no ha de conducir, cualesquiera que sean las circunstancias, a un pronunciamiento ilógico, en cuanto ajeno a la realidad sobre la que ha de proyectarse, sancionando la obligación económica en supuestos en que el hijo no necesite de la aportación alimenticia, por tener medios suficientes para cubrir sus necesidades básicas, en los términos del artículo 142 CC, o en aquellas otras hipótesis en que lo recursos del progenitor obligado al pago sean de nula o tan escasa entidad que no pueda desprenderse de los mismos,

o parte de ellos, sin poner en peligro su propia subsistencia.

En efecto, el rigor formal del primero de los preceptos citados se mitiga legalmente a través del resto de su redacción, en cuanto añade que han de adoptarse las medidas pertinentes para acomodar las prestaciones, en cada momento, no sólo a las necesidades del hijo, sino también a las circunstancias económicas o posibilidades del padre o madre alimentante, en armonía igualmente con la regulación genérica de los alimentos contenida en el Título VI del Libro I de dicho texto legal, y en concreto en sus artículos 145, 146 y 147, que reiteran la imprescindible referencia a los referidos parámetros, de tal manera que la prestación ha de aumentarse o reducirse cuantitativamente a medida que se incremente o disminuya tanto la fortuna del que ha de satisfacerlos como las necesidades del

alimentista. En tal lógica línea, el artículo 152, en su apartado 2.º, recoge el cese de la referida obligación cuando la fortuna del alimentante se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacer los alimentos sin desatender sus propias necesidades, efecto extintivo que se produce igualmente en los supuestos del apartado 3.º del citado precepto, en referencia a la posibilidad del alimentista de ejercer un oficio, profesión o industria, o cuando haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

Por lo expuesto, y como viene manteniendo esta Sala, la contradicción que pudiera existir entre el artículo 93 y los demás preceptos analizados, resulta más aparente que real, pues aunque el derecho ha de reconocerse, e inclusive cuantificarse, también la obligación habrá de quedar en suspenso cuando concurren cualquiera de las antedichas causas extintivas.

En el supuesto que hoy examinamos ha quedado cumplidamente acreditado que el común descendiente ha abandonado sus estudios, y se ha incorporado, a partir del día 7 de junio de 2005, al

mercado de trabajo, disponiendo de unos ingresos salariales de 537,54 euros netos al mes.

Dichos emolumentos, notablemente superiores a la suma de la aportación alimenticia materna fijada en el anterior procedimiento de separación matrimonial y otra posible cantidad igual a cargo del progenitor custodio, permite al citado descendiente satisfacer ahora, de modo autónomo, sus propias necesidades, en los términos del referido artículo 142, aun dentro del entorno convivencial paterno, ya que no es condición ineludible, en orden a la extinción o suspensión del derecho, la absoluta autonomía pecuniaria del alimentista que le permita mantener una vivienda separada de la de sus procreadores.

En consecuencia, y conforme a lo ya expuesto, la obligación ha de quedar en suspenso en tanto el hijo disponga de los referidos recursos, y definitivamente extinguida a partir de su mayoría de edad, sin perjuicio del derecho que al mismo pueda asistir en el futuro, en el supuesto de carecer de medios económicos, para reclamar alimentos de sus progenitores, pero ya en nombre propio y a través del cauce procesal oportuno.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque el matrimonio se celebró en enero de 2003 y la demanda de separación se presentó en el mes de octubre de 2004, es lo cierto que la relación provenía del año de 1993, tiempo que debe ponerse en relación con la duración del matrimonio, para concluir que se considera procedente la fijación de la pensión compensatoria.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Mascaro Lazcano

Que, la llamada pensión compensatoria regulada en el artículo 97 del Código Civil, no puede acordarse por el Juez, de oficio y si, sólo, en el caso de que el cónyuge que la pida pruebe que la separación o divorcio le ha producido un desequilibrio económico, en relación a la posición del otro, que implique empeoramiento de su situación durante el matrimonio. Nos encontramos, por tanto, ante una norma de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer, y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, no pudiendo de hecho y jurídicamente confundirse con la prestación de alimentos (SSTS de 2 de diciembre de 1987 y 20 de junio de 1988). Aunque el matrimonio se

celebró en enero de 2003 y la demanda de separación se presentó en el mes de octubre de 2004, es lo cierto que la relación provenía del año de 1993, según se acredita con la documental relativa a las certificaciones censales de domicilio (empadronamiento) justificando que ya en los años 1997 y 1998 ella estuvo empadronada en el domicilio de él, las tarjetas de invitación de boda de los hijos de ella, siendo padrino él en la de Belén y constando como marido de su madre (la aquí demandada) en la de la hija Carmen (fecha 14 de octubre de 1995 y 1 de junio de 1996), domiciliación de recibos de pólizas en las que constan desde 2001 a 2003 los domicilios de ambos, así como con la práctica de la testifical, destacando como esclarecedora la de la hija Belén

en su relato de la relación de su madre con el actor. Todo ello, debemos ponerlo en relación con el tiempo de duración del matrimonio, para con-

cluir en el sentido de que consideramos conforme a derecho la fijación de la pensión compensatoria que se establece.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Esta Sala no puede por más que confirmar íntegramente el mantenimiento de la pensión compensatoria, pues el desequilibrio sigue existiendo, pese a la conducta del ex esposo que se coloca voluntariamente en una situación laboral de excedencia, porque es evidente que si puede permitírsele es porque dispone de otros ingresos al margen de los conocidos que le permitirán cuanto menos subsistir.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda

Por la dirección letrada de la parte recurrente se impugna el pronunciamiento de la sentencia de instancia que mantiene la pensión compensatoria establecida con ocasión del convenio que reguló los efectos de su separación, en fecha 15 de septiembre de 1998, por importe de 40.000 pesetas. Esa misma sentencia ha extinguido la pensión alimenticia establecida a favor de su hijo David, nacido el 13 de febrero de 1983.

Pues bien examinados los hechos que resultan acreditados en autos, y los razonamientos que a los mismos aplica la sentencia de instancia, esta Sala

no puede por más que confirmar íntegramente los mismos, pues el desequilibrio sigue existiendo, pese a la conducta del recurrente que se coloca voluntariamente en una situación laboral de excedencia, porque es evidente que si puede permitírsele —sin necesidad de acudir al sistema de la seguridad social que le prestaría cobertura—, es porque dispone de otros ingresos al margen de los conocidos que le permitirán cuanto menos subsistir, por lo demás los ingresos de la preceptora de la pensión ya existían al tiempo de firmar el convenio, por lo que ninguna modificación puede alegarse en este sentido.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Concesión de una pensión compensatoria durante dos años ya que la esposa ha tenido posibilidades de trabajar y ha desechado los empleos que surgían.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Mascaro Lazcano

Todo ello porque la esposa, doctora en farmacia, además de pertenecer durante varios años al departamento de historia de la Facultad, administró una Para-Farmacia propiedad del matrimonio, establecida *ex profeso* para que ella trabajara, desempeñó otros trabajos que constan en autos y, en definitiva, tuvo posibilidades que desechó,

de obtener una situación profesional estable, no acreditándose ni siquiera, que se interesase o aceptase concretas ofertas para trabajar en oficinas de farmacia que obran en el procedimiento, por lo que incluso, consideramos generosa la concesión que vamos a efectuar, a la vista de lo dicho.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Debe entenderse que existe convivencia marital en todos aquellos casos de parejas, que habitando cada uno en su propio domicilio o que comparten vivienda sólo durante algunos determinados días, gocen de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enric Anglada Fors

Planteada así nuevamente la problemática litigiosa en esta alzada, es de reseñar que el Tribunal, acorde con lo indicado por la Juez *a quo* y abundando en su acertada tesis, estima, frente a los argumentos revocatorios vertidos por la apelante en el escrito motivado de su recurso, que aquélla no ha interpretado erróneamente la normativa aplicable al caso, ni ha incurrido en error en la valoración de los medios probatorios obrantes en las actuaciones, de cuya apreciación conjunta se desprende de forma palmaria que existió, al menos durante unos meses, convivencia marital entre la demandada y el Sr. Ángel Daniel —es jurídicamente irrelevante si en el momento actual la misma continúa o no vigente—, pues, además de la testifical llevada a cabo —que puede resultar más o menos «apasionada»— y la falta de deposición del hijo Gerard —que se trasladó a vivir unos meses con su madre—, quien en el acto de la vista manifestó que «no quiere contestar a las preguntas porque no quiere enfrentarse con sus padres» (*vide* folio 170) —lo cual es harto significativo acerca del conflicto de lealtades en que se encontraba inmerso—, existe prueba documental —certificado de empadronamiento y contrato de alquiler (folios 114, 116, 117 y 118)— que acredita que el indicado Sr. Ángel Daniel causó baja del padrón de habitantes de Santa Coloma de Farnés el día 18 de febrero de 2004 para pasar a residir a Lloret de Mar, en donde no consta que tuviere domicilio propio hasta el día 13 de mayo de 2004, en que, coincidiendo con el deseo del hijo Gerard de ir a convivir con su madre, arrienda aquél una vivienda en el mismo edificio y rellano en el que venía morando la hoy apelante, quien en un principio, en el escrito de contestación a la demanda, calificó la relación existente entre ella y el Sr. Ángel Daniel como de simple amistad, de haberse conocido en el vecindario (*vide* folio 93),

para luego, en el acto de la vista, reconocer que se habían conocido en un baile y que su relación era propiamente de noviazgo, todo lo cual, unido al informe de detectives aportado (folios 17 al 77), evidencia que entre la demandada Sra. Trinidad y el Sr. Ángel Daniel existe, o cuando menos existió, una relación afectiva de pareja, incardinable en el concepto de «convivencia marital», que como causa de extinción de la pensión compensatoria contempla el artículo 86.1.b) del Codi de Família.

Sentado lo anterior, la Sala, frente al rigorismo exigido antaño y atendida a la realidad social del momento —artículo 3 del CC—, estima preciso constatar y puntualizar que en la sociedad actual, en que existen distintos tipos y modelos de convivencia, la «convivencia marital» a que hace referencia el mentado precepto del Codi de Família, debe entenderse como toda aquélla en que se dé una relación sentimental de pareja con visos de cierta estabilidad, sin necesidad de convivir de forma permanente y menos en la misma vivienda, toda vez que lo que debe prevalecer y tomarse en consideración para conceptuar la convivencia como «marital», no es el mero hecho de residir siempre juntos los dos miembros de la pareja, sino la existencia de una relación afectiva o sentimental entre ambos, es decir, la voluntad de éstos de ser o de constituir una pareja estable, lo cual acontece, en todos aquellos casos de parejas, en que habitando cada uno de los componentes de la misma en su propio domicilio o en que comparten vivienda sólo durante algunos determinados días, gocen de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se esgrime en el recurso de apelación que cuando el demandado llegue a la edad de jubilación pasa a cobrar exclusivamente la pensión de jubilación de la Seguridad Social, pero las sentencias deben dictarse en base a las circunstancias concurrentes y no en hechos futuros, aunque haya muchas posibilidades de que vayan a acontecer.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Chamorro Valdés

La dirección letrada de don José Luis se alzó contra la sentencia de instancia en materia de pensión compensatoria reclamando que se declare que no ha lugar a la misma a favor de la actora junto con lo demás que en Derecho proceda, mientras que la dirección letrada de doña Fátima pidió la confirmación de la sentencia con expresa imposición de costas al recurrente.

Para el análisis de la cuestión suscitada hay que tener en cuenta que el artículo 97 del Código Civil no configura el derecho de pensión compensatoria con carácter automático e indiscriminado, sino sobre la base de la confluencia, imprescindible, de una doble condición comparativa, afectante la primera a la inferioridad en que el cónyuge reclamante se encuentra, a consecuencia de la separación o el divorcio, en relación con su anterior situación en el matrimonio mientras que la segunda hace referencia a la menor capacidad económica de dicho litigante en relación con el superior estatus de su consorte.

El demandado don José Luis se encuentra en situación de prejubilación recibiendo una cantidad mensual de aproximadamente 2.455 euros en la que se incluye la prestación por desempleo, tal como ponen de manifiesto los documentos acompañados al escrito rector del proceso que obran del folio 63 al 70 y los documentos que figuran del folio 228 al 234 ambos inclusive, además para definir su situación económica hay que señalar que recibió una indemnización de 61.399,82 euros íntegros, tal como se admite en la contestación (documento que obra al folio 174). La demandante es economista, está colegiada como abogada en el ICAM desde el año 1991 y además colabora en una ONG; en la demanda (hecho octavo) se admite que realiza

trabajos esporádicos para el ICAM, pero de la abundante documentación tributaria (documentos que obran del folio 180 al 226) y de los documentos procedentes del Ilustre Colegio de Abogados citado (documentos que obran a los folios 71 y 227) no se desprende que doña Fátima tenga ingresos significativos, debiendo destacarse la respuesta del demandado en el interrogatorio (folio 252) acerca de los ingresos de la demandante por su actividad como abogada.

Así pues la estabilidad económica del demandado contrasta con la situación económica de la demandante, por lo que concurren los requisitos para la pensión compensatoria antes señalados.

Es cierto que a la demandante en la liquidación de la sociedad de gananciales se le adjudican dos viviendas y tres plazas de garaje (una de ellas concesión administrativa), pero al demandado se le adjudican dos viviendas y ambos litigantes pueden obtener rentabilidad de los inmuebles que no ocupan. Es decir que la liquidación de la sociedad de gananciales no puede servir para acoger la pretensión supresora de la parte apelante dada la distribución igualatoria del haber ganancial que realiza mientras no se declare lo contrario; así según la escritura de liquidación citada (folios 115 a 143 ambos inclusive) cada litigante recibió en pleno dominio bienes por un valor neto de 111.598,74 euros (folios 136 y 137).

Se esgrime en el recurso de apelación que cuando el demandado llegue a la edad de jubilación pasa a cobrar exclusivamente la pensión de jubilación de la Seguridad Social, pero las sentencias deben dictarse en base a las circunstancias concurrentes y no en hechos futuros, aunque haya muchas posibilidades de que vayan a acontecer.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No se aprecia la existencia del presupuesto necesario para la concesión de la pensión compensatoria por cuanto la esposa también ha participado en el negocio de despacho de pan que se venía realizando en el inmueble propiedad de su padre, que reportaba unos considerables ingresos, y para cuyo cierre, no se encuentra explicación racional alguna, de manera que la fuente de recursos que le ha de generar sus propios bienes y la cuantía de éstos, hace inatendible la solicitud que ahora se formula.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Se cuestiona la pensión compensatoria denegada en la primera instancia a la esposa.

Y al respecto hay que señalar que de la interpretación del párrafo primero del artículo 97 del CC..., se deduce el sentido de que la pensión compensatoria está encaminada a conservar por parte del cónyuge más desfavorecido, el nivel de vida del que éste gozaba durante el matrimonio. No se trata de una pensión alimenticia en sentido estricto; sin embargo, de alguna manera se aproxima a los alimentos, ya que los criterios de determinación que se ofrecen al Juez se basan en no pequeña medida, en circunstancias que se refieren a las necesidades de uno y otro cónyuge.

De esta forma el cónyuge que tiene derecho a pensión ha de estar desfavorecido al ser su posición posterior al matrimonio considerablemente inferior a la que gozaba durante el mismo, siendo razonable que se reciba pensión por quien la necesite y mientras se necesite.

Con tales parámetros legales y normativos en la sentencia apelada se resuelve denegar la pensión compensatoria, cuya pretensión ahora se reitera razonándose en la primera instancia de forma procedente al parecer de la sala, conforme a derecho y a las circunstancias acreditadas del caso.

Allí se argumenta que el matrimonio formado por los ahora litigantes explota desde hace 20 años un negocio de distribución y venta de productos de panadería que ha generado cuantiosos beneficios económicos.

Sin duda la prueba practicada en los autos evidencia que la ahora recurrente ha contribuido con su trabajo personal a la explotación conjunta del negocio, aunque no en igual medida que el esposo, pues se dedicó también al cuidado de la familia, reconociendo que ha contribuido al despacho de pan y a la realización de algunas funciones dentro de la empresa, gozando siempre de acceso al dinero del matrimonio.

Se constata en los autos que, siendo el régimen económico del matrimonio el de la sociedad legal de gananciales, en la declaración de la renta del año 2004 el esposo reseñó un saldo neto de rendimiento de 46.072,97 euros con un patrimonio de bienes de naturaleza rústica de 42.912,26 euros y con bienes y derechos declarados por un valor de 172.525,53 euros, con una base imponible de 1.111.579,63 euros. En aquella misma declaración del año 2004, la esposa ahora apelante reseñó un rendimiento neto de 12.046,26 euros declarando también como patrimonio bienes y derechos por valor de 144.871,41 euros y con una base imponible de 1.111.275,27 euros.

Estos datos hablan de la cuantía del patrimonio de los esposos y los documentos de la banca privada acreditan el importe de los títulos valores de los mismos y según se documenta al folio 339 y 330 de los autos las cuentas del Banco popular está aperturadas en cuanto a su forma de disposición con carácter mancomunado de los dos interesados.

De esta forma, no se aprecia la existencia del presupuesto necesario para la concesión de la pensión compensatoria por cuanto la esposa, a quien se ha atribuido la vivienda familiar, también ha participado del negocio familiar, y más en concreto del despacho de pan que se venía realizando en el inmueble propiedad de su padre, que reportaba unos considerables ingresos, y para cuyo cierre, no se encuentra explicación racional alguna, de manera que la fuente de recursos que le ha de generar sus propios bienes y la cuantía de éstos, hace inatendible la solicitud que ahora se formula, y todo ello al margen de su participación en la sociedad empresarial y del resultado de la liquidación del haber ganancial, significando en todo caso que la pensión compensatoria no es un mecanismo igualatorio de economías dispares, por lo que no cabe sino con la confirmación de la sentencia recurrida, desestimar el recurso que así se plantea.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Cuando ambos tienen medios suficientes para atender a sus propias necesidades no surge el derecho a una pensión compensatoria, por lo que no se dan en el caso de autos los requisitos para su establecimiento.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España

Con la pensión compensatoria se pretende, en cierta medida, perpetuar tras la ruptura de la convivencia conyugal la situación económica habida durante la misma. Por ello, para valorar el empeoramiento a que hace referencia el Código, debemos comparar el *status* económico del matrimonio con la situación económica del cónyuge que pide la pensión.

Pero, en cualquier caso, hay que tener en cuenta, que la mayor parte de las separaciones y los divorcios tienen una incidencia negativa en la economía de ambos cónyuges y es imposible equilibrar aritméticamente la situación de ambos con la tenida en período de convivencia; por ello, la mayoría de la doctrina, al hilo de lo que antecede, afirma que el reequilibrio no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de ambos, sino hallarse cada uno de ellos, de forma autónoma, en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes o capacidades para generar recursos económicos.

Y si ambas partes trabajan, o tienen ingresos, la pensión compensatoria no es un instituto jurídico equiparador de economías dispares, ya que el equilibrio se da si ambas partes perciben ingresos con cuyo producto pueden subvenir cada uno de ellos a sus propias necesidades, y conforme a las propias actitudes y capacidades para generarlos, no entrando en juego el artículo 97 del CC. Cupiendo decir que al caso le sería de aplicación la doctrina jurisprudencial existente, constante y pacífica desde junio de 1985 que dice: «contando ambos cónyuges con los ingresos que les proporcionan sus respectivos trabajos, no hay motivo para estimar que la separación haya de producir desequilibrio económico en ninguno de ellos por lo que no es de aplicación el artículo 97 del CC».

En armonía con mayoritarias corrientes interpretación judicial y doctrinal, viene manteniendo

esta Sala que el derecho que contempla el artículo 97 del Código Civil no se configura, a través de tal regulación legal, como un instrumento de indiscriminada nivelación, o al menos aproximación, de las dispares economías de uno y otro cónyuge que, latente durante el matrimonio, haya de activarse automáticamente al surgir la crisis convivencial de aquéllos, en su sometimiento a la regulación judicial.

En efecto, las propias circunstancias que recoge, *ad exemplum*, dicho precepto en orden a la cuantificación del derecho analizado vienen a excluir, de modo palmario, la idea de equiparación pecuniaria que late en el fondo del planteamiento de la demandante, según es de ver por la mera lectura del escrito rector del procedimiento. Pero es lo cierto que tampoco una mera divergencia económica puede determinar, en todo caso y cualesquiera que sean los factores concurrentes, el reconocimiento judicial del derecho aun sin matemática nivelación de los recursos de que han de disfrutar en el futuro cada uno de los litigantes.

Así, la figura examinada se asienta en obvios principios de solidaridad pos conyugal, en el sentido de constituirse en una ayuda económica al cónyuge más desfavorecido a los efectos de satisfacer de modo autónomo y en un futuro más o menos próximo sus propias necesidades, lo que hace excluir injustificadas dependencias indefinidas del otro consorte.

Pero cuando ambos tienen medios suficientes para atender a sus propias necesidades no surge el derecho a una pensión compensatoria, por lo que no se dan en el caso de autos los requisitos para su establecimiento.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Respecto de los motivos formales procede su desestimación en la medida en que la pensión compensatoria no sólo se solicitó explícitamente en el expediente de medidas previas, y así consta expresamente rechazado en el auto que puso fin al procedimiento, sino que se reprodujo al ordinal noveno, punto seis, de la demanda. Si bien se le podría tildar de falta de claridad a la petición ninguna duda cabe de que ésta se sometió al debate público y contradictorio del proceso civil.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda

Se opone al establecimiento de una pensión compensatoria a favor de su esposa por razones formales y materiales, las primeras residenciadas en su falta de petición expresa en el escrito de demanda y las segundas en la improcedencia de su establecimiento por no existir el desequilibrio a que se refiere el artículo 97 del Código Civil que se erige en presupuesto fáctico de su concesión.

Pues bien, respecto de los motivos formales procede su desestimación en la medida en que no sólo se solicitó explícitamente en el expediente de medidas previas, y así consta expresamente rechazado en el auto que puso fin al procedimiento, sino que se reprodujo al ordinal noveno punto seis, de la demanda. Si bien se le podría tildar de falta de claridad a la petición ninguna duda cabe de que ésta se sometió al debate público y contradictorio del proceso civil, en el que la recurrente conoció la petición y se defendió de ésta, no pudiendo alegar indefensión. En consecuencia, procede la desestimación.

En cuanto a los motivos de fondo, la Sala considera fuera de duda la procedencia de la pensión compensatoria en la medida en que no consta negada la convivencia anterior al matrimonio y desde el año 1989 de las partes y la dedicación de ésta a los hijos, lo que unido a la dedicación futura que va a tener que desempeñar a ellos, habida cuenta de que Pablo y Rubén nacieron el 14 de febrero de 1993, y los distintos ingresos que poseen ambos, pues frente a los alrededor de mil quinientos euros que percibe él, ella percibe la pensión de jubilación francesa que importa 716 euros, además de lo que necesariamente deberá obtener a través de la búsqueda de un trabajo compatible con su edad —la cual se desconoce—, cualificación profesional —que también se desconoce— y estado de salud. Reflejando ambos conceptos un desequilibrio indemnizable a través de la pensión compensatoria que ello no obstante deberá limitarse en atención al período de convivencia y a la futura dedicación a los hijos a cinco años, a contar desde la fecha de la presente resolución.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Elementales principios de seguridad jurídica, en cuanto dimanantes del de cosa juzgada, impiden esgrimir, y aceptar judicialmente, el mero transcurso de los años como causa extintiva de un derecho que nació sin límite alguno en tal entorno, pues ello supondría no sólo la elusión de una sentencia firme, sino también de las previsiones del artículo 101 del Código Civil, que sólo admite como circunstancias determinantes del cese de la pensión la desaparición de la causa que motivó su reconocimiento, el nuevo matrimonio del beneficiario o su convivencia marital con persona distinta de quien fue su cónyuge.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España

Aunque en principio podría compartirse la tesis expuesta por la dirección Letrada de don Antonio,

tanto en su escrito de demanda, como en el acto de la vista del recurso, en orden a la consideración

doctrinal, asumida de modo casi unánime por Juzgados y Tribunales, del derecho de pensión del artículo 97 del Código Civil como ajeno, en términos generales, a una idea de perpetuidad, máxime en aquellas hipótesis de escasa duración de la convivencia matrimonial, lo que determina el posible reconocimiento judicial del mismo con un límite temporal apriorístico en múltiples ocasiones, como así lo viene asumiendo esta Sala, no puede, sin embargo, olvidarse la perspectiva sustantiva y procesal en que ha de desenvolverse la problemática hoy suscitada, en cuanto condicionada, de modo ineludible, por las prescripciones de los artículos 90, 91, *in fine* y 101 del Código Civil, en su conexión con el apartado 8 de la disposición adicional 6.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

Y en efecto, aunque la convivencia matrimonial de los hoy litigantes duró desde la fecha del matrimonio, el 12 de julio de 1986 hasta el 2 de septiembre de 2002, es decir, 16 años, es lo cierto que la sentencia que declaró su separación, en el año 2002, sancionó el referido derecho de modo incondicional, cayendo dicho pronunciamiento, por la firmeza de aquella resolución, en autoridad de cosa juzgada. En consecuencia, no puede ahora entrarse en una

nueva valoración de la situación preexistente, en orden a la extinción, por el mero lapso de tiempo transcurrido, de lo que nació sin otros condicionantes de modificación o cese que los legalmente consagrados en los artículos 100 y 101 del Código Civil, que no permiten, en modo alguno, la revisión del anterior pronunciamiento, en tanto no se hayan alterado sustancialmente los factores que entonces lo condicionaron, en cuyo ámbito no puede encuadrarse el solo devenir del tiempo.

Sobre dichas bases, elementales principios de seguridad jurídica, en cuanto dimanantes del de cosa juzgada, impiden esgrimir, y aceptar judicialmente, el mero transcurso de los años como causa extintiva de un derecho que nació sin límite alguno en tal entorno, pues ello supondría no sólo la elusión de una sentencia firme, sino también de las previsiones del artículo 101 del Código Civil, que sólo admite como circunstancias determinantes del cese de la pensión la desaparición de la causa que motivó su reconocimiento, el nuevo matrimonio del beneficiario o su convivencia marital con persona distinta de quien fue su cónyuge.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Las sentencias deben basarse en las circunstancias concurrentes y no en futuras, aunque haya muchas posibilidades de que vayan a acontecer, por ello no puede ser considerada ahora la posible recepción futura por la demandada de una pensión SOVI y esta afirmación no obsta, desde luego, a la modificación de la pensión compensatoria en el futuro.

AP MADRID, SEC. 22.^a, SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

El demandante don Joaquín se encuentra jubilado, habiendo admitido en el interrogatorio que recibe 950 euros en 14 pagas, mientras que la demandada doña Mariana carece de ingresos y en la época de dictarse la sentencia que nos ocupa no era beneficiaria de prestación de desempleo, tal como pone de manifiesto el documento acompañado a la contestación que obra al folio 46, así pues es notorio que concurren los requisitos de la pensión compensatoria y la contienda en esta alzada sobre esta medida se limita a la cuantía y duración de la misma.

Y teniendo en cuenta: la duración del matrimonio que se celebró el 6 de octubre de 1965, la edad de la beneficiaria que nació el tres de marzo

de 1942, su dedicación a la familia admitida por el demandante en el interrogatorio, su limitada experiencia profesional, así el informe de vida laboral acompañado a la contestación fechado el 6 de octubre de 2005 acredita que doña Mariana dejó su actividad laboral inmediatamente antes de contraer matrimonio y que después de celebrarse únicamente ha estado de alta en la Seguridad Social un día, su carencia de cualificación profesional, que ésta tiene atribuido el uso de la vivienda y ajuar familiar hasta la liquidación de la sociedad económica conyugal, la situación económica de ambos litigantes antes referida y que el demandante con sus ingresos tiene también que atender a sus necesidades y hacer frente al endeudamiento contraído,

hay que concluir que la cantidad fijada en concepto de pensión compensatoria no vulnera por defecto los parámetros del artículo 97 del Código Civil y la pretensión de incremento de la parte apelante debe ser rechazada. Y en este punto hay que precisar que la situación económica de la hija del matrimonio no constituye uno de los parámetros del citado precepto.

La pensión compensatoria tiene como finalidad colocar al beneficiario en una situación de potencial igualdad de oportunidades a las que habría tenido de no haber mediado el vínculo matrimonial, por lo que en determinadas circunstancias como breve duración del matrimonio, juventud del beneficiario o especial cualificación profesional de éste es posible limitar *a priori* la pensión compensatoria, pero ninguna de estas circunstancias concurren en el caso enjuiciado: el matrimonio ha tenido

larga duración, la demandada tenía 64 años cuando se dictó la sentencia que nos ocupa y carece de cualificación profesional.

Por lo tanto no hay motivo para la limitación temporal de la pensión compensatoria y en este punto la pretensión revocatoria de la parte apelante debe ser estimada. Las sentencias deben basarse en las circunstancias concurrentes y no en futuras, aunque haya muchas posibilidades de que vayan a acontecer, por ello no puede ser considerada ahora la posible recepción futura por la demandada de una pensión SOVI y esta afirmación no obsta, desde luego, a la modificación de la pensión compensatoria en el futuro cuando concurren los requisitos recogidos en el artículo 100 del Código Civil o incluso a su extinción cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 101 del Código Civil.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Si bien es cierto que se encuentra en una situación relativamente favorable para su inserción en el mercado laboral, no ha logrado obtener un puesto de trabajo o unas expectativas mínimamente positivas durante el plazo de dos años inicialmente decretado con motivo de la Sentencia de separación, sin que ello quepa imputarlo a pasividad o desidia por su parte, apareciendo por tanto justificada la excepcional prolongación durante un año más de la pensión compensatoria.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Rubio Sánchez

La representación procesal de don Jorge solicita la revocación de la Sentencia de instancia y que, en su lugar, se dicte por la Sala una nueva resolución por la que se estimen íntegramente los pedimentos de su demanda. En concreto, discrepa sobre lo decretado por el Juzgador *a quo* respecto de la pensión compensatoria, interesando su extinción al haber transcurrido el plazo de dos años acordado en su día en la Sentencia de separación, dictada el día 18 de mayo de 2004 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Badajoz, y considerar que no concurren los requisitos previstos para su concesión o vigencia en el artículo 97 del Código Penal.

La representación procesal de doña Ana María y el MINISTERIO FISCAL han mostrado su oposición al Recurso de Apelación, solicitando la íntegra confirmación de la Sentencia impugnada.

No se aportan por el apelante razones que permitan refutar la Sentencia de instancia, toda

vez que los argumentos que se exponen en su escrito de formalización del Recurso de Apelación, incluidas las alusiones a la doctrina de la jurisprudencia menor son perfectamente compatibles con el prudente criterio adoptado por el Juzgador *a quo* a la hora de conjugar lo dispuesto en el invocado artículo 97 del Código Penal y las concretas circunstancias que concurren el en presente supuesto, donde la Sra. Ana María, si bien es cierto que se encuentra en una situación relativamente favorable para su inserción en el mercado laboral, no ha logrado obtener un puesto de trabajo o unas expectativas mínimamente positivas durante el plazo de dos años inicialmente decretado con motivo de la Sentencia de separación, sin que ello quepa imputarlo a pasividad o desidia por su parte, apareciendo por tanto justificada la excepcional prolongación durante un año más de la pensión compensatoria por las razones y en los términos

acordados en la Sentencia objeto de la presente apelación. En este orden de cosas y por razones de economía y celeridad procesal, no resulta preciso tener en cuenta el documento aportado por la parte apelada junto a sus escrito de oposición al Recurso de Apelación, al existir suficientes elementos a valorar a tal efecto en las actuaciones elevadas ante este Tribunal *ad quem*.

En definitiva, la prórroga de la pensión compensatoria durante un año contribuye a mantener el deseable equilibrio entre las partes, teniendo la

parte apelada una nueva oportunidad de obtener unas favorables perspectivas laborales, para lo cual habrá de poner especial celo dada la naturaleza temporal de la pensión compensatoria y el meritado carácter excepcional de la citada medida acordada que constituye el epicentro de la presente apelación.

Por cuanto antecede y dando por reproducida su fundamentación jurídica, procede la íntegra confirmación de la Sentencia apelada por estar plenamente ajustada a Derecho.

CONVENIO REGULADOR

Ineficacia jurídica de la cláusula de un convenio, no ratificado ni homologado judicialmente, en la que se pactaba que un inmueble sería adjudicado al esposo: no se especifica el título que fundamenta la adjudicación, ni aparece razón ni contraprestación, por lo que el contrato es ineficaz al carecer de causa. Lo pactado en convenio regulador ha de interpretarse como un acuerdo en que todas las cláusulas tienen sentido en su conjunto y no aisladamente consideradas, no siendo ejecutable una cláusula aislada a no ser que lo acordado tenga por sí mismo entidad como un contrato independiente y autónomo.

AP TARRAGONA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª del Pilar Aguilar Vallino

Que la sentencia recurrida contiene la siguiente parte dispositiva: «Estimo íntegramente la demanda formulada por Valentín contra Esperanza, condenando a la demandada a otorgar escritura pública de adjudicación a favor del actor en la mitad indivisa propiedad de la demandada de la finca registral núm. NÚMoo0, inscrita al folio NÚMoo1, libro NÚMoo2 de San Carlos de la Rápita, Folio 77 del Registro de la Propiedad de Amposta núm. 1. Todo ello, con condena a la demandada al pago de las costas procesales causadas en esta instancia».

Se pide el cumplimiento de la cláusula séptima del convenio de separación suscrito por los cónyuges y otorgado en Escritura Pública de 8 octubre 1998, aportada como documento 3 bis de la demanda que, con relación a un chalet propiedad de ambos, establece en su párrafo 2.º «dicho inmueble que se encuentra gravado con una hipoteca será adjudicado en escritura pública a don Valentín o quien éste designe, que se hará cargo en exclusiva del pago de la totalidad de la hipoteca, mediante subrogación, así como todos los gastos derivados de la misma con total indemnidad para la Sra. Esperanza».

El actor presentó demanda de separación de mutuo acuerdo, en la que pidió la homologación del convenio, a lo que la esposa se opuso por no estar de acuerdo con lo pactado al haber cambiado las circunstancias. La Sentencia de separación contenciosa de fecha 11 de junio de 2001, en su fundamento de derecho tercero, señala la improcedencia de aprobar el convenio de separación. Tampoco se incorporó al proceso de divorcio terminado por Sentencia de 26 enero 2004.

La sentencia apelada concluye la plena eficacia de lo pactado en el convenio y en concreto de la cláusula 7.ª, basándose en que se trata de una cuestión pactada exclusivamente patrimonial, y ordena que la mitad indivisa sea adjudicada en escritura pública al esposo actor pronunciamiento impugnado en este recurso.

Se plantea así, en primer lugar, la cuestión de la eficacia de una cláusula del convenio regulador de la separación matrimonial suscrito por los cónyuges que, a pesar de su otorgamiento fehaciente en Escritura, no ha sido asumido ni ratificado como regulación de la ruptura matrimonial.

Si bien es cierto que los pactos establecidos en el convenio regulador de la separación matrimonial

no pierden virtualidad por falta de ratificación, cuando no han sido homologados judicialmente, no tienen más trascendencia que acreditar la voluntad de las partes en un determinado momento sobre la forma de resolver la crisis matrimonial.

Respecto a la posibilidad de exigir el cumplimiento de uno de los pactos, ha de tomarse en consideración que lo pactado en un convenio regulador debe interpretarse como un acuerdo en el que todas las cláusulas tienen sentido y vigencia en su conjunto y no aisladamente consideradas, ya que pueden tener importantes interrelaciones entre ellas de manera que un pacto suponga contraprestación por otro.

No cabe pedir la eficacia y ejecutabilidad de una cláusula aislada del convenio que no llegó a cumplir su función propia que es regular las consecuencias de la crisis matrimonial y, en este sentido, con la tramitación de la separación contenciosa, quedó sin efecto; salvo el caso excepcional de que lo acordado tenga entidad por sí mismo como un contrato independiente y autónomo.

Al respecto, cabe indicar que los términos de dicha cláusula hacen inviable por sí solos cualquier pronunciamiento de transmisión en cuanto que no se especifica la clase de contrato que, como título, fundamenta la mencionada adjudicación: donación (*animus donandi*), compraventa (que exige un pre-

cio), división de comunidad (que requiere la compensación correspondiente)... etc.; careciendo así de causa (artículo 1274 CC) al no aparecer razón ni contraprestación alguna. En este sentido, no se acomoda a lo dispuesto en el artículo 609 CC a efectos de adquisición de la propiedad, como pretende el demandante, porque no corresponde a ninguno de los contratos previstos legalmente.

Para la validez de los contratos el artículo 1261 CC exige la concurrencia de tres elementos: consentimiento, objeto y «causa de la obligación que se establezca»; quedando constituida la causa en los contratos sinalagmáticos por el dato objetivo del intercambio de prestaciones: falta este elemento en la cláusula aquí examinada, por lo que no puede atribuírsele el carácter de un negocio jurídico entre las partes que sólo tendría el convenio completo el caso de haber seguido los trámites precisos para cumplir su objetivo que era regular la ruptura matrimonial.

De conformidad con lo expuesto, la cláusula en que se fundamenta la demanda del convenio regulador de fecha 8 de octubre de 1998 no tiene eficacia jurídica alguna como fundamento de la pretensión ejercitada sobre su efectividad; en consecuencia, debe estimar el presente recurso con desestimación de la demanda.

CONVENIO REGULADOR

No habiéndose impugnado el convenio regulador de la separación suscrito por los cónyuges ni habiéndose modificado las circunstancias procede prorrogar sus efectos en el procedimiento de divorcio.

AP BARCELONA, SEC. 18.^a, SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Blasa Noblezas Negrillo

Nos encontramos en el caso con que las partes firmaron un convenio regulador de separación en fecha 22 de febrero de 2005, que fue protocolizado y en el cual el demandado se obligaba a pagar por el concepto de pensión alimenticia para sus dos hijos menores la cantidad de 825 euros y una pensión compensatoria para la esposa de 1252 euros; aquél cedería a ésta la mitad indivisa de la vivienda que fuera conyugal, y ésta se haría cargo de la cuota mensual del préstamo con garantía hipotecaria que la gravaba. El mismo día firmaron un convenio anexo en el cual se establecía que la pensión compensatoria referida lo sería para pagar tal préstamo,

con lo cual el pago de la pensión cesaría cuando se dejara de pagar el mismo. En la demanda origen de las presentes actuaciones, presentada diez meses después de la firma del convenio, el apelante manifiesta que fue engañado y que no había desequilibrio económico a su firma. Manifestaba que a 2003 ingresaba 1780 euros mes netos, y aportaba nóminas de los años 2004 y 2005 que nos dan el mismo salario neto (folios 46 y ss.). Dice asimismo que a la separación vivía con su madre y ahora paga un alquiler de 800 euros. Por su parte la demandada ha venido trabajando durante el matrimonio, salvo el período enero 1996 y agosto de 2001, per-

cibiendo en la actualidad unos 1.000 euros, según se desprende de los folios 129 y ss. No constan las circunstancias económicas de ésta a la separación. Pues bien, no podemos aceptar la pretensión que se examina, y ello por más que en un procedimiento de divorcio pueda examinarse el tema con independencia del procedimiento de separación al ser un procedimiento autónomo. Efectivamente no podemos obviar el convenio, modo de autorregulación de las partes de las medidas que afectan, y que por ende, plasman la voluntad de los mismos libremente efectuada cuyas consecuencias deben

asumir; y no constando en autos prueba alguna de que se haya producido un cambio en el aspecto económico del demandado respecto a la fecha del convenio de separación, repetimos, 10 meses antes de la de la interposición de la demanda de divorcio, no habiendo sido impugnado tal convenio ni su anexo, siendo por tanto válido a todos los efectos, continuando en definitiva el desequilibrio base de la pensión, y siendo así que la convivencia matrimonial tuvo una duración de 17 años, es por lo que sin necesidad de mayores argumentaciones debamos desestimar el recurso que se examina.

CONVENIO REGULADOR

En el procedimiento de modificación de medidas no puede dejarse sin efecto el pacto al que llegaron los cónyuges en el convenio regulador consistente en la renuncia a solicitar la división de cosa común o venta a favor de terceros y la obligación de mantener la situación de indivisión para que el domicilio sea en el futuro heredado por el hijo común. Sólo se podía analizar si se ha acreditado la variación de circunstancias de las partes, remitiendo al correspondiente juicio declarativo ordinario la petición de nulidad de un pacto del convenio.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña M.^a José Pérez Tormo

Reurre la Sra. Leticia la sentencia de primera instancia que considera incongruente, pues ha dejado sin efecto el pacto del convenio aprobado por sentencia de divorcio de fecha 21 de junio de 2004, en el que consta la renuncia a solicitar la división de cosa común o venta a favor de terceros, y se obligan las partes a mantener la situación de indivisión para que el domicilio que fue familiar sea en el futuro heredado por el hijo común, cuando en la demanda se había solicitado la nulidad del referido pacto. Considera asimismo incongruente el pronunciamiento de la sentencia que acuerda el límite temporal de ocho años a la atribución del uso de dicha vivienda a favor de la Sra. Leticia, que se mantiene, cuando en la demanda el actor no había solicitado la fijación de límite temporal alguno.

La congruencia de las sentencias, así como demás resoluciones judiciales, que, como un requisito de las mismas establece el artículo 218 LEC, se mide por el ajuste, o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo

que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida. Cuando la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y, por ende, del fundamental derecho de la defensa, pues la sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción y sólo en esos términos dialécticos es justo el proceso y justa la decisión que en él recae.

La determinación de si un órgano judicial ha incurrido o no, en incongruencia exige contrastar los escritos de demanda o recurso y oposición o impugnación con lo acordado en la sentencia, y se observa en el presente caso que efectivamente, como alega la recurrente, el actor en su demanda solicitó la nulidad de un determinado pacto del convenio aprobado por la anterior sentencia de divorcio, por lo que la sentencia hoy recurrida no podía «dejar sin efecto» el referido pacto, sino únicamente, ya que nos hallamos ante un procedimiento de modificación de efectos de sentencia por

cambio de circunstancias, analizar si se ha acreditado la variación de circunstancias de las partes, remitiendo al correspondiente juicio declarativo

ordinario la petición de nulidad de un pacto del convenio. Debe por tanto, estimarse este extremo del recurso.

CONVENIO REGULADOR

Ante la discrepancia que se observa en el convenio regulador de la separación en el pacto cuarto entre la cantidad de la pensión de alimentos fijada en letra y la consignada en número, debe prevalecer el importe escrito en letra, porque en efecto, es más difícil equivocarse al escribir una cantidad en letras que en números.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina

Plantea en primer lugar el recurrente la nulidad de las actuaciones procesales por no haberse dado traslado de la reconvencción implícita referida a la cuantía de la pensión de alimentos de dos hijos menores de edad; esta pretensión debe rechazarse de plano pues no cabe hablar de reconvencción cuando se trata de una petición relativa a una medida que el Juez puede adoptar de oficio, como se desprende del artículo 770.2.d), y además, la demandada no ha solicitado la fijación de una cuantía distinta a la que a su entender, se pactó en el convenio regulador de la separación.

Ante la discrepancia que se observa en el convenio regulador de la separación en el pacto cuarto

del convenio, entre la cantidad de la pensión de alimentos fijada en letra y la consignada en números, debe prevalecer el importe escrito en letras, porque en efecto, es más difícil equivocarse al escribir una cantidad en letras que en números, y además, es aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Cambiaria y del Cheque, de 16 de julio de 1985, que seguramente basándose en la apreciación de experiencia expresada anteriormente, da primacía a la cantidad expresada en letras; esta conclusión es además la que mejor responde al interés del menor; procede por todo ello la confirmación de la sentencia.

CONVENIO REGULADOR

En el ejercicio de su libertad negocial los cónyuges pactaron una pensión compensatoria «de por vida», lo cual es un primer obstáculo de entidad para acordar la extinción.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina

Establece el artículo 101 del Código Civil que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por el cese de la causa que lo motivó, es decir, por la desaparición del desequilibrio económico que fue su justificación; en el caso que hoy se somete a la decisión de la Sala, consta que los litigantes, en el ejercicio de su libertad negocial, pactaron una pensión compensatoria «de por vida» (folio 27), lo cual es un primer obstáculo de entidad para

acordar la extinción; además, y en relación con las alegaciones del actor en el escrito de apelación, no consta acreditación de la fecha de adquisición por la demandada de los inmuebles que dice el demandante, por lo que no constando que sea posterior a la fecha del convenio regulador, no puede admitirse esta alegación para justificar la mejora económica de la apelada.

CUESTIONES PROCESALES

Desde que el Juzgado de Familia acuerda la celebración de las medidas provisionales ya no procede la inhibición a favor del Juzgado de Violencia.

AP ALICANTE, SEC. 5.ª, AUTO DE 29 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Úbeda Mulero

De los criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género en 30 de noviembre y 1 y 2 de diciembre de 2005, dentro del Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, al tratar del referido a la inhibición del Juez civil en favor del Juez de violencia, existe coincidencia en aceptar la interpretación seguida por la Guía del Observatorio del Consejo General del Poder Judicial conforme a la cual debe interpretarse que si en el momento en que se recibe la inhibición remitida por el Juzgado especializado el proceso civil ya ha señalado la vista oral o la comparecencia para la ratificación del convenio de mutuo acuerdo, no procede aceptar la inhibición, puesto que sólo se consigue perjudicar a la mujer si se frustra el procedimiento civil cuando ya se haya celebrado cualquiera de esos dos acontecimientos procesales y aquella debe quedar a expensas de un futuro señalamiento del Juzgado especial. En consecuencia, si ya ha acontecido la resolución judicial civil fijando fecha, todo lo que suceda posteriormente incluida la ejecución civil (vía artículo 545.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) es competencia del

Juez civil, compartiéndose la opinión que la interpretación de la Guía es la más ajustada a la voluntad del legislador de buscar la agilidad en los procedimientos que afectan a la mujer y a sus hijos.

Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que en el presente supuesto, que tiene por objeto la adopción de medidas de trascendencia familiar comprendidas en el apartado 2 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se acordó la inhibición después de estar señalada e incluso celebrándose la vista judicial, previa admisión a trámite de demanda de medidas provisionales coetáneas a la de divorcio, debe resolverse el conflicto negativo de competencia, siguiendo el criterio establecido en nuestro auto de 31 de mayo de 2006, a favor del Juzgado civil que debió adoptar las medidas –teniendo en cuenta, además, su carácter provisional y urgente–, al que se remitirán las presentes actuaciones, todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 49 bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 87 ter.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificados por los artículos 57 y 44 la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

CUESTIONES PROCESALES

En el suplico de la demanda de divorcio se han de fijar expresamente las peticiones sobre los pronunciamientos que se instan: existe incorrección formal cuando en el suplico se hace remisión a lo solicitado «en el cuerpo del presente escrito».

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eugenio Santiago Dobarro Ramos

Por el padre apelante se ha formulado demanda de divorcio en cuyo suplico se dice textualmente: «admita el presente escrito, con la documentación adjunta y copias; tenga por interpuesta demanda de divorcio contra la demandada, y después de la tramitación correspondiente dicte sentencia

estimatoria de la demanda, fijando los efectos interesados en el hecho cuarto de la presente demanda». Y, así, tal inconcreción del suplico evidencia una clara incorrección formal, a juicio de este tribunal, por cuanto por esta Sección se estima, y en tal sentido la Sentencia 6 de noviem-

bre de 2006, que: «(...) no debe de olvidarse que la exigencia de congruencia de la resolución judicial (artículo 218 LEC), conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de resultar de la comparación de lo postulado en el suplico y los términos del fallo combatido, es decir, el enfrentamiento del fallo con el suplico de los escritos (entre otras, SSTs de 14 de julio de 1994; 22 de diciembre de 1999). Ello conlleva la exigencia de que los escritos de las partes recojan en su suplico la petición expresa del pronunciamiento resolutorio que pretenden del tribunal, de modo

preciso y conciso, que en palabras de los artículos 399 y 437 LEC se concreta en «se fijará con claridad y precisión» lo que se pida, por lo que debe de evitarse en los escritos inconcreciones en la petición final o suplico, como el hacer referencia a otro escrito o al «cuerpo del propio escrito» dado que el fallo del tribunal lo será en función de tal petición, y no le corresponde discriminar de las distintas alegaciones cuáles han de ser o no comprendidas en el fallo de resolución.

CUESTIONES PROCESALES

Cuando la parte actora solicitó la atribución del uso de la vivienda familiar y el demandado no se personó en autos y fue declarado en rebeldía, no procede que se atribuya el uso de la vivienda a ambos cónyuges por períodos alternativos de seis meses, ya que al no existir hijos menores, se trata de una medida de carácter dispositivo que no puede concederse si no hay petición de parte.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña M.^a José Pérez Tormo

Recorre el Sr. Bernardo el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que además, de la división de la cosa común referida al domicilio que fue en su día familiar, atribuye su uso y disfrute, y el de las plazas de aparcamiento y ajuar doméstico, a favor del demandado hoy recurrente por el plazo de seis meses y de forma sucesiva y alternativa, a la Sra. Rita por el mismo plazo, hasta que proceda a la división y liquidación del bien.

La Sra. Rita se opone al recurso y solicita su desestimación.

La Sra. Rita había solicitado en su demanda, además de la separación matrimonial, y posteriormente el divorcio, conforme posibilita la Ley 15/2005, se le atribuyera el uso y disfrute provisional del domicilio conyugal y con carácter subsidiario, no se hiciera atribución de tal uso a ninguna de las partes, por no darse interés más necesitado de protección.

El Sr. Bernardo no contestó en tiempo a la demanda, por lo que fue declarado en rebeldía, precluyendo por tanto el momento procesal en que podía haber hecho la petición que ahora solicita en su recurso referida a que a él se le atribuya el uso de la vivienda, por lo que no podía el Juzgador *a quo* atribuirle un uso del domicilio no solicitado,

pues al no haber hijos menores de las partes que precisen de especial protección, este pronunciamiento es de justicia rogada.

Ahora bien, en su recurso solicita el demandado que a él se atribuya el uso del domicilio y subsidiariamente, que se le atribuya hasta la efectiva división del patrimonio, pretensión que no puede ser considerada en esta alzada procedimental, al constituir una petición formulada *ex novo*, dado no ser aducida en la fase expositiva del proceso, lo que ha determinado la ausencia de contradicción o conformidad al respecto, lo que determina que deba quedar fuera del ámbito cognoscitivo del recurso de apelación, en base a las prescripciones del artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Sra. Rita se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la sentencia. Por tanto, y a pesar de que la sentencia recurrida ha optado por una solución insólita, que no suele ser frecuente y se vislumbra como fuente de conflictos entre las partes, pero esperando que tenga un corto tiempo de vigencia y procedan las partes a la liquidación el bien cuanto antes, no puede esta Sala revocarla atendiendo a las normas procesales de obligada observancia, al no poder acordar la petición del

recurrente, y haber solicitado la recurrida la confirmación de la sentencia, por lo que procede con-

firmar la sentencia, con desestimación del recurso planteado.

CUESTIONES PROCESALES

Cuando se solicita la reducción del importe de la pensión compensatoria, pero no su extinción ni limitación temporal, es incongruente la sentencia que establece tal limitación.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª José Pérez Tormo

La congruencia de las sentencias, así como demás resoluciones judiciales, que, como un requisito de las mismas establece el artículo 218 LEC, se mide por el ajuste, o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida. Cuando la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y, por ende, del fundamental derecho de la defensa, pues la sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción y sólo en esos

términos dialécticos es justo el proceso y justa la decisión que en él recae.

La determinación de si un órgano judicial ha incurrido o no, en incongruencia exige contrastar los escritos de demanda, contestación, recurso y oposición o impugnación con lo acordado en la sentencia, y se observa en el presente caso que el Sr. Vicente en su demanda solicitó, además del divorcio, la reducción del importe de la pensión compensatoria pactada en su día por las partes en convenio aprobado por sentencia de separación, sin que ninguna de las partes por tanto, instara ni la extinción, ni la fijación de un límite temporal, lo que hubiera posibilitado la fijación de temporalidad, pero tal solicitud no se planteó por ninguna de las partes de manera que efectivamente, tal como argumenta la parte recurrente, la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia, de manera que debe estimarse el recurso planteado.

CUESTIONES PROCESALES

Habiendo señalado el Juzgado de Familia día para la celebración del juicio, aunque con posterioridad se produzca un acto de violencia contra la mujer, mantendrá la competencia, ya que el interés preponderante es el de la rapidez en la resolución del litigio.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, AUTO DE 2 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco J. Carrillo Vinader

Se presentó demanda por la Sra. María para que se le atribuyera a ella la guarda y custodia de los dos hijos menores que tiene con el demandado, fijando un régimen de visitas a favor del padre y estableciendo una pensión de alimentos para los hijos a cargo del demandado.

El Juzgado de 1.ª Instancia número Tres admite a trámite la demanda, da traslado a la otra parte, que no la contesta, declarándolo en rebeldía, y señalando mediante providencia del día 9 de enero de 2007 la vista para el 12 de febrero siguiente. Antes, en la pieza de medidas provi-

sionales coetáneas, tiene noticias de que entre las partes ha existido una causa penal, y por ello dicta auto de fecha 8 de febrero de 2007 suspendiendo el señalamiento de la vista y acordando la inhibición de las actuaciones al Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Tales actuaciones tienen entrada en este Juzgado que mediante auto de fecha 6 de marzo rechaza la inhibición a su favor porque ya se había señalado día para la vista.

Recibida la causa en el Juzgado de 1.ª Instancia número Tres, se dicta providencia de fecha 14 de marzo planteando la cuestión negativa de competencia y remitiendo las actuaciones a esta Sala para su resolución.

En orden a determinar la competencia, el Juzgado de Familia sostiene que la existencia de una causa penal anterior entre las partes determina que ha de inhibirse a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, tal y como establece el artículo 49 bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por su parte, el Juzgado al que se remiten las actuaciones invoca el mismo precepto para sostener que no puede el Juzgado de Familia inhibirse a su favor porque ya ha dictado providencia señalado día para el juicio, y ello determina que conserve la competencia sobre la causa civil ante el abierta.

La lectura del mismo pone de relieve que el Juzgado de Familia no ha cumplido con la «verificación» de la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 87 ter de la LOPJ, pues sólo tiene la referencia de la demandante a una condena por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, pero no hay constancia de por qué hechos, ni si la responsabilidad penal está ya extinguida, pues en ese caso, conforme a lo establecido en al Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 18 de julio, en su apartado VI.B.2.a), ya no procedería la inhibición del Juzgado civil a favor del de Violencia sobre la Mujer.

Con independencia de lo anterior, lo realmente trascendente es si la excepción prevista en el propio artículo a la inhibición de oficio del Juzgado civil a favor del de Violencia sobre la Mujer, en concreto cuando establece «salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral», incluye o no el supuesto ahora examinado, en el que se ha señalado día para la celebración de la vista prevista en el artículo 440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sostiene el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que ello es así porque tal fue el acuerdo de la Junta de Jueces de Murcia de fecha 5 de julio de 2005 y fue el criterio defendido por

los Magistrados de las Audiencias Provinciales especializadas en Violencia de Género adoptado en el Seminario de Formación organizado por el Consejo General del Poder Judicial en Madrid, los días 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2005.

Efectivamente, en el citado Seminario se adoptó el siguiente acuerdo, en su apartado 11: 11.8. «El inicio de la fase de juicio oral», enunciado controvertido que contiene el artículo 49 bis.1) de la ley de Enjuiciamiento Civil, se entiende que se refiere a la fase de juicio oral del procedimiento civil; este momento inicial de la fase del juicio oral, coincide con el inicio de la comparecencia de medidas previas, de las medidas provisionales o, en su caso, de la vista del pleito principal.»

A la misma consecuencia, pero con mayor concreción, se llegó en el Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados, celebrado en Madrid, también organizado por el Consejo del Poder Judicial, los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005, donde como conclusión 11.1 se establecía: «1) La inhibición del juez civil en favor del juez de violencia, “salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral”. Existe coincidencia de criterio en que la interpretación seguida por la Guía del Observatorio del CGPJ conforme a la cual debe interpretarse que si en el momento en que se recibe la inhibición remitida por el JVM el proceso civil ya ha señalado la vista oral o la comparecencia para la ratificación del convenio de mutuo acuerdo no procede aceptar la inhibición. Puesto que sólo se consigue perjudicar a la mujer si se frustra el procedimiento civil cuando ya se haya celebrado cualquiera de esos dos acontecimientos procesales y aquélla debe quedar a expensas de un futuro señalamiento del JVM. En consecuencia, si ya ha acontecido la resolución judicial civil fijando fecha, todo lo que acontezca posteriormente, incluida la ejecución civil (vía artículo 545.1 LEC), es competencia del juez civil. Por ello se comparte la opinión que la interpretación de la Guía es la más ajustada a la voluntad del legislador de buscar la agilidad en los procedimientos que afectan a la mujer y a sus hijos».

Para añadir más adelante: «La Guía Práctica elaborada por el Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, designados por el Consejo General del Poder Judicial, considera que la referencia del artículo 57 de la nueva Ley (que introduce en la Ley de Enjuiciamiento Civil el artículo 49 bis) a la fase del juicio oral ha de entenderse aplicable al procedimiento civil, que no al penal. Por lo que

se concluye que, desde la providencia citando a juicio, no cabe la remisión al JVM.

El momento clave es la providencia citando a las partes a juicio civil. Se significa este momento como el referente a la expresión “salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral”, ya que hay que concretar este momento procesal de forma clara. Al menos, establecer un concreto criterio que transmita seguridad jurídica en estas situaciones y evite disparidad de criterios».

En el número 2 de dicha conclusión II vuelve a plantearse la cuestión y se resuelve en idénticos términos: «2) ¿Hasta qué momento de la tramitación del procedimiento en el Juzgado de 1.ª Instancia puede acordarse la remisión al juzgado de violencia? Dependerá de la solución que haya de darse al anterior problema. Si se entiende que la “fase de juicio oral” queda constreñida al proceso penal, parecería que la remisión ha de hacerse con independencia del estado de la tramitación en el Juzgado de 1.ª Instancia, ya que el artículo 49 bis.1 LEC dispone que se remitirán los autos “en el estado en que se hallen”. Igualmente el apartado número 3 de dicho precepto dispone que el JVM requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos tal órgano requirente, sin hacer matización alguna en orden al estado en que tal procedimiento se encuentre.

Pero la lógica jurídico-procesal ha de propiciar un criterio distinto, pues de asumirse la literalidad del precepto examinado llegaríamos a supuestos extremos, en los que ya se hubiese celebrado por el Juez civil la vista del pleito, que estaría pendiente tan sólo de sentencia, y ésta no puede ser dictada por un Juez distinto (artículo 194). Resultaría igualmente contraria a los más elementales principios de economía procesal la reiteración de todas las actuaciones ante el JVM.

Por lo cual, pero no por aplicación del artículo 49 bis en su referencia a la fase de juicio oral, ha de entenderse que una vez señalada la vista por

el Juez civil, ya no puede remitir las actuaciones al JVM. Entenderlo de otro modo implicaría la suspensión de la vista, por causa no contemplada en el artículo 188 del mismo texto legal.

Se entiende que debe seguirse el mismo criterio en el apartado 3.º y en el 1.º del artículo 49 bis LEC respecto a la interpretación de la fase juicio oral, por lo que el límite es la providencia citando a las partes al juicio civil».

También la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 18 de julio, en su apartado VI.B)3, establecía la solución de referir la fase de juicio oral al proceso civil, por la conveniencia de que el propio Juez que conoce del procedimiento sea el que dicte la sentencia, conforme a los principios de oralidad, concentración e inmediación establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, señalando como tal momento la vista prevista en el artículo 443 de la citada Ley.

Por lo tanto, el principio general en la nueva regulación es que las causas civiles relacionadas con causas penales que se instruyan en materia de violencia sobre la mujer, cuando hay identidad de los implicados en ambos, sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, esto es, que tales órganos judiciales tengan *vis atractiva* sobre ciertos procesos civiles, pues se les reconoce competencia exclusiva y excluyente, por su especialidad y por la necesidad de agilizar y tratar unitariamente los problemas que generan. Pero hay una excepción, la de que el Juzgado civil ya haya señalado día para la celebración del juicio, pues en tal caso, el interés preponderante es el de la rapidez en la resolución del litigio y que el propio Juez que ya conoce del asunto dicte la resolución de fondo.

De conformidad a lo antes dicho, debe resolverse la cuestión negativa de competencia a favor del Juzgado de Familia, que es quien ha de conocer del presente procedimiento civil.

CUESTIONES PROCESALES

No se admiten a trámite las medidas cautelares que se dirigen frente al esposo y a una sociedad mercantil (en la que aparecen como socios el esposo y sus hermanas), ya que si estas medidas tienen como finalidad asegurar un eventual pronunciamiento condenatorio en el proceso principal, en este caso, el fallo de la sentencia de separación afectará a los cónyuges litigantes y, en su caso, a los hijos menores de edad o incapaces, pero nunca podrá dicha sentencia condenar o realizar pronunciamientos contra una entidad mercantil que ni es, ni puede ser, parte en el procedimiento de separación matrimonial.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, AUTO DE 11 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Juana Calderón Martín

Se recurre por la Sra. Inmaculada el auto dictado en el proceso incidental de medidas cautelares coetáneas solicitadas con la demanda de separación matrimonial planteada por la recurrente contra su esposo, don Alfonso, codemandado en este incidente. La resolución apelada desestima la pretensión de la esposa, razonando que no se dan los requisitos exigidos por la Ley Procesal Civil para la adopción de medida cautelares, particularmente, el conocido como *periculum in mora*, la apariencia de buen derecho, y el ofrecimiento de caución que exige el artículo 728 de la LEC.

La apelante insiste en esta alzada, discrepando de lo expresado en el auto apelado, en que sí es posible adoptar las medidas solicitadas en el procedimiento de separación, y en la necesidad de aquéllas porque, según afirma, el esposo codemandado y sus hermanas están vendiendo a toda prisa los bienes de la sociedad MOVILANDIA S.L., que está en proceso de liquidación, para que, el resultado final sea de pérdidas y la esposa demandante se quede sin la parte ganancial de los beneficios que ha estado generado la empresa durante los años en que ha estado funcionando durante el matrimonio.

Por su parte, los apelados solicitan la confirmación de la resolución objeto de recurso, y hacen especial hincapié en que no son procedentes las medidas solicitadas en el marco de un proceso principal de separación, sino que, en todo caso, deberían adoptarse para asegurar la tutela judicial que derivaría del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, que todavía ni siquiera se ha iniciado, y además, aduce la apelada Movilandia SL, que ésta no tiene pleito pendiente con la actora, y por ello, no pueden adoptarse las medidas que se interesan frente a esta mercantil.

Pues bien, planteados resumidamente los términos del debate, la Sala, tras el examen de las alegaciones de las partes, entiende que el auto apelado debe ser confirmado en su integridad.

Se han solicitado unas medidas coetáneas a una demanda de separación matrimonial y se dirige la solicitud frente al esposo (el demandado en el proceso de separación) y frente a la sociedad Movilandia SL (entidad de la que es socio el marido de la solicitante y dos hermanas suyas). Este planteamiento resulta, ya desde el comienzo, ciertamente extraño porque si las medidas cautelares tienen como finalidad asegurar un eventual pronunciamiento condenatorio en el proceso principal, en este caso, el fallo de la sentencia de separación afectará a los cónyuges litigantes y, en su caso, a los hijos menores de edad o incapaces, pero nunca podrá dicha sentencia condenar o realizar pronunciamientos contra una entidad mercantil que ni es, ni puede ser, parte en el procedimiento de separación matrimonial.

En este sentido, el auto de esta misma Sección de fecha 16 de febrero de 2007, en el que se resolvía otro recurso de apelación que formuló la Sra. Inmaculada contra la resolución del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Almendralejo que desestimó la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda instadas por la hoy apelante, rechazaba los argumentos de la resolución apelada en relación con la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario que se apreció en la primera instancia, señalando lo siguiente: «... siendo lo relevante, en cualquier caso, que toda medida cautelar tiene naturaleza accesoria al presuponer la existencia de una pretensión principal (artículo 731) y que se establece con carácter general que se pueden acordar las que recaigan sobre bienes y derechos del demandado y las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretende en el proceso, siendo la finalidad de las mismas meramente asegurativa de la futura materialización de la resolución judicial que recaiga en el proceso principal, cuya efectividad es la que se protege y no su ejecución propiamente dicha (artículo 726),

por lo que es manifiesto que la relación jurídica en dicho proceso incidental ha de ser la misma que la de la demanda principal como consecuencia de la accesoriedad regulada en el precitado artículo 731 de la Ley...». Es claro, por tanto, que no cabe adoptar medidas cautelares contra Movilandia SL en el seno de un proceso de separación instado por la esposa de uno de sus socios, porque la mercantil no tiene legitimación procesal para ser parte en el proceso al que necesariamente tiene que estar vinculada la solicitud de medidas cautelares.

Y tampoco procede la adopción de las medidas interesadas contra el Sr. Alfonso, pues en la separación, el mentado Sr. Alfonso es parte demandada en su condición de cónyuge de la demandante, pero no en su calidad de socio o partícipe de una sociedad mercantil, por más que resulte ser dueño de una parte de las participaciones o acciones de tal sociedad.

En contra de lo que sostiene el recurrente, el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales sí tiene naturaleza claramente distinta al de separación. La liquidación es consecuencia de la disolución del citado régimen económico-matrimonial que se produce con la sentencia que declara la separación, pero el objeto del procedimiento de liquidación es totalmente distinto al de separación; este último tiene como finalidad la declaración del separación y el establecimiento de las consecuencias de carácter personal y económico que necesariamente derivan de la ruptura conyugal, mientras que en la liquidación se persigue poner fin a un sistema de comunidad especial que terminará, tras la determinación del activo y del pasivo y la valoración de los bienes o derechos que lo integran, en las correspondientes adjudicaciones a cada uno de los cónyuges. No existe, por tanto, el peligro por mora procesal, porque, insistimos, en el proceso matri-

monial no se está ejercitando, ni por eso, puede resolverse ni asegurarse, ninguna cuestión concreta y precisamente relacionada por la liquidación de la sociedad conyugal. Además, el procedimiento de liquidación puede iniciarse de manera prácticamente simultánea con los trámites del proceso de separación, pues el artículo 808 de la LEC permite que se solicite la formación de inventario una vez que se admita la demanda, de manera que existe la posibilidad de dar comienzo a los primeros trámites u operaciones de la liquidación sin esperar siquiera a la sentencia firme; precisamente esta posibilidad legal está orientada, entre otras finalidades, a evitar que se detraigan del activo bienes o derechos en perjuicio de alguno de los cónyuges.

Finalmente indicar que, pese a la insistencia de la apelante en la necesidad de adoptar las medidas interesadas en su solicitud, lo cierto es que ninguna de ellas, de haberse adoptado, impedirían que la sociedad Movilandia siguiera adelante en su proceso de liquidación o venta de sus bienes, pues son los socios quienes deciden y acuerdan con los eventuales compradores, los precios de tales ventas, en tanto son ellos, y no la solicitante, los que tienen poder de disposición sobre los bienes, sin perjuicio de que, en su caso y si hubieran actuado de modo fraudulento, se les pueda exigir la correspondiente responsabilidad. Tampoco se estima precisa a los efectos pretendidos el acceso a las cuentas de la sociedad de los últimos años, pues tal acceso puede perfectamente arbitrarse, sin merma para los derechos de la esposa, durante el proceso de liquidación de los gananciales, a la hora de determinar, mediante el correspondiente avalúo, cuál es o era el valor de las participaciones del marido en la sociedad y un eventual cálculo de los beneficios de los años en que la sociedad estuvo activa durante el matrimonio.

CUESTIONES PROCESALES

Es incongruente la sentencia que acuerda la supresión de la pensión alimenticia por una causa distinta a la alegada en la demanda.

AP A CORUÑA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Dámaso Manuel Brañas Santa María

El recurso se articula en varias alegaciones. La primera, por su índole, ha de examinarse previamente. Se rotula, sin temor a la redundancia, «nulidad de la resolución recurrida por incongruencia de la sentencia con las pretensiones de las partes»; en ella se arguye que la sentencia basa la supresión

de la pensión de alimentos en una causa diferente de las que fundaban esa pretensión. Efectivamente en la demanda se pidió, en lo que ahora interesa, la extinción de la pensión alimenticia por la carencia de recursos económicos o por tener trabajo la alimentista, supuestos de hecho encuadrables

en el artículo 152.2.º y 3.º, respectivamente, del Código Civil; sin embargo la sentencia se basa para acordarla en «la desidia mostrada en la actividad académica», conclusión que extrae de una certificación de un centro de enseñanza, relativa a los estudios de turismo, traída como medio de prueba para justificar que la hija perceptora no trabajaba, situación que encajaría en el número 5.º del citado artículo 152. En primer término se trata de un hecho que no es causa o fundamento de la pretensión estimada; es más, ni siquiera se alegó en la demanda o al ratificarla, con lo que es patente que se infringieron los artículos 216 («los tribunales civiles decidirán ... en virtud de las aportaciones de hechos, ... y pretensiones de las partes») y 218.1 (en particular, «el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho ... distintos de los que las partes hayan querido hacer valer») de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la

sentencia está incurra en incongruencia, al estimar una pretensión no ejercitada, porque la identidad de petición y de partes no excluye la diferencia cuando las causas son diversas. En otros términos, la causa de pedir es también un elemento identificador de la pretensión, pues, como es fácil colegir, la posibilidad de una pluralidad de ellas para la misma petición no implica que todas sean reales o irreales en conjunto insoluble, de modo que la petición podría ser estimada por alguna y no por otra; de ahí la relevancia de su alegación. Ahora bien, no procede la retroacción de actuaciones, sino, al residir la infracción procesal en la propia sentencia apelada, revocar ésta y resolver las cuestiones objeto del proceso (artículo 465.2, de la Ley citada). De todos modos no parece excesivo señalar que se acreditó, con los documentos posteriores, el rendimiento académico en estudios de formación profesional.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Siendo de aplicación el artículo 545.1 de la LEC, la competencia para ejecutar el auto de medidas previas la tiene el juzgado que dictó la resolución, sin perjuicio de que el procedimiento principal se tramite ante el Juzgado de Violencia.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, AUTO DE 24 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco J. Carrillo Vinader

Se presentó demanda por el Sr. Juan en ejecución del auto de medidas provisionales matrimoniales previas dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia número Tres de Murcia, para que le fuera entregado su hijo menor cuya custodia se le atribuía y para que la esposa abandonara la casa al haber incumplido el desalojo al que le conminaba dicha resolución.

El Juzgado de 1.ª Instancia número Tres, tras examinar dicha demanda, dicta auto de fecha 22 de diciembre de 2006 acordando la inadmisión de la demanda, por falta de competencia objetiva, al existir procedimiento penal abierto en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Se intenta entonces por el Sr. Serrano dicha ejecución ante este Juzgado, que dicta auto de fecha 22 de enero de 2007 rechazando la competencia, considerando que debe conocer de esas actuaciones el Juzgado que dictó la resolución que se pretende ejecutar, por lo que le remite lo actuado.

Plantea después el mismo demandante nueva petición ante el Juzgado de 1.ª Instancia, que da lugar a un nuevo procedimiento de ejecución de

títulos judiciales, que se acumula al anterior, acordándose finalmente remitir las actuaciones a esta Audiencia para resolver la cuestión de competencia negativa planteada.

En orden a determinar la competencia en este caso debatido, el Juzgado de 1.ª Instancia número Tres se limita a argumentar que, según los artículos 87 (*sic*) de la LOPJ y 49 bis.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al existir un procedimiento penal abierto ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer, éste es el competente.

Frente a ello, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer se remite al artículo 87 ter.3, apartados a), b), c) y d) de la LOPJ y al artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como al acta de la Junta Sectorial de Jueces de Familia y Violencia de Género de fecha 5 de julio de 2005, punto 1, para sostener que ha de ser el Juzgado civil que dictó la resolución que se ejecuta el que deba conocer de su ejecución.

La tesis del Juzgado de Familia es que la existencia del proceso penal ante el Juzgado de

Violencia sobre la Mujer le confiere en exclusiva la competencia para conocer del proceso civil iniciado con las medidas provisionales previas.

Es cierto que ni en el comentado precepto, ni en el artículo 49 bis, redactado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, contienen una previsión específica sobre el supuesto ahora examinado: competencia para conocer de la ejecución de resoluciones ya dictadas.

Sí existe en la Ley de Enjuiciamiento Civil un precepto que contempla en general la competencia para conocer de la ejecución de resoluciones judicial, y es el artículo 545.1 que establece: Será competente para la ejecución de resoluciones judiciales ... el tribunal que conoció del asunto en primera instancia...

Esa falta de previsión legislativa clara y específica para el caso de conflicto entre Juzgados Civiles y de Violencia sobre la Mujer ha sido apreciada en las conclusiones alcanzadas en el Seminario de Formación organizado por el Consejo General del Poder Judicial en Madrid, los días 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2005 entre Magistrados pertenecientes a Secciones especializadas en Violencia de Género. En las mismas se parte de la idea de que la voluntad del legislador en esta específica regulación, al excluir del conocimiento del Juzgado de Violencia sobre la Mujer los procedimientos civiles en los que se haya iniciado la fase de juicio oral, pese a que el Juez civil sepa que se han cometido actos de violencia sobre la mujer, es buscar la agilidad en los procedimientos que afectan a la mujer y a sus hijos. Por eso, entre los criterios adoptados, cuando se fijan en materia de Derecho Procesal Civil en Violencia de Género, en el 3, se establece lo siguiente: «3) Procedimiento en fase de ejecución ante el juzgado civil coincidente con el inicio de un proceso penal: Como consecuencias de los criterios y a mayor abundamiento, aunque no se haya iniciado la fase de juicio oral, entiendo inaplicable el artículo 49 bis, y ello en virtud de lo prevenido en el artículo 545 de la misma».

A la misma consecuencia se llegó en el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados, celebrado en Madrid, también organizado por el Consejo del Poder Judicial, los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005, donde como conclu-

sión 11.6 se establece: «11.6. Por lo que se refiere a la ejecución de las sentencias y autos dictados por los Juzgados de Familia y de 1.ª Instancia, en todo caso serán éstos competentes para ejecutar todas las resoluciones civiles dictadas en los procedimientos tramitados ante dichos juzgados. En consecuencia, los JVM, carecen de competencia para conocer de las ejecuciones de autos y sentencias dictadas por los juzgados referidos, aun cuando en el transcurso de la ejecución pueda cometerse algún acto de violencia contra la mujer».

En el mismo sentido se pronunciaba la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 18 de julio, que en su apartado VI.B.3, estableciendo: «3. En cuanto a la fase del proceso civil es preciso que no haya iniciado la fase del juicio oral. En el Proyecto de Ley se introdujo una limitación, no prevista inicialmente en el Anteproyecto y que se ha mantenido en la redacción final, por la que el deber de inhibición del Juez Civil se supedita a que el procedimiento civil no haya iniciado la fase del juicio oral, acogiendo las sugerencias recogidas en los informes consultivos previos, ya que los principios de oralidad, concentración e inmediación que lo rigen, tras la LEC 1/2000, imponen que sea el mismo Juez que está conociendo del juicio el que dicte sentencia y quien, por tanto, sea el funcionalmente competente para la ejecución. Por la misma razón los procedimientos civiles que se encuentren en ejecución en el momento de entrada en vigor de la Ley continuarán siendo competencia de los órganos que vinieran conociendo de los mismos (DT Primera)».

Por lo tanto, partiendo de que el procedimiento civil fijando medidas provisionales previas ya está concluido, hay que tener presente que ya se ha celebrado el correspondiente juicio oral y por ello la existencia de un procedimiento penal posterior no le afecta, debiendo aplicarse como norma preferente la del artículo 545.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De conformidad a lo antes dicho, debe resolverse la cuestión negativa de competencia a favor del Juzgado de 1.ª Instancia número Tres de Murcia, que es quien ha de conocer del presente procedimiento civil.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

El Juzgado de Familia que conoció del procedimiento de divorcio será el competente para la ejecución de sentencia no siendo procedente que éste se inhíba a favor del Juzgado de Violencia para el conocimiento de la demanda de ejecución.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, AUTO DE 24 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Moreno Montero

El Juzgado de Primera 1.ª núm. Uno de Almendralejo acordó, por Auto de 1 de septiembre de 2006, inhibirse en los autos núm. 99/06, de ejecución forzosa en proceso de familia, a favor del Juzgado de Instrucción núm. Cuatro (y de Violencia de Género) de Badajoz, el cual, a su vez, por Auto de 27 de febrero de 2007 (ejecución de títulos judiciales 5/07), declara su falta de competencia objetiva, con planteamiento ante esta Audiencia Provincial de la correspondiente cuestión negativa de competencia.

Constituye parecer compartido por buen número de Audiencias Provinciales (cf., por ejemplo, Auto AP Barcelona 12.ª de 1 de marzo de 2006, Auto AP Alicante 5.ª de 7 de junio de 2006, Auto AP Gerona 2.ª de 28 de junio de 2006, Auto AP de Madrid 22.ª de 31 de julio de 2006) que la poco acertada expresión, en el artículo 49 bis de la LEC, «salvo que se haya iniciado la fase del juicio

oral», como límite a la oportunidad procesal de la inhibición a favor del Juez de Violencia sobre la Mujer, y no obstante tratarse de una expresión técnico-jurídica propia de la LECr, debe conceputarse referida al acto procesal civil de convocación a juicio, ello de manera que el Órgano de tal orden jurisdiccional que, alcanzado dicho instante del procedimiento, haya conocido en el asunto deberá seguir haciéndolo, incluso, naturalmente, en fase de ejecución (LEC, 545).

Se da en el caso, por lo demás, la circunstancia de que el Juzgado de Instrucción núm. Cuatro de Badajoz decretó el sobreseimiento, provisional, en las correspondientes Diligencias Previas por Auto de 23 de noviembre de 2006, firme, tras lo cual resulta de todo punto inadecuado suponer la existencia de una víctima o de un inculpado a los efectos del artículo 87 ter de la LOPJ.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La falta de reclamación de las diferencias derivadas de las actualizaciones de las pensiones, en caso de no existir una renuncia expresa, no tiene otras consecuencias que las inherentes al instituto de la prescripción.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 8 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Cierto es que, conforme a lo prevenido en el párrafo segundo del artículo 151 del Código Civil, podrán renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas. Sin embargo, en el caso que hoy examinamos, los acuerdos alcanzados por las partes en la comparecencia de 15 de diciembre de 2004 no conllevan tal posible repercusión jurídica, pues los mismos quedan limitados a extinguir la pensión de una de las hijas y a cuantificar la de la otra, y todo ello desde la fecha de dicho acuerdo, sin hacer referencia alguna, directa o indirecta, a las pensiones devengadas con anterioridad. En consecuencia, no resulta de

aplicación al caso lo prevenido en el artículo 556.1, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en orden a la existencia de una posible transacción para evitar la ejecución.

Al hilo del planteamiento efectuado por el recurrente parece necesario recordar que la pensión de alimentos queda configurada legalmente como una deuda de valor que, como tal, se encuentra condicionada por cláusulas de actualización, a fin de adecuar el importe de lo señalado en sentencia al poder adquisitivo de la moneda en cada momento, de tal modo que el acreedor perciba, mediante las

prestaciones sucesivas, una suma dineraria con el valor real, que no el meramente nominal, que tenía la pensión en la fecha en que fue establecida.

En tal modo, la cantidad resultante de las sucesivas actualizaciones anuales, que viene obligado a realizar el alimentante sin necesidad de ser compelido judicialmente, forma parte inseparable de la pensión de alimentos, estando, por ello, sometida a las mismas vicisitudes jurídicas que ésta, lo que determina que la falta de reclamación de las diferencias derivadas de las referidas actualizaciones, y de no existir una renuncia expresa al respecto, no tenga otras consecuencias que las inherentes al instituto de la prescripción, en los términos preve-

nidos en el artículo 1966 del Código Civil, o, en su caso, de la caducidad, según previene el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no pudiendo operar ambos institutos sino a partir del efectivo devengo de las pensiones, o su actualización.

Y en cuanto en el supuesto examinado la ejecutante tan sólo reclama el importe de las actualizaciones correspondientes a los cinco últimos años, computados desde la demanda presentada, obvio es que la acción entablada queda perfectamente amparada por el título ejecutivo, pues no concurren, al respecto, ninguno de los motivos que, en orden al posible acogimiento judicial de la oposición, recogen los artículos 556 y 559 LEC.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Habiendo transcurrido dicho plazo sin haberse subsanado el defecto procesal de otorgar el apoderamiento *apud acta*, la decisión de no tener por formulada la oposición despachada es conforme a Derecho, máxime cuando la providencia dictada contenía un apercibimiento de las consecuencias de la no subsanación.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 10 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

La dirección letrada de don José Daniel se alzó contra la sentencia de instancia reclamando la anulación del auto recurrido y tenerlos por opuestos a la ejecución despachada por Auto de 23 de mayo de 2006, mientras que la dirección letrada de doña Soledad pidió la desestimación del recurso planteado de contrario manteniendo todos los pronunciamientos del Auto recurrido, manteniendo en todos sus términos la providencia de 11 de septiembre de 2006 y condene expresamente en costas a la parte apelante.

Ante el escrito de oposición presentado por el procurador don José Francisco Pastor Luz sin apoderamiento, el Juzgador de instancia fue respetuoso con el artículo 231 de la LEC que establece que el Tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley, con el artículo 11 de la LOPJ que dispone que los Juzgados y Tribunales de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no

se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes y con el artículo 243 del mismo Cuerpo Legal y también con la doctrina del Tribunal Constitucional que señala que no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso y por ello debe exigirse que exista una razonable proporcionalidad entre el grado de importancia del defecto procesal y las consecuencias que se anudan a este defecto (Sentencias del Tribunal Constitucional de 23 y 28 de octubre de 1986, 12 de febrero y 8 de julio de 1987 entre otras muchas), ya que la juzgadora otorgó un plazo de cinco días para que hiciera el apoderamiento *apud acta* por providencia de 5 de julio de 2006.

Habiendo transcurrido dicho plazo sin haberse subsanado el defecto procesal, la decisión de no tener por formulada la oposición despachada es conforme a Derecho, máxime cuando la providencia citada contenía un apercibimiento de las consecuencias de la no subsanación.

El artículo 418 de la LEC no puede desvirtuar esta conclusión, ya que no es de aplicación al proceso de ejecución, además dicho precepto no impide otorgar un plazo de cinco días para subsanar los defectos de representación.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

El artículo 561 LEC, sin perjuicio de establecer criterios sobre la condena en costas, acaba por remitirse a lo prevenido, con carácter general para los procedimientos declarativos, en el artículo 394 del mismo texto legal, conforme al cual la estimación parcial de la pretensión determina, a salvo de una actuación procesal temeraria, que cada parte sufrague las costas causadas a su instancia, solución esta igualmente aplicable si el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho, aunque se estimen totalmente las pretensiones de una sola de las partes.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 11 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

En la resolución impugnada se llega a la conclusión de que la inicial problemática afectante al régimen de visitas ha estado determinada por cuestiones de ajustes horarios y falta de acuerdo sobre las fechas, lo que posteriormente ha quedado solucionado.

Ahora bien, ello no implica que, al momento de plantearse la demanda rectora del procedimiento, la misma careciera de toda consistencia pues, como igualmente se expone en la referida resolución, la Sra. Esperanza incumplió, de modo injustificado, lo dispuesto en sentencia sobre el régimen de visitas durante las vacaciones de verano del año 2005, habida cuenta que la condena impuesta a don Juan Carlos sobre prohibición de acercarse a aquélla no privaba a este último del ejercicio del derecho de visitas respecto de sus hijas.

En consecuencia, y aunque la posterior normalización del sistema de visitas hace innecesario, en el presente momento y trámite procesales, el mantener el requerimiento inicialmente acordado, tal como postula el apelante, no puede afirmarse que la Sra. Esperanza hubiera dado puntual y estricto cumplimiento a la medida de cuya ejecución se trata, surgiendo, como mínimo, dudas razonables, no debidamente desveladas, acerca de la conducta

de dicha litigante en relación con la medida a la que afecta el presente procedimiento.

En definitiva, o ha existido un incumplimiento inicial y parcial por la parte ejecutada o, al menos, se plantean serias dudas de hecho respecto de la estricta observancia por la misma del pronunciamiento cuya ejecución nos ocupa.

Y siendo ello así, parece necesario recordar que el artículo 561 LEC, sin perjuicio de establecer criterios sobre la condena en costas, acaba por remitirse a lo prevenido, con carácter general para los procedimientos declarativos, en el artículo 394 del mismo texto legal, conforme al cual la estimación parcial de la pretensión determina, a salvo de una actuación procesal temeraria, que cada parte sufrague las costas causadas a su instancia y abone por mitad las comunes, si las hubiere, solución esta igualmente aplicable si el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho, aunque se estimen totalmente las pretensiones de una sola de las partes.

A tenor de lo antedicho, una u otra de las expuestas alternativas legales resulta de aplicación al supuesto examinado, lo que determina el acogimiento de la pretensión revocatoria en tal punto deducida.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Con independencia de haberse realizado el ingreso de la pensión en una cuenta distinta de la que, en principio, estaba destinada al efecto, no pueden confundirse, dada la inequívoca imputación realizada por el pagador y las propias manifestaciones de la ex esposa, con la cobertura de deudas del matrimonio.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 22 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

En el supuesto que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración es lo cierto

que, con independencia de que otros pagos de la pensión se realizaran en la cuenta abierta a nombre

de la esposa en el BBVA, los correspondientes a los meses de abril y diciembre de 2004 y enero de 2005 fueron ingresados en una cuenta conjunta de ambos litigantes en el Banco Sabadell, haciéndose constar expresamente, en los correspondientes a los dos últimos meses, que tal ingreso correspondía a «alimentación diciembre» y «alimentos enero 2005» (*vid.* folios 78 y 80). Así lo reconoce la ejecutante a través del documento incorporado al folio 79 de las actuaciones, en el que únicamente se reprocha al Sr. Carlos Manuel que el abono de la pensión no debió haberse realizado en dicha cuenta. Se alega por la actora, en el trámite del párrafo primero del artículo 560 LEC, que dicha cuenta estaba destinada a sufragar gastos comunes del matrimonio, pues las pensiones alimenticias a cargo de don Carlos Manuel debían hacerse efectivas en la cuenta del BBVA.

Pero siendo ello así, es lo cierto que los abonos realizados por el obligado al pago en la cuenta conjunta, y respecto de la que no consta que el mismo haya realizado detracciones particulares, respondían, según la imputación al efecto realizada, al concepto objeto de la presente ejecución, conforme así se reconoce de contrario en el ya referido documento del folio 79 en el que, a los fines del pago de deudas comunes, que no las alimenticias, la ahora ejecutante computa como ingresados por don Carlos Manuel tan sólo 929,88 euros, lo que,

puesto en relación con el documento unido al folio 80, revela que la Sra. Eva no incluye en tal suma los abonos realizados por el hoy apelante en concepto de alimentos (414 y 400 euros), acabando así por considerar que estos últimos pagos ni responden a la cobertura por el demandado de gastos comunes ni a la de los alimentos, computándola, de modo sorprendente, como aportación de ella a los gastos comunes.

En definitiva, y con independencia de haberse realizado tales ingresos en una cuenta distinta de la que, en principio, estaba destinada al efecto, no pueden confundirse, dada la inequívoca imputación realizada por el pagador y las propias manifestaciones de doña Eva, con la cobertura de deudas del matrimonio, y ello sin perjuicio de las acciones que, por este último concepto, le puedan corresponder para su reclamación.

En último término sería igualmente aplicable al caso lo prevenido en el artículo 1174 del Código Civil, a cuyo tenor cuando no pueda imputarse el pago según las reglas anteriores, se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas, teniendo este carácter, según conocida doctrina jurisprudencial, aquella que es objeto, cual en el caso acaece, de reclamación judicial.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se deniega el despacho de ejecución instado por el padre solicitando el cumplimiento de visitas al quedar acreditado que éste no se ha personado en el punto de encuentro para recoger a sus hijos a pesar de ser éste el lugar establecido por el Juzgado para que los recogiera.

AP MADRID, SEC. 22.^a, AUTO DE 22 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se pide se acuerde despachar ejecución y alega que en un primer momento existía una orden de alejamiento que impedía el correcto desarrollo del régimen de visitas, no por la imposición en sí mismo de la orden de alejamiento, sino por la intervención del punto de encuentro, permisivo y tolerante con el incumplimiento de Milagros y refiere que el Auto de 7 de marzo de 2006, deja sin efecto la orden de alejamiento y destaca que el recurrente tan sólo quiere que lo que tenga que comunicar el punto de encuentro con él sea en forma escrita.

Por su parte doña Milagros pide se confirme el auto y alega que el padre tampoco se ha personado

en el punto de encuentro para recoger a sus hijos a pesar de ser éste el lugar establecido por el Juzgado para que los recogiera.

Se resuelve en la primera instancia denegar el despacho de ejecución solicitada por la Procuradora doña Susana Hernández del Muro en representación de don Donato, lo que al parecer de la Sala es conforme a derecho y a las circunstancias del caso a la vista de los datos existentes en las actuaciones.

En efecto, el ahora recurrente en fecha 7 de septiembre de 2005 solicita ejecución de la sentencia dictada por el Juzgado, alegando que el recurrente lleva sin poder ver a sus hijos desde el 28 de mayo de 2004, instando se adopten cuantas medidas

sean necesarias para el cumplimiento del fallo para que el solicitante pueda ver a sus hijos y pidiendo que se requiera a la madre para el cumplimiento del fallo de la sentencia en los términos establecidos en la misma y que se requiera al punto de encuentro para que cumpla con el contenido de la sentencia.

La Sentencia de 13 de enero de 2005 dijo en el fundamento jurídico tercero que «respecto del régimen de visitas de los menores con el padre, habida cuenta de la falta de comunicación entre ellos que obedece a la rígida actitud del Sr. Donato puesta de manifiesto mediante sus declaraciones en el acto del juicio y comunicaciones obrantes en autos, procede establecer un régimen paulatino en el desarrollo de tales relaciones a fin de evitar el rechazo de los menores ante la ausencia de contacto asiduo desde la ruptura de la convivencia marital».

En el fallo de la sentencia se dispuso mantener lo acordado en el auto de medidas provisionales de 4 de junio de 2004 «si bien transitoriamente y durante un período de tres meses el régimen de estancias de los hijos comunes con su padre se desarrollará, en los fines de semana alternos, —a partir del siguiente que corresponda tras la notificación de esta resolución—, los sábados y domingos desde las 12 hasta las 20 horas debiendo los menores pernoctar en su domicilio habitual, rigiendo este mismo sistema durante los períodos vacacionales comprendidos en este término, transcurrido este plazo se reiniciará el sistema de vistas inicialmente acordado; salvo causa justificada la entrega y recogida de los menores se realizará en el domicilio familiar».

Aquel auto establecía un régimen normalizado de visitas precisando que la entrega y recogida de los menores se efectuará en su domicilio habitual, salvo causa justificada; manteniéndose la entrega en el punto de encuentro en que se haya venido efectuando en tanto perdure la orden de alejamiento dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 9 de los de esta Capital.

Consta en la documentación unida a los autos que en fecha 8 de julio de 2005 el responsable del departamento correspondiente a la vista del informe de Aprome propuso la baja del expediente (sobre los menores de 10 y 7 años de edad), por inasistencia del progenitor no custodio.

Tras un requerimiento a la parte ejecutante se acuerda en el Juzgado de 1.ª Instancia, mediante la resolución de 7 de abril de 2006, la reanudación del régimen de visitas acordado, fines de semana alternos los sábados y domingos desde las 12 hasta las 20 horas debiendo los menores pernoctar en el domicilio habitual, comenzando el sábado día 21 de abril en el mismo horario antes mencionado, procediéndose a la entrega y recogida en el Aprome, poniendo en su conocimiento la reanudación vía fax y por correo.

El escrito del ahora recurrente de 23 de mayo de 2006 pone de manifiesto que el Juzgado de Instrucción núm. 9 de los de Madrid ha dejado sin efecto el auto de alejamiento y asimismo la imposibilidad de reanudar el régimen de visitas.

Tales antecedentes evidencian la corrección de lo resuelto en la primera instancia por cuanto la intervención del Punto de Encuentro, estuvo determinada por la disposición del Juzgado y la decisión acordada por el Juzgado fue comunicada a los profesionales del citado Punto de encuentro para que se llevasen a efecto dichos encuentros en tales dependencias, en la fecha que allí se acordaba, de forma que no fue en su momento el progenitor custodio quien decidió tales fechas y visitas, sino las instancias públicas pertinentes, siendo la actuación del progenitor no custodio, en el desarrollo del procedimiento, reacia a favorecer o facilitar tales encuentros y comunicaciones, razones todas que impiden revocar la resolución recurrida y estimar el recurso planteado, por cuanto tales medidas y cualesquiera que puedan adoptarse, han de ser las que aconseje el interés siempre prioritario de los menores.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Es cierto que el auto que despachó ejecución no contiene condena en costas, pero hay que tener en cuenta que la imposición expresa de las costas no es necesaria, sino que viene impuesta legalmente en el artículo 539 de la LEC. La ejecutante se vio obligada a instar la ejecución lo que le supuso gastos de procurador y abogado.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 22 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se

pide se declare la procedencia de tramitar la tasación de costas y refiere que si se solicitó la condena

en costas de la ejecutada y refiere que es cierto que el auto que despachó ejecución no contiene condena en costas, pero —sostiene— es que la imposición expresa de las costas no es necesaria, y destaca que la ejecutante se vió obligada a instar la ejecución, lo cual le supuso gastos de procurador y abogado.

Se resuelve en la primera instancia denegar la tramitación de la tasación de costas argumentando que no se solicitó en la demanda la condena en costas ni habiéndose acordado en el auto por el que se despacha ejecución, extremo este último que se admite por la parte ahora recurrente.

Aún habiéndose dispuesto la condena en costas de la parte, en la resolución de referencia, es claro que cabe y procede tramitar la tasación de costas, que ahora se insta, al haber sido aquéllas, expresamente, objeto de petición en la solicitud del despacho de ejecución.

En efecto el artículo 539 de la LEC regula las costas de la ejecución de manera que el párrafo 2.º apartado 2 expresamente establece que «Las costas del proceso de ejecución no comprendido en el párrafo anterior serán a cargo del ejecutado sin necesidad de expresa imposición».

De esta forma es claro que la parte ejecutada se vió obligada a instar de forma expresa la ejecución, y hacer uso por ello de los servicios profesionales de Abogado y Procurador, siendo pertinente por ello que la parte que ocasiona el gasto pague las costas del procedimiento, por lo que la resolución apelada debe ser revocada, razones todas que determinan en este punto el acogimiento de este motivo de apelación.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Extinción de la pensión alimenticia al haber alcanzado los hijos independencia económica, condenándose a éstos al reintegro de las pensiones que recibieron indebidamente desde que accedieron al mercado laboral.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández

Se interpone recurso de apelación por la representación de don Carlos Miguel, contra la Sentencia dictada el 20 de julio de 2006 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 11 de A Coruña, que declaró, estimando en parte la demanda, la extinción de la obligación del actor de pagar la pensión de alimentos establecida a favor de los hijos demandados en sentencia de alimentos provisionales dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de A Coruña el día 19 de octubre de 1998, en los autos 793/1997, concretando el motivo de su recurso en lo tocante a la fecha de efectos de la extinción de la pensión de alimentos para cada uno de los hijos con devolución de lo percibido indebidamente por los citados demandados desde dicho momento (marzo 2000 don Ricardo, octubre 2004 doña Natalia, marzo de 2006 doña Sandra), cuando todos ellos reconocieron que no precisan para su subsistencia la pensión de alimentos que venía sufragando el padre, que destinaban a la ayuda materna, que necesitaba el dinero para el mantenimiento de la familia, lo que considera el recurrente el desvío a un tercero de la pensión establecida en sentencia de alimentos, produciéndose desde aquellas fechas un manifiesto abuso de derecho a la vez que un reprochable enri-

quecimiento injusto que fundamenta la pretensión formulada en demanda de devolución de ingresos indebidos.

Debemos partir para la debida resolución de los motivos en que se fundamenta el recurso de apelación de los siguientes hechos probados, así que en fecha de 19 de octubre de 1998 recayó sentencia de alimentos provisionales en la que estimando en parte la demanda formulada por la representación de don Ricardo, doña Natalia y doña Sandra condena al demandado don Carlos Miguel, a abonar a cada uno de sus hijos demandantes el importe de 15.000 pesetas mensuales; cantidad que fue rebajada a la cantidad de 10.000 pesetas para cada hijo en sentencia dictada por esta misma Audiencia Provincial, sección 1.ª, en fecha 10 de marzo de 1999, que resuelve el recurso de apelación formulado por don Carlos Miguel contra aquélla; que don Carlos Miguel abonaba a su ex esposa 60.000 pesetas en concepto de pensión compensatoria establecida en sentencia de separación matrimonial, que los codemandados nacieron don Ricardo el día 4 de agosto de 1972, doña Natalia el 15 de diciembre de 1975 y doña Sandra el 10 de noviembre de 1976. Que la demanda rectora del

presente procedimiento se presenta en fecha 23 de marzo de 2006, contestando los codemandados bajo una misma representación en fecha 15 de mayo del mismo año, oponiéndose a la demanda, suplicando su íntegra desestimación; que en juicio celebrado el día 20 de julio de 2006, por admisión de las partes, dado que el CD no se oye, no habiendo interesado aquéllas la nulidad de las actuaciones, y pudiéndose resolver el recurso con los documentos aportados a los autos, se reconoce por los codemandados la falta de necesidad de la pensión de alimentos que venía abonando su padre en cumplimiento de sentencia, que destinaban para su madre y con la finalidad del sostenimiento de los gastos de la familia.

Por otra resulta acreditado, de los informes de vida laboral emitidos por la Tesorería General de la Seguridad Social y demás documental oficial aportada a los autos, que don Ricardo, si bien en la actualidad se encuentra en situación legal de desempleo, teniendo reconocida prestación por el INEM por dicha contingencia (desde el día 25 de febrero de 2006 al 24 de febrero de 2008), vino trabajando ininterrumpidamente desde el día 1 de marzo de 2000 en la misma empresa, que causa baja en el mes de febrero de 2006. Doña Natalia se incorpora al mundo laboral llevando a cabo diversos trabajos temporales, sin continuidad, desde el año 1994, con discontinuas altas y bajas, hasta que estabiliza el empleo al inicio del año 2005. Y doña Sandra, inicia relación laboral en la Universidad de Santiago de Compostela desde el 30 de junio de 2006, continuando en el mismo trabajo en la actualidad, habiendo obtenido con anterioridad dos empleos temporales de mínima duración.

De tal modo los codemandados, como reconocen, no necesitan la pensión de alimentos que les viene abonado el padre, han accedido al mercado laboral, y no existiendo constancia de algún impedimento por su parte para subvenir a sus propias necesidades, es fácil advertir, sin necesidad de más explicaciones añadidas, que su derecho a percibir alimentos del padre se ha extinguido según el artículo 152 del Código Civil, como se decidió por el Juzgador *a quo* en la sentencia apelada, y lo que nos corresponde decidir aquí radica en la fecha de efectos de la extinción, por cuanto se pretende que sea al momento en que inician la relación laboral, o desde el momento en que el recurrente estima que se da esa estabilidad laboral, de forma subsidiaria la fecha de presentación de la demanda, por cuanto admitir lo contrario no sería más que un indebido enriquecimiento injusto, ya que argumenta vinieron sus hijos percibiendo los alimentos cuando no tenían derecho a los mismos, omitiendo poner en conocimiento del progenitor tal cambio sustancial de circunstancias. Por otra parte los beneficiarios de la pensión eran los hijos y no la madre, de tal

manera que el argumento dado por los codemandados para seguir percibiendo la pensión cuando ya no tendrían derecho no puede ser aceptada, al no tener capacidad para disponer de la misma con una finalidad distinta a la que fue declarada en sentencia firme.

La obligación de dar alimentos entre parientes se impone siempre que exista una real y demostrada necesidad en el alimentista, tal y como se deduce de los artículos 142 y ss. del Código Civil, ya que el derecho se mantiene mientras dure la necesidad del alimentista y en proporción su cuantía a la fortuna del obligado a satisfacerlos, y mientras que no concurren razones bastantes para su extinción o modificación, sólo cuando aquél no los precisare, porque trabaja, o pueda trabajar, mejorando de fortuna para atender su subsistencia cesa automáticamente dicha obligación de alimentar, dando lugar a la causa de extinción del artículo 152.3.º del mismo Código.

Ahora bien, en esta materia debe presidir la realidad social, que no es otra que la dificultad actual de los jóvenes de obtener un trabajo estable suficientemente remunerado para poder tener una vida independiente, y que al momento de alcanzar la mayoría de edad en muchos casos no tienen finalizada ni tan siquiera su formación académica y/o profesional. Por otra parte un trabajo meramente accidental o por un corto período de tiempo no excluirá normalmente el concepto de necesidad, que se da cuando la situación de empleo o incorporación a la vida laboral activa es sucesiva, al margen del carácter temporal del mismo, siendo determinante para ello la existencia de un trabajo estable y suficientemente remunerado que le permita independencia económica, al margen de la temporalidad de los contratos de trabajo que tampoco puede ser determinante para no extinguir los alimentos, siempre que pueda deducirse la falta de necesidad para el percibo de alimentos.

En lo que se refiere la de la determinación de la eficacia (retroactiva o no) de la resolución que modifica o suprime una pensión fijada en sentencia firme anterior, con devolución por los hijos demandados de las cantidades ya abonadas, como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de fecha 23 de diciembre de 2004, sobre el particular «no existe un criterio unánime en las distintas Audiencias Provinciales, que siguen, en principio, tres soluciones distintas y posibles: la que establece el inicio de los efectos en el momento de la interposición de la demanda instando la supresión, la que lo fija en la sentencia de primera instancia que la acuerda y la que lo señala en el momento de la sentencia firme (la de segunda instancia si ha existido apelación). Y es posible encontrar argumentos para defender cada una de

esas soluciones. Ahora bien, esas soluciones pueden servir en la generalidad de los casos en los que se pueden plantear unas ciertas dudas en la procedencia de la modificación o de la supresión, pero no en otros en los que sí existe una mayor unanimidad en tales Audiencias a la hora de admitir la posibilidad de devolución (o bien de no abonar las cantidades reclamadas, si éstas se exigen en un proceso de ejecución del título judicial), en concreto, en aquellos casos en que se ha producido un enriquecimiento injusto o bien ha existido un manifiesto abuso de derecho, es decir, cuando constatada sin ninguna duda la extinción del derecho sobre la base de lo prevenido del artículo 152 del Código Civil (que opera de forma automática y sin necesidad de una declaración judicial), se pretende “con manifiesto abuso de derecho, prolongar, por meros motivos formales,... una obligación que legalmente había fenecido, lo que conduciría, de estimarse su pretensión, a un enriquecimiento sin causa, que no puede ser amparado judicialmente” (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de enero de 2001). Ello es así, se podría añadir, tanto cuando se trata de prolongar esa situación como cuando se ha mantenido la misma en un estado tal que la percepción de la pensión ha implicado un manifiesto enriquecimiento injusto (derivado de un ejercicio anormal del derecho)».

En el presente caso, teniendo en consideración lo antes fundamentado, puede reconocerse respecto del hijo mayor (nacido en 1972), que finalizó sus estudios superiores y trabajó de forma ininterrumpida en la misma empresa desde el 1 de marzo de 2000, careciendo pues desde dicha fecha

del derecho a percibir alimentos, lo que determinaba un cobro de lo indebido, sabedor de que lo era, dando una finalidad distinta a dicha pensión, sin que pueda alegar justificación alguna, lo que es constitutivo de un enriquecimiento injusto, razón por la que procede fijar respecto a él, la fecha de efectos de extinción del derecho a la pensión de alimentos la interesada por el recurrente de marzo de 2000.

Por lo que se refiere a doña Natalia, si bien es cierto que vino trabajando desde hace tiempo, también lo es que no fue de forma continuada, trabajos de escasa duración temporal, algunos de escasos días, otros de pocos meses durante un año, por ello no podemos estimar la fecha de efectos interesada por la parte apelante (octubre 2004), fijando nosotros la de la presentación de la demanda (23 de marzo de 2006), por cuanto en esta fecha consideramos que concurría esa situación permanente o duradera y no coyuntural o transitoria, verdaderamente trascendente, y desde dicho momento se evidencia la existencia de un abuso del derecho de alimentos por parte de la alimentista con el correlativo enriquecimiento injusto.

Por último, respecto a doña Sandra, ciertamente de la prueba practicada, consta acreditado que los trabajos que desempeñó antes de la presentación de la demanda, fueron escasos y en fechas próximas a la presentación de la demanda, y es a partir de junio de 2006 cuando mantiene un trabajo estable, y por ello fijamos la fecha de efectos de la extinción de la pensión en la de la sentencia apelada.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La voluntad de los hijos, ya mayores de edad, de no autorizar a su madre en orden a la reclamación económica efectuada, según se recoge en las actas notariales al efecto presentadas, tampoco puede determinar el efecto extintivo que, respecto de la obligación debatida, apunta, en su recurso, la parte apelante.

AP MADRID, SEC. 22.^a, AUTO DE 29 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

La voluntad de los hijos, ya mayores de edad, de no autorizar a su madre en orden a la reclamación económica efectuada, según se recoge en las actas notariales al efecto presentadas, tampoco puede determinar el efecto extintivo que, respecto de la obligación debatida, apunta, en su recurso, la parte apelante.

En efecto, sin perjuicio de que el titular del derecho alimenticio siga siendo el hijo, no podemos olvidar que, en tanto el mismo se mantenga en el entorno convivencial del progenitor que reclama la pensión alimenticia, la legitimación a tal fin incumbe, de modo exclusivo, a dicho común

ascendiente, según declara el Tribunal Supremo en su conocida Sentencia de 24 de abril de 2000.

En definitiva, la renuncia del alimentista, en tanto el mismo siga necesitando de la aportación económi-

ca de sus progenitores y mantenga su cohabitación con uno de ellos, ni extingue el derecho, ni perjudica, en modo alguno, la legitimación exclusiva de dicho común ascendiente a los efectos de su reclamación.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No procede condenar a la esposa al abono de un supuesto préstamo concertado entre el padre del esposo y éste, al no quedar acreditado qué persona fue la que cobró el talón expedido por el padre del esposo.

AP GUIPÚZCOA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Juana María Unanue Arratibel

La cuestión esencial a examinar en el presente recurso será determinar la existencia del préstamo en base al cual se solicita la devolución de la cantidad entregada en dicho concepto por los actores a los demandados, al plantearse la alegación principal en torno a la errónea valoración probatoria.

Es doctrina jurisprudencial que el proceso valorativo de las pruebas es incumbencia de Jueces y Tribunales sentenciadores y no de las partes litigantes, a las que queda vedada toda pretensión de sustituir el criterio objetivo del órgano enjuiciador por el suyo propio, dado que la prevalencia de la valoración realizada por éste obedece a la mayor objetividad que la de las partes, pues sus particulares y enfrentados intereses determina la subjetividad y parcialidad de sus planteamientos (SSTS de 1 de marzo de 1994, 20 de julio de 1995).

Ello obliga a señalar con carácter previo que no hay precepto que exija una constatación pormenorizada o examen de cada una de las pruebas, y el Tribunal de segunda instancia tiene el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez *a quo* de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de la experiencia o a las normas de la sana crítica o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso.

Igualmente ha de configurarse la naturaleza del contrato de préstamo que se define en el artículo 1740 del Código Civil, en el que se delimitan dos figuras el comodato o préstamo de uso y el mutuo o simple préstamo del artículo 1753 del Código Civil en el que nos hallaríamos previniendo como obligación principal del mismo la devolución de otro tanto de la misma especie y calidad.

Así las SSTs de 22 de mayo de 2001 y 7 de abril de 2004 caracterizan el contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses como un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa, entrega que constituye un elemento esencial juntamente con el consentimiento, objeto y causa y es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuuario o prestatario.

Por lo tanto, para entender perfeccionado el contrato es necesaria la realidad de la entrega del dinero y que el acreedor pruebe que el deudor tiene recibido lo prestado con la obligación de devolverlo en el plazo convenido y en su caso, los intereses convenidos.

En íntima relación con lo expuesto y el carácter unilateral de las obligaciones que surgen para el prestatario será esencial acreditar la entrega por el prestamista para acreditar la existencia y perfección del préstamo, cuya carga de la prueba competirá *ex* artículo 217 de la LEC a los actores al integrar el hecho constitutivo de su pretensión en cuanto permite el nacimiento de la obligación de la otra parte, ya que una vez perfeccionado el contrato mediante la entrega de la cantidad, el prestamista carece de obligaciones posteriores, siendo la única obligación la del deudor, de devolver lo recibido, aun cuando pueden establecerse en el contrato obligaciones accesorias.

Compitiendo, en consecuencia, también en aplicación del artículo 217 de la LEC acreditar que han abonado, que han reintegrado el préstamo en los plazos pactados, en cuanto hecho extintivo para la prosperabilidad de la reclamación del importe del préstamo ante el incumplimiento, ante el impago.

En el documento obrante al folio 6 se señala expresamente que: «en San Sebastián, 2 de septiembre de 1994. El día 12 de agosto de 1994 se realizó el

préstamo 4.500.000 pesetas a mi hijo Eusebio casado con Angelina para la compra de un caserío con terreno en Rentería. El cual se compromete a pagar una cantidad al mes (sin especificar de momento) para la amortización de la cantidad prestada. Los ingresos mensuales se efectuaron a través de la Caja Gipuzkoa San Sebastián (Kutxa) en el núm. de cuenta: NÚMooo».

Dicho documento se hallaría firmado por ambos demandados.

Y de la cuenta a la que se alude en el documento manuscrito se evidencia la emisión de un talón de 4.500.000 pesetas, con fecha 12 de agosto.

En estos dos documentos y en la declaración del codemandado se articula la alegación del recurso de entrega de la cantidad y perfección del contrato con la obligación de los demandados de devolución.

También en la demanda se señala que la citada cantidad se entregó por el prestatario, Eusebio, a don Roberto con objeto de adquirir el caserío Tolare-Berri, sito en la localidad de Rentería.

Establecido lo anterior deberá mencionarse que la declaración de rebeldía del codemandado, Eusebio, no implica la estimación de la demanda respecto al mismo, sino que únicamente supone la preclusión en cuanto a las actuaciones que se efectúen con anterioridad a la personación de conformidad con el artículo 499 de la LEC, pero ello no supondrá la estimación de las pretensiones de los actores de manera automática, sino que deberán de acreditar los extremos en los que se base la demanda.

La otra codemandada comparecida se opone alegando la ausencia de entrega de la suma reclamada y para el caso de que se acreditara la entrega al codemandado no fue cobrado por don Roberto, es decir, opone principalmente la inexistencia del préstamo.

Planteadas las tesis de las partes litigantes deberá examinarse la prueba practicada en las actuaciones.

En el oficio de Kutxa remitido en período probatorio se reseña que no se dispone de la información relativa a los seis últimos años cerrados más el año en curso, folio 54.

En la certificación registral, al folio 67, obra la titularidad de don Everardo del Caserío Tolare-Berri, adquirido en escritura pública de 12 de agosto de 1994.

Y certificación registral en la que consta que la demandada no figura como titular de bien inmueble alguno en Rentería, Oyarzun y Lezo.

Fijado lo anterior la condición de prestamista, de la que derivaría la legitimación activa, se infiere

ante la ausencia de explicitación expresa de la mención del prestatario en el documento privado, que sustenta la existencia del préstamo, esencialmente de la cuenta en la que han de hacerse los ingresos y de la mención a «mi hijo», parece concluirse que el préstamo se efectuó por el Sr Eusebio, al hallarse únicamente suscrito el documento por los demandados.

Lo que compete acreditar a los actores para que el préstamo despliegue todos sus efectos será la entrega de la cantidad, cuya devolución se reclama, y en este punto en el acto del juicio, pues de la interpretación literal del documento del préstamo se hace mención a que se entrega al hijo, a Eusebio, y en el relato fáctico se refiere que se entregó la suma por Eusebio a Roberto para la compra del caserío.

En el acto del juicio, el codemandado manifiesta que recibió el dinero para comprar el caserío y el padre de su mujer iba a comprar dos partes para dividirlo. Que su padre le hizo un talón a nombre de María Milagros y con eso y la parte que ponía el padre de su mujer se compró el caserío, que ha vivido allí hasta que se separó, que no ha pagado nada, que no se podía escriturar hasta hacer las divisiones y había problemas, en doce años no se ha hecho la división, que María Milagros era la mujer de Roberto, que en el divorcio su mujer sabía de la existencia de la deuda, que no ha habido liquidación, que no le consta se hacía mención a la deuda en alguna de las sentencias. Y que el préstamo era para los dos.

Por su parte, la Sra Angelina refirió que ese documento lo vio en la separación, que como pensaba que no lo había firmado lo denunció, que ha sido condenada por falsedad. Que no fue a casa de los padres de su marido para pedir el dinero, que el caserío lo compró su padre con el dinero de la venta de un piso en Amara, que el caserío era de su padre, las reformas las pagaban sus hermanas y ella, que nunca la han reclamado, ni en el divorcio.

De lo anterior y aun cuando nos encontremos ante un préstamo entre familiares, y por lo tanto, carente de formalidades, ello no impide que al predicarse del documento núm. 2 de la demanda la naturaleza de préstamo deban acreditarse los elementos esenciales del mismo, en concreto, la entrega de la cantidad lo que no ha quedado evidenciado, pues aun cuando se evidencia la existencia de un talón por la suma reclamada de la cuenta a la que se debía reintegrar el préstamo, no se ha probado quién hizo efectivo, a quién fue abonado el mismo.

En la demanda se señala que se entregó por Eusebio a Roberto y éste en el acto del juicio manifiesta que lo entregó a María Milagros, la esposa del Sr. Roberto, también se manifiesta que el objeto

del préstamo era la adquisición de un caserío, en la demanda, y posteriormente el codemandado dice era para adquirir una parte del caserío, extremo negado por la otra codemandada, constando el caserío inscrito en el registro exclusivamente a nombre del padre de la demandada, manifestando ésta que lo adquirió su padre con dinero proveniente de la venta de un piso en Amara, extremo este también plausible.

Lo que debe analizarse sin perder de vista que aun cuando no se pactó plazo de devolución

ni las sumas concretas a devolver es el tiempo transcurrido desde la fecha del documento, que los demandados llevan separados cuatro años y tampoco se ha acreditado que en los documentos de la separación ni del divorcio se ha hecho mención al mismo, por lo que no puede entenderse acreditada la entrega de la suma al igual que se señala en la resolución recurrida, cuya argumentación también se acoge íntegramente, y por ende, la existencia del préstamo.

REGÍMENES ECONÓMICOS

A pesar de que no conste quién realizaba los ingresos en la cuenta común donde estaba domiciliada la hipoteca, la presunción legal conlleva que aquellos ingresos tengan carácter ganancial al haberse realizado constante el matrimonio, sin perjuicio de que la vivienda sea privativa del esposo al haberla adquirido antes de contraer matrimonio.

AP GUIPÚZCOA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Luis Blánquez Pérez

Sería ante notario como el 17 julio 1985, don José Daniel y don Matías vendieron a don Benjamín el piso vivienda NÚMoo0 NÚMoor del edificio núm. NÚMoo2 del polígono NÚMoo3, Subpolígono NÚMoo4 de Irun, quién además asumía el préstamo hipotecario que gravaba el bien, debiendo finalmente tener presente que los hoy litigantes contrajeron matrimonio en el año 1989.

Sentado esto efectivamente tras la lectura del inventario propuesto por la parte demandada con puntuales controversias respecto al presentado por la actora, tendríamos que manejar dos tipos de argumentaciones, ya que si por un lado, pretendía esta última incluir en el activo de la sociedad de gananciales los pagos efectuados a lo largo del matrimonio para atender la hipoteca que gravaba un inmueble privativo del esposo y adquirido con anterioridad (escritura de 17 de julio 1985), por otro, reconocía el meritado inmueble como propiedad pro indiviso del matrimonio.

Considerando la primera concluía la juzgadora de instancia en el sentido de que no entendía acreditado que ambos cónyuges hubieran contribuido a los abonos del préstamo hipotecario a nombre de don Benjamín, al aparecer cancelado el 30 de julio de 1998 refiriendo solamente «suma de abonos diversos» (folio 120 actuaciones), no constando el nombre de ninguna otra persona que hubiera efectuado pagos.

Y si bien el informe o documentos confeccionados por la entidad bancaria es el que es, efectivamente se aprecia un error en la juzgadora ya que el artículo 1361 y siguientes del CC implican una clara alteración de las reglas ordinarias de la prueba, de manera que si bien en virtud de la doctrina de la carga de la prueba el que alegara la ganancialidad de un bien sufriría las consecuencias de la falta de prueba si no lograba probarlo, en virtud de la meritada presunción, no es necesaria prueba alguna ya que se entenderá la ganancialidad dentro de un matrimonio, vigente el régimen de gananciales, mientras no se pruebe o acredite que es privativo.

Aquí constante matrimonio se fueron efectuando una serie de pagos para atender la referida carga hipotecaria, y existiendo en principio una única cuenta conjunta del matrimonio, dichos pagos han de entenderse como realizados por ambos, contribuyendo su esposa, bien con su trabajo fuera o dentro de casa atendiendo a su familia, con el dato a mayor abundamiento, que durante dos años el esposo no pudiera trabajar, debiendo ser atendido por su esposa, a la par de encargarse del negocio del bar.

Si fuere cierto que en dicha cuenta del matrimonio hubo ingresos de terceros, era al actor a quien correspondía tal acreditación y no a la parte demandada.

La actora en su escrito de oposición al recurso hace verdadero hincapié en la privacidad de la vivienda y este Tribunal entiende que nadie cuestiona ello, siendo completamente diferente que ambas atendieran una parte de la hipoteca que efectaba a la misma.

Item más si acudimos al escrito de la procuradora doña Eskarne Ruiz de Arbulo en en nombre y representación de doña Antonia anunciando su apelación puede comprobarse cómo se centra en la desestimación de la inclusión en el activo de los pagos de crédito hipotecario de la vivienda privativa del esposo efectuado por la sociedad ganancial durante la vigencia del matrimonio.

Con lo que queda suficientemente claro lo que aceptaba la recurrente y la concreta parte que impugnaba.

Por todo ello y sin mayores argumentos procede admitir el recurso planteado y modificar el inventario contemplado en la resolución impugnada, debiendo añadir dentro del activo, el crédito de la sociedad de gananciales frente al esposo en relación a las cantidades invertidas por el matrimonio (1989-2005) por el pago del préstamo hipotecario de la vivienda adquirida por el Sr. Benjamín en 1985.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Aunque la liquidación de la sociedad de gananciales no sea un procedimiento que figure entre los enumerados en el artículo 87 ter de la LOPJ, por aplicación del artículo 807 de la LEC, su conocimiento corresponderá al Juzgado de Violencia que ha tramitado el procedimiento de divorcio.

AP ALICANTE, SEC. 5.ª, AUTO DE 28 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Visitación Pérez Serra

La cuestión negativa de competencia que ha de resolver se plantea, como ha quedado expuesto en los Antecedentes de Hecho de esta resolución, entre el Juzgado de Violencia contra la Mujer y el Juzgado de Familia para el conocimiento de la solicitud de formación de inventario de la sociedad legal de gananciales disuelta por sentencia de divorcio dictada por el primero de los Juzgados citados.

La solicitud, presentada por la esposa al amparo de los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fue repartida al Juzgado de Violencia, el cual argumenta en el auto dictado el 17 de enero de 2007 que ese procedimiento no está incluido en el artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, añadiendo que no puede considerarse como mera ejecución de la sentencia de divorcio, sino que se trata de un procedimiento especial y con sustantividad propia, por lo que concluye que al no haberlo incluido el legislador en el apartado 2 del artículo 87 ter, implica que no se ha querido que se aplique la norma general que atribuye al Juzgado que dictó la sentencia de divorcio, contenida en el artículo 807 de la Ley procesal.

Por su parte, el Juzgado de Familia al que se inhibió el de Violencia, argumenta para negar su

competencia, que el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es el que establece la norma general y no existen motivos para no aplicarla.

Se trata de una cuestión para la que, ante la falta de previsión expresa de la Ley, no existe una respuesta unánime, aunque el criterio mayoritario, es considerar de aplicación lo dispuesto en el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de forma que el Juzgado de Violencia conocerá de la liquidación cuando este mismo Juzgado haya dictado la sentencia de separación, divorcio o nulidad, y ello por considerar que responde mejor a la finalidad que persigue la Ley 1/2004 al centralizar en un Juzgado todas las cuestiones derivadas de la crisis matrimonial, finalidad que no se agota con el dictado de la sentencia de separación o divorcio, y a tales consideraciones cabe añadir que al no existir previsión especial, debe aplicarse la regulación general.

Esta Sección 5.ª en supuestos equiparables ha mantenido esa postura, como por ejemplo en el auto núm. 115, de 6 de julio de 2006, en el que se argumenta lo siguiente: «Y tal cuestión viene referida a la que se deriva de la solicitud de liquidación del régimen económico-matrimonial después de tramitado un procedimiento de divorcio, que tiene su concreta regulación en el artículo 807 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil cuando dispone que será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de 1.ª Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad,

separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico-matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El Auto aprobatorio del inventario y de la liquidación de la Sociedad de Gananciales en el que se adjudica dentro del lote correspondiente al ex esposo un piso en el que vive la ex esposa, no es en absoluto título para proceder al lanzamiento de ésta de dicha vivienda.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, AUTO DE 9 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Mascaro Lazcano

Que tal y como lo tiene declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 19 de noviembre de 1992, el órgano jurisdiccional debe realizar su actividad ejecutora dando efectividad concreta al fallo judicial. La ejecución se cumple de esta manera en forma conectada y procedente, pues como reiteradamente ha declarado la Sala 1.ª del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional (SS 4/1988, 176/1985, 22/4 y 17 de octubre de 1991), la ejecutoriedad de las sentencias en sus propios términos, no sólo forma parte íntegramente del derecho a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 de la CE reconoce, sino que también es principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico. La ejecución ha de cumplir con el principio de identidad total entre lo establecido en el fallo con lo que ha de realizarse, pues de esta manera aquél se verifica e integra efectivamente en el patrimonio

del que lo obtuvo favorable. Obviamente da igual Sentencia que Auto.

En efecto, tal y como mantiene con acierto la parte recurrente, el Auto aprobatorio del inventario y de la liquidación de la Sociedad de Gananciales en el que se adjudica dentro del lote correspondiente al esposo, un piso en el que vive su cónyuge, no es en absoluto título para proceder al lanzamiento de la misma de dicha vivienda, pues cosa distinta es el derecho al uso y disfrute de un bien y la titularidad del mismo, siendo esta última el único objeto, cono no podía ser de otra forma, de la resolución meramente declarativa por tanto y no de condena, que de forma improcedente se ejecuta, debiendo estimarse la oposición a la ejecución en base a lo dispuesto en el artículo 559.3.º de la Ley 1/2000 de E. Civil, por nulidad radical del despacho de ejecución por no contener la resolución a ejecutar pronunciamientos de condena.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No procede incluir en el activo un crédito de la sociedad frente a la esposa por el uso que ha hecho ésta en exclusivo de la vivienda familiar.

AP BADAJOZ, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Fidela Leonor Cercas Domínguez

Por la representación procesal de don Víctor Manuel se interpone recurso de Apelación contra la Sentencia de instancia, impugnando el Fundamento de Derecho Segundo, respecto a la no inclusión de las rentas de la vivienda como activo ganancial, de las que la actora ha venido disfrutando desde

noviembre de 1999 hasta febrero de 2006 que la ha alquilado, por lo que debe valorarse en la misma cantidad que dicho alquiler.

Con lo que respecta al primer motivo de recurso, la atribución del uso de la vivienda conyugal a uno u a otro, hasta que se liquide la sociedad de

gananciales, sin que haya hijos comunes, como acontece en el presente procedimiento, por elemental lógica de utilidad, podrá disfrutarse por uno u otro, y más, cuándo el apelante, como es el caso que nos ocupa, durante el período de tiempo que menciona, ha estado ingresado en prisión. Efectivamente, se considera tal uso *ex* artículo 96 CC como un derecho de naturaleza real innominado, eso sí, con carácter temporal. Así la AP de Barcelona, sec. 18.^a, A de 9 de septiembre de 2000 razona; «como vienen sosteniendo la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales (*ad exemplum*, Sentencias de la AP de Madrid de 17 de noviembre de 1992 y 12 de marzo de 1993, de la AP de Vizcaya de 25 de abril de 1997 y de esta misma Sección 18.^a de la AP de Barcelona de 14 de junio de 1999 y de 6 y 13 de marzo y 22 de mayo de 2000. En el mismo sentido, ya la Sentencia del Tribunal Supremo de

23 de noviembre de 1998, viene a decir, que una interpretación lógica y extensiva del artículo 96.3 del Código Civil lleva a considerar, no habiendo hijos —debe entenderse también cuando éstos sean mayores de edad y tengan ingresos propios (como ocurre en el supuesto aquí enjuiciado)—, la posibilidad de acordar el uso de la vivienda por tiempo prudencialmente determinado, sea adjudicado a cualquiera de los cónyuges, siempre atendidas las circunstancias personales y socioeconómicas de los mismos. Es por ello, que este Tribunal considera que el uso de la vivienda que fue en su día conyugal por parte de la esposa, al tratarse de una vivienda copropiedad de ambos, es perfectamente factible sin que deba contabilizarse, tal y como establece la sentencia de instancia, en el activo a la hora de practicarse la liquidación de la sociedad conyugal.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No pudiendo hacer frente la esposa al pago de la hipoteca y al crédito que frente a ella ostenta su ex esposo, por haberse adjudicado a aquélla la totalidad de la vivienda familiar, se acuerda la nulidad de la partición aprobada en la sentencia de liquidación de la sociedad de gananciales.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.^a, SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Morillo-Velarde Pérez

Entrando, pues, en el núcleo de las pretensiones deducidas por la parte recurrente, ha de tenerse en consideración que el precepto en el que se basan, esto es, el artículo 1061 del Código Civil no es, en absoluto, el único criterio que debe tenerse en cuenta.

Es más, el artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Civil recomienda que no se produzcan indivisiones ni excesivas divisiones de fincas, debiendo tenerse en cuenta la plena virtualidad en esta materia del artículo 1062 de aquel otro texto, en el sentido de que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división cabe su adjudicación a calidad de abonar a otros el exceso, salvo que por uno cualquiera de los herederos se interese su venta en pública subasta, supuesto aplicable al caso en que existe una notable desproporción entre el valor del bien adjudicado el resto que componía el patrimonio hereditario o familiar, lo que permite, en principio sentar la aparente corrección de las operaciones particionales don Benito, pues se ha atendido al criterio establecido en el precepto mencionado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha adoptado la solución expresada en el segundo.

Ahora bien, conforme señala la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el artículo 1062 del Código Civil no es aplicable a los supuestos en que el dinerario preciso para compensar la adjudicación del bien indivisible debe proceder necesariamente de un origen extraño a la masa patrimonial que se liquida, pues en ese caso nos encontramos ante una venta de la porción adjudicada, por lo que pudiera pensarse que existe conflicto entre ambos extremos, pues es obvio que la existencia de un solo bien no susceptible de división sólo puede repartirse constituyendo un condominio o compensando en metálico el valor de la adjudicación, lo que conduce, necesariamente, al sacrificio de uno de esos dos criterios, el expresado en el artículo 786 y el prevenido en la doctrina del Centro Directivo que se comenta.

Por tal circunstancia no cabe apreciar exceso en las facultades conferidas al contador-partidor, toda vez que la opción elegida obedece a uno de ellos, pero dicha consideración no quita que se examine el problema desde la perspectiva del criterio de igualdad establecido en el artículo 1061.

En tal sentido, puede señalarse con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de abril de 2005, que se ha de «ponderar la posibilidad de que, efectivamente, aún no interesada la venta en pública subasta, la adjudicación a uno de los cónyuges con la cualidad de abonar el exceso pudiera provocar situaciones indeseables si el adjudicatario careciese de capacidad económica para afrontar la compensación pudiendo quebrar su economía y poner en peligro otros derechos propios personales o materiales; supuesto en el cual pudiera rechazarse la aplicación del artículo 1062 del Código Civil», ya que ese resultado es uno de los aspectos en que debe calibrarse el cumplimiento del principio de la igualdad de lotes.

Y desde esta perspectiva, la procedencia del recurso y de la demanda iniciadora de las actuaciones de que dimana es clara.

Con independencia de que los emolumentos mensuales de la esposa sean los que se dicen en la demanda, de mil doscientos euros, o los que aduce la parte demandada, en torno a los dos mil euros mensuales, lo cierto y verdad es que el resultado de la partición impone a la recurrente unas cargas económicas excesivas, pues de un lado ha de hacer frente al pago de la hipoteca que grava la vivienda que fue familiar, ascendente, a la fecha de la liquidación, a la cantidad de ciento veintiséis mil dieciocho euros con sesenta céntimos, lo que supone una cantidad mensual nada desdeñable; de otro, ha de encontrar el numerario suficiente o la forma de financiación que le permita abonar al demandado la cantidad de doscientas cuarenta mil doscientos diecinueve euros, esto es, casi el doble del importe actual de la hipoteca, resultando mermada sensi-

blemente su capacidad de endeudamiento por el hecho de que sobre la vivienda pesa el derecho de uso de las menores.

En cambio, el apelado, que cuenta con ingresos cuando menos iguales o superiores a la mejor estimación de la recurrente, recibió un bien inmueble, del que ni siquiera tiene que desprenderse para subvenir sus necesidades de habitación, que podría satisfacer a costa del derecho de crédito que le fue concedido, igual a la indemnización compensatoria del exceso, resultando objetivamente más beneficiado en sus condiciones de vida esenciales que quien fue su cónyuge. Y es precisamente ahí donde se revela la infracción del principio de igualdad de lotes; el resultado de la partición no le ha supuesto un grave problema económico, como aconteció con aquélla, al concedérsele algo que su nivel de vida no le permite pagar.

La Sala es consciente de que la alternativa, constituyendo condominios sobre los bienes inmuebles, en cierta medida desconoce los criterios del artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo carácter orientador no obstante subraya, mas no encuentra otra solución que concilie sus exigencias con el principio contenido en el artículo 1061 del Código Civil, al margen de que la que se adoptó en la partición impugnada está absolutamente desconectada con la más elemental idea de justicia material.

Por consiguiente, procede hacer las rectificaciones necesarias en la partición aprobada por Sentencia de 5 de diciembre de dos mil cinco, que consistirán, fundamentalmente, en la constitución de sendos condominios sobre los bienes inmuebles.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se confirma la adjudicación propuesta por el contador partidor en el sentido de que el inmueble se adjudicase al esposo, actual ocupante del inmueble, con la obligación de abonar el exceso a la esposa, no siendo procedente la adjudicación en pro indiviso a ambos cónyuges ya que ello implicaría seguir en comunidad. Si el esposo no estaba interesado en la compra debió solicitar al contador partidor la venta en pública subasta.

AP ASTURIAS, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Julián Pavesio Fernández

Frente a la sentencia dictada en la instancia desestimando la impugnación contra la liquidación de la sociedad de gananciales realizada en el cuaderno particional por el contador dirimente, se interpone recurso de apelación por el esposo, Sergio, alegan-

do únicamente su disconformidad con la adjudicación que se le hace del bien inmueble, insistiendo en que dicha adjudicación ha de efectuarse por indiviso, al igual que la de los bienes muebles que contiene, a ambos cónyuges, por carecer el apelan-

te de la capacidad económica necesaria para abonar el exceso de adjudicación en dinero a la apelada, reproduciendo al respecto las alegaciones hechas en primera instancia sobre sus ingresos y abonos de pensión compensatoria a la esposa y alimentos a la hija.

La liquidación de la sociedad de gananciales tiene por objeto precisamente la valoración, liquidación y adjudicación de los bienes y deudas previamente inventariados, para poner fin a la comunidad derivada de la sociedad de gananciales, sin que pueda admitirse una liquidación dirigida a mantener una situación semejante a la existente con anterioridad a la liquidación, lo que sería contrario a la propia naturaleza del procedimiento, sin que, por otra parte, el pronunciamiento que pueda contener la sentencia de separación sobre la atribución del uso y disfrute de la vivienda vincule la decisión del procedimiento de liquidación, sino que se orienta a regular los efectos personales y patrimoniales que se derivan de una crisis matrimonial y queda supeditada al resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales. Máxime, cuando en el presente caso, en el previo proceso matrimonial está adjudicado al apelante el uso y disfrute de la vivienda, derecho de disfrute y ocupación de la vivienda que es oponible frente terceros (SSTS de 11 de diciembre de 1992, 14 de julio de 1994, 16 de diciembre de 1995).

Pretensión pues, la del recurrente de atribución a ambos pro indiviso que va *contra natura*, puesto que, el procedimiento de liquidación pretende poner fin a la situación resultante de la sociedad de gananciales, lo que no puede pasar por crear otro tipo de comunidad si cualquiera de los cónyuges no está de acuerdo (pues nadie está obligado a permanecer en la indivisión –artículos 400 y 1051 CC–) sino por repartir el remanente; y, según el artículo 1062 CC, al que remite el artículo 1410, tratándose de bienes indivisibles, la facultad que se atribuye al coheredero (cónyuge) consiste en pedir la adjudicación o solicitar su venta en pública subasta, pero no en postular la creación de una comunidad romana. No encontrándonos tampoco ante una compraventa impuesta, sino ante el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1061 CC, el contador partidor hizo lotes y los adjudicó a las partes. Cuestión distinta es que los lotes no sean iguales, mas la jurisprudencia viene entendiendo, respecto al principio de igualdad cuantitativa a que alude el precepto, que «el artículo 1061 del CC tiene un carácter más bien facultativo que imperativo –SSTS de 25 de junio de 1977, 13 de junio de 1980, 17 de junio de 1981, y 21 de junio de 1986– y el tenor literal del precepto al hablar de la «posible igualdad», antes aludida; como lo establecen claramente las SSTS de 7 de enero de 1991 y 15 de marzo

de 1995: «que el artículo 1061 del CC tiene más bien carácter facultativo y orientativo que de imperativa observancia».

Además, el recurrente podía haberse liberado de esa pretendida adjudicación forzosa acudiendo al mecanismo del artículo 1062 CC, esto es, solicitando la venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños y respetando su derecho de uso de la vivienda atribuido en la sentencia de separación, sino que se limitó a pedir el condominio, abocando así al contador a la solución propuesta y recogida en la sentencia impugnada. Es decir, en otras palabras, al no poder pasar de una comunidad germánica a una comunidad romana si cualquiera de los cónyuges insta la división (pues nadie puede ser obligado a permanecer en la indivisión), la solución estribaba, ya en atribuir el bien a uno de los litigantes, a calidad de compensar al otro, como expresamente solicitó la apelada, ya en proceder a su venta en pública subasta, no solicitada, por lo que únicamente restaba la primera alternativa, que se compaginaba con la asignación acordada sobre el uso y disfrute de la vivienda al apelante y, en definitiva, sobre su voluntad de alcanzar la propiedad del inmueble que se trasluce en su pretensión de constitución de un condominio. Pues como dice la STS de 28 de marzo de 2003, recogiendo consolidada doctrina jurisprudencial: «la acción de división es irrenunciable, indiscutible e incondicional y asiste a cualquier propietario no estando sometido su ejercicio a circunstancia obstativa alguna».

En el caso enjuiciado el recurrente no interesó ni es de su interés la venta en pública subasta sino el mantenimiento de la situación de indivisión, escudándose en falta de capacidad económica para compensar a la apelada, tratando de solapar su voluntad de alcanzar la propiedad del inmueble, que se trasluce en su pretensión de constitución de un condominio, máxime acordado que está a su favor el derecho de ocupación, uso y disfrute de la vivienda; oponible frente a terceros, como se ha señalado. Y si bien dice el apelante que «a partir de aquí, cada comunero podría acudir a las vías legales correspondientes para la liquidación del proindiviso, en las formas y opciones posibles (venta en subasta, etc.)», si ésa era su intención, lo que no parece al tenor literal de lo manifestado, es decir, si su voluntad era que no se le adjudicara la vivienda, pudo en su momento y debió acudir al remedio de solicitar su venta en pública subasta y, no simplemente perpetuar la indivisión, pues con ello se menoscababa el derecho del otro cónyuge a la división, adquiriendo con su postura tintes limitantes al abuso de derecho, consciente que es de su derecho de ocupación y disfrute y de lo limitado de su capacidad económica; situación que él solo ha provocado y que tendrá que resolver.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Carácter privativo de la indemnización por despido laboral que percibió la esposa que se hizo efectiva una vez disuelta la sociedad de gananciales.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª José de la Vega Llanes

El segundo motivo de impugnación viene referido a la indemnización por cese en la relación laboral de la esposa, que en el fundamento de derecho segundo, punto séptimo de la sentencia se excluye del haber ganancial. El apelante alega infracción de lo dispuesto en los artículos 1347.1 y 1397.1 del CC según expone porque la pérdida del trabajo se produjo vigente la sociedad de gananciales. El motivo no puede prosperar.

La extinción de la relación laboral, según consta en el correspondiente informe (F. 426) se produjo a partir de octubre de 1999, es decir pocos meses antes de dictarse el auto de medidas provisionales. Mas la indemnización laboral se hizo efectiva una vez disuelta la sociedad de gananciales. Por otro lado es criterio establecido por esta Audiencia en

orden a la naturaleza jurídica, ganancial o privativa, de la indemnización percibida por uno de los cónyuges a consecuencia de su cese laboral, que debe tomarse en consideración la finalidad de la prestación, pues la misma no viene a retribuir un trabajo ya retribuido, sino a indemnizar la pérdida de un trabajo, lo que tiene un componente prioritario de resarcimiento moral, junto con otros aspectos, claro está, de reparación del daño material. En consecuencia su naturaleza no encaja dentro de lo previsto en el artículo 1347.1 del CC sino más bien en el artículo 1346 núm. 5 como bien o derecho patrimonial inherente a la persona, en cuanto derecho fundamental del que queda privado uno de los cónyuges cuya indemnización viene a sustituir a aquél (artículo 1346, núm. 3)

REGÍMENES ECONÓMICOS

Inclusión de una partida en el pasivo por el importe actual de la cantidad que percibió la esposa por un accidente de circulación y que se ingresó en una cuenta común que se invirtió en atender las necesidades de la sociedad.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª José de la Vega Llanes

Igualmente impugna el apelante dentro del pasivo, la partida recogida en el apartado 2.º del fundamento de derecho tercero relativa al crédito que ostenta doña M.ª Paz frente a la sociedad de gananciales, por razón de la indemnización percibida como consecuencia de unas lesiones producidas en accidente de circulación. El recurso no puede prosperar.

Tal indemnización tiene carácter privativo por mor de lo dispuesto en el artículo 1346 núm. 6 del

CC. La suma recibida (27.044,55 euros, F. 197) se ingresó en una cuenta ganancial, por lo que a falta de otra prueba en contrario, se presume que se invirtió en atender a las necesidades de la sociedad por lo que se genera un derecho de crédito a favor de la perjudicada y con cargo a la sociedad de gananciales que está obligada a la restitución con sus intereses (artículo 1398.2.º CC).

REGÍMENES ECONÓMICOS

No es procedente incluir en el activo de la sociedad un crédito contra la esposa por la cantidad de que dispuso de una cuenta bancaria toda vez que ha quedado acreditado que se invirtió en abonar los gastos y obligaciones a cargo de la sociedad de gananciales, ya que, producida la separación, el padre no aportó cantidad alguna para atender los alimentos de los hijos.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª José de la Vega Llanes

En primer lugar impugna lo dispuesto en el fundamento de derecho segundo, punto sexto de la sentencia que considera como no integrante del inventario la cantidad de 1.534.816 pesetas, como suma de la que dispuso la esposa de una cuenta ganancial el 8 de febrero de 2000. La Juzgadora *a quo* considera que esta suma fue invertida en abonar los gastos y obligaciones de cargo de la sociedad de gananciales. Este criterio debe mantenerse, en esta alzada, en atención a las circunstancias concurrentes de las que no se deduce una conducta abusiva por parte de la esposa en dicha disposición, pues no puede olvidarse que producida la separación de hecho en

diciembre de 1999 el padre no aportó contribución alguna a los alimentos de los hijos hasta marzo de 2000, fecha a la que se retrotrajo la obligación impuesta en el auto de medidas Provisionales del pago de la pensión de alimentos (Doc. 64 interrogatorio de las partes en el que el padre reconoció que había sido la madre la que habría pagado los gastos de universidad de la hija). En consecuencia, dado que la referida suma tenía carácter ganancial, su cuantía carece del carácter extraordinario que supone una reversión, antes al contrario aparece justificada su disposición para atender a las cargas de la sociedad de gananciales.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No cabe aceptar la tesis de que, porque no se hubiesen incluido en su momento en el inventario determinados bienes o derechos, se pierde la facultad de hacerlo después, solicitándolo en forma, por medio del proceso declarativo correspondiente, porque tal posibilidad se desprende de lo dispuesto en el artículo 1079 del Código Civil.

AP A CORUÑA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Ángel Rodríguez Cardama

No cabe aceptar la tesis de que porque no se hubiesen incluido, en su momento, en el inventario, determinados bienes o derechos, se perdiese la facultad de hacerlo después, solicitándolo en forma, por medio del proceso declarativo correspondiente, como en este caso, porque tal posibilidad se desprende, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 1079 del Código Civil, a modo de complemento o adición de la partición realizada, habiendo decla-

rado, al respecto, nuestro más Alto Tribunal que es indiferente que los bienes de que se trate hayan sido omitidos involuntariamente o de modo intencional (así, Sentencia de 19 de junio de 1978). Tal interpretación no impedirá que si la acción ha prescrito, así se establezca y no prejuzga, desde luego, el resultado del proceso, en función de lo alegado y probado por las partes.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No puede incluirse en el activo de la sociedad de gananciales un crédito contra el esposo por el dinero que se obtuvo tras la venta de un inmueble ganancial al no quedar acreditado que el importe fuera cobrado íntegramente por aquél.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 3 MAYO 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

La primera pretensión de la primera parte apelante consistente en que se incluya en el activo ganancial la cantidad de 24.040,48 euros procedente de la venta de la finca sita en Hormigos no puede tener favorable acogida, ya que no ha quedado acreditado que este importe fuera cobrado íntegramente por la demandante.

Es cierto que no se puede concluir, tal como realiza la sentencia que nos ocupa, que la cantidad

les fue entregada en mano y en metálico a ambas partes, ya que el testigo manifestó: «que lo compró el 15 de mayo de 2003, que pagó 23.000 euros cree recordar, que no entregó cheque, que los dos litigantes estaban juntos y que no sabe a quién le entregó el dinero», pero tampoco hay constancia a pesar de la prueba practicada en primera instancia y en esta alzada de que el dinero fuera recibido en su totalidad por doña Yolanda.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La parte apelante muestra su discrepancia con el pronunciamiento de la sentencia de instancia que excluye del pasivo de la sociedad el importe del seguro de hogar que, recayendo sobre la vivienda común, fue abonado por dicha litigante, suplicando de la Sala que, revocando dicho criterio decisorio, se integre dicha partida en las operaciones particionales, a lo que accede la Audiencia Provincial.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

La parte apelante muestra su discrepancia con el pronunciamiento de la sentencia de instancia que excluye del pasivo de la sociedad el importe del seguro de hogar que, recayendo sobre la vivienda común, fue abonado por dicha litigante, suplicando de la Sala que, revocando dicho criterio decisorio, se integre dicha partida en las operaciones particionales.

En el entorno de las operaciones divisorias del patrimonio ganancial, y en lo que afecta a los inmuebles de titularidad común, ha de distinguirse entre los gastos inherentes al uso de los mismos y aquellos otros derivados de modo directo de la titularidad dominical.

Así, respecto de los primeros, entre los que su ubican los relativos a los diversos suministros de la

vivienda o las cuotas ordinarias de comunidad, en cuanto benefician de modo exclusivo al cónyuge al que, en virtud de lo prevenido en el artículo 96 del Código Civil, se le ha atribuido el uso de la vivienda, resulta de elemental lógica jurídica que el mismo asuma tales cargas, sin posibilidad de repercutir su importe en la extinta sociedad económica en liquidación.

No puede acaecer lo mismo respecto de aquellas otras cargas que recaen, no sobre el goce efectivo del inmueble, sino sobre la propiedad del mismo, cuales son el Impuesto de Bienes Inmuebles y el seguro de hogar que, en virtud de tal afección, deben ser soportados por ambos cónyuges, con independencia de que se haya atribuido sólo a uno de ellos el derecho de uso.

En efecto, tras la disolución de la sociedad económico-matrimonial, nos encontramos, respecto de los bienes que la integran, ante una comunidad romana pro indiviso, regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, conforme a cuya normativa todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa común (artículo 395).

Bajo tal cobertura legal ha de situarse la pretensión de la hoy recurrente, en cuanto tiende a resarcirse de un gasto que, realizado exclusivamente por la misma, recaía sobre la propiedad de un bien común, a fin de garantizar la conservación del mismo o, en su caso, de su valor económico.

Razones que determinan el acogimiento de la pretensión articulada, en cuanto viene amparada por el artículo 1398.3.º del Código Civil.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Aunque en el Código Civil se hace referencia a edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, también tendría cabida un caso como el presente, de edificio antiguo demolido y reemplazado por uno nuevo.

AP A CORUÑA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Ángel Rodríguez Cardama

Una de las cuestiones más controvertidas es la referente a si debe incluirse en el inventario, como ganancial, la casa en el lugar de «Currás», que constituyó durante años el domicilio conyugal, habiéndose pronunciado por hacerlo, la sentencia recurrida, conforme a lo dispuesto en el artículo 1404, párrafo segundo, del Código Civil, vigente antes de la reforma operada por Ley de 13 de mayo de 1981.

Se alega por la dirección Letrada de doña Edurne, que ha recurrido tal decisión, que si bien la antigua casa, heredada por su difunta madre doña Melisa, sufrió una reforma integral en 1940 —o algo después— y fue sustituida prácticamente por otra, no se estaría ante una construcción *ex novo*, que sería necesaria, a su juicio, para que fuese aplicable el precepto antes citado.

Aunque el texto de la mencionada norma aludía a edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, también tendría cabida un caso como el presente, de edificio antiguo demolido y reemplazado, tomado ya en consideración en las añejas Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1900 y 18 de diciembre de 1954. Téngase en cuenta que la propia doña Edurne, reconoció que de la antigua casa sólo quedó el muro de un alpendre, lo que habla a las claras de la importancia del cambio que se produjo.

También se aduce en el recurso que no fue ganancial el dinero invertido en esa reconstrucción,

sino privativo de doña Dolores, madre de la precitada doña Melisa y abuela de los ahora litigantes.

Con esta última convocatoria convivieron bastantes años, doña Melisa y su esposo, don Alejandro, padre que fue de quienes son partes en este proceso. Doña Dolores, disponía, cierto es, de un patrimonio inmobiliario, fincas y montes, que administró, mientras estuvo incapacitada, su yerno, don Alejandro —acaso, por lo que se desprende de autos, de forma desconocida—, y también doña Elvira, por herencia paterna, en tanto que el marido de ésta, por su trabajo, estaba en condiciones de obtener ingresos. No se sabe, con exactitud, la procedencia del numerario con el que se pagó la reconstrucción de la casa y, salvo conjeturas, no cabe dar por sentado que fuese exclusivamente de doña Edurne. La manifestación en testamento, de don Alejandro, de que fue con dinero ganancial, podría ser, por sí sola, insuficiente, como, posiblemente, lo argumentado en sentencias aportadas, sobre precario, que cabría entender como un *obiter dictum*, pero todo eso en conjunto, unido a la presunción de ganancialidad existente, no desvirtuada, determina que deba resolverse a favor de ésta.

Pero, expuesto lo que precede, aunque parezca ocioso, deben hacerse algunas consideraciones. Lo ahora establecido se hace a los únicos efectos del artículo 809.2. de la LEC, por lo que no se prejuzgan los derechos que puedan ostentarse sobre determinados bienes, ni aquéllos de los que

se crean asistidos las partes, como tampoco cabe pronunciarse, como se pide, sobre la nulidad de la donación efectuada el 5 de noviembre de 1981,

cancelación de inscripciones registrales y anotaciones preventivas, dado lo limitado de este debate, carente de los efectos de cosa juzgada.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Procede incluir en el pasivo un crédito a favor del esposo por el valor actualizado del solar que sirvió de base para la construcción de la vivienda ganancial dado que expresamente se hizo constar en la escritura de obra nueva que el esposo aportaba a la sociedad el solar privativo pero que se reservaba el derecho de reembolso.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

En modo alguno puede tener favorable acogida la pretensión planteada, en primer lugar, por la parte recurrente, por cuanto que se pretende negar, de modo indebido, un derecho de crédito, perfectamente definido en favor del apelado, consistente en el valor del solar sito en la localidad de Herrera del Duque (Badajoz), que fue aportado por aquél a la sociedad legal de gananciales mediante la escritura de fecha 27 de julio de 1998, documento en el que se expresa esta concreta aportación de dicho inmueble, propiedad exclusiva del apelado, y si bien es cierto que se otorga el carácter ganancial a dicho inmueble, de conformidad con lo establecido el artículo 1355 del Código Civil, también de un modo expreso se hizo reserva del derecho de reembolso en favor de quien aportaba dicho inmueble, por el valor del solar.

Así las cosas, es claro que es innegable dicho crédito a favor del apelado pues, por otra parte, en ningún caso se ha acreditado por la recurrente que el dinero empleado en la compra de dicho solar tenía carácter ganancial, por lo que las alegaciones

al respecto de la procedencia de dicho metálico, a la sazón, por medio de la solicitud efectuada a una entidad bancaria, que ya no existe, carecen del mínimo refrendo probatorio, carga de la prueba que debió cumplirse, en su momento, en la instancia, por lo que, en suma, se otorga total validez a la expresa manifestación contenida en el documento público antes aludido, que fue otorgado por ambos cónyuges, reconociéndose, también de modo expreso, por parte de la recurrente, el carácter privativo del solar que se aportó a la sociedad legal de gananciales, y todo ello se halla debidamente documentado en los autos, a través de la escritura de compraventa de solar, por el apelado, de fecha 13 de enero de 1986, y en la escritura de aportación al matrimonio, de la fecha antes indicada, de 27 de julio de 1998.

Por lo demás, tampoco puede acogerse la pretensión relativa al reconocimiento del crédito de la sociedad por el aumento del valor del inmueble, petición novedosa que debe rechazarse en esta alzada.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se confirma la resolución de desamparo ya que la madre no tiene ningún interés en las visitas y el padre pretende depositar las responsabilidades en terceras personas.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Blasa Noblezas Negrillo

Se alza la apelante contra la resolución impugnada pretendiendo se dejen sin efecto las resoluciones de desamparo y de acogimiento simple en familia ajena

dictadas por la demandada, otorgándose la guarda y custodia de la menor, que hoy cuenta con 8 años de edad; subsidiariamente, se incrementen las visi-

tas a una hora a la semana. El padre de la menor también recurre interesando se revoque la segunda de dichas resoluciones y se acuerde el acogimiento en familia propia, concretamente con la tía materna de la menor. El Ministerio Fiscal se opuso a tales pretensiones.

Del examen de las pruebas practicadas en autos nos encontramos con que, según el informe del CSM, la madre fue atendida en dicho centro desde mayo de 2001 por padecer trastorno de ansiedad con crisis y trastorno de personalidad; padecía crisis epilépticas atribuibles a un estado de ansiedad por problemática personal y relacional, habiendo seguido tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico individual y grupal, siendo la última visita el 2 de enero de 2004, y habiendo dejado el tratamiento voluntariamente.

Según el servicio de urgencias, la menor ingresó el 19 de septiembre de 2003 tras comunicación del colegio al que asistía dado que la madre no había ido a buscarla, ello por la causa de que estaba detenida y el padre no tenía domicilio fijo desde hacía cuatro años; dormía en un vehículo. La madre, según el informe propuesta de 26 de septiembre de 2003, salió de prisión el 25 de septiembre de 2003. En enero de dicho año, según el informe del CSMIJ, la niña fue atendida por presentar cuadro de nerviosismo y agresividad en relación a la madre y ocasionalmente conductas autoagresivas, con síntomas reactivos a situaciones del entorno socio-familiar.

La madre nunca ha trabajado, habiendo dependido siempre de terceras personas. Según el informe de Asteroide B-612 de 16 de febrero de 2005, la misma no cumple el plan de mejora, no tiene

ningún interés; las visitas no se cumplen de forma satisfactoria; no se dan muestras de afecto; no puede empalazar con la menor. Finalmente, del informe del SATAV de 10 de octubre de 2005, se desprende: en cuanto a la madre, dijo haberse casado, aunque consta por otras manifestaciones suyas que vivía en una vivienda ocupando una de las habitaciones; presenta sintomatología clínica sin recibir soporte profesional; graves dificultades para reconocer dificultades propias frente a los problemas familiares y personales, proyectándolos fuera de ella; dificultades para empalazar y cubrir las necesidades de la niña, y precaria situación laboral —nunca ha trabajado— y de vivienda. En cuanto al padre, aparece en un papel secundario, depositando sus propias responsabilidades en terceras personas; presenta un proyecto de guarda y custodia confuso y poco sólido, aunque ha construido un vínculo afectivo con la niña en las visitas. Y en lo que se refiere a la tía, hermana de la madre, si bien podría hacerse cargo de la menor y ha reiniciado las visitas, tendría muchas dificultades dadas las actuaciones descontroladas de la madre. En estas circunstancias entendemos que la resolución impugnada, que recoge toda esta problemática cronificada que se daba en la vida personal de los padres de la menor y que constituían un riesgo de máxima relevancia por su repercusión en la niña, es la más idónea para su interés, que es el prioritario por más que legítimo sea el de sus padres, por lo que debemos desestimar los recursos que se examinan, máxime cuando se mantienen las visitas y la menor está plenamente integrada en la familia de acogida con la que está desde finales del año 2004.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La propia recurrente admite la situación de hecho propia de la privación de la patria potestad cuando se produjo la situación de desamparo, si bien alega que en la actualidad han cambiado las circunstancias (ha salido de la situación de drogodependencia en que se encontraba y ha rehecho su vida contrayendo matrimonio con otra persona), sin embargo no consta que llevase a cabo actuación alguna frente a la Administración que declaró el desamparo de la menor para el cese de dicha situación. Por tanto, procede declararla incurso en causa de privación de la patria potestad.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

En el presente procedimiento de adopción, se suscitó incidente por la madre biológica del adoptado

para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, conforme a lo previsto en el artículo 177

del Código Civil, procedimiento que se siguió por los trámites de los artículos 781 en relación al 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el que recayó la sentencia recurrida, por la cual se desestimó la demanda iniciadora del incidente.

Contra dicha sentencia se deduce el presente recurso, sustentado en el error en la valoración de la prueba, en la medida en que, a juicio de la recurrente, la sentencia se fundamenta en que la demandante está incurso en causa legal de privación de la patria potestad, cuando dicha causa no está acreditada.

El Código Civil, en su artículo 176, recoge como principio que debe regir la institución de la adopción el del interés del adoptado, al afirmar que «La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado...». Este interés, cuando se confronta con los demás que convergen en la situación pre adoptiva o adoptiva, debe ser minuciosamente analizado (Sentencia de esta Audiencia provincial de 15 de diciembre de 2004), pues no se puede olvidar que también es de interés para el menor integrarse y ser educado por su familia natural, como tuvo ocasión de señalar la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 30 diciembre 1986 –artículo 9– y el propio Código Civil en su artículo 172.4.

La necesidad de que asientan a la adopción los padres biológicos tiene como excepción no sólo la privación de la patria potestad sino la situación de hecho de «estar incurso» en una causa de privación de la misma, lo que debe ser interpretado –decía la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 23 de marzo de 2004–, «no en términos procesales, es decir, como existencia de un procedimiento incoado y en el que se esté ejercitando la acción para privarles de la patria potestad, sino en términos meramente materiales, es decir, como constatación de la concurrencia de un motivo que con arreglo a la Ley sea causa para privarles de la patria potestad».

La Sentencia de esta Audiencia Provincial de 3 de marzo de 2003, señalaba que la privación de la patria potestad tiene un carácter punitivo o sancionador que requiere, como expresa la Sentencia del TS de 18 de octubre de 1996, la inobservancia de aquellos deberes que son inherentes a la misma (artículo 154 y concordantes del Código Civil), o como señalaba la Sentencia de la AP de Valencia de 13 de septiembre de 2005, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común. Dicho incumplimiento debe ser grave y persistente debiendo constituir un peligro para el beneficiario y destinatario de la institución, el menor, cuyo interés –no dejamos de reiterar– debe prevalecer en esta materia.

Por otra parte, en cuanto al momento en que debe ser apreciada dicha situación, la jurisprudencia mayoritaria señala que habrá de atenderse al momento en que se produjo la situación de desamparo (Sentencias de la AP de Málaga de 30 de mayo de 2002 y 22 de julio de 2005, de Almería de 2 de septiembre de 2004, de Las Palmas de Gran Canaria de 3 de septiembre de 2004 o de Murcia de 25 de mayo de 2005), aunque esta Sala considere, con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 14 de abril de 2004, que, sin desconocer los argumentos de aquella posición jurisprudencial, no dejan de tener relevancia los hechos posteriores a la declaración administrativa de desamparo, de modo que, frente al hecho declarado del desamparo que constituye, efectivamente, una declaración pública de implícito incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, excepcionalmente, cabría aducir una situación de hecho que pudiera suponer la recuperación (artículo 170 párrafo segundo del Código Civil), de la implícita privación de la patria potestad que aquel desamparo conlleva, de modo que el Juez podría valorar la desaparición o cesación de esa situación preexistente e implícitamente contenida en la declaración de desamparo, a los efectos del asentimiento a la adopción, lo que supondría, por una parte, carga probatoria del progenitor que la invoca y, por otro lado, su apreciación debería ser excepcional, al supeditarse la recuperación de la patria potestad no sólo a que cese la causa que la motivó sino al «beneficio e interés del hijo», con lo que deberían entrar en juego tanto la propia conducta de los progenitores como el *status* del menor tras la declaración de desamparo, buscando siempre ese superior interés del adoptado.

En el caso sometido a la consideración de esta Sala no existe el error que se denuncia. La propia recurrente –al no haberse personado el padre biológico– admite la situación de hecho propia de la privación de la patria potestad cuando se produjo la situación de desamparo, si bien alega que en la actualidad ha desaparecido dicha situación, de modo que ha salido de la situación de drogodependencia en que se encontraba y ha rehecho su vida contrayendo matrimonio con otra persona con la que lleva una relación normalizada habiendo adquirido una vivienda, hechos que, aun dándose por ciertos, no impiden mantener la resolución recurrida, pues no basta con un cambio mayor o menor en el *status* personal del progenitor sino que es necesario que éste vaya seguido de una voluntad clara y persistente en el cumplimiento de los deberes inherentes a dicho *status* respecto de sus hijos, circunstancia que no se advierte en la recurrente y no sólo porque no consta ninguna actividad respecto de su otro menor hijo que se encuentra bajo el cuidado, al parecer, de

los abuelos paternos, sino que tampoco ha llevado a cabo actuación alguna frente a la Administración que declaró el desamparo de la menor a la que se refiere el presente procedimiento de adopción, para que cese dicha situación, como le autoriza el artículo 173 del Código sustantivo, de modo que

aquella inicial situación de incumplimiento grave y permanente de los deberes inherentes a la patria potestad que condujo a la declaración de desamparo, no se ha alterado, no habiéndose producido el error denunciado, debiendo desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

El momento concreto en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están o no incurso en la privación de la patria potestad no es aquel existente en el momento en que se tramita el expediente de adopción, sino el que se produjo con anterioridad originando el desamparo y desatención del menor.

AP GUIPÚZCOA, SEC. 3.^a, SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Begoña Argal Lara

Alega el recurrente infracción de las normas y garantías procesales relativas a las pruebas documental y testifical sin concretar los preceptos de la LEC en que se concretan las infracciones.

En todo caso deberán efectuarse las siguientes consideraciones:

1. La comparecencia del recurrente el 2 de junio de 2004 al objeto de oponerse a la adopción y no prestar asentimiento a ello implica que no existe asentimiento.

2. La falta de asentimiento de uno de los progenitores no implica el archivo del expediente, sino su transformación en contencioso.

3. Conforme a lo establecido en el artículo 177.2.2 del Código Civil deberán prestar su asentimiento a la adopción, sino están imposibilitados para hacerlo: «los padres del adoptado que no se halla emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación».

4. El criterio de interés del menor ha sido acogido reiteradamente por el Tribunal Supremo, el cual ha sostenido en relación con los procedimientos de adopción que es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una

solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española (Sentencias de 20 de abril de 1987 y 19 de febrero de 1988).

5. Es doctrina jurisprudencial que el proceso valorativo de las pruebas es incumbencia de Jueces y Tribunales sentenciadores y no de las partes litigantes, a las que queda vedada toda pretensión de sustituir el criterio objetivo del órgano enjuiciador por el suyo propio, dado que la prevalencia de la valoración realizada por éste obedece a la mayor objetividad que la de las partes, pues sus particulares y enfrentados intereses determina la subjetividad y parcialidad de sus planteamientos (SSTS 1 marzo de 1994, 20 julio de 1995).

Ello obliga a señalar con carácter previo que no hay precepto que exija una constatación pormenorizada o examen de cada una de las pruebas, y el Tribunal de segunda instancia tiene el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez *a quo* de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de la experiencia o a las normas de la sana crítica o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso.

6. No se ha infringido el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente por el hecho de que

el Juez *a quo* no mencionase las testificales de la abuela materna del menor y de la Sra. Rita, pues ha realizado una valoración conjunta de la prueba, no siendo necesario un análisis detallado de cada uno de ellas, máxime cuando no tiene relevancia a la hora de acreditar los hechos impositivos opuestos por el apelante proponente.

7. El momento concreto en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están o no incurso en la privación de la patria potestad no es aquel existente en el momento en que se tramita el expediente de adopción, sino el que se produjo con anterioridad originando el desamparo y desatención del menor.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Improcedencia de la petición de rendición de cuentas solicitada respecto a la administración de los bienes de los hijos, toda vez que estos rendimientos se aplicaron al levantamiento de las cargas del matrimonio a las que también deben contribuir los hijos.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Manuel García Sánchez

Que, frente a la sentencia que condenaba a la codemandada, doña Antonia, a rendir cuentas de la administración de las fincas propiedad del actor y de su hermana, ambos hijos de aquella, por razón de la obligación inherente a la extinción de la patria potestad, a que se refiere el artículo 168 del Código Civil, y por la que se absolvía al padre, también demandado, se interpuso recurso de apelación, alegando incorrecta aplicación del citado precepto, en relación con el citado artículo 165, también del Código Civil, así como error en la valoración de la prueba. Considerándose por la apelante que las fincas de las que provienen los rendimientos discutidos, se encontraban afectas al patrimonio familiar común, y al levantamiento de las cargas de todos sus integrantes. Respecto de lo cual, consideramos relevante determinar, en primer lugar, los presupuestos de legitimación pasiva para hacer frente a la rendición de cuentas; en segundo lugar, la relevancia de la acción ejercitada, en relación con el concreto objeto de la pretensión actora; y, en tercer lugar, la aplicabilidad del derecho invocado en la demandada, con relación al estado de cosas que se desprende de la propia exposición de hechos.

Concretado en tales términos el objeto del litigio, hemos de significar, con relación a la legitimación sustantiva de los demandados, que no basta para la exención de responsabilidad de un progenitor por las consecuencias del ejercicio de la facultad de administración de los bienes de los hijos inherente a la patria potestad, con el simple hecho de haber sido realizados materialmente por el otro progenitor los actos de gestión que la misma comporta. Pues, conforme a los artículos 156 y 164 del Código Civil, el desempeño de la institución,

incluida la administración, podrá ser ejercido por ambos padres conjuntamente, o por uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro. Lo que claramente implica que los actos de administración que realice cualquiera de los dos, vinculan a ambos siempre que hayan sido consentidos expresa o tácitamente por el otro. Tal y como ocurre en el presente caso, en donde, como resulta del extenso interrogatorio desarrollado en el acto del juicio, tanto con los padres como con los hijos, todos ellos reconocen que la realización de los actos de gestión directa de los intereses económicos de la familia, venía encomendada expresamente a doña Antonia por su esposo, quien llega a afirmar que incluso él le hacía entrega de todo el dinero que ganaba para su administración. De lo cual resulta que, aun cuando hubiéramos de considerar concurrente la obligación de rendición de cuentas de los actos de administración inherentes al ejercicio de la patria potestad, tendrían que ser llamados, como responsables, ambos progenitores y no solamente uno de ellos, como resulta de los razonamientos de la sentencia apelada. Pues, contrariamente a ellos, el patrimonio de ambos progenitores debe entenderse afecto a las consecuencias de los actos de administración de los bienes de los hijos menores de edad, independientemente de quien fuera el que directamente los ejecutara (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1997). Entendiéndose que ha habido consentimiento tácito cuando ninguno de los padres acudió al procedimiento del párrafo segundo del citado artículo 156 del Código Civil, sobre resolución judicial de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad.

Todo lo cual, cobra especial relevancia si tenemos en cuenta que, en atención al sentido literal del suplico de la demanda, al que habrá de estarse de conformidad con los artículos 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativos a los principios de justicia rogada y congruencia, el objeto del presente procedimiento se reduce a la rendición de cuentas por la administración de las fincas propiedad del hijo actor. Y una vez que, como resulta, tanto del interrogatorio del esposo codemandado, como del testigo, don Franco, la gestión por parte de la esposa se reducía a la atención a los pagos sobre costes de producción, según la relación que le presentaba el citado testigo, en su calidad de labrador de la finca, así como al cobro de los beneficios por venta de productos. Lo que, unido a la circunstancia, no discutida, de ser ajena la demandada al ejercicio profesional de la agricultura, y al hecho de dedicarse a la prestación de servicios por cuenta ajena en una guardería de la localidad, por la que obtenía ingresos independientes, implica necesariamente la concesión de amplias facultades de gestión a dicho testigo en lo referente al desempeño de las faenas agrícolas; concesión que, por tanto, habrá de entenderse, expresa o tácitamente, proveniente de ambos progenitores en el ejercicio conjunto de la administración de los bienes de sus hijos, sobre los que ostentaban la patria potestad. De todo lo cual, y al haber sido emitido pronunciamiento de condena sólo contra la madre codemandada, resulta la inobservancia por la sentencia apelada de la indivisibilidad de la obligación de rendición de cuentas, independientemente del carácter solidario de la deuda que haya de resultar a cargo de ambos padres; pues, como ya puso de manifiesto el Juzgado a la hora de estimar el defecto de litisconsorcio pasivo necesario alegado, la legitimación para ser sujetos pasivos del derecho de los hijos de obtener la rendición de cuentas sobre el ejercicio de la facultad de administración inherente a la patria potestad, una vez alcanzada la mayoría de edad, recae conjuntamente sobre ambos progenitores, frente a los que, en todo caso, debió mantenerse la pretensión de condena en la presente alzada. Siendo así que no puede ser confirmada la condena de uno de ellos, cuando necesariamente son ambos padres los llamados a la obligación de hacer en que consiste la rendición de cuentas a que se contrae el pronunciamiento apelado.

Que, independientemente de lo anterior, y a mayor abundamiento, hemos de convenir con la demandada apelante, en la improcedencia de la rendición de cuentas solicitada, a la vista del invocado artículo 165, párrafo segundo, del Código Civil, según el cual, los padres podrán destinar los bienes del menor que viva con ambos o con uno solo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares y no estarán obliga-

dos a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones. Tal precepto, como pone de manifiesto la doctrina, supone un cambio en el tratamiento del destino de los frutos y rentas del patrimonio de los sometidos a patria potestad, introducido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por el cual se pasó de considerarlos integrados en un verdadero y propio usufructo a favor del progenitor titular, a atribuirse a los hijos el pleno dominio de los frutos naturales y civiles (artículo 165, párrafo primero). Si bien, ello viene a moderarse por el artículo 155.2.º del mismo cuerpo legal, que recoge la obligación de éstos de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella. De lo cual concluimos, en primer lugar, que los rendimientos de los bienes de los hijos vienen afectos, no solamente a la satisfacción de sus propias necesidades, sino también, y equitativamente, al levantamiento de las demás cargas de la familia. En segundo lugar, y por tanto, que el deber conjunto de rendición de cuentas, a cargo de ambos progenitores ejercientes de la patria potestad, habrá de considerarse inexigible en aquellos casos en que los rendimientos de los bienes de los hijos, no excedan de lo que se considere necesario para atender a la satisfacción de la parte que, equitativamente, haya de atribuírsele como contribución a los gastos y necesidades propias y de la familia. Y, en tercer lugar, que tal exclusión de la obligación de rendir cuentas habrá de ser valorada estimativamente por el Tribunal, atendiendo a las manifestaciones y pruebas de ambas partes, de las cuales resulte, bien una adecuación de los rendimientos justificados a los márgenes de lo que haya de considerarse ajustado a las necesidades familiares; o bien un desequilibrio, a favor de éstos, por exceder de manera ostensible sus frutos y rentas de tales necesidades. Pues, en justa interpretación del artículo 165 citado, precisamente de tal valoración estimativa, dependerá la resolución que haya de adoptarse respecto de la exclusión de la obligación de rendir cuentas; pasando, sólo en caso contrario, al examen detallado de la administración, del que eventualmente resulte el importe susceptible de acrecer el patrimonio de los hijos.

Y como, en el presente caso, las propias manifestaciones de la parte actora en su escrito de demanda, sobre los ingresos brutos obtenidos de la explotación de las fincas de su propiedad, los sitúan en cantidades anuales máximas próximas a los 9.000 euros; teniendo en cuenta la rebaja, por concepto de gastos, que necesariamente habría de computarse para obtener el rendimiento neto; así como que las necesidades y atenciones que han venido recibiendo los hijos, una de los cuales ha venido cursando estudios en la ciudad de Sevilla, habrían de superar, por sí mismas, el importe resultante de tales rendimientos netos, sin tener en cuenta la

parte proporcional aplicable al levantamiento de las demás cargas familiares (artículo 155.2.º del Código Civil), habremos de concluir la improcedencia de la pretensión de rendición de cuentas deducida. Tal y como así resulta, por otra parte, de la absoluta falta de mención a desatenciones de los padres a la cobertura de las necesidades de los hijos. Cuya carencia de interés jurídico en el sostenimiento de la pretensión, queda a las claras, en todo caso, por la finalidad, ajena a la causa de pedir, que se desprenden de la manifiesta afinidad entre las líneas seguidas

por las respectivas representaciones del actor y de su padre codemandado; la cual obedece, sin duda, a la situación de conflicto entre ambos progenitores, subsiguiente a la separación matrimonial, y a la toma de partido de los hijos a favor del padre y en perjuicio de la madre.

Por todo lo cual, procede en justicia la estimación del recurso de apelación, con revocación de la sentencia impugnada, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en la demanda.

FILIACIÓN

Habiendo sido acreditada la existencia de relaciones de noviazgo, de las que se deriva una presunción probatoria acreditativa de la existencia de contactos sexuales (y de la paternidad) el demandado debió contrarrestar la prueba de la actora, lo que no hizo, pues con el sometimiento voluntario a las pruebas biológicas podía dar un mentís eficaz y definitivo a la presunción de paternidad derivada de las demás pruebas existentes en el procedimiento.

AP A CORUÑA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Conde Núñez

La Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de A Coruña de fecha 13 de marzo de 2006, acordó en su parte dispositiva la estimación de la demanda interpuesta por la representación procesal de doña Beatriz, declarando que el demandado don Luis Pedro es el padre no matrimonial de la menor Nieves.

En los fundamentos de derecho de la referida resolución se exponen las razones que conducen a su parte dispositiva. Así en el último párrafo del fundamento de derecho V se dice que «en el supuesto que examinamos los indicios apreciados y referidos en el fundamento segundo de esta resolución es claro que por sí solos no constituyen prueba bastante de la paternidad, ni siquiera sirven para apoyar una presunción; pero puestos en relación con la negativa injustificada por parte del demandado a la práctica de la prueba biológica de paternidad, integran todo ello un acervo probatorio que, conforme con la jurisprudencia que hemos citado, es suficiente para dar por probada la filiación que se reclama»; recogándose en el aludido fundamento jurídico segundo que «efectivamente, en la inscripción de nacimiento de la menor figura como nombre del padre el de «Luis Pedro» a efectos, identificativos (artículo 191 RRC). Las fotos aportadas con el escrito rector

muestran a demandante y demandado en actitud francamente amistosa o cariñosa. La carta aportada como documento núm. 7 es una nota manuscrita por el demandado, cuyo contenido no deja lugar a dudas sobre el tipo de relación que vinculaba a los litigantes, —después de mucho tiempo en que mi corazón estaba muerto, gracias a ti empiezo a escribir los más bellos versos. Espero poder verte el sábado. Fran—. La posesión de esta misiva por parte de la denunciante es indicativa del tipo de relación que tenía con el demandado y la rocambolesca historia que este último cuenta acerca del motivo por el que la actora tiene esa carta en su poder pugna con el sentido común y la razón de ser de las cosas.... El demandado no niega la relación con la actora pero manifiesta que se trató de una simple relación de amistad, sin que en ningún momento hubiera relaciones íntimas. La testigo doña Fátima, aunque sea hermana de la actora, se expresa con perfecta razón de ciencia y conocimiento y dice que la relación entre su hermana y el interpelado era conocida en casa y en el círculo de amigos, en donde se les tenía por novios; que en un viaje a Malpica su hermana y el demandado durmieron juntos en la habitación de un hotel; en octubre de 2003 hicieron otro viaje juntos; y que el demandado llamó varias veces a su hermana para interesarse por el embarazo. El testigo don Alfredo confirma

la relación de noviazgo, que para él, era evidente y confirma igualmente el viaje a Malpica y el hecho de que actora y demandado durmieron juntos. Lo mismo señala la testigo doña María Milagros, indicando que se rompió el noviazgo cuando la actora quedó embarazada. El testigo don Juan Ramón es el dueño de un bar frecuentado por los litigantes y dice que los mismos formaban una pareja, y su actitud era la propia de unos novios, así como que los vio también en Muxía en el mes de septiembre. La testigo doña Gema se refiere, igualmente, a la relación de noviazgo y el viaje realizado en agosto a las fiestas de Malpica, donde la testigo reservó una habitación para actora y demandado. El testigo don Luis Manuel, amigo del demandado, se refiere a la relación como una relación de amistad, pero ello porque se lo dijo el demandado, y la afirmación de que nunca vio ningún acto de afecto especial entre ellos no quiere decir que no existiera, y lo mismo se puede decir respecto de la declaración de los otros dos testigos don Silvio y don Lázaro, también amigos del demandado».

Contra la referida resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del demandado, con fundamento, en primer lugar, en que la sentencia recurrida ha apreciado erróneamente la prueba practicada en juicio, habiendo dejado de tener en consideración importantes circunstancias concurrentes, y, por el contrario, dando mayor relevancia a las declaraciones de los testigos que depusieron a instancia de la apelada que a las de los del apelante. En segundo lugar se aduce que la negativa del apelante a someterse a las pruebas biológicas de investigación de paternidad no es por sí solo indicio suficiente para la declaración de paternidad, resultando preciso estar acompañada en forma incontrovertible de otras pruebas absolutamente definidas que conduzcan directamente al Juzgador al convencimiento de la paternidad, tal como recoge numerosísima jurisprudencia, lo cual no concurre en el caso que nos ocupa.

Frente a la idea restrictiva con que el Código Civil de 1889 trató la determinación y reclamación de la filiación, por influencia del Código de Napoleón y del Derecho Canónico, la Constitución de 1978, en línea con la orientación prácticamente sin excepción en el derecho comparado de nuestra área cultural, estableció en su artículo 39 párrafo segundo el principio contrario —la ley posibilitará la investigación de la paternidad— y, en congruencia con él, el artículo 127, párrafo primero del Código Civil, hoy derogado, dispuso que en los juicios sobre filiación sería admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad, mediante toda clase de pruebas, incluidas biológicas. Y si bien es cierto que la jurisprudencia entendió, de forma unánime, que la resistencia a la práctica de las pruebas biológicas no puede ser entendida como constitutiva

de una *ficta confessio*, es decir, que no cabe deducir de esa actitud una confesión de la paternidad o de la maternidad por parte de quien rechaza la realización de estas pruebas, (SSTS de 14 de octubre 1985, 14 de noviembre de 1987, 3 de diciembre de 1988, 24 de enero de 1989, 23 de octubre de 1990 y 6 de febrero de 1991, entre otras), no es menos cierto que, sin embargo, la jurisprudencia sí fue reconociendo a la negativa injustificada a las pruebas biológicas un valor indiciario de la paternidad o maternidad discutida, indicio que habrá de ser apreciado por el Juez junto con los demás elementos probatorios aportados al proceso; jurisprudencia que ha ido evolucionando desde un menor a mayor alcance probatorio de la negativa. Así, en un principio, aquélla fue calificada de mero indicio (SSTS de 14 de octubre de 1985, 10 de noviembre de 1986, 20 de julio de 1990). Posteriormente pasó a reconocerse su condición de indicio valioso (SSTS de 14 de noviembre de 1987, 6 de febrero de 1991). Finalmente se ha llegado a considerar la resistencia injustificada de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad como indicio de inestimable valor (SSTS de 24 de enero de 1989, 23 de octubre de 1990) o muy valioso (STS de 11 de septiembre de 1991), reconociéndosele un valor fuertemente presuntivo de un reconocimiento de la paternidad (SSTS de 30 de noviembre de 1989 y 23 de octubre de 1990).

En relación con esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1999, dejó claramente establecido el carácter obligatorio del sometimiento a las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad, sin que ello signifique vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y moral ni a la intimidad personal, y otorgó tutela a la recurrente en amparo no porque el Tribunal Supremo efectuase una inadecuada valoración de la conducta del demandado obstructiva a la investigación médica de la paternidad (lo que quedaba fuera de sus atribuciones), sino porque los órganos jurisdiccionales, al admitir la negativa a la práctica de la prueba no imponiéndola obligatoriamente y después absolver por falta de demostración de la paternidad, habían colocado a la actora en situación de indefensión; y aunque dicha resolución no abordó directamente el tema de la trascendencia probatoria que debe darse a la negativa, sin embargo, en cierto modo, desautoriza la doctrina legal que restringe el valor probatorio de la resistencia injustificada a las pruebas médico-biológicas, al señalar, en su fundamento jurídico sexto, que no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 32 de la Constitución Española, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial y

deja sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación; que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie le es lícito aprovecharse de su propia torpeza; que cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes en litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (artículo 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad; y que al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del artículo 24.1 de la CE.

Esta doctrina constitucional –reiterada por la Sentencia 95/1999, de 31 de mayo– aparece hoy recogida en el artículo 767.4 de la LEC que establece que «la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ella no se haya obtenido por otros medios».

En aplicación de la doctrina jurisprudencial y constitucional, recogida en el fundamento jurídico anterior, el demandado en un proceso de filiación sólo podría legalmente negarse a someterse a unas pruebas biológicas cuando no existan indicios serios de la conducta que se le atribuye, siendo evidente que en los denominados supuestos intermedios, en los que la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de dicha prueba resulta esencial; y si bien es cierto que en este tipo de procesos también rige, en aplicación del artículo 217 de la LEC, el principio general de distribución de la carga de la prueba, imponiéndose la necesidad de probar a quien alega la existencia de una determinada relación jurídica (*incumbit probatio qui dicit, non qui negat*), tampoco puede desconocerse que el Juzgador puede valorar convenientemente una negativa injustificada a la práctica de una prueba inocua en su ejecución y casi infalible en sus resultados, conjugándola con la prueba obrante en autos, para dar por probada la filiación que se reclama.

En el presente asunto, dados los términos del recurso de apelación, la discusión gira en torno a si las relaciones entre demandante y demandado

eran de simple amistad, como mantiene el apelante, y para cuya justificación alega en el escrito de recurso que hay que tener en cuenta la declaración de los tres testigos que declararon a su instancia, a cuyo testimonio no otorgó trascendencia la sentencia apelada, o si dicha relación era de noviazgo como sostiene la demandante-apelada y concluye el Juzgador de instancia, teniendo en cuenta la prueba documental y testifical practicada a instancia de la parte actora. Contra la razonable valoración fáctica de la resolución de instancia, recogida en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, no puede prevalecer la interesada y subjetiva apreciación de la prueba que se recoge en el escrito de recurso, pretendiendo en primer lugar, que tengamos que creer la increíble historia de que la carta aportada por la demandante no iba dirigida a ella sino a otra chica –de la que no ofrece ningún dato– así como que tengamos que prescindir de la apreciación probatoria que de las declaraciones testificales realizó el Juzgador de Instancia, y cuyo valor es indiscutible teniendo en cuenta la inmediación, al haberse practicado en su presencia, y la objetividad, derivada de su imparcialidad. En definitiva habiendo sido acreditada la existencia de relaciones de noviazgo, de las que se deriva una presunción probatoria acreditativa de la existencia de contactos sexuales (y de la paternidad) el demandado debió contrarrestar la prueba de la actora, lo que no hizo, pues con el sometimiento voluntario a las pruebas biológicas podía dar un mentís eficaz y definitivo a la presunción de paternidad derivada de las demás pruebas existentes en el procedimiento.

Tal y como expusimos al inicio de este fundamento jurídico, la negativa injustificada de don Luis Pedro a someterse a la prueba biológica de paternidad –ninguna explicación se ha ofrecido sobre dicha negativa, e incluso en el escrito de apelación no se justifica dicha negativa sino que se dice que la misma no es por sí sola suficiente para la declaración de paternidad– unido al resto de las pruebas, hace que se considere que el juez *a quo* no incurrió en error cuando declaró la paternidad biológica del demandado-recurrente, pues tenemos que pensar que la negativa a la prueba biológica sin ninguna excusa, lo único que pretende es evitar el resultado revelador de esa paternidad misma que sólo puede combatir negándose a la práctica de esa prueba, ya que de no ser así carece de explicación dada su fiabilidad y su carácter absolutamente inocuo. Por lo que procede la confirmación de la sentencia.

FILIACIÓN

Se condena en costas al demandado puesto que realmente estamos ante una estimación sustancial de la demanda, cuando obliga a la demandante, ante la falta de reconocimiento de paternidad por el demandado, a la presentación de la demanda que es estimada. Consecuente con dicha declaración es la reclamación de alimentos, que es estimada aun cuando no en la suma reclamada en demanda, que tampoco puede ser considerada desorbitada.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández

Por último, respecto de la imposición de las costas procesales en primera instancia, la parte recurrente aduce que estamos ante una estimación parcial de la demanda, por cuanto no se estima íntegramente la cuantía reclamada de alimentos para el hijo, y no puede considerarse que hubiese litigado con mala fe o con temeridad para que procediese su imposición.

Lo esencial para resolver este aspecto de la controversia, es determinar si ha existido estimación sustancial o estimación parcial de la demanda, descartando que concurra temeridad o mala fe en el demandado, cuando no es fundamento de la imposición de las costas en la sentencia apelada. Y consideramos con el Juzgado que realmente estamos ante una estimación sustancial de la demanda, cuando obliga a la demandante, ante la falta de reconocimiento de paternidad por el demandado,

a la presentación de la demanda, en nombre del hijo de temprana edad, de reclamación de filiación no matrimonial, que es estimada, consecuente con dicha declaración es la reclamación de alimentos, que es estimada aun cuando no en la suma reclamada en demanda, que tampoco puede ser considerada desorbitada. En definitiva, no habiéndose producido un verdadero allanamiento que en todo caso no podría surtir efecto (artículo 751.1 LEC), obliga el demandado ante la postura extraprocésal del demandado a la presentación de la demanda para obtener la actora de los Tribunales una sentencia constitutiva, así como a reclamar alimentos en favor del hijo común, por lo que en consonancia con el Juzgador de instancia consideramos que la demanda es estimada en lo sustancial y en consecuencia es concorde a derecho la imposición de las costas originadas en primera instancia.

FILIACIÓN

Se desestima la demanda de reclamación de paternidad, ya que tan sólo existe la citada incomparecencia a la prueba biológica, por otro lado lógica en quien ni siquiera ha comparecido en los autos, y una escasa documental, sin ningún otro elemento de prueba que evidencie, al menos, la convivencia a que se hace referencia; prueba esta de fácil práctica y obtención dada la duración de la convivencia que alega la parte actora.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García España

La cuestión objeto de debate ha sido correctamente resuelta por el Juzgador *a quo*, quien, al parecer de la Sala, argumenta con acertada ponderación sobre la valoración de la prueba y en especial aplicando la doctrina jurisprudencial sobre la prueba biológica.

En suma, teniendo presente que el artículo 767.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sobre las consecuencias de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad, y según la

cual las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial para la determinación del hecho de la generación debatido en el pleito, tales extremos han de ser ajustadamente valorados junto con el resto del material probatorio existente en la causa. Por ello, el órgano judicial ha de valorar la negativa del interesado a someterse a pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento.

En este sentido es pertinente recordar la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en abundantes resoluciones, valga a título de ejemplo, el ATC 371/2003, de 21 de noviembre, que declaró entre otros extremos que el «resultado de dicha prueba (biológica), tanto si se practica efectivamente como si no, por no prestarse a su realización el afectado, ha de valorarse por el órgano judicial en el contexto del conjunto probatorio existente en el procedimiento, una vez cerrado el período probatorio y como parte de la fundamentación de la resolución adoptada», y «hemos rechazado que se pueda atribuir a la referida negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica un carácter absoluto de prueba de paternidad, introduciéndose una carga que no está autorizada normativamente» y más recientemente la Sentencia de 14 de febrero de 2005, que reiterando todo lo anterior expone claramente que la «negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad no es base para suponer una *fictia confessio*, aunque represente o pueda representar un indicio valioso que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practi-

cadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a aquéllas en sí mismas y por sí solas no sean suficientes para estimar probada una paternidad que de por sí es de imposible prueba absoluta, (SSTS de 29 de julio de 2004, y 16 de julio de 2004, 1 de septiembre de 2004)».

En el presente caso el demandado se ha negado a someterse a la prueba biológica de paternidad, y aunque pueda estimarse que no da ninguna razón de peso para dicha negativa, conforme a lo anteriormente expuesto dicha actitud procesal, por sí sola no es suficiente para declarar la paternidad pretendida por el apelante, una vez examinados el resto de los datos existentes en la causa, como ya lo hizo acertadamente el Juzgador de 1.ª Instancia, considerando al igual que ella, que los documentos aportados con el escrito rector del procedimiento carecen de entidad y consistencia suficiente para fundamentar la resolución que se pretende.

En efecto, en el caso de autos tan sólo existe la citada incomparecencia a la prueba, lógico en quien ni siquiera ha comparecido en los autos, y una escasa documental, sin ningún otro elemento de prueba que evidencie, al menos, la convivencia a que se hace referencia; prueba esta de fácil práctica y obtención dada la duración de la convivencia según la actora, hoy recurrente, que permitiría un nuevo elemento probatorio de la relación entre las partes durante un concreto momento, lo que no se ha acreditado siquiera con dicha documental.

En fin, la ausencia de material probatorio de entidad y rigor suficientes, susceptible de valoración conjunta en esta alzada, aboca a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia recurrida.

FILIACIÓN

En el presente caso no procede la imposición de costas al no poder hablarse de mala fe en la conducta de las partes apelantes dadas las dudas que acerca de la paternidad reclamada ofrecía la pericial de una doctora de gran prestigio. Además una de las partes apelantes se sometió mediante la entrega de muestras a la prueba biológica que acordara la Sala y que pese a ello luego resultó infructuosa.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda

El segundo de los pronunciamientos impugnados consiste en la ausencia de imposición de costas a los demandados pese a la estimación de la demanda lo

que supone según su parecer infracción del artículo 394 de la LEC, que establece el criterio del vencimiento para imponerlas al litigante vencido.

Pues bien, en materia de costas es claro el criterio seguido por esta y muchas Audiencias Provinciales en el sentido de no seguir el criterio objetivo del vencimiento para imponerlas al litigante que ha visto desestimadas sus pretensiones y ello en atención a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas en esta materia de reclamación de paternidad, filiación, matrimonial y paternofilial, excepción hecha de las de naturaleza exclusivamente patrimonial. Sólo en los casos en los que se observa una mala fe o temeridad por parte de uno de los litigantes se imponen a su costa las costas, más la regla general es precisamente la no imposición de las mismas a ninguno de los litigantes.

En el presente caso no puede hablarse de mala fe en la conducta de las partes apelantes, pues las

dudas que a cerca de la paternidad reclamada ofrecía la pericial de una Doctora de gran prestigio en el ámbito judicial y universitario como la doctora Nuria se extendieron a esta Sala a la vista de la audición de su grabación, pero es que además una de las partes apelantes la que representa a doña. Diana, se sometió mediante la entrega de muestras a la prueba biológica que acordara la Sala y que pese a ello luego resultó infructuosa y ambas direcciones letradas hicieron reconsiderar a la Sala su posición de no practicar la nueva prueba biológica determinante en esta alzada de la confirmación de la paternidad declarada en la instancia.

Ese actuar no puede tildarse de temerario ni de estar guiado por la mala fe que justificaría la imposición de las costas de la instancia.

UNIONES DE HECHO

Se han producido actos inequívocos que permiten concluir, sin lugar a dudas, en la aceptación de la competencia de los Tribunales del Estado miembro de la nueva residencia del menor, para conocer de la cuestión de fondo, sobre responsabilidad parental, planteada por la madre del menor, en fecha anterior a aquella otra demanda interpuesta por el recurrente en España.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 3 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado la declaración de la competencia internacional, del Juzgado de 1.ª Instancia número 27, para pronunciarse sobre la denegación de la restitución del menor, no obstante lo resuelto por los Tribunales franceses, y ello en virtud del artículo 11 del Reglamento 2201/2003, por lo que procede ordenar la restitución del menor a España y, en su virtud, declarar la competencia de los Tribunales Españoles, a la sazón, el Juzgado número 27, para conocer de la demanda de responsabilidad parental sobre el menor.

Refiere que la apelada actuó en fraude de ley al presentar la demanda en Francia, dado que es ilícito el traslado del menor; hace referencia a la falta de consentimiento de dicho traslado, por parte del padre, aun asumiendo que los tribunales franceses adoptaron medidas provisionales, lo que no implica la renuncia a la competencia de los tribunales españoles y, por ende, a la restitución del menor, señalando que aceptó provisionalmente la competencia

en orden a la rápida obtención de un derecho de visitas del padre para con el menor, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 10 y artículo 11.8, del citado Reglamento, afirmando, en suma, que el Juzgado número 27 de Madrid, teniendo competencia sobre el fondo del asunto, también la tiene para resolver la restitución del citado menor.

El Ministerio Fiscal, estimando de aplicación lo dispuesto en artículo 19.2 del citado Reglamento, estima que la competencia corresponde a los Tribunales Franceses.

El Reglamento 2201/2003 ofrecen un abanico de foros de competencia que tienen en su punto de mira el interés superior del menor y el principio de proximidad, de modo que el criterio general de competencia, en materia de responsabilidad parental, es el de la residencia habitual del menor en el momento en el que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional (artículo 8). Ahora bien, esta regla general no tiene un carácter absoluto, sino que, antes bien, existen excepciones al citado criterio general.

Por otra parte, el citado Reglamento 2201/2003 ha establecido una serie de disposiciones que refuerzan y complementan el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, ratificado por instrumento de 28 de mayo de 1987, sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, lo cual constituye una novedad en orden a garantizar el clima de confianza mutua comunitario para facilitar la ejecución de resoluciones dictadas por los Estados miembros, sin necesidad de acudir al trámite del *exequatur*, para la efectividad material de las decisiones del retorno del menor y, en suma, para resolver las cuestiones relativas a la custodia y al derecho de visita, pues sabido es que la ejecución de las decisiones relativas al retorno del menor ha entrañado, hasta la entrada en vigor del Reglamento citado anteriormente, graves dificultades, en el ámbito legal, material y judicial, lo que suponía en muchas ocasiones la imposibilidad de llevar a efecto lo resuelto por un determinado tribunal, en orden al retorno acordado judicialmente, cuando se consideraba ilícito el traslado.

Por ello, y así se dispone en el artículo 11 de dicho Reglamento, en caso de sustracción del menor es posible la restitución sin demora, previniéndose mecanismos de refuerzo procesal y sustantivo, con respecto a lo establecido en su momento en el convenio de La Haya, pues, además de la urgente actuación, y el derecho del menor a ser oído, y el principio de audiencia que se prevé en el número 5 del citado artículo 11, y aun siendo posible decidir denegar la restitución del menor, por parte del Tribunal del Estado de la nueva residencia del menor, y ello con base a la excepción del artículo 13 del convenio de La Haya, la resolución deberá transmitirse en el plazo de un mes a las autoridades del Estado miembro de la residencia habitual del menor, y anterior a su desplazamiento, y en orden a la decisión sobre la custodia (número 6 del artículo 11).

Hasta tal punto se refuerza la autoridad y la *perpetuatio jurisdictionis* de los tribunales del Estado donde anteriormente residía el menor que la decisión de no retorno del menor queda subordinada o supeditada a la resolución que adopte el Estado miembro competente para conocer de la cuestión de fondo, puesto que aun cuando se haya dictado una resolución de la restitución, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento, será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo tercero, con el fin de garantizar la restitución del menor (núm. 8 del artículo 11 del expresado Reglamento). Es decir, que, en principio, en caso de traslado o retención

ilícita de un menor los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya sido trasladado o retenido ilícitamente pueden oponerse a su restitución; ahora bien, éstos deberán comunicar su decisión a las autoridades del país en el que residía el menor antes de la sustracción, y si éstas consideran que procede el retorno, su decisión sustituirá a aquella otra, de no retorno, adoptada en el país al que ha sido trasladado el menor.

Sin embargo, y esto es fundamental para resolver la cuestión planteada en el presente supuesto, la decisión de no retorno del menor queda subordinada a aquella otra decisión que adopte el Estado miembro competente para conocer de la cuestión de fondo. Por tanto, el Estado miembro competente para la cuestión de fondo de la custodia es el que tiene la última palabra acerca del retorno del menor, de modo que el Reglamento sólo contempla una competencia temporal del tribunal del Estado donde se encuentra sustraído el menor, hasta tanto se pronuncie el tribunal donde residía el menor con anterioridad a su desplazamiento.

Por ello, determinada la competencia para la cuestión de fondo, sobre la responsabilidad parental, y en relación a las medidas sobre custodia y derecho de visitas del citado menor, es claro que el Tribunal que asuma definitivamente dicha competencia, está facultado para solicitar la devolución del menor, decisión judicial que, debidamente certificada conforme a los modelos que incluye en sus anexos el Reglamento, será inmediatamente reconocida y hecha cumplir en el país adonde se ha llevado al menor de modo ilícito, como si se tratase de una decisión nacional.

Dicho todo lo anterior, y no obstante la nueva normativa que ofrece el Reglamento 2201/2003 en orden a mantener la competencia del Tribunal del Estado miembro donde residía habitualmente el menor, tal *perpetuatio jurisdictionis*, y de conformidad con lo señalado en el artículo 9, tiene un límite temporal (tres meses), un límite espacial (el titular del derecho de visita debe continuar residiendo en dicho estado) y un límite subjetivo (el titular del derecho de visita no debe haber aceptado la competencia del Estado miembro de la nueva residencia del menor) y, según se dirá después, es claro que en el presente caso no se cumple con el último requisito, por cuanto que el hoy recurrente, en su momento, aceptó la competencia del tribunal del Estado miembro de la nueva residencia del menor, en Francia, y para conocer, de modo definitivo, sobre la cuestión de fondo planteada por la madre del menor, ante los Tribunales de Francia, y con anterioridad a la demanda interpuesta por el recurrente en España, para resolver sobre la custodia y el derecho de visitas, entre otras medidas, relacionadas con el hijo menor, de manera que el

hecho calificado, en su inicio, como ilícito, relativo al traslado, pierde tales connotaciones, una vez asumida la competencia del tribunal del Estado de la nueva residencia, puesto que tal reconocimiento de dicha competencia conlleva, implícitamente, el consentimiento del traslado y el cambio legal de residencia, y, por ende, la competencia de las nuevas Autoridades para decidir sobre el fondo del asunto.

Cierto es que, en el supuesto de autos, la problemática se centra en determinar si realmente ha habido aceptación, por parte del hoy recurrente, a la sazón, el padre del menor, de la competencia de los Tribunales franceses, pues, en este aspecto, se exige una sumisión aceptada expresamente o de forma inequívoca, puesto que la comparecencia de un titular de la responsabilidad parental ante un órgano jurisdiccional, de modo automático, no determina, en sí mismo, la aceptación de la competencia de dicho órgano, de modo que no cabe interpretar el que la realización de cualquier acto procesal que no sea la impugnación de la competencia sea equivalente a la sumisión, y ello en una correcta interpretación restrictiva en un ámbito que nos ocupa, cual es la protección del menor, lo que exige al Tribunal la necesidad de verificar la oportunidad de su competencia.

Conviene recordar que el nuevo Reglamento 2201/2003, en su artículo 20, admite la posibilidad de adoptar medidas provisionales y cautelares, al igual que lo contemplaba el Reglamento 1347/2000, posibilidad procesal que fue desechada por el propio recurrente cuando compareció ante el Tribunal del Estado miembro donde actualmente reside el menor.

Por otra parte, el artículo 10, teniendo en cuenta que la regla general de competencia es la de la residencia habitual del menor en el momento en el que se plantea el asunto ante los tribunales, las condiciones impuestas en este último precepto evitan que el desplazamiento ilícito logre el objetivo de alterar la competencia de los tribunales para decidir acerca de su custodia, si bien dicha competencia no es ilimitada en el tiempo (si deja transcurrir un año el titular de la responsabilidad parental), o bien cuando dicho titular haya dado su conformidad al traslado [apartado a) del citado artículo 10].

Por último, y por cuanto que en el presente supuesto ambas partes han presentado sendas demandas ante distintos tribunales, de España y Francia, se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento, que resuelve la problemática sobre litispendencia, dado que si se presentan demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccio-

nal ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera, y cuando se establezca que es competente el primer órgano jurisdiccional, el segundo deberá inhibirse en favor de aquél, sin perjuicio de las acciones que pueda presentar ante el órgano competente.

Descendiendo al supuesto que nos ocupa, analizando las circunstancias fácticas concurrentes puede decirse que es cierto que en su momento ambos progenitores iniciaron la convivencia en Madrid, donde nació el menor el 24 de abril de 2005, si bien opta la madre por marchar a Francia, definitivamente, en el mes de agosto de 2005.

Establecida por parte de la misma la residencia en dicho país, y ante el Tribunal de Dax presenta la misma demanda de responsabilidad parental con fecha de 7 de septiembre de 2005.

Por su parte, el hoy recurrente, y ante el Juzgado número 27 de Madrid, con fecha de 21 de febrero de 2006, con idéntico objeto y finalidad, presenta demanda.

Por otra parte, con fecha de 7 de marzo de 2006, el Tribunal de Pau (Francia) dicta resolución por la que declara que no es ilícito el traslado del menor.

El Tribunal ante el que se presentó la demanda de responsabilidad parental por parte de la madre, admitiendo a trámite la demanda, cita a comparecencia a las partes con fecha de 22 de junio de 2006, acto al que asiste el hoy recurrente, defendido por letrado, sin que ni su propia dirección jurídica, ni el propio recurrente, de modo personal, rechace o impugne la competencia del Tribunal francés, ni se hace mención a la demanda interpuesta por el recurrente ante el Tribunal español, de fecha anterior a la de la celebración de dicha comparecencia, en la que se resuelve, no con carácter provisional, sino definitivo, sobre las medidas relativas a la custodia, régimen de visitas y pensión de alimentos, sin que sea admisible el argumento expuesto por el recurrente, en orden a la provisionalidad de tales medidas sin renunciar a la competencia de los Tribunales de España, pues ni tan siquiera se apeló a lo establecido en el artículo 20 del citado Reglamento, y hasta tal punto es evidente que las medidas adoptadas lo eran con carácter definitivo, con visos de permanencia y vigencia para el futuro, que el propio Tribunal de Francia, establece, por un lado, los concretos criterios de revisión y actualización, tanto de la pensión de alimentos, señalándose, incluso, la vigencia de la pensión, no obstante la mayoría de edad de dicho hijo, como la posibilidad de revisar, también, el régimen de visitas, citando para una nueva comparecencia para el mes de noviembre de 2006, pues, por otra parte,

ni tan siquiera consta que tal decisión judicial haya sido apelada, ante los Tribunales franceses, para plantear, no solamente las cuestiones sustantivas, sino también la afectante a la competencia, ahora discutida extemporáneamente por el citado recurrente.

Es evidente que se han producido actos inequívocos que permiten concluir, sin lugar a dudas, en la aceptación de la competencia, de los Tribunales del Estado miembro de la nueva residencia del menor, para conocer de la cuestión de fondo, sobre responsabilidad parental, planteada por la madre

del menor, en fecha anterior a aquella otra demanda interpuesta por el recurrente en España; ello, impide ya, en estos momentos, la posibilidad recogida en el número 8 del artículo 11 del Reglamento tantas veces citado, y, por ende, la imposibilidad de adoptar decisión judicial relativa a la restitución del menor.

Por todo cuanto antecede, y aceptando, por otra parte, los acertados argumentos y razonamientos expuestos en la resolución apelada, debe confirmarse íntegramente el auto dictado por el Juzgado número 27 de Madrid.

CUESTIONES PENALES

Condena por un delito de quebrantamiento de condena tanto a la víctima como al agresor que reanudaron la convivencia tras el dictado de la sentencia penal que imponía a aquél la pena accesoria de prohibición de acercamiento a la víctima.

AP BARCELONA, SEC. 20.ª, SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Pérez Maiquez

Se alega por el Ministerio Fiscal recurrente como motivo de impugnación de la sentencia apelada la infracción de ley por no haberse aplicado el artículo 468.2 del CP que tipifica el delito de quebrantamiento de condena. Dicho delito exige para su interposición los siguientes elementos: a) la existencia de una sentencia condenatoria firme contra la persona a quien se impone una pena, b) el conocimiento por ésta de dicha sentencia mediante su notificación, c) la incoación de la ejecutoria correspondiente y se haya practicado la liquidación de condena con notificación al condenado del día del inicio del confinamiento de la pena, d) el requerimiento judicial al condenado de que realice el comportamiento que se le exige o no realice el que tiene prohibido y desde el día de inicio de cumplimiento de la pena, e) el cumplimiento voluntario de dicha sentencia. En el presente caso consta la existencia de la Sentencia de fecha 10 de octubre de 2005 en que se impuso al acusado, aquí apelado la pena de no aproximación a su pareja María Virtudes a distancia inferior a 1000 metros ni a su domicilio y prohibición de comunicarse con ella, ambas penas por 5 años y 9 meses (testimonio obrante a los folios 132 a 139). Consta asimismo la liquidación de condena respecto a la pena de prohibición de acercamiento y comunicación y el día de inicio del cumplimiento de las dos penas el 9 de marzo de 2006. Consta también el requerimiento a Víctor Manuel para que cumpla dichas penas,

efectuando el 9 de mayo de 2006. Finalmente se acreditó por su propia declaración en el acta del juicio que con conocimiento de la pena de prohibición su pareja María Virtudes le llamó y le pidió volver a vivir juntos, constando también la declaración en el acto del juicio de la coacusada María Virtudes que confirmó que llamó al acusado por teléfono para reanudar la convivencia y desde entonces están viviendo juntos y no ha habido desde entonces ruptura de la convivencia y que pidió al juzgado que cesara la orden de alejamiento cuando supo que existía, a los quince días. Ello acredita el incumplimiento voluntario del acusado de la citada pena de prohibición de acercamiento y comunicación impuesta y la comisión por el mismo del delito de quebrantamiento de condena autor material y directo, y la comisión de dicho delito por María Virtudes como cooperadora necesaria, pues realizó un acto sin el cual el delito que cometió su pareja materialmente no se habría producido, y también como inductora, pues antes de reanudar la convivencia y de proponérselo la acusada al acusado, éste no habría decidido hacerlo.

En la sentencia apelada se hace el pronunciamiento absolutorio respecto de uno y otro acusados en base a los fundamentos de la Sentencia del TS de 26 de septiembre de 2005, pero los fundamentos de la misma no son de aplicación al presente caso, pues en el supuesto de dicha sentencia se trataba de un

quebrantamiento de medida cautelar y en el presente caso se trata de un delito de quebrantamiento de condena. La pena impuesta es de cumplimiento obligatorio y no puede quedar su ejecución al arbitrio del condenado ni depender de la voluntad de la persona protegida. Este Tribunal en numerosas sentencias, entre otras la de 4 de marzo de 2006, así lo tiene manifestado y considera que el único cauce legal para paliar el conflicto familiar cuando la persona protegida y la persona sobre la que pesa la pena de prohibición de acercamiento y comunicación, está en la solicitud de indulto parcial del Gobierno de dicha pena y la petición simultánea al Tribunal que tramita la ejecutoria de la suspensión de la ejecución de dicha pena mientras se tramita

el indulto y que éste acceda a la suspensión de la ejecución, y ello con la finalidad de evitar una separación forzosa contraria a la voluntad de la pareja.

No es suficiente para destipificar la conducta con la solicitud al Juez de la ejecutoria de que deje sin efecto la pena de prohibición de acercamiento y convivencia, pues no tiene competencia para acceder a ello ni puede hacerlo por ser contrario a la legalidad. En el presente caso se hizo indebidamente esa petición y, como no podía ser de otro modo, se denegó por el juez, y notificó la denegación con lo que los acusados sabían que pesaba la pena de prohibición de acercamiento impuesta a Víctor Manuel y a pesar de ello la incumplieron.

CUESTIONES PENALES

Condena al esposo por un delito continuado de estafa al haber efectuado disposiciones de bienes utilizando un antiguo poder otorgado por la esposa cuando la separación ya estaba decidida, sabiendo y conociendo el esposo que esas operaciones no estaban autorizadas por la esposa. Se decreta la nulidad de la escritura otorgada por el esposo y se le condena a reintegrar a las cuentas bancarias las cantidades que extrajo de éstas.

AP CÁCERES, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Félix Tena Aragón

HECHOS PROBADOS

Se declaran como hechos probados que Franco y Ana llevaban casados desde el día 20 de marzo de 1993, siendo su régimen económico-matrimonial el de gananciales. Debido a un procedimiento judicial en el que participaba el esposo, arquitecto de profesión, y de la obligación de pago de unas costas que derivaron de ese procedimiento, los esposos, y a fin de evitar que los bienes gananciales y patrimonio del esposo pudieran resultar afectos a una posible responsabilidad civil derivada de esa profesión decidieron otorgar capitulaciones matrimoniales pactando un régimen económico-matrimonial de separación de bienes.

Para ello en primer lugar, Franco aportó a la sociedad de gananciales los bienes privativos que tenía mediante escritura de fecha 26 de mayo de 2001 para, seguidamente y en el mismo día otorgar esa escritura de capitulaciones matrimoniales en la que se atribuía a la esposa todos y cada uno de los bienes inmuebles que componían esa sociedad de

gananciales y al esposo el peculio que se consignó que tenían.

Si bien, y como ese régimen sólo pretendía crear una apariencia formal, ambos esposos mediante documento privado datado ese mismo día 26 de mayo de 2001, pero firmado dos o tres meses después, exponían una situación que *de facto* implicaba mantener la situación tal y como se encontraba sin esa separación de bienes, fingiendo Ana que le había vendido la propiedad de los bienes que en la ya citada escritura pública de 26 de mayo de 2001 el esposo había aportado a la sociedad de gananciales y que eran privativos, y la mitad de la propiedad de los bienes que ambos consideraban como gananciales, manifestando que ya había recibido el dinero de esa compra.

De tal forma, que no sólo con ese documento, sino de hecho, el matrimonio continuó funcionando como si en un régimen de gananciales se tratase, aunque con la apariencia de que los bienes inmuebles que iban adquiriendo se ponían como adquiridos únicamente por Ana, y a nombre de

esta misma se encontraban las cuentas bancarias donde se iban depositando los ahorros y otras cantidades de los esposos, mientras que en la cuenta cuya titularidad tenía el esposo era donde se hacían los pagos y la administración y disposición habitual de la familia.

En los últimos día de enero y sobre todo en el mes de febrero de 2005 Ana comunica a su esposo su deseo de separarse, y ambos comienzan a efectuar actos preparatorios de esa separación, tales como por parte de la esposa a mediados de febrero se le presenta un convenio regulador y el esposo queda en estudiar y comenzar la negociación, en su caso. La esposa toma las escrituras de los bienes inmuebles que tiene en el domicilio habitual y se las entrega a su letrado, así como un poder notarial que en el año 1998 le hizo a su esposo para determinadas actividades, acudiendo al notario otorgante para revocar el mismo, si bien finalmente consideró que no era necesario ante lo limitado de las acciones que con ese poder podría hacer.

Por parte del esposo, pide a través de su hermano Isidro las certificaciones registrales de los bienes inmuebles, el cual se las proporciona sabiendo y conociendo el mismo para el negocio que iban a ser utilizadas, y con las mismas se traslada a S. donde presta sus servicios como notario Tomás, cuñado de Franco, para y en su misma notaría que comparte con su compañero M., y en un documento autorizado por este último, formaliza el acusado Franco una hipoteca sobre los bienes inmuebles que estaban formalmente puestos a nombre de su esposa para garantizar un préstamo que él mismo decía haberle hecho a aquélla por el importe de 240.000 euros.

En ese contrato sólo participa como compareciente el citado Franco, en su propio nombre y en virtud de un poder otorgado por Ana el día 28 de enero de 1998 para ampliar la hipoteca que ese matrimonio tenía sobre la vivienda habitual del matrimonio que se realizó el día 30 de enero de 1998 y en el que se le otorgaba poder para concertar préstamos, efectúa esa declaración vinculando a su esposa, siendo él mismo el que establece la cuantía del débito, de qué concepto proviene, los bienes que se hipotecan, plazo de amortización, intereses y todos los demás requisitos y cuestiones que esa parte quiso.

Esta escritura que se hizo el día 2 de marzo de 2005, se le entregó al único otorgante, que no la presentó a inscribirse en el Registro de la Propiedad hasta días después de que accediera a ese registro público otra escritura de préstamo hipotecario que gravaba a los dos inmuebles principales de los que figuraba como propietaria Ana, si bien esta hipoteca sustituía a las respectivas que cada bien por separado pesaba sobre esos mismos inmuebles,

y que aunque sumadas ambas cuantías mensuales de esa hipoteca, la cuota resultante mensual de la nueva hipoteca era menor, el importe total por el que quedaban afectos ambos bienes era superior a los que figuraban en las otras hipotecas.

Y finalmente, de esa hipoteca que sustituía a las anteriores por un importe total de 120.000 euros, y después de liquidar todos los gastos, quedaba un remanente de 10.000 euros que fueron ingresados en una cuenta en la misma entidad bancaria con la que se había concertado el préstamo hipotecario, Banco Simeón, donde figuraba como único titular Luis, hermano del otro acusado, la cuenta núm. NÚMoos, que había sido abierta el mismo día.

También esa cuenta en la que sólo era titular el antedicho fueron transmitidos el dinero resultante de la venta de unas acciones de las que eran cotitulares el matrimonio formado por Franco y Ana y que supusieron 111.000 euros, esta venta se realizó el 7 de marzo de 2005, si bien se dio la orden de venta en los últimos días de febrero; y finalmente en otras dos cuentas bancarias en una de ellas en las que había un total de 22.500 euros y cuya titularidad era de Ana, fueron transmitidos primero a una cuenta de Franco y de ésta a la mencionada de su hermano Luis la cantidad de 25.000 euros. E igualmente en otra cuenta a nombre de Lina, hija menor de edad de ambos esposos, y de la esposa, había 72000 euros que también fueron transmitidos a otra cuenta de titularidad de Luis, con pleno conocimiento y consentimiento de Luis para realizar estas operaciones por parte de su hermano.

Todas estas operaciones, tanto la constitución de la hipoteca de 2 de marzo de 2005, la hipoteca de 8 de marzo de 2005 con el Banco Simeón, y la transferencia del peculio anteriormente especificado, se hicieron utilizando el poder notarial de 28 de enero de 1998, sabiendo y conociendo Franco que esas operaciones no estaban autorizadas por la otorgante del poder, que la separación de ambos cónyuges estaba decidida y si continuaban en el mismo domicilio lo era para evitar a los hijos de edades tempranas todo el trámite contencioso, pretendiendo, al menos por Ana, su separación consensuada. Con estas operaciones se pretende dejar la sociedad de gananciales, que de hecho venían formando entre los esposos, despatrimonializada y sin posibilidades de que Ana, que formalmente figuraba como titular única de esos bienes pudiera hacer frente a las cargas hipotecarias constituidas por el esposo mediante escritura de 2 de marzo de 2005, privándola igualmente de la posibilidad de disposición del dinero en metálico que había en esas cuentas, todo ello hecho en un espacio de tiempo que no llega a 1 mes y antes de que doña Ana presentase formalmente la demanda de separación, pero sabiendo y conociendo el

esposo que esa separación como tal estaba decidida y se estaba aplicando en la vida cotidiana con el cese entre ellos de la *afectio maritalis* y de los poderes implícitos o explícitos que pudieran tenerse entre los esposos.

Primero.—Los declarados hechos probados son constitutivos de un delito continuado de estafa de los artículos 248 en relación con el artículo 250.II.º, 4.º, 6.º y 7.º del Código Penal al quedar plenamente acreditado a criterio de esta Sala que los hechos pormenorizadamente descritos en los declarados hechos probados estaban guiados única y exclusivamente con el ánimo defraudatorio y de distracción patrimonial de bienes que, perteneciendo a la comunidad de bienes que como tal estaba rigiendo el matrimonio de Franco y Ana, aprovechando para ello con manifiesto engaño para conseguir esa finalidad un poder de la esposa a aquel que entre sus relaciones personales sabía y conocía que no podía autorizarlo, en primer lugar porque estaba constituyendo y asumiendo obligaciones que en el momento que él lo realiza no estaba autorizado por Ana, ni esa mandante le había dado el visto bueno.

Partamos de la prueba realizada en el juicio oral. La realidad de cada una de las operaciones que en el mes de marzo el acusado Franco realizó están plenamente acreditadas por la abundante prueba documental que obra en las actuaciones. Por otra parte, y como era imposible negar la realidad de las mismas al constar esos documentos públicos no se ha puesto en duda la realización de éstas.

Así hemos de partir del contrato de reconocimiento de deuda y contratación hipotecaria sobre los inmuebles del matrimonio sitos en la CALLEooo, hoy DIRECCIÓNooo de las de Plasencia, en concreto en los números NÚMoo6 y NÚMoo7 y sobre cinco plazas de garaje y trastero que se encuentra unido a las actuaciones (f. 393 y 394). El crédito hipotecario que sustituiría a las anteriores que pesaba sobre esos dos inmuebles citados anteriormente, formalizado con el Banco Simeón el día 8 de marzo de 2005.

Y los traspasos bancarios efectuados, todos de cuentas bancarias donde figuraba como titular único o como cotitular Ana a cuentas con titularidad única de Luis, donde en algunas estaba autorizado Franco. Por lo tanto las cuestiones a dilucidar son varias, si bien partiendo de la constatación de esas operaciones.

Segundo.—En primer lugar, debemos referirnos al régimen económico matrimonial de esa unión formada por Franco y Ana. Es cierto que existe una escritura pública de capitulaciones matrimoniales, pero este Tribunal no puede que-

darse en esa apariencia; cuando cuenta con prueba de todo tipo de la que podemos deducir que nos encontramos sólo y exclusivamente ante esa falacia formal que no se ajusta a la realidad de lo que era el desenvolvimiento diario de la situación económica de esa familia.

Para empezar, todos y cada uno de los dependientes que fueron interrogados sobre este tenor, desde los propios cónyuges, tanto Franco como Ana, como el testigo Tomás, cuñado de Franco, y notario que según su declaración dio la orden de redactar esas capitulaciones en la notaría que trabaja, si bien el documento lo autorizó su compañero notario Agustín Cabrera Blanco; esas capitulaciones matrimoniales de separación de bienes sólo tenían una finalidad, el evitar que los bienes de esa familia pudieran resultar afectados por una posible responsabilidad derivada del trabajo de arquitecto que el acusado tenía. Y además explica que ello se produce cuando de un procedimiento en el que ya había estado implicado el acusado tiene que pagar una fuerte suma de dinero en concepto de costas.

Pero no sólo contamos con prueba testifical sobre este particular.

La forma de realizar esa atribución de bienes y los hechos inmediatamente anteriores coadyuvaban esa conclusión. El mismo día de las capitulaciones matrimoniales, y con carácter previo a formalizar la misma, el acusado Franco aporta a su sociedad de gananciales, que inmediatamente va a disolver, los bienes privativos que tiene (véase la escritura de 26 de mayo de 2001, f. 954 y ss.)

En esa escritura de separación de bienes y atribución de los existentes y computados ya dentro de los mismos los privativos del esposo que se acaban de incorporar, se atribuye a la esposa todos, absolutamente todos los bienes inmuebles que tiene ese matrimonio, quedándose el esposo sólo con el dinero para compensar esa atribución.

Si todos estos datos fueran pocos, nos encontramos con el documento privado formalizado el día 26 de enero de 2001, y rubricado por ambos contratantes en el que se vuelve la situación patrimonial al momento inmediato anterior al otorgamiento de esa separación de bienes, mediante una venta, nuevamente ficticia, Ana dice venderle la propiedad de los bienes que eran privativos y que el esposo había aportado el mismo día de la atribución a la esposa de los mismos bienes privativos. Y sobre los que hasta ese momento de la separación de bienes eran gananciales, y por lo tanto conforme al artículo 1404 del Código Civil le pertenecían por mitad a ambos esposos, le vende la mitad indivisa.

Es decir, la situación queda igual que antes de las capitulaciones, esa separación de bienes es

puramente ficticia y para que tenga efectos llegado el momento frente a terceros, pero no se ajusta a la realidad y los esposos no sólo lo saben y conocen sino que lo manifiestan por escrito, así lo recoge, y así lo manifiesta tanto el acusado, Ana, como el propio redactor del documento privado, Tomás, que además lo explica no sólo en su declaración en el plenario sino en la carta manuscrita por él mismo obrante al f. 742 de las actuaciones.

Y a ello respondía también la forma de actuar que se continuó manteniendo con posterioridad. El dinero que se tenía, más allá del habitual de las cuentas corrientes para desarrollo de la economía diaria familiar estaba en cuentas corrientes donde sólo figuraba como titular Ana, fuera la que fuere la procedencia de ese dinero, tanto si era de su propia nómina, como si procedía de lo que manifiestan fue el precio de la venta de un piso que se dice privativo (los 72.000 euros que estaba en la cuenta núm. NÚM008) mientras que en las cuentas que estaban a nombre del esposo, se efectuaban las cargas domésticas habituales; para si a ese imputado se le efectuaba una reclamación por su profesión, quedasen «protegidos» esos bienes y dinero de las posibles reclamaciones.

Tercero.—Resuelto ya en qué situación económica matrimonial nos encontramos, otra de las cuestiones a dilucidar es todo lo relativo al uso del poder otorgado el 28 de enero de 1998.

La existencia del poder es indiscutible (f. 20 y ss.) y que el mismo no fue revocado hasta el 31 de marzo de 2005 también lo es (véanse f. 23 y ss.)

Y en el terreno de las posibles responsabilidades y obligaciones adquiridas frente a un tercero por el mandatario en virtud de ese poder debe responder y quedar vinculado la mandante, tampoco ofrece discusión alguna.

Y finalmente que en las facultades que ese poder le otorgaba estaban las que han sido descritas en los hechos probados, tales como constituir las dos hipotecas que con fecha de 2 de marzo de 2005 y 8 de marzo de 2005 se formalizaron y las ventas de acciones con traspaso del dinero obtenido por ello, así como de los otros traspasos de unas cuentas bancaria a otras también estaban amparadas por ese poder, tampoco presta dificultad jurídica alguna. De hecho, de no haber sido así, ni los notarios intervinientes, ni el banco en la segunda de las hipotecas, ni los empleados de las entidades bancarias hubieran realizado esas operaciones.

Pero lo que cambia sustancialmente es que todas estas cuestiones son aplicables para proteger a los terceros intervinientes o contratantes, pero en absoluto abarca el uso torticero, engañoso, y con un absoluto desprecio de cual era la voluntad de la mandante por parte del mandatario. Y ello

evidentemente es constitutivo de delito cuando se ha utilizado ese mandato, que el mandatario conoce perfectamente que desde luego para todos y cada una de esas operaciones que él realizó no estaba emitido, y mucho menos que ello pudiera contar con el beneplácito de la mandante cuando esas operaciones eran manifiestamente perjudiciales para la misma y beneficiosas, o bien para el propio mandatario o si se quiere para un tercero, pero en detrimento absoluto de los derechos e intereses de la mandante (STS de 20 de mayo de 2005).

Y efectuamos estas afirmaciones porque en primer lugar ha quedado acreditado que ese poder se hizo en 1998 para evitar que la otorgante tuviera que trasladarse a esa localidad de León, donde frecuentemente realizaban esta familia las escrituras notariales, y porque ambos esposos habían acordado aumentar la hipoteca que sobre su domicilio habitual pesaba, pero que en modo alguno la mandante se lo había dado para esas últimas operaciones, absolutamente perjudiciales para la misma, y beneficiosas para el mandatario. Y finalmente, que cuando el mandatario utilizó ese poder, el matrimonio como tal, la *afectio maritalis* que preside toda unión matrimonial estaba, no sólo absolutamente rota, sino que estaba en trámites de separación. No se trataba de una discusión más o menos fuerte como nos declaró el imputado, sino de la convicción, no ya verbal de Ana de que quería separarse, sino de que le había presentado, ya a mediados de febrero, es decir, antes de realizar estas operaciones un convenio regulador. Y tan serio y con tal contundencia debió de ser el tema de la separación, que él mismo se dispuso a realizar, asesorado por sus parientes, como también él mismo reconoció, que en virtud de ese poder, lo que sí podía hacer eran acciones como la que se recogió en la escritura de 2 de marzo de 2005 y los traspasos patrimoniales de dinero a nombre de su hermano Luis.

Ese uso del poder para fines que implicaban un perjuicio para la parte mandante, es el engaño bastante para producir error en otro y lograr la distracción patrimonial en perjuicio propio y en beneficio de ese mismo actuante o de un tercero, que es la descripción típica de la estafa.

Con ese uso distinto de los deseos de la otorgante, se utilizó sabiendo y conociendo el mandatario que no estaba autorizado, que sí formalmente, pero no en ese momento ni para esos negocios que estaba haciendo, para perjudicar a la persona de la que se estaba separando que era la mandante del poder.

Cuarto.—Todas estas actuaciones las hizo de propia mano Franco por lo que la autoría del mismo es clara. Mayores discusiones se plantean sobre la participación y autoría de Luis, el otro acusado. El

mismo dijo no tener ninguna participación en los hechos, dice que se limitó a pedir unas certificaciones registrales que posteriormente se utilizaron para otorgar la escritura de 2 de marzo de 2005, y que el dinero que recibió de su hermano en sus cuentas lo fue por un dinero que le debía su hermano de las costas que se ocasionaron en el procedimiento judicial núm. 825/96 (Diligencias Previas). Es cierto que en ese procedimiento Franco fue condenado a pagar las costas devengadas en ese procedimiento, y dice el mismo y el imputado Luis que fue este último y su hermana Consuelo los que le dieron dinero para pagar, y otra parte, aunque poco, lo pagó el propio Franco.

Sobre estas cuestiones se carece de la más absoluta prueba en que asentar esta afirmación más allá de la manifestación de los dos imputados, que por otra parte no llegaron a concretar ni uno ni el otro, cuál fue la cantidad del préstamo, ni qué cantidad le dio Luis y cuánto dinero le dio su hermana Consuelo. Sólo se especifica que fue mucho dinero, llegando a señalar Luis que estaban hablando de más de 300.000 euros porque además de esas costas de la parte contraria, tuvieron que pagar a su propio letrado.

Llegados a este punto debemos analizar los hechos anteriores, coetáneos y posteriores para dilucidar si puede otorgarse credibilidad a este testimonio de los dos imputados.

Para ello sólo tenemos la existencia del procedimiento y de la condena en costas.

Esta tasación de costas parte de un procedimiento que terminó en el año 2000. El 12 de marzo de 2001 ya se efectuó la primera tasación de costas y mediante Auto de 12 de abril de 2002 quedó resuelto definitivamente la cuantía de esas costas (documental unida al rollo de Sala). Desde ese momento en el que y al darle el dinero a su decir, Luis y Consuelo, Franco se convierte en deudor de los mismos, el comportamiento de este denunciado no se ajusta en absoluto a la existencia y realidad de ese débito.

Así en el año 2001 adquiere un nuevo piso en el núm. NÚM007 de la CALLE000 y 2 plazas de garaje (una en el año 2001 y otra en 2002) según escrituras de fecha 2 de octubre de 2001 (f. 277), 16 de noviembre de 2001 (f. 295) y 25 de abril de 2002 (f. 304) en las que, aunque aparece como comprador Ana, siguiendo la falacia de separación de bienes que acababa de hacer, por todo lo ya expuesto, y que además esa parte de la defensa se encargó de reiterar hasta la saciedad, se había comprado todo con dinero de Franco. Pues bien, teniendo dinero para adquirir ese bien, no lo emplea en amortizar la deuda que mantiene con sus hermanos.

A la vez, y con fecha 13 de julio de 2004 (f. 978) vende el piso de Sor Valentina Mirón que dice es

de su propiedad privativa y de donde proviene también a su decir los 72.000 euros de la cuenta núm. NÚM008 y cuyo importe total de la venta fueron 132.223 euros, y sin embargo tiene depositada esa cantidad de dinero varios años sin cancelar ese débito que mantiene con sus hermanos.

Y finalmente, y conforme se recoge en el auto de medidas provisionales, el imputado viene declarando unos ingresos conforme a la declaración de la renta en el año 2003 de más de 125.000 euros anuales, lo que desde luego, y partiendo del año en que tuvo que pagar esas costas y por lo tanto ese débito, no es creíble que con esos ingresos no haya podido ir abonando la deuda.

Aun así todavía tenemos otro vacío probatorio sobre estos datos. Si hablamos de cantidades próximas o superiores a los 300.000 euros del año 2001, no se acredita de dónde ni Luis ni Consuelo extrajeron ese dinero, no es una cantidad que se tenga en efectivo en ningún domicilio, sino que esas cantidades se encuentran en depósito o cualquier otro título bancario, que deja prueba documental de su disposición y traslado, por ejemplo, o bien de la entidad bancaria de Luis a la cuenta de Franco, o bien de Luis directamente a pagar a los acreedores de aquellas minutas.

Con estos hechos, y en una parte desierto de pruebas y por otros hechos incoherentes con lo alegado por la parte, debe declararse que ese débito no se ha acreditado y este Tribunal no da por cierto su existencia.

Quinto.—Esta conclusión despeja en gran medida la participación de Luis. Luis se prestó para recepcionar en su persona la desviación de fondos, que por lo menos pertenecían a esa sociedad de gananciales real, y separación de bienes ficticia, y si partimos de esta última, cosa que esta Sala no mantiene, de peculio propiedad de Ana; para causarle un perjuicio a la misma.

Y estos datos eran perfectamente conocidos por Luis, y el mismo no tuvo ninguna duda ni empacho a prestarle a realizar los actos necesarios para consumir esa estafa.

Debemos recordar que el propio acusado Franco manifestó que consultó con Luis qué podía hacerse poniéndole de manifiesto la situación matrimonial de una inminente separación legal, y de la ya existente de hecho.

Y conociendo ello, y el poder que también le había mostrado Franco (el mismo relató que su hermano le dijo que con ese poder no podía hacerse nada), sin embargo sí pidió las certificaciones registrales. Y ello no puede estudiarse como un dato aislado, su hermano, ya le había expuesto la situación matrimonial, su deseo de hacer algo, le había mostrado el poder y finalmente le pidió

esas certificaciones registrales. Para seguidamente en los días inmediatos hacerse receptor de todo el dinero que tenía la familia, abriendo para estos fines algunas cuentas el mismo día de las transferencias que le hacía su hermano, como la cuenta núm. NUM005.

Este devenir ha de ser calificado como constitutivo de un delito de estafa. Ese imputado sabía que en virtud de ese poder se estaban realizando operaciones formalmente válidas con respecto a terceros e intervinientes, pero actuando de una forma engañosa para todos aquellos que conocían el trasfondo de la situación y el porqué se estaban realizando esas operaciones.

Sexto.—Establecidas ya las actuaciones de ambos acusados, y aunque la defensa no solicitó la aplicación de la causa de exoneración de la responsabilidad criminal descrita en el artículo 268 del Código Penal para ser aplicada con respecto a Franco, y que fue retirada la petición de su estimación por el Ministerio Fiscal, sin que la parte de la defensa considerase necesario un receso o suspensión de esta vista; entiende la Sala que debe entrar en este pronunciamiento para explicar el porqué consideramos que no nos encontramos ante los supuestos que la misma establece.

En ese artículo el Código Penal se refiere a los cónyuges o pareja de hecho que no estén incurso en un proceso de separación legal o de hecho.

La defensa basándose en que los cónyuges estuvieron viviendo en el mismo domicilio hasta el 15 de mayo de 2005 entiende que concurren todos los requisitos para estimar esta exención.

En primer lugar, esa afirmación y ese dato, que no se cuestiona no se corresponde con la situación de hecho que ese imputado pretende mostrar a la Sala. El día 1 de abril de 2005 se presenta la denuncia penal que da origen a estas diligencias. Y el día 25 de abril de 2005 la demanda de separación con sello de entrada en el juzgado el día 9 de mayo de 2005 (f. 105 a 150), es decir, bien evidente es que esa convivencia bajo el mismo techo no estaba amparada por lo que viene denominándose una situación matrimonial sino de una ruptura de hecho.

No debemos equiparar automáticamente ruptura de hecho con la no convivencia en el mismo domicilio. Se puede estar conviviendo en el mismo domicilio y la ruptura de hecho ser una realidad, como ocurre en este caso, la dificultad de esta situación es evidentemente probatoria.

Vamos a analizar que lleva a este Tribunal a efectuar esta afirmación.

Ya se ha apuntado que difícilmente podemos estar a esa fecha de ruptura del 15 de mayo de

2005 que es cuando Franco abandona el domicilio familiar cuando antes de esa fecha ya se ha presentado una denuncia y se ha presentado también la demanda de separación.

Pero la ruptura de hecho se retrotrae más en el tiempo, a mediados de febrero Ana ya le presenta un convenio regulador, que él dice va a estudiar para negociar, por lo que esa ruptura ya se había producido, no puede mantenerse que no hay ruptura cuando una parte ya ha presentado a la otra un convenio regulador.

Pero esto no es sólo por esa parte. A finales de febrero Franco encarga a su hermano las certificaciones registrales a las que tanto nos hemos referido, cuando precisamente ha contado con sus familiares ante esa ruptura qué puede hacer. Así lo manifiesta él mismo, y así lo corrobora su cuñado Tomás que coadyuva que habló con él y le leyó el poder y le preguntó qué podía hacer.

Todos esos datos son relevantes de que esa ruptura era un hecho, por más que ese imputado y sus familiares pretendan cubrirlo con que Franco lo único que deseaba era garantizar su patrimonio para que Ana no se quedase con todo, cuando estaba el contrato privado que el propio Tomás había redactado y que él en su declaración ya expuso que le dijo que lo elevase a escritura pública, con justificaciones que se han revelado no ajustadas a la realidad, como que no quería llevar a su esposa a un juzgado, para inmediatamente efectuar todas las operaciones que pudo y estaban a su alcance para despatrimonializarla.

Aún no hemos terminado con la prueba de la ruptura de hecho en fecha del mes de febrero. Y es que como testigo compareció Luis Enrique, notario de profesión, el cual con una absoluta sinceridad reconoció que en ese mes, quizás al principio, aunque no pudo determinar la fecha exacta, fueron a su despacho, la entonces letrada de Ana y esta misma para revocar el poder de 1998, y fue él mismo, aunque se prestó a realizar lo que decidieran, el que le dijo que ese poder era limitado a ciertas operaciones y que si ya estaban en un trámite de separación quizás fuera aconsejable no echar más leña al fuego.

Manifestando que era conocido en todo el pueblo que se estaban separando.

Es decir, esa ruptura de hecho, era tal y tan evidente que había traspasado los muros de la privacidad del domicilio y había llegado a la calle, no por bulos ni rumores, tenemos a un testigo serio sin ninguna aquiescencia a los cotilleos ni menos a mantener ante un Tribunal rumores infundados, sino asegurando una realidad que era de general conocimiento.

Por lo que en virtud de toda esta prueba consideramos que cuando Franco realizó todas estas operaciones que se han declarado que conforman una estafa continuada, ya existía una ruptura de hecho con quien era su esposa legal, y por lo tanto no se encuentra amparado en la causa exculpatoria que recoge el artículo 268 del Código Penal.

Séptimo.—La calificación jurídica que esta Sala considera correcta es la de un delito continuado de estafa como ya se ha adelantado, dado que entendemos que tanto el negocio transcrito en la escritura pública de 2 de marzo de 2005 como las transferencias de los 10.000 euros, 111.000 euros, 72.000 euros y 25.000 euros provienen de un plan conjunto que tenía por finalidad despatrimonializar a Ana de todos los derechos que pudiera tener; tanto los bienes inmuebles hipotecados a favor del imputado, como del dinero que estaba puesto a su nombre, aunque pudiera ser de ambos ante la existencia, como hemos expuesto hasta la saciedad, de una sociedad de gananciales que en realidad regía la relación económica de ese matrimonio. El engaño para mover la distracción patrimonial en todas las operaciones fue el uso del poder que tanto Franco como Luis, por la situación personal que atravesaban sabían y conocían, que aunque formalmente amparaba esas operaciones, no eran negocios ni operaciones que fueran a recibir el visto bueno de la mandante sino que se hacían única y exclusivamente en su perjuicio.

Y este Tribunal entiende que deben calificarse los hechos dentro del subtipo agravado de haber recaído la estafa sobre la vivienda habitual, agravación del núm. 1. Debe recordarse a estos efectos, que uno de los bienes sobre los que el imputado Franco constituyó una hipoteca de 102.000 euros en la escritura pública de 2 de marzo de 2005 lo fue sobre la que era la vivienda habitual familiar sita en la CALLEooo, hoy DIRECCIÓNoor, núm. NÚMoo6 (véase la cláusula 3.ª de las no financieras, f. 408 y f. 416 de los autos). Y el Tribunal Supremo ha establecido en sentencias como la de 30 de octubre de 2002 que la redacción del artículo 250.1.1.º del Código Penal permite subsumir en él la conducta de quien realiza con engaño un acto de disposición sobre su vivienda que constituye un bien de primera necesidad, puesto que la hipoteca es un acto que supone un mayor gravamen para ese inmueble de primera necesidad, y si ese mayor gravamen se ha constituido a través de ese engaño era evidente que estamos dentro del tipo del núm. 1 del artículo 250.1 tan citado. A estos efectos puede citarse igualmente la también sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2004 que establece la necesidad de que sea la hipoteca sobre la vivienda el objeto del delito de estafa para que concurra la agravación específica. A ello

debemos añadir que aunque esta agravación sólo concurre en uno de los hechos objeto de estafa, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre cuyas sentencias podemos citar las de 2, 10 y 24 de noviembre de 1990 si en alguno de los ilícitos que se van a calificar como continuados concurre una circunstancia agravante ésta se debe aplicar a todo el hecho continuado. Igual situación en definitiva que si se aplica la regla del núm. 1 del artículo 74, se impondrá la pena que corresponda al delito más gravemente penado, como es el caso de autos, la estafa agravada.

También concurre la agravante del núm. 4 como expuso la acusación particular y el Ministerio Fiscal. Todas estas operaciones se han realizado utilizando un poder que no estaba destinado a esos fines, y abusando del mismo, de que formalmente sí podían realizarse esas operaciones y ello queda encuadrado dentro de ese apartado.

La agravación del núm. 6 también debe estimarse. Con la constitución de la hipoteca de 2 de marzo de 2005 con la que el imputado Franco hipoteca todos los bienes que figuraban a nombre de Ana y para lo que le facilitó la documentación registral su hermano Luis, el otro imputado, se estaba constituyendo una estafa que suponía un débito a nombre de Ana de 240.000 euros, cantidad que por sí sola supera en mucho la cantidad de unos 5 o 6 millones de pesetas (30.000 o 36.000 euros) que el Tribunal Supremo viene entendiendo que supone que la defraudación es de gran cuantía o importancia; ello sin añadir la cantidad de dinero que figurando a nombre de Ana ascendía a una cantidad de 218.000 euros, que aún considerando que sólo se estaba distrayendo la mitad que supuestamente pudiera corresponderle a Ana y no la parte de Franco, nos volvemos a encontrar con una cantidad de más de 100.000 euros que nuevamente vuelve a superar con creces lo que viene estableciéndose jurisprudencialmente a estos efectos. Y todas estas operaciones en su conjunto no pretendían sino precisamente dejar a la víctima en una absoluta situación económica muy comprometida ya que sobre los bienes inmuebles se constituyó esa segunda hipoteca que suponía el desembolso mensual de una cuota que la hipotecada no podía afrontar. Y a la vez se la priva de todo el dinero en metálico del que podía disponer en las cuentas que estaban a su nombre, lo que la dejaba en una situación de absoluta insolvencia.

Concurriendo además una última agravante específica también de ese artículo 250.1, la que se recoge en el núm. 7, el aprovechamiento de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador. Víctima y defraudador estuvieron unos años casados, por ese vínculo y relación personal fue por el que la víctima le dio el poder tan citado

de 1998, y en virtud de ese poder, y obviamente del perfecto conocimiento que dada esa relación personal habían mantenido víctima y defraudador, este último conocía y sabía perfectamente los bienes inmuebles que figuraban en el Registro de la Propiedad a nombre de la víctima, conocía las distintas cuentas bancarias donde la misma figuraba como titular y sabía datos como el importe del sueldo mensual de su víctima y las dificultades que con la constitución de la hipoteca de 2 de marzo de 2005 podía producirle a esa víctima. Y ello se reseña porque aunque no se ha recogido expresamente en la calificación jurídica de las acusaciones es conveniente poner de manifiesto la calificación que este Tribunal considera correcta, sobre todo porque a la hora de determinar la pena, ya concurre una de las agravantes a la que se refiere el último apartado del artículo 250.2 del Código Penal.

Por lo tanto se anuncia ya desde aquí que es de aplicación el artículo 250.2 del Código Penal para la determinación de la pena al concurrir la circunstancia 6.^a, más allá de la 7.^a, con la 1.^a de ese artículo 250.1 del Código Penal.

Octavo.—Estas circunstancias agravatorias específicas le son aplicables igualmente al otro autor de este delito, Luis porque, en primer lugar, el mismo conocía y sabía que la estafa que se estaba cometiendo sobre la vivienda habitual con ese poder, que aunque formalmente posibilitaba la constitución de la misma, no estaba amparado por el beneplácito de la mandante, y a pesar de ello participó activamente facilitando cierta documentación necesaria, sabiendo y conociendo para lo que iba a ser utilizada.

Pero aún es más clara la concurrencia de las circunstancias 6.^a y 7.^a ya que al prestarse a ser el receptor de todas las cantidades en metálico que figuraban a nombre de Ana, ello se hacía con abuso de esa relación personal que anteriormente se ha expuesto, poniendo a ésta en una grave situación económica porque se puso a su nombre absolutamente todo el dinero de que ésta podía disponer.

Finalmente debe traerse a colación la jurisprudencia del Alto Tribunal en el sentido de la participación adhesiva en los delitos continuados. Este acusado sabía y conocía los proyectos de su hermano, respondía a un plan preconcebido, despatrimonializar lo que formalmente era una separación de bienes de todo aquello que figuraba a nombre de su cuñada Ana o a la que esta Sala considera era una sociedad de gananciales en realidad, pero en todo caso distrayendo dinero a nombre de terceros no partícipes en esa comunidad de bienes, como era este imputado Luis, o bien constituyendo una hipoteca sobre los bienes inmuebles siendo el único acreedor el otro miembro de esa sociedad de gananciales.

Y al ser partícipe de ese proyecto conjunto, y aprovechando idéntica ocasión, la emisión de ese poder a nombre de su hermano, se realizaron las actuaciones constitutivas de la estafa continuada y agravada que ya se ha expuesto, abarcando también la responsabilidad criminal de este imputado.

Noveno.—La acusación particular calificó los hechos como un delito continuado de estafa y apropiación indebida y solicitó la pena de 4 años de prisión.

Y el Ministerio Fiscal entendió que los hechos eran constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida por el que solicitó una pena de 4 años de prisión y un delito continuado de estafa por el que solicitó la pena de otros 4 años.

Si bien ambas acusaciones entendieron que concurrían las agravantes del artículo 250.1.1.º y 6.º del Código Penal y también la núm. 4 del mismo texto legal.

Pues bien, en primer lugar esta Sala considera que todos estos hechos delictivos respondían como se ha expuesto a un plan común preconcebido y que todos los ilícitos afectan al bien jurídico de protección del patrimonio por lo que la aplicación del artículo 74 del Código Penal es absolutamente necesaria, como también calificaron las partes acusadoras de delito continuado, sin embargo, y concurriendo la agravación al concurrir las agravantes, incluidas en los escritos de acusación, tanto de la acusación particular como del Ministerio Fiscal, de la concurrencia de las circunstancias del núm. 1 con la del núm. 6 o 7, cuando la 6.^a se contenía en los dos escritos de acusación así como la primera, y encontrarnos ante un delito continuado, esto es, que conlleva que la pena a imponer será la del delito más gravemente penado en su mitad superior, solicitan una condena de 4 años, cuando si la pena del delito cometido es de 4 a 8 años la mitad superior va de 6 años y 1 día a 8 años, y ésa es la pena mínima que legalmente puede imponérsele a los condenados.

Pero por otra parte tampoco rebasa el límite cuantitativo total pedido por el Ministerio Fiscal que solicitaba 8 años de prisión, 4 por un delito continuado de apropiación indebida y 4 por un delito continuado de estafa.

Esta Sala considera que todos los hechos declarados delictivos son constitutivos de un delito de estafa, y al ser varios, estamos ante un delito continuado, y la pena debe ser la anteriormente especificada, sin que pueda operar el límite de los 4 años de petición, en primer lugar porque esa pena legalmente no es la que corresponde a los delitos cometidos conforme al artículo 74 del Código Penal. Y en segundo lugar porque este Tribunal no supera el límite legal señalado para el delito que

se declara cometido, por lo que no está vinculado por la petición de las acusaciones siempre que se fundamente la mayor pena como se ha expuesto es por razones de estricta legalidad, y también por los abundantes hechos y concurrencias de hasta cuatro circunstancias agravantes específicas del artículo 250 del Código Penal (SSTC núm. 43/1997 y 136/2003).

La pena de multa que lleva aparejada este delito se impondrá en la misma gradación que la anterior, esto es la mínima dentro de la mitad superior, 18 meses de días-multa a razón de 50 euros a cada uno de los condenados. La cuantía de la multa conforme determina el artículo 50.5 del Código Penal se establece por la solvencia económica de los dos condenados.

Ambos están declarados solventes y en cuanto a Franco con sus ingresos declarados anuales que supone mensualmente una cantidad superior a los 10.000 euros, por lo que una multa de 1.500 euros mensuales no supone una absoluta desproporción entre sus ingresos y el cumplimiento de esta pena.

En cuanto a Luis asisten a la Sala razones similares, el citado es letrado con despacho abierto al público y él mismo declaró en la Sala que lleva y forma parte de los consejos de administración o asesora jurídicamente a varias empresas por lo que todo ese trabajo le reporta sin duda algunos ingresos que le permitirá hacer frente a esta multa.

Décimo.—Todo responsable criminalmente lo es también en el ámbito civil (artículo 109 y ss. del Código Penal) y dentro de esta responsabilidad civil se pidió por las acusaciones que los acusados restituyan a Ana las cantidades que habían detraído.

La primera de ellas es la suma resultante de la venta de determinadas acciones que el matrimonio tenía. Pues bien, esta Sala, siendo coherente con su posición de la existencia real de una sociedad de gananciales, pero que en todo caso, se trataría de cantidades afectas a una liquidación de la situación económica de esa pareja, lo que considera es que las cantidades que fueron objeto de esta estafa deben volver a la situación que se encontraba en el momento inmediatamente anterior a la comisión delictiva, de tal forma que los 111.000 euros deberán volver a la cuenta de donde fueron extraídos o en su caso, y para el supuesto de que esa cuenta no

exista, otra que se abra en una entidad bancaria, pendiente de resolver la propiedad de esa cantidad en el procedimiento civil correspondiente en el que se efectúe la liquidación de la situación económica de esos excónyuges. E igual cabe pronunciarse sobre las cantidades de 10.000 euros remanente de la hipoteca constituida sobre los bienes inmuebles por el Banco Simeón el día 8 de marzo de 2005. Y las dos cantidades extraídas de las otras cuentas, 72.000 euros y 25.000 euros, con independencia, volvemos a repetir de lo que en el procedimiento civil correspondiente se dilucide sobre a quién pertenecen o pueden pertenecer con la correspondiente liquidación esas cantidades, pero las mismas fueron distraídas de la situación en que estaban mediante un acto ilícito y deben volver a reintegrarse al momento y situación en que se encontraban (artículo 1397 Código Civil).

No entendemos sin embargo que deban ser traídas las cantidades resultantes de las que se dice fueron dos minutas por trabajos realizados por Franco y consistentes en 10.302 euros y 15.053,03 euros dado que sin que esta sala se pronuncie si estas cantidades pueden o no formar parte del patrimonio de esa pareja y deban ser objeto de distribución, lo cierto es que sobre las mismas, y con respecto a ellas, no se ha cometido acto ilícito alguno, no han sido objeto de esta estafa. Que ese imputado cobrara unas cantidades por su trabajo y en lugar de ingresarlas a la cuenta bancaria de la que disponía la familia, lo hiciera en una cuenta de su hermano, no es constitutivo de un ilícito. Para ello no se utilizó poder alguno de Ana, no hubo engaño ni ninguna otra cuestión, por lo que esas cantidades no pueden ser objeto de pronunciamiento de esta sentencia penal porque no ha sido objeto de delito.

La última consecuencia de carácter civil detraída de lo anterior es la nulidad de la escritura de hipoteca de 2 de marzo de 2005. Ese negocio realizado con uso abusivo y engañoso de un poder debe ser declarado nulo y la nulidad de un negocio y del documento que le viene de soporte, conlleva su inexistencia en el mundo jurídico y hace decaer todas las posibles consecuencias del mismo, por lo que la nulidad de esa hipoteca, produce su inexistencia y la cancelación de las cargas y obligaciones que con ellas se habían constituido.

CUESTIONES PENALES

La circunstancia de que el ex esposo haya dado de baja el servicio de electricidad de la vivienda que se atribuyó a la esposa no constituye ni delito ni falta de coacciones, puesto que la ex esposa no asumió dicho pago cuando era la obligada a hacer frente al mismo habiéndose cargado los recibos en la cuenta bancaria de aquél.

AP MÁLAGA, SEC. 2.ª, AUTO DE 2 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Lourdes García Ortiz

En el escrito de interposición del recurso, se invoca como motivo esencial el siguiente: la conducta del denunciado al dar de baja en electricidad la vivienda que se designó para el uso de su esposa en separación matrimonial, puede constituir un delito de coacciones o al menos una falta de la misma naturaleza.

Pero de nuevo estudio de lo actuado, puesto en relación con las alegaciones de las partes y del Ministerio Público, la Sala llega a las mismas conclusiones que la instructora, la que razona perfectamente en los fundamentos de sus resoluciones,

siguiendo el dictamen del Ministerio Público, que si conforme a la resolución que acordó la separación del matrimonio, el uso y disfrute de la vivienda familiar a favor de la esposa la obligaba a correr con los gastos de la misma y ésta no los asumió, la conducta de su marido al dar de baja la repetida vivienda en la electricidad que venía personalmente soportando no tiene entidad penal alguna, ni siquiera como coacción de la categoría de falta. Todo ello lleva a la confirmación del auto recurrido y la desestimación del recurso estudiado.

CUESTIONES PENALES

El cambio de cerradura en un bien ganancial, por la propia esencia de lo que es el régimen de la sociedad legal de gananciales, no es constitutivo de un delito o falta de coacciones, donde el elemento nuclear del tipo es quien no estando legítimamente autorizado actúa en un determinado sentido.

AP CUENCA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Díaz Delgado

Por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de San Clemente se dictó con fecha 13 de marzo de 2006 sentencia, en la que como hechos probados se declara: «Que en fecha 23 de enero de 2007, doña Lucía formuló denuncia ante la Guardia Civil de la localidad de San Clemente contra su suegro don Eusebio, por haber cambiado la cerradura de la nave o cochera contigua a la vivienda que constituye el domicilio familiar sito en la CALLEooo núm. NÚMooo, y ello al entender que es debido al encontrarse actualmente en proceso de separación matrimonial con el hijo del denunciado, quien al haber cambiado las cerraduras de las puertas que dan acceso a dicha nave desde la vivienda con anterioridad de los hechos, le ha impedido la utilización

de la misma, encontrándose en dicho lugar lavadora, cocina, alimentos y otros útiles domésticos, además de impedir guardar su vehículo». Su parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que debo absolver y absuelvo a don Eusebio de los hechos que se le imputaban en las presentes actuaciones, declarando de oficio las costas causadas».

El presente recurso de apelación debe ser desestimado, debiendo señalarse, además de los atinados argumentos del Juez de instancia, que el cambio de cerradura en un bien ganancial, por la propia esencia de lo que es el régimen de la sociedad legal de gananciales no es constitutivo de un delito o falta de coacciones, donde el elemento nuclear del tipo es quien no estando legítimamente autorizado actúa

en un determinado sentido. Y se dice esto porque la esencia del régimen económico matrimonial conocido o denominado sociedad de gananciales es un régimen de comunidad regido por las normas de la comunidad germánica, no de la comunidad romano, o copropiedad por cuotas recogido en los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

Tal regulación jurídica de la Sociedad de Gananciales, en orden al aspecto penal respecto a la antijuridicidad hace, que nos encontremos ante un patrimonio independiente de ambos cónyuges, y ello atribuye individualmente a cada cónyuge un derecho expectante no sobre los bienes concretos sino sobre las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por ambos cónyuges que les serán

atribuidos por mitad al disolverse aquéllas (artículo 1344 del Código Civil).

En definitiva en la sociedad de gananciales, como sociedad germánica, o en mancomún, no hay atribución de cuotas en cada bien, pues cada uno de los comuneros pueden servirse y utilizar el bien en su totalidad, lo que hace que ya el Código Civil prevea en los artículos 1392 y siguientes, las causas de disolución de la sociedad legal de gananciales para casos de crisis. En definitiva en supuestos como el presente, el requisito de la antijuridicidad como conducta contraria al ordenamiento jurídico, es decir que no está amparada por norma alguna, queda totalmente desdibujado, y ello hace que deba confirmarse la sentencia recurrida.

CUESTIONES PENALES

Se condena al ex esposo como autor de un delito de maltrato familiar al haber quedado respaldada la declaración de la víctima con el testimonio de una vecina a quien inmediatamente la víctima contó lo ocurrido y que apreció que tenía signos de la violencia sufrida.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Carrillo Vinader

El Juzgado de lo Penal dictó en las referidas Diligencias Sentencia con fecha 9 de noviembre de 2006 sentando como hechos probados los siguientes: «Que Enrique, mayor de edad y sin antecedentes penales, contrajo matrimonio con Virginia, con la que tiene un hijo en común. En fecha que no consta, pero en los primeros días de junio de 2006, cuando ambos se encontraban en el domicilio familiar situado en Puente Tocinos, se entabló entre ellos una discusión por motivos que no constan, procediendo a propinarle diversos empujones y golpes a su mujer. Como consecuencia de los hechos descritos la perjudicada no resultó con lesiones. En fecha que no consta, pero un viernes de finales de julio de 2006, sobre las 19'00 horas, cuando ambos se encontraban en la calle en las inmediaciones del domicilio familiar situado en la localidad de Puente Tocinos y en presencia del hijo menor de edad, se entabló entre ellos una discusión por motivos que tampoco constan, procediendo el acusado a propinarle a la Sra. Virginia diversos empujones y golpes. La perjudicada no reclama la indemnización que pudiera corresponderle».

Estimando el Juzgador recurrido que los referidos hechos probados eran constitutivos de delito,

dictó el siguiente FALLO: «Que debo condenar y condeno a Enrique como responsable criminalmente en concepto de autor, y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de dos delitos de maltrato familiar ya definidos a la pena, por cada uno de los delitos, de nueve meses de prisión, accesorias legales de inhabilitación para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres años y prohibición de aproximación y comunicación con la víctima a menos de 300 metros durante veintisiete meses, y costas».

Recorre en apelación el condenado, que denuncia error en la valoración de las pruebas, al no haberse tenido en cuenta que no hay ninguna prueba objetiva que acredite los hechos y que la testifical de la hija común desmiente la versión de la supuesta víctima, quien tardó cinco meses en denunciar y lo hace cuando se halla inmersa en una contienda civil, para obtener ventajas económicas, cuando le comunican del banco que su marido no ha atendido los pagos de las hipotecas. El Ministerio Fiscal se opone al recurso y pide la confirmación de la sentencia impugnada.

La sentencia de primera instancia está escasamente fundada. Se limita, en lo esencial, a decir que la prueba de cargo que ha tenido en cuenta es la declaración de la víctima, la cual reúne los requisitos que exige la jurisprudencia para darle credibilidad, con la única precisión de que, tras el primer episodio, acudió a casa de una vecina, a la que contó lo sucedido, y que tal vecina ha comparecido en juicio para sostenerlo.

No hace mención alguna a la declaración testifical de descargo, la de la hija mayor del matrimonio, que dice haber presenciado el segundo incidente, y niega que el padre agrediera a la madre, pero tampoco la hace a la testigo de cargo, doña Dolores, que viene a ratificar la versión de la denunciante.

La esposa no ha negado ni que tardara en denunciar los hechos (tres meses desde el último suceso) ni que exista un procedimiento familiar contencioso, ni siquiera que antes de denunciar recibiera la llamada del director del banco avisándole del impago de varios recibos de los préstamos hipotecarios que gravan bienes gananciales, pero ello, sin más, no impide dar credibilidad al testimonio de la denunciante, quien no reclama nada por estos hechos y que da explicaciones razonables

de su comportamiento, siendo frecuente que se tarde en denunciar hechos de este tipo, por los sentimientos de vergüenza y la grave situación de pérdida de autoestima y dignidad que sufren las víctimas de esta clase de delitos.

Por otro lado, el testimonio de la hija no resulta especialmente atendible, pues la propia madre refiere su presencia pero avisa de que no sabe lo que va a declarar, dado que convive con el padre y no mantiene buenas relaciones con ella.

Hay una testigo ajena a las partes, la referida Sra. Dolores, que tanto durante la instrucción, como en el acto del juicio, ha sostenido la versión de la Sra. Olga, por lo que no puede aceptarse que no haya habido prueba de cargo bastante para destruir la presunción de inocencia, no teniendo que recurrir en ese hecho a la sola declaración de la víctima.

Por todo lo expuesto, al venir corroborado el primer suceso por una prueba periférica (la vecina a quien inmediatamente cuenta la víctima lo ocurrido, y que aprecia que tiene signos de la violencia sufrida) y existir una prueba directa ajena a las partes del segundo hecho, debe rechazarse el recurso planteado y confirmar la sentencia en todos sus extremos.

OTRAS CUESTIONES

Se ha acreditado que los bienes y patrimonio del esposo se encuadran en las empresas pertenecientes al grupo familiar, cuya participación ha recibido por herencia de padre, por lo que no pueden ser computados en su activo a efectos del cálculo de la compensación económica prevista en el artículo 41 CF, aunque sí los aumentos del patrimonio que hayan generado durante la convivencia.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

De conformidad a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencias de fechas 1 de julio de 2002, 26 de marzo 2003 y 12 de enero 2004, entre otras, la compensación económica por razón del trabajo prevista en el artículo 41 del Código de Familia, nace para equilibrar en lo posible las desigualdades que se puedan generar durante una convivencia estable cuando uno de los convivientes se dedica al cuidado del hogar y de los hijos o ayuda en el negocio percibiendo en tal caso una remuneración insuficiente. Se trata de conseguir un equilibrio patrimonial justo y mesurado a la hora de la crisis de convivencia pero con la vista puesta en la necesidad de retribuir un trabajo y un esfuerzo colateral pero convergente no remunerado

o remunerado hasta entonces insuficientemente. Indica la Sentencia del mismo Alto Tribunal de fecha 27 de abril de 2000 que siempre que uno de los cónyuges trabaje sin retribución ya se generará un enriquecimiento a favor del otro, y añadía la de fecha 26 de marzo de 2003 que sólo por el hecho de que uno de los cónyuges renuncie a trabajar fuera de casa para dedicarse al cuidado del hogar y de los hijos del matrimonio, si los hubiera, el otro ya resulta enriquecido al saber que la casa, y en su caso, los hijos, están atendidos, sin que sea necesario entrar a valorar si el cónyuge que reivindica la compensación del artículo 41 ha desarrollado o no trabajos. Alude la Sentencia del TSJC de 10 de febrero de

2003 que no es necesario que la dedicación a la casa haya sido en régimen de exclusividad.

En el presente caso se ha acreditado que los bienes y patrimonio del Sr. Jorge se encuadran en las empresas pertenecientes al grupo familiar, cuya participación ha recibido por herencia de su difunto padre, por lo que, de conformidad a la propia dicción del artículo 41 CF, es indudable que no pueden ser computados en su activo a efectos del cálculo de la compensación económica prevista en el artículo 41 CF, como ha tenido ocasión de reiterar esta Sala, en Sentencia de fecha 31 de mayo 2000 entre otras, puesto que el fin de la norma es restituir al cónyuge que ha trabajado para la familia o para el negocio del otro, el perjuicio ocasionado por el defecto retributivo que ha generado y posibilitado el incremento del patrimonio del otro cónyuge. En consecuencia, en la transmisión de bienes operada por título hereditario a favor del demandado, ninguna participación puede pretender la esposa.

Sentado lo anterior, plantea la Sra. María del Pilar que el patrimonio que recibió el demandado por herencia ha sido ampliado durante el tiempo de vigencia del matrimonio, y por tanto la intervención de la actora mediante el cuidado de la casa y la familia podría computarse a los efectos de fijar la compensación económica solicitada. Así alude a que tras la celebración del matrimonio, el Sr. Jorge adquiere 4.800 participaciones de la empresa «Fraor SL», que procede al aumento de su capital en dos ocasiones, en 1999, seis meses después de la fecha del matrimonio de las partes, en que el demandado adquiere 3.800 participaciones, aportando a cambio una tercera parte de una finca heredada de su padre, por lo que no puede computarse

esta ampliación del patrimonio del demandado a los efectos que pretende la actora, no sólo porque la proximidad de la fecha del matrimonio excluye su incidencia en el aumento del patrimonio del demandado, y no habían nacido todavía ninguno de sus hijos, de manera que tampoco puede apreciarse su especial dedicación al cuidado de la familia; sino que debe tenerse en cuenta además, la aportación a cambio de tales participaciones, de un bien recibido por herencia.

La segunda ampliación de capital se produce en 2001, en que el Sr. Jorge adquiere 1.000 participaciones de la misma entidad «Fraor SL», cuyo valor nominal alega la Sra. María del Pilar es de 30,05 euros por participación.

Al mismo tiempo que el Sr. Jorge adquirió y puso a nombre de la Sra. María del Pilar, y a su exclusiva titularidad un apartamento en Andorra, con plaza de aparcamiento, y el 50% de «Nalex-Orlay SL», titular de un terreno en San Cugat, que no ha sido valorado, pero cuyo último pago era de 43.000 euros, (que asimismo retiró la actora), sin que la Sra. María del Pilar pagara cantidad alguna por dichas propiedades, según manifestó en su interrogatorio. Propiedades que deben ya computarse a los efectos de determinar la procedencia de la compensación del artículo 41 CF, de manera que esta Sala considera que no se ha producido un mayor enriquecimiento injusto, en perjuicio de la actora, durante los cinco años que duró el matrimonio, que el que supone el aumento de patrimonio a favor de la actora ya referido, de manera que determine una mayor compensación económica tal como peticionaba, por lo que, desestimándose el recurso, debe confirmarse este pronunciamiento de la sentencia.

OTRAS CUESTIONES

Se declara al demandado incapaz únicamente para los actos de enajenación de bienes inmuebles, pudiendo, en consecuencia, disponer y administrar sus ingresos sin limitación alguna.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Blasa Noblezas Negrillo

Se alza el apelante contra la resolución impugnada en cuando desestima su pretensión de que se le reintegre su capacidad y se extinga la curatela; subsidiariamente, se modifique el régimen de curatela limitándola a la enajenación de bienes inmuebles,

pudiéndose administrar y disponer de su salario. El Ministerio Fiscal en el acto de la vista interesó la incapacidad parcial, únicamente precisando de curador para los actos de disposición de bienes inmuebles.

Nos encontramos en el caso con que el apelante fue declarado en estado de incapacidad por Sentencia de 16 de diciembre de 2002, en la cual se exponía que el mismo desconocía conceptos elementales como la moneda, el cambio o el valor relativo de las cosas; que era manifiestamente incapaz de calcular el alcance del dinero y operar adecuadamente en aspectos financieros, como operaciones bancarias, inmuebles y demás, así como muy limitado en el concepto de situaciones económicas. Según el informe forense practicado en este rollo por médico especialista en Psiquiatría y Neurología, el apelante padece un trastorno mental leve —tiene reconocida una disminución del 39%—, sin grandes déficits; gestiona elementalmente su vida, con lo que tiene autogobierno, se administra básicamente en el aspecto económico y no es conflictivo en el nivel personal, social o laboral. En el acto de la vista el mismo especialista, tras reiterar que el retraso mental era leve, manifestó que no padecía ninguna psicopatología, ningún proceso psicótico, delirante o de paranoia ni proceso depresivo, sabiendo lo que hace y lo que quiere. Consideró que podía administrar básicamente su dinero —pensión de orfandad y una nómina de 400 euros—, aunque para operaciones complejas precisaba de asesoramiento por más que esté en la línea del ahorro; su trastorno es sintónico, lo que conlleva una vida armónica, no irregular y desadaptada; se ha adaptado a su déficit sin graves problemas de conducta, siendo un luchador dentro de sus carencias, aunque es vulnerable y puede ser objeto de manipulaciones. En la exploración prac-

ticada por esta Sala manifestó que era consciente de su disminución, pero que podía hacer de todo y llevar su vida, y que tenía recursos para realizar gestiones que le afectaran, tales como acudir a un Abogado o a una gestoría. Pues bien, entendemos que efectivamente el apelante puede administrarse básicamente con los ingresos que percibe, incluso tiene capacidad de ahorro a pesar de que la curadora le entrega solamente una parte de los ingresos que percibe; sin embargo, estamos con el Ministerio Fiscal que otro tema es el de los actos de disposición de bienes inmuebles, pues a pesar de que manifestó que quiere vender un inmueble —del que es copropietario junto con su hermano, que en su día también fue demandado como presunto incapaz—, reconoció no saber por qué, alegando únicamente que le habían informado de que subirían los impuestos de los pisos vacíos, cuando al parecer lo tienen alquilado. Es por ello que si bien hemos de estimar la demanda en cuanto a los actos de administración de sus ingresos, atendida su disminución, el hecho de que es ciertamente manipulable y no cuenta con la ayuda específica de algún familiar que le proteja, —su abuela, que contrataba los servicios de limpieza, por ejemplo, falleció durante la tramitación de estos autos— debemos acceder a la petición formulada subsidiariamente, limitando su capacidad únicamente en lo referente a los actos de disposición de bienes inmuebles, para cuyo fin seguirá manteniéndose la curatela en la institución inicialmente nombrada para el ejercicio de tal cargo, todo lo cual conlleva la estimación parcial del recurso que se examina.

OTRAS CUESTIONES

No se fija indemnización del artículo 41 del CF al carecer el esposo de patrimonio y haberse acreditado que cuando la esposa trabajó en el negocio de pescadería percibía retribución económica.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Alavedra Farrando

Y, respecto a la petición insistente de la esposa de compensación económica del artículo 41 del Codi de Família, debe predicarse igual suerte desestimatoria, por varias razones, en primer término, y principal, resulta una falta de patrimonio fundamento de la compensación que se pretende, pues no se discute que la parada de pescadería provenía de los ascendentes del esposo —se cita desde el año 1920—, y no cabe valorar la concesión administrativa de un

almacén para el negocio de la pescadería; también consta reconocido por la misma apelante en juicio que percibía 840 euros mensuales por su trabajo en la pescadería de Sant Cugat, además de los fondos de pensiones individuales de cada uno en que se destinaba parte de los beneficios, y las necesidades propias de la casa, por lo que no puede hablarse de que la apelante haya trabajado para el otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente que

exige dicho artículo 41 CF ; y, como principal argumento se alega por la apelante la supuesta cantidad invertida en obras en la vivienda familiar, más ello no da lugar a la compensación del artículo 41 del CF,

sino a un posible derecho de crédito si así se probase y acreditase debidamente, cuestión que excede del presente proceso. En definitiva, debe igualmente desestimarse dicho motivo de apelación.

OTRAS CUESTIONES

Aunque el presunto incapaz pueda manejar el dinero cotidiano, para el manejo de sus negocios e inversiones, es decir, lo relacionado con todo lo que no sean gastos ordinarios, debería tener una persona cualificada que le asesore.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 24 DE MAYO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

La dirección letrada de don Manuel se alzó contra la resolución de instancia reclamando su revocación y que se deje sin efecto las medidas cautelares adaptadas en el auto recurrido con las pronunciamientos que le son inherentes, mientras que la dirección letrada de don Simón pidió la confirmación en todos sus extremos con expresa imposición de costas a la adversa.

La abundante documentación aportada con la demanda y el informe médico-forense de doña María Julia Benítez de Castro, (folios 484 a 489 ambos inclusive) ratificado por su autora el 17 de junio de 2005 demuestran que el demandado don Manuel padece una enfermedad psíquica, señalándose en este informe lo siguiente: éste alrededor del año 95 comienza a presentar alteraciones de comportamiento, años más tarde (el demandado precisó que fue en el año 2000, folio 73) tuvo un ingreso psiquiátrico consecuencia de un cuadro delirante, en el año 2000 volvió a padecer alucinaciones auditivas ofensivas a su persona, y en el año 2001 comienza a ser tratado por el Dr. Daniel y en el apartado conclusiones se manifiesta que don Manuel padece un trastorno esquizoafectivo, se desconoce la etiología del proceso y que sigue un curso crónico, por la evolución seguida cabría pensar que irreversible y con rasgos residuales (abulia, anhedonia, empobrecimiento ideoafectivo). Así pues es patente que concurre el requisito consistente en la existencia

de posible causa de incapacitación previsto en el artículo 762.1 de la LEC.

Según el informe aludido en la evolución seguida en los últimos ocho años se observa una disminución paulatina de las fases agudas dejando paso a un predominio de la inactividad profesional susceptible de ser considerada como una fase residual que no llega a ser considerada como deterioro cognitivo (demencia precoz) pero sí le restringe su capacidad empresarial especialmente en la toma de decisiones y en el informe practicado en esta alzada se manifiesta que en relación con los gastos y proyectos empresariales y financieros parece que todo lo que refiere sobre ellos, es de forma superficial, desconoce los gastos que tiene y tampoco refiere cómo cubre dichos gastos, añadiéndose en su parte final que aunque el informado pueda manejar el dinero cotidiano, para el manejo de sus negocios e inversiones, es decir, lo relacionado con todo lo que no sean gastos ordinarios, debería tener una persona cualificada que le asesore, como al parecer tiene en la actualidad. Sentado lo anterior y teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del demandado, hay que concluir que también concurre el requisito de necesidad de las medidas para la protección del patrimonio del presunto incapaz.

Finalmente hay que señalar que se respeta la proporcionalidad de las medidas dadas las competencias del administrador provisional.

EJECUCIÓN DE CONVENIO REGULADOR

Ejecución de un convenio de separación suscrito ante un notario extranjero en el que se pactaba una pensión alimenticia para la esposa e hija, no siendo obstáculo para su validez que con posterioridad se dictase sentencia de divorcio, ya que en dicha sentencia no se fijaron medidas.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 5 DE TORREMOLINOS (MÁLAGA), SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª del Pilar Ramírez Balboteo

Por la actora doña Emilia se promovió juicio ordinario frente a don Víctor en reclamación de la suma de noventa y tres mil doscientos treinta euros con veinticinco céntimos (93.230,25 euros) ejercitando la ejecución del acuerdo formalizado por las partes en escritura pública otorgada ante notario en Estonia en virtud de la cual el demandado se compromete a abonar unas cantidades en concepto de alimentos a favor de la esposa y de su hija menor Carol, cuya guarda y custodia tiene atribuida y otra serie de gastos, y reclamando las sumas devengadas a tenor de los acuerdos y obligaciones contraídas por el Sr. Víctor por tales conceptos, detallados en el quinto de la demanda y que ascienden a la suma objeto de reclamación en este procedimiento, así como las devengadas con posterioridad derivadas de la misma obligación con motivo de los sucesivos vencimientos periódicos.

El demandado se opone, por cuanto si bien reconoce la existencia del acuerdo firmado entre los cónyuges regulador del pago de alimentos durante el matrimonio y después del mismo, mantiene el cese de la obligación de abonar las sumas allí establecidas en tal concepto así como otros gastos estipulados una vez transcurridos seis meses después de haberse decretado el divorcio o de haberse presentado la demanda ante el Tribunal, demanda de divorcio que fue presentada con fecha 3 de junio de 2003 ante los Tribunales de Harju, Estonia, dictándose Sentencia de divorcio con día 5 de marzo del 2004, afirmando asimismo que ha hecho entrega a la actora de cantidades superiores a las que venía obligado para el pago de las seis mensualidades acordadas de alimentos a favor de la esposa y las hijas, la última entrega por importe de 80.000 euros y haber formulado reclamación similar a la presente en la que se limitaba a reclamar las pensiones devengadas en virtud del acuerdo

hasta el mes de diciembre de 2003, esto es los seis meses posteriores a la presentación de la demanda, negando deber cantidad alguna por este concepto ni subsistencia de obligación al respecto.

Son hechos incontrovertidos y constan acreditados de la documental aportada y del reconocimiento de las partes que don Víctor presentó el día 3 de junio de 2003 demanda de divorcio frente a su esposa doña Emilia ante los Tribunales de Harju, Estonia, instando la disolución del matrimonio contraído por ambos con fecha 6 de junio de 2000 en el Registro Civil de Tallin. El matrimonio, quienes convivieron previamente una serie de años como pareja de hecho, tiene dos hijas comunes Carina, nacida el 19 de octubre de 1992 y Carol nacida el 20 de julio de 1994. Con fecha 5 de marzo de 2004 se dictó sentencia de divorcio, disolviendo el matrimonio y acordando dejar las hijas con su padre. (Documento núm. 2 de la Contestación a la Demanda.) Esta sentencia fue objeto de anulación por el tribunal superior lográndose posteriormente el acuerdo entre las partes y dictándose Sentencia con fecha 15 de septiembre del 2005 por el citado Tribunal Regional de Harju, en virtud de la cual se acordaba el divorcio de las partes y la determinación del domicilio de sus hijas, acordándose que la menor Carol quede bajo la guarda y custodia de la madre y la mayor Carina bajo la custodia del padre y en cuanto a los domicilios, que las menores mantengan el domicilio de los padres a cuya custodia quedan sometidos. Sin que contenga ningún otro pronunciamiento en relación con las medidas o efectos del divorcio decretado. Así consta en copia de la sentencia aportada tanto por la actora como por el demandado, debidamente traducida y legalizada.

Ambos reconocen que previamente las partes al proceso judicial firmaron dos escrituras notariales ambas de fecha 17 de abril de 2003: una de ellas

referente a la liquidación del régimen económico del matrimonio y la segunda referente a la obligación de alimentos a favor de las hijas y la esposa. En esta segunda escritura, la núm. 1612, que consta aportada a las actuaciones por ambas partes, traducida y con la correspondiente apostilla, el Sr. Víctor, se obliga, a pagar las siguientes cantidades:

«3.1.1. A su esposa Emilia la pensión alimenticia de treinta mil (30.000) coronas estonias (EKK) mensualmente a la cuenta bancaria indicada por Emilia para el quinto (5.º) día de cada mes, siendo el primer pago a cuenta el cinco de mayo de dos mil tres (5 de mayo de 2003).

3.1.2. La pensión alimenticia por la manutención de su hija Carol de diez mil (10.000) coronas estonias (EKK) mensuales hasta que alcance la mayoría de edad y en caso de que su hija estudie en una escuela de formación básica, secundaria o profesional y siga estudiando después de haber cumplido la mayoría de edad. Víctor estará obligado a mantenerla durante sus estudios. Las cantidades mencionadas deberán ser pagadas a la cuenta indicada por Emilia, la madre de Carol, para el quinto (5.º) día de cada mes, siendo el primer pago el cinco de mayo de dos mil tres (5 de marzo de 2003).

3.1.3. La pensión alimenticia por la manutención de su hija Carina de diez mil (10.000) coronas estonias (EKK) mensuales hasta que alcance la mayoría de edad y en caso de que su hija estudie en una escuela de formación básica secundaria o profesional y siga estudiando después de haber cumplido la mayoría de edad, Víctor estará obligado a mantenerla durante sus estudios. Los cantidades mencionadas deberán ser pagadas a la cuenta indicada por Emilia, la madre de Carina, para el quinto (5.º) día de cada mes, siendo el primer pago el cinco de mayo de dos mil tres (5 de mayo de 2003).

3.1.4. El alquiler y los gastos comunales por sus hijas dependientemente de su domicilio, hasta que alcancen la mayoría de edad, es decir, hasta que cumplan la edad de dieciocho años.

3.1.5. Los gastos de educación de sus hijas Carol y Carina (incluyendo los de la educación superior y los relacionados con sus aficiones).

3.1.6. Asimismo pagar los gastos relacionados con la contratación de niñera, profesor particular, etc.

3.2. Las partes han acordado que Víctor se obligará a pagar los alimentos mencionados en los puntos 3.1.1- 3.1.6 del presente acuerdo a partir del día del firmar el acuerdo hasta durante (6) meses después de haber presentado demanda de divorcio ante el Tribunal.

3.3. Las partes han acordado que después de haber pasado los seis (6) meses mencionados en la cláusula 3.2 del presente acuerdo se terminarán las obligaciones de Víctor ante Emilia, y éste seguirá pagando pensión alimenticia a sus hijas conforme a la legislación vigente en la República de Estonia.

3.4. Las partes han acordado que en caso de que Víctor no cumpla con la obligación de pago indicada en las cláusulas 3.1.1-3.1.6 del presente acuerdo o no lo haga debidamente, estará sujeto a ejecución obligatoria con toda su propiedad, según dispone el código del procedimiento de ejecución.»

Por tanto en el documento establece dos tipos de alimentos, que conviene separar de un lado los fijados a favor de doña Emilia y de otro los acordados a favor de las hijas del matrimonio. Este documento no ha sido impugnado por ninguna de las partes, ambos aceptan su contenido y lo aportan respectivamente.

No se discute por tanto los términos literales del acuerdo y su real existencia, ni la aplicación del mismo sino el alcance e interpretación de los acuerdos allí contenidos y en concreto lo referente a los plazos, términos y vigencia y o cese de dichas obligaciones contenidas en los puntos del acuerdo a los que afecta, y todo ello a la vista de la confusa redacción de las 3.2 y 3.3 de la referida escritura, que hace referencia a dos plazos o términos excluyentes entre sí y aleatorios, como bien exponen las partes «... que don Víctor se obligará a pagar los alimentos mencionados en los puntos 3.1.1-3.1.6 del presente acuerdo a partir del día de firmar el acuerdo hasta durante seis meses después de la disolución del matrimonio o hasta durante seis meses después de haber presentado la demanda de divorcio al Tribunal». Por tanto si bien queda claro la fecha de inicio de percepción de estas pensiones, no así la fecha en su caso de finalización de éstas a tenor de los acuerdos suscritos, estableciendo dos alternativas sin elemento o criterio de elección, o reglas para determinar una y otra, cuestión no baladí si se tiene en cuenta la diferencia que supone una y otra, si se computan los seis meses desde la fecha de sentencia de divorcio o desde la fecha de interposición de la demanda tres de junio de 2003, teniendo en cuenta que la primera sentencia fue anulada, y tuvo que recaer una segunda sentencia de fecha 15 de septiembre de 2005.

Sentado lo anterior, procede pues entrar en el examen de las cuestiones controvertidas, tras haberse constatado la jurisdicción de los tribunales españoles para su conocimiento a tenor de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del poder Judicial al tener el demandado el domicilio en España, al igual que la actora y la hija menor, resultando por iguales razones la competencia

territorial de este Juzgado al que correspondió por reparto, conforme a lo establecido en el artículo 50 LEC, resultando claro la legitimación activa de la actora tanto en reclamación de los alimentos pactados en su favor como a favor de su hija menor Carol, de quien ostenta la guarda y custodia frente a la persona que entiende obligado a prestarlos no sólo por haberlo pactado sino por venir obligado a ello tanto conforme a la Ley personal Estonia (*Family Law Act*) de aplicación preferente, como a tenor de lo establecido en el Código Civil, ley que regula la materia en el país de residencia de ambos litigantes.

Estamos ante unos actos extrajudiciales convenidos entre cónyuges para regular sus intereses patrimoniales y derechos que, constituyen negocios jurídicos de familia distintos a los convenios reguladores de separación o divorcio, que en virtud de las disposiciones de autonomía de la voluntad sirven para autorregular los intereses de los cónyuges, y son válidos y eficaces en sede de los artículos 1255, 1258, 1091 del CC, de manera que hay que estar a la voluntad declarada en los mismos y a las normas interpretativas de los contratos para determinar su alcance y significación, mientras no sean impugnados formalmente en base a algunos de los vicios que anulan las declaraciones de voluntad. Acuerdos recogidos en un documento consistente en una escritura notarial de fijación de alimentos que tiene plena validez y efectos en España a tenor de lo dispuesto en las normas contenidas en el Decreto 2433/1978, de 2 de octubre, reuniendo además los requisitos establecidos en los artículos 319 y 323 de la LEC.

Las doctrinas imperantes en el entorno europeo, potencian la libertad convencional de los interesados para la regulación de las consecuencias económicas y reguladoras de la postrera situación matrimonial, por vía del convenio, como medio idóneo para que los interesados puedan resolver las posteriores relaciones entre ambos y el cumplimiento de las obligaciones referentes a los hijos, partiendo de que son los propios interesados los mejores conocedores de aquello que se pretende regular por vía del consenso y de las posibilidades económicas, y partiendo de una ruptura civilizada y dialogada como punto final a una relación mantenida, y tienen capacidad los litigantes para regular el modo y manera de subvenir a aquellas obligaciones por ellos libremente.

Sin embargo lo previamente expuesto y la libertad que el legislador otorga a los cónyuges para la regulación de sus futuras relaciones y la asunción de las obligaciones nacidas como consecuencia del matrimonio, no son omnímodas, y en virtud de la libertad de pactos que a los interesados otorga la legislación, encuentra sus límites, que

en todo caso deben de ser respetados en las previsiones y contenidos que como mínimos señala el Código Civil de ahí el control de garantía de que lo convenido no vaya en contra de las previsiones mínimas señaladas, así como la obligación que los preceptos mencionados imponen al Juez de valorar y calificar lo acordado, antes de su ejecución de tal modo, que lo acordado no vaya en perjuicio de los propios cónyuges y de terceros interesados, cual es el caso de los menores, o que como consecuencia de lo convenido puedan verse afectadas normas de derecho imperativo establecidos en el ordenamiento positivo.

Así pues se ha de partir por tanto de que los acuerdos relativos a alimentos, contenidos en la escritura notarial y que antes se han transcrito, no han sido objeto de revocación posterior, ni dejados sin efecto, ni por otros acuerdos concertados entre las partes, ni por resolución judicial. La sentencia dictada, a tenor de los acuerdos alcanzados por las partes, únicamente hace referencia a éstos y contiene pronunciamiento en cuanto a los términos contenidos en el acuerdo alcanzado relativo a la declaración de divorcio, a la guarda custodia de los menores y a los domicilios. En ella no se contiene precisión alguna en cuanto al tema de alimentos, no contiene cantidad ni plazo alguno en cuanto a esta obligación. Ello es así, por cuanto sobre estas materias ya existían pactos concordados entre las partes, sin que se haya acreditado que la legislación de Estonia requiera que sean expresamente homologados o aprobados por la autoridad judicial, para que dictada sentencia continúe desprendiendo efectos sobre materias que no han sido contempladas ni objeto de pronunciamiento en la sentencia dictada. Habiéndose pactado por las partes estas obligaciones, hay que atenerse al contenido de los pactos suscritos, y para su interpretación hay que acudir al examen del contenido íntegro de los acuerdos concertado y en primer lugar a su tenor literal de éstos, si bien por su distinta naturaleza es necesario distinguir los acuerdos sobre alimentos a favor de la esposa y los establecidos a favor de los hijos menores, y ello por su distinta naturaleza, el carácter semipúblico o de orden público de los temas que afectan a los menores, entre ellos el relativo a la obligación de prestar alimentos.

En cuanto a los pactados a favor de Doña Emilia se establece la pensión alimenticia de treinta mil (30.000) coronas estonias mensuales, a abonar en la cuenta de ésta para el quinto día de cada mes, siendo el primer pago el cinco de mayo de dos mil tres. Queda por tanto únicamente por determinar el término o la fecha de finalización de esta obligación por parte del Sr. Víctor. Ante la de la cláusula 3.2, en relación con la cláusula 3.3 se ha de interpretar el transcurso del plazo de seis meses com-

prendido en éstas, durante los seis meses después de haber presentado la demanda de divorcio ante el tribunal, y ello por cuanto con respecto a esta obligación se ha de aplicar la doctrina de los actos propios, y así de la documental aportada consta que la hoy actora, ante los Tribunales de Estonia planteó con fecha 10 de diciembre de 2004, demanda en solicitud de iniciar el procedimiento de ejecución contra el Sr. Víctor, del acuerdo notarial autorizado en la Notaria de Tallin el 17 de abril de 2003, y junto a las otras cantidades en concepto de pensiones alimenticias a favor de las menores que entiende adecuadas aquél en cumplimiento de las cláusulas 3.1.2, y 3.1.3, reclama en cumplimiento de la cláusulas 3.1.1, 3.2 y 3.4 la cantidad de 29.000,00 coronas, correspondientes a 29 días de pensión alimenticia a favor de doña Emilia (por los días que transcurren desde la fecha fijada para el primer pago 5 de mayo de 2003 hasta la fecha de la demanda para disolver el matrimonio 3 de junio de 2003 más 180.000,00 coronas correspondientes a las pagos mensuales de 30.000,00 coronas pactados durante los seis meses transcurridos desde la presentación de la solicitud de divorcio, siendo evidente la interpretación que entonces realizó la actora de las cláusulas de cese de la obligación de prestar alimentos, que ahora contradice, sin razón ni justificación alguna, y por tanto a esta suma se ha de contraer el importe de las sumas que en concepto de pensión alimenticia corresponde a la actora a tenor de lo pactado por ambos, y que asciende según cambio oficial a la cantidad de 13.421,54 euros (1.917,35 euros × 7).

En cuanto a la pensión alimenticia establecida a favor de su hija menor, se ha de llegar a distinta conclusión, manteniendo por las razones que a continuación se expondrán la vigencia de esta obligación, a la que no afecta el pacto limitativo en cuanto a su duración, ni es de aplicación la doctrina de los actos propios, máxime si se tiene en cuenta la relación de pensiones que con respecto a éstas se hace sin referencia a la cláusula anterior. Es cierto que las cláusulas 3.2 y 3.3 inducen a error no obstante en cuanto a la primera no queda claro que afecte a los pactos contenidos en los puntos 3.1.2, 3.1.3, 3.1.4 y 3.1.5, al referirse de forma inconcreta en los puntos 3.1.1-3.1.6, pero aun entendiendo que pueda incluir todos los pactos comprendidos entre uno y otro punto, el tenor literal de la cláusula donde fija alimentos a favor de las menores es claro, y en él no tiene cabida, vista la corta edad de los menores la cláusula limitativa posterior. En ella se establece «... que la pensión estipulada de diez mil coronas estonias mensuales, hasta que alcance la mayoría de edad y en caso que la hija estudie en una escuela de formación básica, secundaria o profesional y siga estudiando después de haber cumplido la mayoría de edad, Víctor estará obligado a mantenerla durante sus estudios. En igual sentido, esto es hasta

la mayoría de edad de sus hija, es decir, hasta que cumpla la edad de dieciocho años, estará obligado al pago del alquiler y los gastos comunales.

Por tanto ante la claridad de estos términos en cuanto a la pensión alimenticia para manutención y otros gastos a favor de la menor, que de forma concreta y pormenorizada se establece con respecto a ellas, no puede entenderse como pretende la demandada que se limite a los seis meses desde la presentación de la demanda. Y por tanto esta limitación no es de aplicación a las pensiones a favor de la menor y otros pagos de gastos a los que el demandado se comprometió, resultando incompatible la cláusula 3.2 con las anteriores, más específicas y concretas en cuanto a la regulación de la pensión alimenticia a favor de la hija menor Carol. Esta interpretación viene asimismo refrendada por la cláusula 3.3 por cuanto de su lectura, se dispone que después de haber pasado los seis meses mencionados en la cláusula 3.2 del presente acuerdo se terminarán las obligaciones del Sr. Víctor ante doña Emilia y éste seguirá pasando pensión alimenticia a sus hijas conforme a la legislación vigente en Estonia. Cláusula de la que se desprende un distinto tratamiento de la pensión alimenticia concertada a favor de doña Emilia (obligación ante Emilia), que se limita su duración a los seis meses ya reseñados, de la pensión alimenticia a favor de la menor no sujeta a ese pacto limitativo, sino conforme a la Legislación de Estonia, artículos 60 y 61 de la Ley de Familia, hasta la mayoría de edad de éstas y si sigue estudios después de alcanzada ésta durante sus estudios. Prácticamente el acuerdo contenido en las cláusulas 3.1.2 y 3.1.3, recoge en cuanto a su duración textualmente el citado artículo, ésta y no otra ha de ser la conclusión en cuanto al alcance y duración de la obligación de alimentos, siendo significativas asimismo las explicaciones que da el notario en el pacto de otorgamiento que escrituró en cuanto a la Legislación de Estonia. La interpretación de las cláusulas se ha de realizar siempre en beneficio de los menores, cuyo interés ha de prevalecer por encima de cualquier otro.

A mayor abundamiento, compartimos con la actora, que aun en el supuesto de admitirse a efectos dialécticos la existencia de un pacto limitativo en cuanto al tiempo de la duración de la pensión a favor de la menor, este pacto no tendrá validez en nuestro derecho, al estar expresamente prohibida cualquier cláusula limitativa de los derechos de los menores y en contra de sus intereses, cuya protección corresponde a todos los poderes públicos garantizar. En el supuesto de permitirse esta cláusula limitativa en el derecho de Estonia no tendría aquí aplicación ni validez, por cuanto la norma de conflicto sería la española y en virtud de lo establecido en el artículo 12.1 y 3 del Código Civil. Si bien, la ley material de Estonia en esta materia, y así lo

explica el notario en le escritura de referencia, es clara cuando recoge la obligación por parte de los progenitores de seguir abonando la pensión y otros hasta la mayoría de edad e incluso mientras permanezca cursando estudios, extremos que quedan acreditados en la certificación de los artículos 60 y 61 de la ley de Familia de la República de Estonia de 12 de octubre de 1994. Esta ausencia de límite temporal a los seis meses, ya sea desde la interposición de la demanda, como desde la sentencia, no otra, ha de ser la conclusión en cuanto al alcance y duración de la obligación de prestar alimentos a la menor. La interpretación de cláusulas se ha de realizar siempre en beneficio de los menores, cuyo interés ha de prevalecer por encima de cualquier otro. Por otro lado la mejor situación financiera del padre es evidente, y de ahí que esta cláusula no sea contradictoria con el Derecho estonio que prevé la posibilidad de establecer apoyo financiero aun en los supuestos en los que cada cónyuge se quede con la guarda y custodia de cada menor, y al no contener la sentencia pronunciamiento alguno en tal sentido se ha de estar a lo acordado sobre el particular en el documento suscrito. El acuerdo en cuanto alimentos a la menor y gastos contenidos en los puntos 3.1.2 y 3.1.5 tiene plena eficacia obligando a las partes, no siendo la aprobación judicial del acuerdo requisito de su eficacia, no costa esta exigencia en el derecho estonio y en aplicación de nuestro derecho, esta aprobación no se exige y así tiene declarado el TS en Sentencia de 21 de diciembre de 1998.

Estimamos por contra, que dicho acuerdo tiene plena eficacia obligando a las partes, no siendo la aprobación judicial del acuerdo requisito de su eficacia, no consta esta exigencia en el derecho estonio ni tampoco en nuestro derecho. Tales acuerdos son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil, pues como dice la Sentencia de 22 de abril de 1997 «no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico». En el supuesto de autos, el acuerdo alcanzado goza de todos los requisitos para su validez, no contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1255 del CC y por tanto su cumplimiento resulta obligatorio para las partes contratantes, máxime cuando ello redundará en beneficio del menor que verá satisfechas de forma más amplia sus

necesidades. Nuestra Jurisprudencia —con base en el principio de libertad negocial consagrado en el artículo 1255 de nuestro Código Civil— viene reconociendo a este tipo de convenios privados, conformados fuera del proceso matrimonial, validez y eficacia jurídica interpartes, en todas aquellas cuestiones, particularmente las económicas, susceptibles de libre disposición (SSTS de 22 de abril de 1997, 21 de diciembre de 1998, 15 de febrero de 2002).

Consta de la documental aportada y en concreto de los distintos documentos aportados por las partes, debidamente traducidos, relacionados con las actuaciones llegadas a cabo ante los tribunales de Estonia y en concreto de la solicitud para recopilar pruebas, tras obtener declaraciones de los cónyuges que éstos, los padres, se separaron de hecho en abril de 2003, firmando el acuerdo notarial privado, con efectos a partir de mayo siguiente. Consta asimismo que las menores, vivieron con su madre en España durante el resto de ese curso escolar. En verano marcharon a Estonia, y al llegar en otoño con el comienzo de 1 nuevo curso escolar las niñas vivieron en Estonia con su padre desde el otoño de 2003 hasta otoño de 2004 en que regresaron España, para el nuevo curso escolar. La menor Carol prefirió continuar viviendo con su madre, haciéndolo desde entonces la mayor Carina con su padre. A la vista de estos extremos es evidente que procede la pensión alimenticia en favor de las dos hijas menores denegada durante mayo y junio de 2003 en que estuvieron con su madre, por tanto le corresponde una vez efectuado el cambio de coronas estonias a euros según cambio oficial aportado la suma de 2,556,48 euros (639,12 euros $\times$ 2 $\times$ 2). En cuanto a los alimentos a favor de Carol, única hija que primero de hecho y luego por resolución judicial, y virtud de los acuerdos alcanzados por los cónyuges quedó bajo su guarda y custodia se reclaman los comprendidos entre junio de 2004 a marzo de 2006 fecha de la interposición de la demanda, resultando procedente esta reclamación en cumplimiento del pacto de alimento eficaz y vigente suscrito a favor de su hija menor, tantas veces referido, y que asciende a la suma de 13.421,52 euros (639,12 $\times$ 21 meses).

En cuanto a las sumas reclamadas por gastos de colegio procede asimismo su estimación al haber sido debidamente justificadas y corresponder a gastos de educación de Carol, en el centro Sunny View School de Torremolinos donde cursa los estudios en los períodos indicados y que asciende a la suma de total de 10.145,00 euros, tal y como constan en los justificantes expedidos por dicho Centro que acreditan de forma suficiente el desembolso realizado.

La suma de las cantidades expresadas por los conceptos y períodos antes referidos hacen un

total de 39.544,45 euros, suma esta a la que se ha de limitar la condena a su pago por los alimentos pactados y debidos a la fecha de interposición de la demanda reduciendo por tanto la cantidad inicialmente reclamada. La demanda alega el pago de la suma de 80.00 euros, entregados a doña Emilia en cumplimiento de estas obligaciones, presentando en justificación de estos pagos las transferencias efectuadas a la cuenta de la actora con fecha 3 de marzo de 2003 documentadas en sendas certificaciones bancarias por importe de 40.000,00 euros, aportadas como documentos núms. 5 y 6, y que en modo alguno puede ser imputadas al pago de las cantidades hoy objeto de reclamación desde el mismo momento en que en ellas no se especifica ni concreta el destino de las mismas, una de ellas aparece realizada por la compañía Facit Inter, no directamente por el demandado y además resulta increíble que fuera destinado al pago de unas obligaciones pactadas en concepto de alimentos, cuando aún la obligación no había sido contraída mediante el otorgamiento correspondiente al acuerdo notarial, teniendo éste fecha 17 de abril del 2003, ni devengadas sumas por tal cuantía, y bien pudieran deberse estas entregas a otros conceptos, como pagos con motivo de las obras en el inmueble adquirido por el Sr. Planas en el Edificio Puerto Chico, tal y como alega la actora al serle preguntado sobre la finalidad de estas cantidades.

Igualmente por todos los razonamientos expuestos, procede estimar la segunda de las pretensiones deducidas y al amparo de lo dispuesto en el artículo

578 de la LEC, y 142 y siguientes del Código Civil así como los concordantes de la Ley de Estonia, en cuanto a la obligación de prestar alimentos y condenar al demandado a abonar la cantidad pactada en concepto de pensión alimenticia y gastos de la hija pactados en los apartados 3.1.2 a 3.1.6 de la escritura notarial objeto de litis de fecha 17 de abril de 2003, que se hayan devengado desde la interposición de la demanda cantidades que conforme a lo estipulado serán ingresadas en la cuenta de la actora dentro de los cinco primeros días de cada mes y revisables conforme al IPC, algunas de las cuales han sido justificadas a los largo de este procedimiento, en concreto las correspondientes a los gastos escolares reclamados en el acto de audiencia previa así como a las mensualidades devengadas con posterioridad, esto es desde abril de 2007 hasta la fecha y ello en tanto no alcance la hija la mayoría de edad o continúe estudiando o bien no dejada sin efecto esta obligación, mediante resolución judicial o en virtud de nuevos acuerdos notariales autorizados conforme a la legislación de Estonia y todo ello sin perjuicio de las modificaciones que al respecto puedan instar las partes en el supuesto de cambio de circunstancias, a tenor tanto de lo preceptuado en la Ley estonia, artículos 60 al 64, o concordantes en nuestra legislación, que permiten asimismo en el supuesto de cambio de circunstancias instar la adopción de nuevo medidas en relación con dichos acuerdos dejando sin efecto o modificando las concordadas por las partes.

VIVIENDA FAMILIAR

A pesar de que se acuerda la orden de protección se atribuye el uso de la vivienda familiar al esposo debiendo marcharse la esposa e hija al domicilio de los abuelos maternos.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 2 DE CHICLANA DE LA FRONTERA (CÁDIZ), SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Julio Serrano Serrano

El artículo 541 bis de La LECrim. en relación con el artículo 13 del mismo Cuerpo Legal permite, cuando se investigue un delito de los previstos en el artículo 57 del Código Penal, acordar de forma motivada, y cuando resulte necesario, la medida cautelar de alejamiento. Dicha medida tiene como fin impedir al imputado, en el radio que se acuerde, acercarse a la víctima cualquiera que sea el lugar en que ésta se encuentre, así como a su domicilio, lugar de trabajo o cualquiera otro por ella frecuentado.

Los hechos que han dado lugar al presente procedimiento pueden ser calificados, entre otros, como constitutivos de un delito de maltrato, recogido en el Código Penal en su libro II y contenido en la enumeración del artículo 57 del citado Cuerpo Legal, presupuesto necesario e imprescindible para poder adoptar la medida cautelar que luego se dirá.

Parece necesaria la adopción de la medida de alejamiento y ello por varias razones, así, porque no

parece que exista otra medida alternativa menos gravosa para el denunciado que pueda impedir que se reproduzcan hechos similares a los denunciados, y porque el inculpaado tiene un carácter agresivo según se relata en la denuncia, y porque existe parte médico de lesiones que hace que pueda presumirse que vuelvan a producirse hechos similares a los hoy denunciados y cuyas consecuencias podrían ser fatales.

Para poder acordar la medida cautelar de alejamiento es también necesario acreditar la proporcionalidad de la misma, proporcionalidad que se justificaría, no sólo por la gravedad de los hechos que se imputan al denunciado y que están castigados con penas de prisión en el Código Penal, sino también por la trascendencia o gravedad de los hechos denunciados, pues es algo evidente, y que no escapa a nadie, que tales hechos producen una importante alarma social entre la ciudadanía, una de cuyas más graves preocupaciones es prevenir y acabar con la lacra social que este tipo de maltrato representa.

Por otra parte, la medida cautelar de alejamiento parece proporcionada teniendo en cuenta la situación personal del denunciado, pues tal medida no afectaría sustancialmente a su situación económica, salud o situación laboral. Ahora bien, con ser cierto todo lo anterior, no lo es menos que si el alejamiento conlleva la expulsión del denunciado de su casa se le está condenando a la más absoluta marginalidad pues carece de familia en Chiclana de la Frontera ni de personas que puedan acogerle; actualmente paga una letra mensual por una casa que ha adquirido, la hipoteca del domicilio conyugal, de tal suerte que si ha de buscar alojamiento,

no le quedará prácticamente nada de dinero con el que pagar la manutención de la hija que tienen en común, siendo el interés de esta última el que ha de prevalecer a la hora de adoptar cualquier decisión; así las cosas, parece razonable que sea el denunciado el que permanezca en el domicilio, conyugal y que la denunciante vuelva a la casa de sus padres como hizo anteriormente, lo que demuestra que las necesidades de un techo para ella y su hija las puede tener perfectamente cubiertas, cosa que no sucede en el caso del denunciado; se insiste, el hecho de estar imputado por uno hechos que podrían calificarse de graves no tiene por qué llevar consigo la práctica muerte civil del denunciado a quien si se le echa de la casa es posible que quede en una situación difícil de soportar y que podría dar lugar, como usualmente sucede, a situaciones de tensión mayores de las que se pretenden evitar con el alejamiento acordado. Todo ello no impide que en el procedimiento civil correspondiente, o en este mismo después de la celebración de la comparecencia del artículo 544 ter, pueda llegarse a una solución distinta a consensuada.

Se resuelve: Acordar la libertad provisional de Luis y prohibir al mismo aproximarse a María en un radio de 100 metros cualquiera que sea el lugar en que se encuentre, advirtiéndole que en caso de incumplimiento de esta medida podrá dar lugar a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de la libertad personal.

Para que esta resolución surta efecto, tanto la denunciante como su hija y demás personas que conviven en el hogar familiar han de abandonar el mismo.

GUARDA Y CUSTODIA

Atribución de la guarda y custodia compartida por semanas con la finalidad de reforzar al menor sus aspectos evolutivos y madurativos en relación con su padre, sin que haya ningún impedimento a la denuncia que interpuso la madre por delito de maltrato y amenazas al haberse dictado sentencia absolutoria en vía penal.

JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER NÚM. 1 DE BARCELONA, SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Carles Tortras Bosch

Como sea que el padre y la madre del menor, hijo no matrimonial, viven separadamente y con fundamento en los artículos 139.3 y 76 del citado CF se debe determinar cuál es el interés del menor para poder establecer su guarda y custodia en consecuencia; para hacerlo se debe tener en consideración toda la prueba practicada, pero muy espe-

cialmente los informes que han sido aportados a las actuaciones, en los cuales entre otros extremos, se manifiesta lo siguiente:

A) Informe del Servicio de Asesoramiento Técnico en el ámbito de Familia (SATAF) de fecha 16 de abril de 2007, referente a los litigantes: ... dadas las necesidades de Guillem en estos momen-

tos no se cree conveniente un cambio de guarda y custodia, que podría significar un desequilibrio en el estado emocional del menor.

B) Informe emitido por la psicóloga clínica y forense doña Beatriu el día 28 de junio de 2007, ratificado en presencia judicial: El menor precisa reforzar la presencia de la figura paterna en su vida cotidiana como factor evolutivo de identificación, ... que don Francisco está completamente capacitado para ejercer la guarda y custodia de su hijo Guillem, siendo un progenitor idóneo tanto en la custodia única como en la custodia compartida, ... la guarda y custodia podría minimizar los efectos del desequilibrio de poder de la custodia única materna ofreciendo al niño la posibilidad de estar con ambos progenitores y de no perder la calidad de relación con ninguno de los dos, que es lo que el menor ha manifestado con mayor intensidad.

C) Informe emitido por don Adolfo doctor en psicología, profesor titular de psicopatología de la Universidad de Barcelona, y por doña Mila, psicóloga, profesora asociada de psicopatología forense de la Universidad de Barcelona, en diciembre de 2006, no ratificado en presencia judicial: ... don Francisco

está capacitado para ejercer la guarda y custodia de su hijo Guillem. Dadas las circunstancias actuales y la edad del menor recomendaríamos un régimen de custodia alternativa con una repartición del tiempo igual entre su padre y su madre.

Estos informes y el conjunto de la prueba practicada que han ilustrado suficientemente sobre el tipo de relación familiar existente, el comportamiento de las partes y las necesidades de Guillem, llevan al juez al convencimiento que en interés del menor, resulta aconsejable acordar que su guarda y custodia sea compartida entre sus progenitores, para de esta forma reforzar sus aspectos evolutivos y madurativos en relación con su padre, sin que haya ningún impedimento en hacerlo habiendo quedado acreditado que la sentencia de la sección 20.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 27 de marzo de 2007, confirmó la del Juzgado de lo Penal núm. 14 de Barcelona, de fecha 7 de septiembre de 2006, que absolvía a don Francisco de los delitos de maltratos y amenazas de los que le acusaba doña Gloria.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Solicita una modificación de medidas para reducir la pensión de los hijos, se desestima con costas y se envía testimonio a la inspección de trabajo para que investigue la actividad que realiza el padre (demandante de empleo) en economía sumergida.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco de Asís Serrano Castro

Ejercita el demandante, en las presentes actuaciones, una acción de modificación de medidas al amparo de lo dispuesto en el artículo 775 de la LEC. En concreto se solicita una reducción sustancial de la contribución económica a la que, mensualmente, viene obligado frente a sus hijas en concepto de pensión alimenticia.

Al respecto se ha de destacar que el obligado al pago de pensión alimenticia a favor de sus hijas y pensión compensatoria a favor del otro cónyuge, establecidas en sentencia de separación o divorcio o en convenio regulador, podrá solicitar que la cuantía se reduzca cuando sus ingresos disminuyan, circunstancia que se puede producir por infinidad de causas tales como la pérdida de empleo, la jubilación, el padecimiento de enfermedad que lleve aparejada la declaración de incapacidad o por cualquier otra causa que signifique una disminución de sus recursos económicos.

Ahora bien, cualquier cambio no producirá una modificación tal que permita que se alteren las medidas relativas a la pensión alimenticia a favor de los hijos. Los requisitos que ha de cumplir esta solicitud de modificación de medidas son los siguientes:

1.º Cuando se alega reducción de ingresos del progenitor obligado al pago, el requisito fundamental que de forma generalizada exigen los Tribunales es que esta reducción de ingresos no sea imputable al obligado al pago de alimentos, pues de lo contrario se abriría una vía de defraudación de los derechos legítimos del alimentista y del incumplimiento de las obligaciones legales.

En definitiva, no deben acogerse como causa de reducción de la cuantía de alimentos aquellas circunstancias que evidencian una situación voluntaria de disminuir los ingresos económicos, en

muchos casos con el propósito de rebajar la capacidad económica y así la contribución económica a la que viene obligado.

2.º Junto a este requisito debe exigirse que la reducción sea importante, significativa, hasta el punto de impedir o dificultar gravemente su cumplimiento. Como indica la Sentencia de la AP de A Coruña, Sección 4.ª, de 16 de enero de 2003, la fijación de alimentos debidos por el progenitor no conviviente a los hijos menores de edad es una medida de *ius cogens* que sólo la acreditación total de insolvencia por el obligado o la notoria insuficiencia de los medios de que dispone puede justificar la no fijación de la pensión alimenticia.

3.º Debe tratarse igualmente de una situación duradera, no provisional o temporal, en el sentido de que razonablemente se pueda pensar que se va a alargar en el tiempo, sin que sea necesario que se trate de una situación definitiva, sin posibilidad de modificación posterior.

4.º Finalmente, la reducción de los ingresos y el mantenimiento del pago de la pensión alimenticia en los términos establecidos, debe ser incompatible con la atención de las propias necesidades del alimentante, en los términos previstos por el artículo 146 CC, pues debe evitarse una protección desmedida, con olvido de las propias necesidades del alimentante, determinadas por su personal situación; el mínimo vital, como alude la Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 18.ª, de 8 de marzo de 2003.

Recuerda además la AP Baleares de 9 de mayo de 2002 que los cambios no pueden perder de vista que cualquier medida que afecte a un hijo menor de edad debe estar inspirada en el superior principio del *bonum filii*.

Conforme a la regla general del artículo 217 de la LEC, que ha sustituido al artículo 1214 CC, corresponde al obligado al pago la carga de la prueba de la reducción de sus propios ingresos con las características señaladas, pues la omisión de dicha prueba determina la inviabilidad de su pretensión.

Por su parte el cónyuge demandado:

1.º Para hacer ver al juzgador la inexistencia del empeoramiento económico tratará de poner de manifiesto la contradicción entre las aseveraciones del progenitor obligado al pago y los signos externos de su nivel de vida.

2.º Deberá hacer hincapié en que el progenitor puede que obtenga la mayor parte de sus ganancias de bienes muebles o inmuebles que, a pesar de que es más que probable que no estén a su nombre sí son en realidad suyos.

Pues bien, partiendo de dichas premisas, en el presente caso se extrae la clara y meridiana conclusión de que el demandante ha obrado con mani-

fiesta temeridad y mala fe, intentando hacer que los Tribunales de Justicia sean cómplices de la estafa procesal, burla manifiesta y absoluta irresponsabilidad que ha mantenido constantemente frente a sus hijas desde el mismo instante de su separación. Al respecto es de destacar la actitud de cinismo que entraña instar una reducción del importe de la pensión alimenticia, cuando de hecho, no se ha abonado nunca ni un solo céntimo a cuenta de dicha pensión, circunstancia que ha merecido incluso alcance de reproche penal, habiendo resultado condenado por un delito de abandono de familia. Es más, ni siquiera ha tenido la deferencia de pagar, desde la interposición de la demanda, la ínfima cantidad que ofrece para atender al sustento de sus hijas, que unilateralmente decidió que dejaran, de hecho, de serlo, cuando acordó reiniciar una nueva vida, desvinculándose de todas y cada una de las obligaciones derivadas de su relación familiar.

Don Manuel ha pretendido volver a reiterar los argumentos que ya expusiera en el anterior procedimiento de separación. El mismo reconoció en prueba de interrogatorio que nunca, ni desde el primer momento, ha podido pagar (ni siquiera en cuantía simbólica) el importe de la pensión alimenticia porque ya cuando se produjo la ruptura, se encontraba en una situación precaria que le impedía cumplir con esa obligación legal y moral.

Con posterioridad consta, se ha probado y reconocido, que ha percibido la parte de legítima correspondiente a la herencia de sus padres. Con ese dinero, don Manuel declaró que había pagado deudas que tenía contraídas con familiares. Lamentablemente se olvidó de saldar la deuda que, desde el primer momento, mantenía en concepto de alimentos a favor de sus dos hijas.

Todo el procedimiento, en lo que respecta a la posición del demandante, ha consistido en crear una falsa apariencia, con análoga intención a la que simuló ser la que sufría cuando se separó. Mas, el mismo don Manuel, se insiste, se desenmascaró cuando admitió que la imposibilidad de pagar la pensión alimenticia, obedeció a que entonces también padecía de una situación laboral y económica que no se correspondiera con lo que ponían en evidencia los signos externos de su nivel de vida.

La presunción en derecho constituye prueba, y de ahí que ya entonces no se tuvieran en consideración sus argumentos, fijándose una pensión proporcional a la capacidad económica y poder adquisitivo que se deducían de los indicios que revelaban su mayor solvencia, como lo eran su cargo en la Sociedad R. y las adquisiciones realizadas en 2002 (una vivienda y una furgoneta). En tal sentido se pronunciaba la Sentencia dictada por la Sección Octava de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 2 de abril de 2003.

Mas actualmente, no es necesario acudir a la prueba de presunciones. A través de la prueba practicada ha quedado meridianamente acreditado que todo el planteamiento del demandante se basa en una falsa apariencia de precariedad: consta que don Manuel vive con desahogo, disfrutando de lujos y caprichos, como una moto de gran cilindrada que, por supuesto, no está a su nombre, pero de la que sólo, solamente él, dispone; se permite y goza de capacidad para no privarse de unas vacaciones en Galicia... Todo menos pagar un solo céntimo de pensión para cubrir ni siquiera el más imprescindible sustento de sus hijas.

Mas, con todo, el cinismo en grado sumo ha quedado acreditado a través de la prueba consistente en el informe de detectives aportado y ratificado en el acto del juicio y la prueba testifical de la hija y del Sr. R. A través de toda esa prueba se ha desmontado toda la estrategia urdida por don Manuel, pues ha quedado claro que se encuentra trabajando en economía sumergida, como distribuidor habitual de prensa, socio de una cooperativa que sigue, de hecho, actuando y ejerciendo una actividad económica. Tanto por el detective que ha investigado su actuación, como por el referido testigo que trabaja en el almacén de la empresa don que distribuye el trabajo entre las cooperativas de reparto de prensa, se ha puesto en evidencia que don Manuel trabaja allí a diario, acudiendo entre las 3 y las 4 de la madrugada, donde permanece hasta las 5, hora en la que da comienzo (con la furgoneta titularidad de la cooperativa) a su trabajo de suministro de la prensa diaria. El último día que se le ha visto ejercer ese cometido, que ha intentado

ocultar, fue en la misma mañana en que se celebró el juicio. El testimonio del testigo al respecto, realmente, hace innecesario cualquier comentario más al respecto.

Por último, pretende justificar su pretensión el demandante, en el hecho de que sus hijas y madre de sus hijas, actualmente han mejorado su situación personal y que sus necesidades se han reducido. Ninguna prueba se ha aportado al respecto, constando que las dos hijas, pese a ser mayores de edad, se encuentran estudiando, no desempeñando ninguna actividad laboral y que doña Gloria desempeña trabajos esporádicos como limpiadora en un bar, cobrando una pensión de 270 euros en concepto de incapacidad permanente. Por consiguiente las necesidades de sus hijas, hoy en día, precisamente por su edad, se habrían no sólo reducido sino incrementado (en todo caso su padre siempre ha aportado lo mismo a su sustento, es decir, nada); resultando incluso amoral reprochar a doña Gloria que se procure ganar honradamente la vida, procurando a la vez atender al sustento de las hijas a su cargo, y ante la manifiesta, injustificada e indigna falta de colaboración de un padre que, sencillamente, no ha querido ni quiere saber nada de las mismas.

La presente Sentencia se pondrá, de oficio, en conocimiento de la Inspección de Trabajo para que supervise la irregular, ilícita y fraudulenta actuación que el don Manuel (demandante de empleo) desempeña en el almacén sito en c/ ... de Sevilla, a tenor de lo puesto de manifiesto en el anterior fundamento de derecho.

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

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

La oposición del marido a la filiación matrimonial, sin acompañamiento de prueba suficiente para destruir la presunción legal, no puede tener valor alguno en el ámbito registral, debiendo hacerse valer la impugnación de la paternidad en la vía judicial oportuna.

RESOLUCIÓN DE 8 DE JUNIO DE 2007

La cuestión básica que se discute en el presente expediente de inscripción fuera de plazo de nacimiento es la filiación que debe figurar en el asiento. A estos efectos, hay que tener en cuenta que, si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (cfr. artículo 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (cfr. artículos 1250 y 1251 CC). Por otra parte, como vienen señalando la últimas resoluciones de este Centro directivo sobre esta cuestión a partir de la de 13 de mayo de 1987, no es necesario para inscribir tal filiación matrimonial que se compruebe, además, la posesión de estado de esta filiación, a pesar de lo que indicó en su momento la Circular de 2 de junio de 1981, que ha de estimarse superada en este punto, como ha reconocido la nueva redacción del artículo 314 del Reglamento del Registro Civil por el Real Decreto 1987/1986, de 29 de agosto. La razón estriba en que, conforme al artículo 113 del Código Civil y en las condiciones que precisa este artículo, la sola presunción de paternidad del marido es un medio de prueba suficiente de la filiación matrimonial presumida.

Puesto que en este caso, a pesar de la declaración del marido de haberse producido la separación de hecho en noviembre de 1981, es decir, más de trescientos sesenta días antes del nacimiento de

la no inscrita, lo cierto es que esta declaración no ha quedado acreditada de forma fehaciente y, en consecuencia, no se puede dar por probada la falta de convivencia durante el citado plazo legal de los trescientos días anteriores al natalicio, ya que la mera declaración del marido y las pruebas testimoniales de familiares próximos a éste, en caso de haberse practicado por estimares pertinentes, carecen de carácter objetivo y de virtualidad suficiente como prueba de la separación de hecho, por lo que es forzoso presumir la convivencia entre los cónyuges que establece el artículo 69 del Código Civil y, en resultancia de lo mismo, la filiación matrimonial de la no inscrita.

La oposición del marido a la filiación matrimonial, sin acompañamiento de prueba suficiente para destruir la presunción legal, no puede tener valor alguno en el ámbito registral, debiendo hacerse valer la impugnación de la paternidad en la vía judicial oportuna. Precisamente éste fue el camino procesal emprendido por el marido, dando lugar al correspondiente procedimiento judicial de impugnación de paternidad, en el curso del cual se practicó prueba pericial de paternidad biológica que concluía dando por probada, con una probabilidad muy próxima al 100%, la paternidad del marido, y cuyo procedimiento ha concluido en virtud de desistimiento del actor, desistimiento que no ha encontrado oposición por parte de las demandadas, lo que viene a confirmar la conclusión antes expuesta.

INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

A petición de la interesada, mayor de edad, se acuerda que, por traslado de la inscripción extendida, se practique una nueva inscripción de nacimiento cancelándose las anotaciones marginales obrantes en ésta relativas al divorcio de sus padres.

RESOLUCIÓN DE 8 DE JUNIO DE 2007

Son dos las peticiones que en su solicitud inicial formulaba la promotora: Una, la expedición de una certificación literal de la inscripción de su nacimiento con supresión de la nota marginal que consta en ella relativa a la sentencia de divorcio de sus padres, porque estima que se han recogido en dicho asiento marginal circunstancias o hechos que considera injuriosos, no probados y que afectan a su intimidad familiar. La otra petición se refiere a la rectificación de dicha nota o que no se haga pública. El auto apelado acordó denegar lo solicitado por la interesada.

Podría discutirse el asiento o no del auto denegatorio en lo relativo a la petición de la expedición de una certificación literal de la inscripción del nacimiento del recurrente, con omisión de la nota relativa al divorcio de los padres en función de la argumentación ofrecida por dicho auto en cuanto a la falta de previsión legal sobre la expedición de certificaciones literales parciales que no contengan la totalidad de los datos registrales a que se refieren. Sin embargo, el artículo 28.III del Reglamento del Registro Civil en que busca su apoyo normativo la decisión del encargado, si se lee atentamente no constituye en sí obstáculo a la pretensión deducida pues el principio de integridad del contenido que impone a las certificaciones literales lo predica de los «asientos» a que se refiere la certificación y no al folio registral completo, de forma que, en este sentido, no cabe objetar la expedición de una certificación literal del asiento principal de inscripción (*vid.* Modelo 100 aprobado por Resolución del 25 de enero de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado), que no comprenda otros asientos marginales, siempre que éstos no alteren el contenido del aquél. Por el contrario, por innecesario, no procede acordar que dicha nota esté sujeta a publicidad registral restringida, puesto

que es ésta una limitación que ya viene establecida reglamentariamente (cfr. artículo 21 RRC), sin que la aplicabilidad de esta norma reglamentaria quede subordinada a una resolución registral expresa que reitere su mandato.

Pero es que, en todo caso, si se examina la nota marginal cuestionada, hay que convenir que contiene menciones absolutamente innecesarias que afectan, como alega la interesada, a la intimidad y, por tanto, han de ser consideradas improcedentes, puesto que si la sentencia debía ser inscrita marginalmente en la inscripción de nacimiento porque, al tiempo de dictarse, la interesada estaba sujeta a la patria potestad y el contenido de la sentencia afectaba a esta última (cfr. artículo 46 LRC), habría bastado con la mera referencia a dicha resolución judicial y haber ceñido su contenido a ese extremo —que ni lo menciona—, en lugar de extenderse en referir unas causas de divorcio, inoportunas, para indicar, además, que no habían sido admitidas. Esta mención, ni siquiera habría encontrado lógica justificación en la inscripción marginal a la principal de matrimonio de los padres (cfr. artículo 263 RRC), cuanto menos en la de nacimiento de la hija. Se puede entender, por tanto, que se incurrió en un defecto formal de la inscripción (cfr. artículo 95.3.º LRC) que puede y debe ser corregido ahora en expediente (cfr. artículo 298.1.º RRC), ordenando el traslado del asiento y la cancelación de la anotación marginal practicada en la inscripción de nacimiento de la hija, mecanismo que resulta más adecuado al caso que el de la mera supresión del asiento mediante su cancelación sin traslado (cfr. artículo 95.2.II LRC) al ofrecer este último un menor nivel de protección del derecho a la vida privada y familiar que podría quedar perjudicado en caso de expedirse irregularmente alguna certificación literal del folio corregido.

NOMBRE Y APELLIDOS

Aunque alguna legislación extranjera permita imponer tres nombres al nacido, en la legislación española sólo se permiten dos nombres no pudiendo entenderse que exista discriminación de los nacionales respecto a los extranjeros.

RESOLUCIÓN DE 25 DE JUNIO DE 2007

Está prohibido consignar más de dos nombres simples o de uno compuesto (cfr. artículo 54.I, LRC), por lo que es obvio que no pueden admitirse los nombres propuestos «Verónica-Anamaría.», pues supone añadir a un nombre simple otro compuesto por Ana y María, aunque éste se propongan como una sola palabra. No existe la discriminación que señala el recurrente en relación con los extranjeros, puesto que éstos, en materia de estado civil,

se rigen por su ley personal determinada por su nacionalidad (cfr. artículo 9.1 CC), la cual puede admitir la posibilidad de tres nombres, pero si adquiriesen la nacionalidad española, como españoles, estarían sujetos a la misma prohibición. No es, como alega el interesado, el hecho de nacer en España el que determina la legislación aplicable, sino la nacionalidad que tenga el nacido (cfr. artículo 194 RRC).

VIVIENDA FAMILIAR

Improcedencia de la inscripción del derecho de uso atribuido a la esposa, en un matrimonio sin hijos, al ser ella la titular registral del inmueble.

RESOLUCIÓN DE 6 DE JULIO DE 2007

El único problema que plantea el presente recurso es el de si puede hacerse constar en el Registro el uso a favor de la esposa, en un matrimonio sin hijos, de una vivienda familiar, siendo así que tal vivienda está inscrita a favor de dicha esposa como bien privativo.

Tiene razón la calificación del registrador al decir que el uso y disfrute de la vivienda, en el presente caso, viene atribuido por el derecho de propiedad que sobre la vivienda se ostenta. Por ello, en principio, carece de interés y razón de ser la constancia registral que se solicita.

Podría ser otra la solución si, al tiempo de la presentación de la sentencia de divorcio, se hubieran hecho las alegaciones y presentado los documentos que se presentan con la interposición del recurso, y que, en este momento no pueden ser tenidos en cuenta por imperativo del artículo 326, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria, que impide que, en este momento procedimental, se tengan en cuenta nuevas alegaciones o documentos que el Registrador no pudo tener en cuenta en el momento de formular su calificación.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Denegación de la anotación preventiva del embargo efectuado al ex esposo por impago de la pensión alimenticia sobre bienes concretos que pertenecen a la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, sin perjuicio de que se inste el embargo de la cuota global ganancial del deudor.

RESOLUCIÓN DE 20 DE JUNIO DE 2007

En el presente recurso se debate si es inscribible una anotación preventiva de embargo, donde

disuelta la sociedad de gananciales y no liquidada, se acuerda el embargo de los derechos que el

demandado tiene sobre la finca registral 5809, no practicando el Registrador la inscripción solicitada, por no constar la liquidación de la sociedad conyugal.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, disuelta la sociedad de gananciales pero no liquidada, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.

De lo anterior se desprende la necesidad de distinguir tres hipótesis diferentes, así en su sustancia como en su tratamiento registral. En primer lugar el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. artículos 397, 1058, 1401 del Código Civil), requiere que las actuaciones procesales específicas se sigan contra todos los titulares (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). En segundo lugar, el embargo de una cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil y 46.2 y 42 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas sólo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. artículo 166.1, *in fine* del Reglamento Hipotecario). En tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que

no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1 *in fine* del Reglamento Hipotecario, y ello se advierte fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otra hipótesis. En efecto, teniendo en cuenta que el cónyuge viudo y los herederos del premuerto pueden verificar la partición del remanente contemplado en el artículo 1404 del Código Civil, como tengan por conveniente, con tal que no se perjudiquen los derechos del tercero (cfr. artículos 1410 y 1083 y 1058 del Código Civil), en el caso de la traba de los derechos que puedan corresponder al deudor sobre los bienes gananciales concretos, puede perfectamente ocurrir que estos bienes no se adjudiquen al cónyuge deudor (y lógicamente así ocurrirá si su cuota puede satisfacerse en otros bienes de la misma naturaleza, calidad y especie), con lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anotan no se atribuyen al deudor, éstos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le hayan adjudicado a éste en pago de su derecho (de modo que sólo queda estéril la anotación pero no la traba). Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. Resolución de 8 de julio de 1991), y por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria.

En el supuesto concreto, el mandamiento expresa con toda claridad que se embarguen los derechos que el ejecutado tiene sobre la finca registral 5809, sin que se aclare que el embargo lo sea sobre la cuota global ganancial del deudor y no sobre el bien, no siendo posible de acuerdo con la doctrina expuesta de este Centro Directivo, el embargo de los derechos que correspondan a un cónyuge sobre bienes gananciales singulares.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Denegación de la inscripción de un mandamiento de embargo expedido por la Tesorería de la Seguridad Social respecto a una finca privativa del esposo por deudas generadas por la esposa, ya que la sola afirmación del Recaudador de que la deuda es ganancial no es suficiente, siendo necesario una declaración judicial de ganancialidad de la deuda.

RESOLUCIÓN DE 5 DE JULIO DE 2007

Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

a) Se presenta en el Registro mandamiento de embargo contra una persona por deudas a la Seguridad Social.

b) El Registrador suspende la práctica de la anotación por hallarse la finca inscrita a nombre del marido de la demandada con carácter privativo.

c) La Administración de la Seguridad Social recurre la calificación.

Se alega por el recurrente que tanto la deuda como el bien fueron gananciales. Pero, además de que el bien se inscribió como privativo del marido desde su adquisición, la sola afirmación por el Recaudador de que la deuda que motiva el embargo cuestionado es deuda de la sociedad de gananciales no es suficiente para hacer posible la anotación. Es necesario para ello que exista una previa declara-

ción judicial de ganancialidad de la deuda, pues, no existiendo en nuestro Código Civil una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales (en contra de lo que afirma el recurrente. Cfr. artículos 1362 y 1365 del Código Civil), ninguna deuda contraída por un solo cónyuge puede ser reputada ganancial y tratada jurídicamente como tal mientras no recaiga la pertinente declaración judicial en juicio declarativo entablado contra ambos cónyuges, pues a ambos corresponde, conjuntamente, la gestión de la sociedad de gananciales (cfr. artículo 1375 del Código Civil). Entender lo contrario supondría la indefensión del titular registral, al no poder alegar ni probar nada en contra de dicha ganancialidad, con menoscabo de su derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 24 de la Constitución Española.

SUCESIONES

Denegado el acceso al Registro de la Propiedad del acta de protocolización de una partición judicial en la que estaba incluida una finca, que se haya inscrita en cuanto a cuatro octavas partes a favor de la causante «para su sociedad conyugal». La Registradora suspende la inscripción por entender que previamente se ha de liquidar la sociedad conyugal que existió entre la causante y su esposo, y ha de resultar incluida dicha participación en la herencia de la esposa.

RESOLUCIÓN DE 27 DE JUNIO DE 2007

Se presenta en el Registro acta de protocolización del auto en que terminó una partición judicial. Respecto de una finca, que se haya inscrita en cuanto a cuatro octavas partes a favor de la causante «para su sociedad conyugal» la Registradora suspende la inscripción por entender que previamente se ha de liquidar la sociedad conyugal que existió entre la causante y su esposo, y ha de resultar incluida dicha participación en la herencia de la esposa.

La interesada recurre alegando que el Registrador no puede entrar en el fondo de las resoluciones judiciales, y en el mismo sentido se pronuncia la Jueza en su informe.

El recurso no puede prosperar. Como tiene reiteradamente declarado este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones citadas en el «vistos»), tratándose de documentos judiciales el Registrador tiene la obligación de calificar determinados extremos entre los cuales no está el fondo de la Resolución

pero sí, como más importante, el de examinar si en el procedimiento han sido citados aquellos a quienes el Registro conceda algún derecho que podría ser afectado por la Resolución judicial con objeto de evitar su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Y es evidente que en el procedimiento no ha intervenido el marido o,

caso de que haya fallecido, sus herederos, que no tienen que ser forzosamente los mismos herederos de la esposa, sobre todo en el presente caso en que los cónyuges han vivido separados casi veinticinco años, ya que el esposo abandonó España en 1939, para trasladarse a Sudamérica, donde falleció en 1963.

SUCESIONES

No es necesaria la aprobación judicial de la partición de una herencia en la que el hijo menor está representado por su madre no pudiendo entenderse que al adjudicarse bienes concretos exista una disposición de bienes, ya que se adjudican bienes de análoga naturaleza, con lo cual se cumple el artículo 1061 del CC.

RESOLUCIÓN DE 28 DE JUNIO DE 2007

Por fallecimiento de unos cónyuges se practica partición de herencia entre los herederos que son un hijo y dos nietos –hijos de un hijo premuerto–. Siendo uno de los nietos menor de edad, es representado por su madre (es decir, la esposa del hijo premuerto), que no tiene interés personal alguno en la herencia. La división de la herencia se realiza adjudicando a los herederos porciones indivisas por partes proporcionales. Inmediatamente después se practica disolución de la comunidad adjudicando distintos bienes y cantidades de metálico a cada uno de los herederos. La Registradora suspende la disolución del Condominio, aparte de por otro defecto no recurrido, por no haber aprobación judicial, pues, al adjudicarse bienes concretos, estima que existe una disposición de bienes. El Notario recurre.

El recurso ha de ser estimado. El artículo 406 del Código Civil se remite en cuanto a las reglas de la división de comunidad a los preceptos relativos a la división de herencias, y entre estos últimos el artículo 1060 dispone que cuando los menores estén legalmente representados no será precisa aprobación judicial; en el presente supuesto la menor está representada por su madre (al haber fallecido su padre) por lo que está perfectamente representada.

No puede entenderse que la adjudicación de bienes concretos significa excederse de las facultades particionales ya que se adjudican bienes de análoga naturaleza, con lo cual se cumple el artículo 1061 del Código Civil.

SUCESIONES

Se deniega la inscripción de un Auto judicial recaído en procedimiento de ejecución de sentencia dictada en juicio de testamentaría, por el que se adjudica en subasta una finca, dándose la circunstancia de que ésta figura en el Registro inscrita a favor de unos cónyuges ya fallecidos, no constando que en el respectivo procedimiento los titulares de derechos inscritos que resulten afectados han tenido la intervención prevista por las leyes para su defensa.

RESOLUCIÓN DE 19 DE JULIO DE 2007

Se plantea en este recurso la posibilidad de inscribir un Auto judicial recaído en procedimiento

de ejecución de sentencia dictada en juicio de testamentaría, por el que se adjudica en subasta una

finca, dándose la circunstancia de que ésta figura en el Registro inscrita a favor de unos cónyuges ya fallecidos.

Cabe recordar que, como tiene reiteradamente declarado esta Dirección General, puede el Registrador rechazar la inscripción de un documento judicial sin por ello dejar de observar el deber constitucional de cumplir las resoluciones judiciales, toda vez que dicho mandato debe compaginarse con el principio también constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de interdicción de la indefensión; de modo que debe rechazarse la inscripción de resoluciones judiciales si no consta que en el respectivo procedimiento los titulares de derechos inscritos que resulten afectados han tenido la intervención prevista por las leyes para su defensa, evitando así que sufran en el mismo Registro las consecuencias de su indefensión procesal.

Fallecida una persona, sus herederos la suceden en todos sus derechos y obligaciones (artículo 661 del Código Civil), siendo por tanto dichos herederos los que han de concurrir a la liquidación y adjudicación del patrimonio de aquélla (artículos 1051 y siguientes del Código Civil), y, singularmente, si fuera el caso, a la liquidación del patrimonio ganancial del que fuera cotitular (artículos 1396 y siguientes del Código Civil).

Ha de tenerse igualmente en cuenta que, a los efectos de su calificación y, en su caso, inscripción en el Registro, los documentos que se aporten (y a salvo las excepciones previstas en la legislación hipotecaria) han de ser públicos (artículo 3 de la Ley Hipotecaria), condición que no reúnen (al no cumplir los requisitos exigidos al efecto por el artículo 1216 del Código Civil) las simples fotocopias, ya lo sean de documentos judiciales o de cualquier otro tipo de documentos (cfr. las Resoluciones de 8 de enero de 2002 y 9 de mayo de 2003).

Aplicadas todas estas consideraciones al caso debatido, se trataría, por tanto, de aportar al Registro la documentación pública que acreditase que todos los interesados en las herencias de los titulares registrales de la finca adjudicada (bien lo

fueran por delación directa, bien por sustitución, representación o derecho de transmisión) han sido parte en los diferentes procedimientos judiciales que han desembocado en el Auto de adjudicación cuya registración se pretende; en otras palabras, que existe un hilo conductor entre los titulares registrales de la finca y quienes aparecen como partes en el título a inscribir.

Y ello no ocurre así, pues de toda la documentación aportada, los únicos documentos que por reunir la condición de públicos pueden ser calificados por el Registrador (y, por extensión, examinados por este Centro Directivo) son el Auto dictado el 23 de marzo de 1994 en el juicio de testamentaria 167/1990 seguido en el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 43 de Madrid, y el Auto de adjudicación recaído el 2 de septiembre de 2002 en el juicio de ejecución de títulos judiciales seguido con el núm. 478/2001 en el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 20 de Madrid. Y tales documentos, como resulta de la somera lectura de los mismos, resultan insuficientes para demostrar la intervención, en los procedimientos judiciales habidos, de todas las personas interesadas en la liquidación de las herencias de doña Valeriana y don Cirilo.

No puede ahora prejuzgarse sobre qué documentos serían necesarios para obtener la inscripción pretendida; ésa sería una cuestión a calificar por el Registrador. En cualquier caso, sí cabe adelantar, respecto de las resoluciones judiciales que en el futuro pudieran nuevamente presentarse en el Registro, que, a la hora de calificarlas, el Registrador no puede requerir la aportación de aquellos documentos, o la acreditación de aquellos hechos, que hayan servido de base al Juez para adoptar su decisión, pues ello supondría una extralimitación en sus funciones calificadoras, habida cuenta de que el Registrador no puede cuestionar los fundamentos de las decisiones judiciales (*vid.* artículo 100 del Reglamento Hipotecario y Resoluciones de 29 de noviembre de 2004 y 25 de junio de 2005).

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

SECCIÓN PRÁCTICA

La aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales

Es consustancial a la sociedad de gananciales que todos los bienes que adquieran los cónyuges durante su vigencia con el producto de su trabajo o con los rendimientos de los bienes comunes o de los privativos (artículo 1347 del CC), tengan carácter ganancial. También serán gananciales los bienes que se adquieran a título oneroso, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga, cuando de común acuerdo, los cónyuges le atribuyan la condición de gananciales. Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes (artículo 1355 del CC).

Sin embargo, existe otra vía para incrementar el patrimonio de la sociedad de gananciales: que los cónyuges en uso de la autonomía de la voluntad aporten bienes a la sociedad. Respecto a este tipo de negocio jurídico, la doctrina de la DGRN es clara, pudiendo citarse por todas la Resolución de 21 de diciembre de 1998 «el principio rector en la materia es el de la libertad de contratación entre los cónyuges, cuya formulación legal se sitúa en el artículo 1323 del Código Civil; por otra, la aportación a la sociedad conyugal, comunicación de bienes que uno o ambos esposos realizan al consorcio ganancial, constituye un negocio jurídico válido y lícito al amparo de la libertad de pactos y contratos que rige entre cónyuges al igual

que entre extraños (artículos 1255 y 1323 del Código Civil)».

En el caso de que los bienes aportados sean inmueble será requisito imprescindible que conste en escritura pública a fin de que pueda tener acceso al Registro de la Propiedad.

Los supuestos en los que se producen estos negocios jurídicos son diversos y pueden tener lugar tanto al inicio de la sociedad como durante su vigencia. Concretamente, respecto a esta última posibilidad, el caso más frecuente se suele plantear cuando la vivienda familiar pertenece privativamente a uno de los cónyuges, bien íntegramente o en un determinado porcentaje y se pretende que la titularidad del inmueble pase en exclusiva al cónyuge no titular o propietario de una parte indivisa. Pensemos simplemente en el supuesto en el que uno de los cónyuges, en estado de soltero, adquirió un inmueble que luego se terminó de pagar constante la sociedad de gananciales. En virtud de lo establecido en el artículo 1354 del CC este inmueble pertenecerá en pro indiviso al cónyuge y a la sociedad de gananciales en proporción a las aportaciones realizadas. Pues bien, llegado el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales puede convenir a los cónyuges la adjudicación en exclusiva a uno de ellos de la totalidad del inmueble y aquí es donde viene la aplicación práctica del caso que analizamos: el cónyuge titular

de la parte indivisa del inmueble la aporta a la sociedad de gananciales de tal forma que ésta será la propietaria de la totalidad del inmueble con lo cual ya no existe ningún obstáculo para que se adjudique a uno de los cónyuges.

¿Qué contraprestación recibe el cónyuge que aporta los bienes privativos a la sociedad de gananciales? La respuesta a esta cuestión estará en función del carácter de la aportación, ya que tanto puede ser gratuita como onerosa, en este último caso, en el pasivo de la sociedad de gananciales deberá figurar el importe actualizado del bien aportado, como un crédito del cónyuge frente a la sociedad. De esta forma este crédito podrá pagarse bien en metálico si existe o, en su caso, con la adjudicación de otros bienes gananciales.

A veces algún Registrador de la Propiedad ha puesto obstáculos a la inscripción de este tipo de contratos. Sin embargo, la DGRN ha sido concluyente pudiendo citarse la Resolución de 22 de junio de 2006 «Ciertamente, según la referida doctrina de este Centro Directivo, los elementos constitutivos del negocio por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial han de quedar precisados debidamente, también respecto de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales. Ahora bien, interesa precisar que dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, algunas de las Resoluciones citadas consideran suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, y entienden inscribibles: la escritura por la que el marido aporta a su sociedad de gananciales una finca que había adquirido por legado, y se expresa que se “... aporta ... con derecho a su reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la disolución” (Resolución de 21 de julio de 2001); el pacto capitular por el que se inicia

una nueva sociedad de gananciales a la que se aporta “gratuitamente” un bien privativo (Resolución de 30 de diciembre de 1999); la escritura por la que se aporta a la sociedad conyugal una vivienda privativa del marido y se expresa que “La causa de dicha aportación tiene su origen en eliminar dificultades a la hora de liquidar su sociedad de gananciales debido a los gastos habidos al contraer matrimonio y que el préstamo hipotecario reseñado se está reintegrando y se va a pagar con dinero ganancial” (Resolución de 17 de abril de 2002, según la cual “... si bien es cierto ... que la afirmación de querer facilitar la liquidación es más motivo que causa, también lo es que se expresa en la escritura una causa onerosa suficiente para el desplazamiento patrimonial, la cual viene constituida por ser la aportación compensación de los gastos realizados para contraer matrimonio, unida al hecho de que el precio de la vivienda pendiente de pago se va a satisfacer con dinero ganancial”); la convención en capitulaciones por la que se aportan por ambos cónyuges bienes a la nueva sociedad de gananciales que se constituye, estimando los otorgantes de igual valor los aportados por cada uno de ellos (lo que, según la Resolución de 8 de mayo de 2000, “no plantea, desde ningún punto de vista, problema alguno de expresión de la causa”); y la escritura por la que dos cónyuges casados en régimen de gananciales declaran que, sobre una finca privativa del marido al haberla adquirido por título de donación, han construido una edificación, con aportaciones proporcionales a fin de que el valor del solar quede compensado con una mayor aportación privativa de la esposa en el dinero invertido en la construcción, igual al valor del solar, de modo que cada uno de los cónyuges resulte tener el mismo interés económico en el edificio resultante y en suelo, por lo que solicitan la inscripción correspondiente con carácter ganancial (Resoluciones de 12 de junio y 18 de septiembre de 2003, según las cuales “si

bien, como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo, en nuestro Derecho toda transferencia patrimonial debe tener causa, y la misma, a efectos registrales no puede presumirse, no lo es menos que, en la escritura presentada, además de la declaración de obra nueva, se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso que, aunque no esté expresamente nombrado, puede tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en él contenido”).

No obstante, cabe tener en cuenta que los referidos pactos de atribución de ganancialidad tienen la finalidad de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, y por ello están trascendidos por la relación jurídica básica —la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial—. Se trata de sujetar el bien al peculiar régimen de afección propio de los bienes gananciales, en cuanto a su administración, disposición, cargas, responsabilidades, liquidación que puede conducir a su atribución definitiva a uno u otro cónyuge, de acuerdo con las circunstancias de cada uno, o sus respectivos herederos.

De la relación jurídica matrimonial derivan un conjunto de efectos jurídicos (derechos, obligaciones, facultades, deberes, cargas, potestades) que inciden en todas las esferas de la vida de cada cónyuge (personal y patrimonial). La vida matrimonial crea, entre los cónyuges, necesidades y obligaciones comunes, de naturaleza personal y patrimonial. Cabe entender que el desplazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio u otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad). Por ello, se llega a afirmar que encuentran justifi-

cación en la denominada *causa matrimonii*, de la que, históricamente puede encontrarse algunas manifestaciones como la admisión de las donaciones *propter nuptias* de un consorte al otro —a pesar de la prohibición general de donaciones entre cónyuges—, o la antigua dote. Y es que, aun cuando no puedan confundirse la estipulación capitular y el pacto específico sobre un bien concreto, la misma causa que justifica la atribución patrimonial en caso de aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1993, según la cual “Siendo los capítulos por su propia naturaleza actos jurídicos cuyo tratamiento es el de los onerosos, difícilmente podría ser impugnado como carente de causa”; y la Resolución de 21 de diciembre de 1998) debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio. En ambos casos se trata de convenciones que participan de la misma *iusta causa traditionis*, justificativa del desplazamiento patrimonial *ad sustinenda oneri matrimonii*.

Puede concluirse, por todo ello (aunque no sea necesario para decidir la cuestión planteada en este recurso) que, pudiendo tener carácter oneroso o gratuito, puede presumirse —en último término, mediante la aplicación de los principios que sirven de fundamento a la norma del artículo 1358 del Código Civil— que, salvo pacto en contrario, el desplazamiento patrimonial derivado de la convención de ganancialidad dará lugar al reembolso previsto en dicho precepto, que no es causa de la atribución o aportación, sino consecuencia de la misma, exigible al menos en el momento de la liquidación, y que no es propiamente precio.

Como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 1991 “las convenciones sobre el régimen

matrimonial no constituyen donaciones, ni siquiera si, como en la comunidad universal, implican desplazamientos sin correspondencia”. Y, según este concepto del pacto de ganancialidad, alcanza pleno significado la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala Tercera– de 2 de octubre de 2001, que en relación con la exención prevista por el artículo 45.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, regulador del Impuesto sobre Transmisiones

Patrimoniales, diferencia nítidamente los “... actos en virtud de los cuales cada cónyuge adscribe un bien propio al régimen de administración, aprovechamiento y cargas inherente al régimen económico conyugal”, a los que se aplica la exención, de cualquier otra transmisión o donación efectuada entre cónyuges, que estima sometida a tributación ordinaria».

Casos Prácticos

I REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Una española y un alemán contrajeron matrimonio en Inglaterra hace más de 20 años. Durante los tres meses siguientes a contraer matrimonio residieron en Estambul y después, por espacio de seis años y medio, tuvieron su domicilio en Austria. Finalmente se trasladaron a España donde actualmente residen. Ahora se han iniciado los trámites del divorcio y se plantea qué régimen económico-matrimonial es aplicable al matrimonio.

Tal y como señala el artículo 9.2 del Código Civil «Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio».

En el caso que se plantea, el régimen económico de los cónyuges vendrá determinado por la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Ahora bien, en este supuesto, habrá que inter-

pretar que la residencia habitual común fue la que tuvieron en Austria, dado que los tres meses de estancia en Estambul no son suficientes como para consolidar la residencia. Por tanto el régimen económico-matrimonial por el que ha venido rigiéndose el matrimonio es el supletorio que se prevea en el Código Civil Austríaco.

Respecto a la aplicación de la ley del lugar de celebración del matrimonio, se trata de una norma residual para aquellos casos en los que los cónyuges no han consolidado una residencia común.

2 PENSIÓN ALIMENTICIA

Teniendo en cuenta que la madre y el hijo se han trasladado a su país de origen –Colombia–, el padre, que reside en España, entiende que la pensión alimenticia de los hijos debe estar fijada en función del nivel de vida existente en aquel país, por lo que una pensión de 50 euros mensuales sería más que suficiente para atender las necesidades del hijo. ¿Puede admitirse esta tesis?

Es indudable que la fijación de la pensión alimenticia está en función de las necesidades de los hijos y de los ingresos de los progenitores, y precisamente por ello, será un dato a tener en cuenta qué gastos concretos tendrá que realizar

la madre para atender, en Colombia, las necesidades del hijo. No obstante, para que se estime la tesis del padre, éste deberá acreditar al tribunal que la pensión alimenticia que se solicita por la madre es desorbitada en relación con el nivel de vida existente en Colombia.

3 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Tras tramitarse el correspondiente procedimiento de divorcio y alcanzar firmeza la sentencia, la esposa ha iniciado una demanda de ejecución por impago de la pensión compensatoria, habiéndose incoado por el Juzgado el correspondiente procedimiento de ejecución. El auto despachando ejecución se ha notificado directamente al Procurador que representó al esposo en el divorcio ¿Tiene validez esta notificación o es causa para solicitar la nulidad de actuaciones?

La demanda ejecutiva puede basarse tanto en un título surgido de un procedimiento judicial, como en otro creado al margen de tal cauce, según previenen los artículos 517, 556 y 557 de la LEC. Ello determina que el artículo 553.2 de la LEC (notificación directamente al ejecutado) tenga una ineludible aplicación en estos últimos supuestos, pero no así en los primeros, en los que el título ejecutivo se ha generado en un antecedente procedimiento judicial declarativo, en el que el ahora ejecutado haya estado representado por medio de procurador, en los que no se hace precisa su personación formal en la fase de ejecución, ya que dicha condición procesal ya la ostentaba con anterioridad. Ello permite, conforme a consolidadas corrientes de opinión doctrinal y judicial, que la notificación de la demanda ejecutiva y del Auto derivado de la misma, así como de todas las ulteriores actuaciones, se haga

a través del procurador que haya actuado en la fase declarativa, en tanto no conste el cese de dicho profesional, de conformidad con lo prevenido en el artículo 30 de la repetida Ley rituarial.

En efecto, el artículo 28 de la LEC dispone, con diáfana claridad, que «mientras se halle vigente el poder, el procurador oír y firmará los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases, inclusive las de las sentencias que se refieran a su parte, durante todo el curso del asunto y hasta que quede ejecutada la sentencia, teniendo estas actuaciones la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante sin que le sea lícito pedir que se entiendan con éste». Y se añade, en el apartado número 2 de dicho precepto que «también recibirá el procurador, a efectos de notificación y plazos o términos, las copias de los escritos y documentos que los procuradores de las demás partes le entreguen en la forma establecida en el artículo 276».

Adviértase que, dentro de la regulación de la fase ejecutiva (artículos 517 y siguientes), ningún precepto excluye de modo expreso y terminante la aplicación de dichas normas de carácter general, lo que determina la proyección a supuestos como el examinado del clásico principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Por lo cual, no puede concluirse que la notificación de la demanda ejecutiva y del auto despachando ejecución al Procurador sea causa para solicitar la nulidad de actuaciones.

4 PENSIÓN ALIMENTICIA

En el anterior procedimiento de separación se aprobó judicialmente el convenio

regulador suscrito por los cónyuges en el que se acordaba capitalizar la pensión compensatoria de la esposa recibiendo el 35% del pleno dominio de un inmueble que pertenecía al esposo. Con posterioridad se produjo la reconciliación y después de unos años se produjo de nuevo la ruptura y la esposa ha solicitado el divorcio. ¿Es viable que pueda reproducir la esposa la petición de una pensión compensatoria?

El criterio jurisprudencial es que si la reconciliación tuvo refrendo judicial, planteado el divorcio, es viable reproducir tal petición, en otras condiciones económicas y presupuestos, en la medida en que se acredite que desde que se inició nuevamente la convivencia hasta que se produce ya de modo definitivo la ruptura han concurrido los requisitos definidos en el artículo 97 del CC para que proceda la pensión.

5 PENSIÓN ALIMENTICIA

El padre solicita que para atender las necesidades de los hijos se abra una cuenta bancaria en la que los hijos figurarían como titulares y ambos progenitores como autorizados, abonándose con los ingresos los gastos que generen los hijos. ¿Es viable esta petición?

No creemos que esta petición pueda ser compartida por los tribunales, ya que sería arbitrar un sistema utópico de contabilidad diaria de los gastos de los hijos. El progenitor custodio es el administrador de la pensión de los hijos, sin perjuicio de la acción que pueda ejercitar el progenitor no custodio en el caso de que resultare probado que, en todo o en parte, la madre la destina a usos propios.

6 DIVISIÓN DE COSA COMÚN

Se ha ejercitado por el esposo un procedimiento de división de cosa común con la finalidad de poner fin a la comunidad ordinaria que en un 50% tienen ambos respecto de la vivienda familiar cuyo uso fue atribuido a la esposa e hijos en la sentencia de divorcio. Encontrándose el procedimiento en fase de subasta, se cuestiona si dicho uso debe ser respetado por el tercer adquirente cuando el mismo no constaba inscrito en el Registro de la Propiedad.

A pesar de que no consta inscrita en el Registro de la Propiedad la sentencia que atribuyó el uso a la esposa e hijos, dicha carga debe respetarse, ya que la sentencia matrimonial produce efectos *erga omnes*.

7 CUESTIONES PROCESALES

El esposo compareció sin representación ni asistencia letrada a la diligencia de formación de inventario de la sociedad de gananciales, siguiendo el procedimiento sus cauces que finalizaron en una vista en la que aquél sí estuvo debidamente representado. Al comienzo de la misma, el letrado del esposo solicitó la nulidad de la diligencia de inventario por no haber estado aquél debidamente representado ni asistido ya que en la citación nada se le indicó de la necesidad de comparecer con tales profesionales. ¿Puede estimarse dicha petición?

Para la formación de inventario no es precisa la asistencia de abogado y procurador, al realizarse mediante una mera diligencia judicial que se lleva a cabo en

presencia del Secretario, y por tanto no procede declarar la nulidad de actuaciones por no haberse advertido a la parte que debió comparecer con dichos profesionales.

8 CUESTIONES PROCESALES

Si la disolución de la sociedad de gananciales se llevó a efecto mediante unas capitulaciones matrimoniales ante notario y dos años después se presentó la demanda de divorcio ¿es competente el Juzgado de Familia que tramita el divorcio para conocer del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales?

El Juzgado de Familia carece de competencia objetiva para conocer del proceso sobre división y liquidación del patrimonio dado que los cónyuges acordaron la disolución del régimen económico-matrimonial mediante capitulaciones matrimoniales ante notario. La disolución del régimen económico no es consecuencia de la sentencia de divorcio.

9 LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

Los cónyuges son propietarios de las acciones de una sociedad mercantil, y encontrándose en trámite de liquidación de la sociedad de gananciales, el esposo pretende incluir en el inventario las deudas de aquella sociedad mercantil oponiéndose la esposa a ello. ¿Procederá la inclusión de dichas deudas en el pasivo de la sociedad?

Por mucho que los cónyuges sean propietarios de las acciones de una sociedad mercantil, las deudas que ésta

pueda tener no pueden incluirse dentro del pasivo de la sociedad de gananciales, dado que dicha sociedad mercantil es un tercero frente a la sociedad de gananciales. Otra cuestión distinta es que estas deudas tengan sus efectos en el momento de la valoración económica de las acciones gananciales.

10 EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA

Se ha solicitado el exequátur de una sentencia de divorcio dictada por un Tribunal de la República Dominicana dándose la circunstancia de que el procedimiento se siguió en rebeldía al no poderse localizar al demandado, si bien consta que la sentencia definitiva se notificó al mismo. ¿Se dan en este supuesto los requisitos legales para acceder al exequátur?

Aunque se trata de una cuestión dudosa, la jurisprudencia ha entendido que no procede conceder el exequátur, dado que es requisito imprescindible que el procedimiento no se haya seguido en rebeldía, requisito que no puede salvarse con la notificación de la resolución. Hay que tener en cuenta que la rebeldía ha impedido al demandado poder efectuar las alegaciones oportunas, desconociéndose en la legislación procesal de la República Dominicana los derechos que se atribuyen al demandado rebelde tras la notificación de la sentencia.

II CUESTIONES PROCESALES

A pesar de que hubo un previo acuerdo entre las partes para solicitar el divorcio de mutuo acuerdo llegando incluso a firmarse un convenio regulador, al no

haberse ratificado la esposa en el mismo, el esposo se vio obligado a interponer un procedimiento contencioso de divorcio, en el que solicita la expresa condena en costas a la esposa por tal motivo. ¿Puede admitirse esta pretensión?

En la práctica esta petición ha sido desestimada en base a que, para que se decrete el divorcio, es siempre necesaria una resolución judicial, por lo que, en cualquier caso, debía tramitarse el procedimiento, no pudiendo obligarse a ningún cónyuge a que presente el divorcio de mutuo acuerdo.

I2 RÉGIMEN DE VISITAS

Teniendo en cuenta que el progenitor es miembro de la policía local y que desconoce los servicios que debe prestar durante los sucesivos fines de semana, ha solicitado al juzgado que no se establezca el régimen de visitas normal y las visitas de fin de semana queden condicionadas al preaviso que se efectúe al progenitor custodio respecto a si tiene o no disponibilidad para esa semana o deben trasladarse a la siguiente. ¿Puede prosperar esta solicitud?

Aunque la petición pretende adecuar las circunstancias laborales del padre con los períodos y horarios de comunicación de los hijos, estableciendo un sistema de preavisos y notificaciones de cambios de turnos en el servicio, no es normalmente aceptada por los tribunales puesto que éstos entienden que el progenitor debe hacer valer frente a la administración que corresponda las medidas legislativas adoptadas para conciliar la vida familiar y laboral, evitando de esta manera la constante imprevisión en el régimen de visitas.

I3 PENSIÓN ALIMENTICIA

La hija, que se encuentra cursando primero de carrera, ha solicitado y obtenido una beca ¿es motivo para que se reduzca la cuantía de la pensión alimenticia?

Según mantienen nuestros tribunales, la beca obtenida por la hija debe servir, no para reducir la pensión alimenticia, sino para mejorar las condiciones de vida y posibilidades de complementar la formación académica.

I4 PENSIÓN ALIMENTICIA

En la sentencia de divorcio se ha establecido una pensión alimenticia en favor de los hijos que se actualizará anualmente conforme al incremento del IPC que publica el INE. El progenitor custodio pretende que el índice de actualización de referencia no sea el nacional, sino el específico de Cataluña. ¿Puede estimarse esta pretensión?

Observándose la tendencia al alza del IPC de Cataluña frente al IPC del conjunto nacional y teniendo en cuenta que tanto el menor, beneficiario de la pensión, como quienes deben contribuir a su pensión viven en Cataluña, no existe ningún obstáculo para que la actualización anual de la pensión se efectúe conforme al IPC fijado por el INE para Cataluña.

I5 CUESTIONES PROCESALES

¿Puede solicitarse la nulidad de actuaciones porque el Juez no ha dado trámite de conclusiones al finalizar la práctica de las pruebas?

Debe tenerse en cuenta que los procesos especiales regulados en el Título IV del Libro I de Código Civil deben seguir el cauce procesal del juicio verbal con las particularidades que prevén los artículos 748 a 755, y 770 de la LEC, sin que en dicho articulado se establezca la obligatoriedad de abrir un trámite de conclusiones, tras la celebración de la Vista. Tampoco pueden ser consideradas diligencias finales las que se practicaron en el plazo de treinta días, tras la celebración de la Vista, tal como señala el artículo 770.4.º LEC, de manera que no era preceptivo el trámite de valoración de las mismas. Debe tenerse en cuenta que las diligencias finales únicamente están previstas para el procedimiento ordinario, artículo 435 LEC, y el trámite de su resumen y valoración no son preceptivos, pues tal como reza el artículo 436 LEC «... las partes “podrán” ... presentar escrito en que resuman y valoren el resultado».

ticias, la parte ejecutante ha presentado un escrito de ampliación respecto de las pensiones que se devengaron desde la fecha de presentación de la demanda hasta que se dictó el auto de medidas provisionales. ¿Puede el esposo oponerse a esta ampliación?

Podrá oponerse a la ejecución siempre y cuando no conste expresamente en el auto de medidas provisionales la retroactividad, dado que aunque es cierto que un importante sector de la jurisprudencia reconoce que las pensiones alimenticias deben abonarse desde la fecha de presentación de la demanda, ello se condiciona a que exista una petición de la parte actora en este sentido y que se acuerde en la resolución judicial.



LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

El esposo, médico de profesión, ha sido condenado por una imprudencia simple a que pague a un paciente la cantidad de 200.000 euros, dándose la circunstancia de que la sentencia se dictó una vez disuelta la sociedad de gananciales. Encontrándonos en la fase de formación de inventario, el esposo pretende que se incluya en el pasivo de la sociedad dicha deuda oponiéndose a ello la esposa por entender que la misma ha surgido con posterioridad a que se disolviese la sociedad de gananciales. ¿Qué tesis procede acoger?

No, dado que la esposa no es parte actora, y por tanto carece de las facultades para desistirse del procedimiento.



EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Tras presentarse la demanda de ejecución por impago de pensiones alimen-

La cuestión pasa por conocer la fecha en que surgieron los hechos que dieron lugar a la iniciación del procedimiento penal, ya que si se produjeron cuando estaba constante la sociedad de gananciales, y no se ha declarado en el sentencia que haya concurrido dolo o culpa grave en el esposo, se tratará de una deu-

da a cargo de la sociedad de gananciales, siendo intrascendente que la sentencia se haya dictado con posterioridad a que el Juzgado de Familia decretase la separación.

bunales españoles puedan conocer de la demanda de modificación de medidas, ya que en este caso, conforme a lo establecido en el artículo 22 de la LOPJ, los tribunales españoles poseen jurisdicción en la materia.

19 CUESTIONES PROCESALES

En el año 2003, cuando los cónyuges residían en Argentina se dictó una sentencia de divorcio estableciendo la pensión alimenticia que el padre debía abonar a los hijos. Ahora, el padre que es español y reside en nuestro país, ha solicitado la modificación de medidas para que se reduzca la cuantía de la pensión toda vez que uno de los hijos convive con él. ¿Pueden ser competentes los tribunales españoles para conocer de dicha pretensión o necesariamente la modificación debe ser sustanciada ante los tribunales de Argentina?

Si la sentencia de divorcio dictada por los tribunales de Argentina ha obtenido el exequátur en nuestro país no existe ningún obstáculo para que los tri-

20 LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

¿Qué requisitos deben concurrir para que, a los efectos del artículo 1405 del Código Civil, se pueda tener en cuenta la deuda del esposo por impago de pensiones compensatorias en el momento de las adjudicaciones de bienes en la liquidación de la sociedad de gananciales?

El único requisito que se exige por la jurisprudencia es que, previamente a ejercitar el derecho, en la correspondiente ejecutoria se haya dictado una resolución declarando la liquidez de la deuda por impago de pensiones, si bien también será necesario que la vía de apremio haya resultado ineficaz.

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

TRIBUNA ABIERTA

Custodia compartida disensual. *Rara avis*

JOSÉ DOMINGO MONFORTE

Abogado

El autor tras un breve repaso del régimen legal de custodia compartida, se detiene en la dificultad extrema de la aplicación judicial de la custodia compartida en los supuestos de disenso y llega a la conclusión de que el carácter normado residual y subsidiario de última opción puede pugnar y entrar en tensión con el principio *favor filii*.

CUSTODIA COMPARTIDA. COMO REALIDAD LEGISLATIVA

La guarda y custodia se identifica con el cuidado y atención diaria del hijo que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor, pudiendo atribuirse en situaciones de crisis matrimonial, bien consensual o judicialmente, a uno solo o a ambos padres, hablando en este último supuesto de custodia compartida.

El régimen de custodia compartida se introduce en el derecho de familia con la reforma operada por Ley 15/2005, de 8 de julio, expresamente regulado en el artículo 92 del Código Civil responde al deseo legislativo proclamado del cambio de la sociedad contemporánea superadora de vetustos y estancados roles que relegaban el cuidado de los hijos a la madre con exclusión de la participación paterna en estos fines, esquema familiar condicionante de los fallos judiciales.

La transferencia al ámbito jurídico del concepto de familia que late en la sociedad actual ha motivado la introducción de esta variante en el régimen custodio, que no es una novedad real pero sí jurídica, pues lo cierto es que el Código Civil hasta la fecha sólo conocía de la custodia otorgada de forma exclusiva a uno de los progenitores por lo que esta nueva forma de custodia fue creada jurisprudencial y doctrinalmente a partir de las concretas solicitudes de las partes alcanzando hoy regulación legal. Regulación legal, que se enmarca como regla de excepción dentro de la norma que sigue respondiendo en la práctica a la atribución a uno solo de los progenitores de la custodia de los hijos. Situación criticada por un sector de la doctrina legal y judicial que, manteniendo el superior criterio de interés del menor consagrado en esta materia, persisten en la necesidad de equilibrar la participación de los progenitores en la cotidianidad del hijo.

La práctica totalidad de la doctrina de las Audiencias Provinciales, precedente a la reforma, coincidía en la aplicación restrictiva de esta alternativa, reservándola a supuestos concretos en los que se dieran además excepcionales razones: Sentencias de las Audiencias Provinciales de Granada de 30 de mayo de 2000 y 11 de marzo de 1999, de Asturias de 16 de mayo de 2000, de Barcelona de 15 de febrero de 1999, de Cádiz de 18 de enero de 2001, de Guadalajara de 9 de abril de 2000, de Córdoba de 14 de julio de 2003 y 10 de marzo 2005, de Madrid de 31 de octubre de 1995 y 23 de abril de 1996) y de Valencia de 3 de octubre de 2005.

El modelo de custodia compartida o conjunta pretende responder al concepto de corresponsabilidad parental, es decir, la implicación de ambos progenitores en la crianza de los hijos; padres que observan de una aptitud suficiente para el cuidado de los menores y una actitud favorable a la relación afectiva de cada uno de ellos con el hijo.

CUSTODIA COMPARTIDA CONVENIADA

Este régimen custodio es una opción alternativa que los padres en situación de crisis matrimonial pueden adoptar en el convenio que regule los efectos de la disolución de su matrimonio o de la ruptura de su unión de hecho, consensuando, tanto el lapso temporal de convivencia con los niños que no necesariamente ha de establecerse al cincuenta por cien, como la residencia de los menores que podrá establecerse en régimen de alternancia en el domicilio de cada uno de sus padres o en el domicilio familiar. Y siendo fruto de la reflexión de los padres, mejores conocedores de los intereses del hijo, que así lo convenían, es de obligada e inequívoca aprobación judicial por mandato legal contenido en el apartado 5.º del artículo 92 CC, que establece 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.

CUSTODIA COMPARTIDA. EN SUPUESTOS DE DESACUERDO

La adopción por la custodia compartida, cuando la disolución de la unión, sea matrimonial o extramatrimonial, discurre por el cauce contencioso (no dándose los supuestos de exclusión regulados en el apartado 7 del artículo 92 CC) queda condicionada a la concurrencia de determinadas circunstancias básicas que debidamente ponderadas aconsejen la adopción del régimen custodio compartido como único garantista y protector del interés del menor,... *fundamentándola en que sólo de esta forma se protege el interés del menor* ... previo informe favorable del Ministerio Fiscal.

En la práctica forense actual esto ya es un serio obstáculo, en la medida en que refleja, en no pocas ocasiones, cómo los padres pierden la perspectiva del interés del menor utilizando al niño, como con acierto lo valora y califica la experta en derecho de familia Gloria OLIVER, de «eficaz rehén», lo que a su juicio se da en situaciones de conflictividad, con ánimo de por su medio imponer castigo al contrario o para lograr el beneficio económico que reporta la pensión alimenticia y el uso del domicilio que se adjudica con la atribución de la guarda y custodia simple a uno solo de los padres, teatralizando una abnegada dedicación a los hijos y situando al otro progenitor con la carga de tener que probar que ha sido padre/madre y no mero espectador/a en la vida de los menores, situación que ante el juez quiebra la posibilidad y opción por un régimen custodio compartido ante la inoperancia de requisitos básicos que

hace adecuado y eficaz dicho régimen, requisitos tales como los ya mencionados, bajo nivel de conflicto entre los progenitores, buena cooperación y comunicación entre ellos pero sobre todo madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles como padres, guiados siempre en buscar la mejor opción en beneficio del menor.

La Sentencia de la AP de Las Palmas (Sec. 5.^a) de 14 de abril de 2003 valoraba adecuadamente la exteriorización de estas conductas en su actuación procesal, dando satisfacción en la Sentencia de la actitud de las partes, que se desprendían de sus escritos forenses y de la prueba practicada «... un auténtico deseo de que la hija tuviera el mejor cuidado en su desarrollo de su persona, sin que de las actuaciones se desprendiera el pernicioso ánimo combativo (y, a veces, vengativo) entre progenitores que en tantas ocasiones los Tribunales tenemos que contemplar y que tanto perjuicio ocasiona a los hijos que se ven inmersos, sin culpa alguna por su parte, en esos conflictos puramente personales, y en los que son utilizados sin escrúpulos como municiones para disparar a la parte contraria».

Para que en supuestos de disenso, aún ausentes del interés desviado y de conflictividad en relación a los hijos, pueda acordarse a instancia de una de las partes la custodia compartida, se deben dar circunstancias o **razones de última opción**, criterio que además deberá ser coincidente con el del Ministerio Fiscal y así resulta de la certeza normativa, al exigir el previo informe favorable del Ministerio Fiscal junto al razonamiento judicial de que la resolución acordando la custodia compartida se fundamente **en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor**.

Se resuelve legislativamente en el apartado 8, aparentemente, en razón del interés superior del menor, –principio *favor filii*–, reconocido en los Tratados y Resoluciones de las Organizaciones internacionales, y que se proclama en la Declaración de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 y, sigue con la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, la Resolución A3-011722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, y que se protege constitucionalmente en el artículo 39.2 de nuestra Carta Magna, al establecer la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, y en el apartado 3 del citado precepto, en el que se establece la obligación de los padres de prestar asistencia a los hijos, idea básica que recoge la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y que de nuevo inspira y está presente como en otros muchos preceptos del Código Civil en la Ley 15/2005, de 18 de julio, que lo proclama de nuevo.

Sin embargo, al configurarlo legalmente como de última opción, puede producir el efecto contrario, esto es, que se desproteja el interés del menor. Pues no sólo para la conquista judicial de la custodia compartida habrá que luchar contra los inconvenientes de este régimen, que de por sí se configura como excepcional (invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro, continuo peregrinaje de los hijos de un hogar a otro...) sino que legislativamente se le añade un **plus**, al quedar normativizado no sólo como excepcional, sino lo que es más grave, al menos procesalmente hablando, como subsidiario y último. Lo que coloca al operador jurídico ante una construcción jurídica y de reflejo probatorio, dirigida no tanto a justificar, como sería razonable, el bienestar del menor con este régimen, sino de que sólo es posible su bienestar y su adecuada protección con la opción de guardia compartida, lo cual, a mi modesto entender, es una meta de difícil, por no decir con más franqueza, de imposible consecución.

No se estima, en consecuencia, que puedan resultar válidos en su planteamiento los criterios de exclusión de uno u otro progenitor, por cuanto, de seguir esta pauta, demérito de uno u otro, este mismo argumento que les colocaría en situación de inidoneidad como monocustodios, les excluiría como candidatos para poder optar a la custodia compartida.

La dificultad resulta extrema para su establecimiento judicial (cuando fracasa la madurez de los progenitores para convenirla), pues precisa no sólo de un razonamiento coherentemente argumentado y probatoriamente solidificado, que permita lograr la convicción judicial para la guarda jurídica conjunta, por concurrir en ella los atributos de mejor opción para la adecuada protección de los intereses del menor, sino ante la mera oposición del otro, la condición **última y única en la adecuada protección del interés del menor**, es como una suerte o especie de *rara avis*, más virtual que real, por su imposibilidad solutiva judicial.

Criterio excepcional residual y subsidiario jurisdiccionalmente aplicado por los Tribunales de Familia, del que deja reflejo la Sentencia núm. 646/2006 de la AP de Zaragoza (Sec. 4.^a) de 14 de noviembre de 2006, al decir que «el interés del menor no se representa como el parámetro único que defina la custodia compartida, sino que hará falta algo más: **que sea la única forma** de proteger adecuadamente aquel interés».

Criterio jurisprudencial y legal, que puede pugnar contra el mejor interés del menor, *mejor interés del menor*, que fue definido con acierto, desde el punto de vista psicológico, por la *American Psychological Association* en 1994, atendiendo a las necesidades del menor, la capacidad de sus padres y el ajuste final entre ambas, lo que requiere: a) una evaluación de las capacidades de los padres que incluye conocimientos, atributos, destrezas y habilidades disponibles o la carencia de las mismas; b) una valoración del funcionamiento y necesidades psicológicas de cada niño, así como de sus deseos siempre que proceda, y c) una evaluación de la habilidad funcional de cada padre para satisfacer estas necesidades que incluye un análisis de la interacción entre cada adulto y el menor. Criterios que, en cuanto responden al beneficio y bienestar del menor, son los únicos que deberían entrar en juego aun en situaciones de desacuerdo.

Contrariamente, al no condicionar sólo la decisión al interés del menor, como único y exclusivo norte en la decisión judicial para otorgar la custodia compartida disensual, sino dejarla además subordinada a dicho carácter residual de única forma y última opción, se tensiona el principio *favor fillii* que el propio precepto invoca y proclama.

Y con toda probabilidad la práctica judicial hará que dicha opción sea ilusoria y por tanto inalcanzable, lo que, no es fácil aventurar, provocará plantear habitualmente la petición de custodia compartida o periódicamente alternativa, cuando de los padres se trate, como subsidiaria a la atribución en su favor de la guarda única, y de no atribuirse (en general, recordemos que estadísticamente algunos estudios sitúan en el 91'56 las atribuciones de guarda y custodia asignadas a las madres, y el restante 8'44% de atribuciones de custodia paterna, están fundadas en su práctica totalidad, más por un criterio de exclusión de la madre, que por las características positivas del padre) mucho menos, podrá aceptarse la subsidiaria custodia compartida, pues bastará la oposición del otro, para que coloque la decisión sobre la custodia compartida sujeta a la concurrencia de los requisitos de única y última opción, lo que la convierte ante el desacuerdo en ciertamente inalcanzable.

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

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

CONCLUSIONES DEL CURSO «LA VALORACIÓN DEL DAÑO EN LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA»

Madrid, 10 al 12 de septiembre de 2007
Consejo General del Poder Judicial. Formación continua

I. VALORACIÓN INTEGRAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

1. La complejidad de la violencia de género es consecuencia del profundo entramado cultural que a lo largo de la historia ha condicionado la posición de hombres y mujeres en la sociedad y sus relaciones, y se refleja en cada uno de los casos de violencia. Esta circunstancia hace que con frecuencia no exista una relación directa entre la manifestación del caso, entendida como resultado de una agresión denunciada, y la gravedad del mismo. Para poder conocer las circunstancias en que se encuentra la pareja y cómo la denuncia ha modificado esa situación y, en consecuencia, poder adoptar las medidas más adecuadas, es necesario llevar a cabo una valoración integral de la violencia de género.
2. Las Unidades de Valoración Integral de la Violencia de Género de los Institutos de Medicina Legal deben estar formadas por un equipo multidisciplinar formado por profesionales de la Medicina Forense, Psicología y Trabajo Social previamente especializados o formados en esta materia.
3. La valoración integral debe conllevar: Estudio de la mujer, menores y agresor. Valoración de las consecuencias en el plano físico y en el psicológico. Consideración del resultado de las agresiones puntuales y de la situación de violencia mantenida que genera el agresor.
4. Cada uno de estos elementos debe ser estudiado con el objeto de resolver los problemas que se presentan ante la Administración de Justicia, hecho que debe entenderse como una situación dinámica que se puede modificar conforme evolucione la instrucción del caso, y que, por lo tanto, debe hacer referencia tanto a las consecuencias derivadas de los hechos ocurridos con anterioridad a la denuncia, como a las distintas posibilidades que científicamente puedan establecerse en términos de probabilidad, y muy especialmente a la situación de riesgo de nuevas agresiones.
5. La protección más eficaz de las víctimas se sustenta en una valoración integral del caso sobre las referencias apuntadas.

II. GENERALES

6. Se considera conveniente, sin perjuicio de la reserva de jurisdicción que pesa sobre la materia y para reforzar la seguridad jurídica, el establecimiento de un baremo, orientativo y específico, distinto del que regula la valoración del daño derivado del uso de vehículos de

motor, que incorpore las distintas manifestaciones del daño que puede producirse en estos delitos, muy especialmente el alcance del sufrimiento psíquico.

7. Se considera necesaria la asistencia forense urgente en todos los casos de agresiones sexuales, para lo cual habrá que procurar que acuda al hospital o centro médico en que se encuentre la víctima en todos los supuestos en que el Juzgado en funciones de guardia o el Juzgado de Violencia sobre la Mujer tenga conocimiento de la presunta agresión, con independencia de que la víctima haya presentado o no la denuncia escrita.

8. Se considera necesaria la formación inicial y continuada en perspectiva de género para todos los profesionales que trabajan esta materia: fuerzas y cuerpos de seguridad, personal médico de atención primaria, abogados/as del turno de oficio, miembros de los equipos psicosociales, funcionarios judiciales, personal judicial, de Fiscalía y médicos/as forenses. La formación deberá ser homogénea y posibilitar el intercambio de perspectivas y conocimientos de los diferentes profesionales.

9. Se considera necesario que las declaraciones de los/as menores se realicen en dependencias adecuadas de los Juzgados, huyendo de escenarios intimidantes, por profesionales especializados/as y con intervención del/a juez/a, fiscal, abogado/as y secretario/a judicial; dichas declaraciones, si son captadas por medios audiovisuales y recogidas con las referidas garantías, pueden permitir su generalización como prueba preconstituida, minimizando los efectos de una nueva victimización en aquéllos/as.

10. Se considera que los juicios rápidos no resultan idóneos para el enjuiciamiento de la violencia –física o psíquica– habitual, pareciendo las diligencias previas cauce procedimental más adecuado para introducir en las actuaciones las diligencias de investigación e informes oportunos. Ello es perfectamente compatible con una instrucción diligente que permita un enjuiciamiento de los hechos sin dilaciones.

11. Resulta imprescindible contar con unidades de valoración forense integral o equipos multidisciplinarios en todos y cada uno de los JVM, al objeto de que éstos cuenten con la asistencia técnica precisa para el desempeño de su función.

12. Dado que la tutela judicial efectiva pasa por garantizar la efectividad de los diferentes preceptos que resultan de aplicación en este ámbito (artículos 109 y siguientes del Código Penal), los jueces y juezas que instruyan un delito de violencia de género deberán acordar, siempre que no exista la renuncia de la víctima al resarcimiento de las consecuencias del delito, las diligencias oportunas en aras a obtener la información patrimonial suficiente sobre la persona que aparece como responsable de aquél que permitan la efectividad del pronunciamiento en materia de responsabilidad civil que pueda efectuarse. Éste deberá comprender todas las manifestaciones del daño y no sólo respecto a quien aparece como primera víctima directa sino respecto a todos los perjudicados.

13. Se considera buena práctica, en los supuestos de mujeres inmigrantes en situación irregular que hayan formulado denuncia por violencia de género, a las que no se conceda orden de protección, interesar informe del Ministerio Fiscal sobre la existencia de indicios de que aquéllas son víctimas de violencia de género, cuando la denuncia aparezca fundada, al objeto de procurar evitar la culminación del expediente de expulsión que incrementa innecesariamente el daño.

III. EXTREMOS RELACIONADOS CON LA ACTUACIÓN PROCESAL DE LAS VÍCTIMAS

14. Conviene conocer con base en datos fiables los motivos por los que las víctimas retiran su denuncia y las expectativas que tienen respecto al sistema penal. A tal efecto, resultaría de gran utilidad la realización de estudios que permitieran avanzar en el conocimiento de tales extremos.
15. Para evitar un desencuentro entre las expectativas de las víctimas y la tramitación del proceso penal resulta necesario garantizar la efectividad del derecho a la información y asesoramiento de las perjudicadas, a través de la asistencia jurídica prevista en la Ley. En este sentido, se entiende necesaria la efectividad de la referida asistencia jurídica en el momento de interponer la denuncia, pero también potenciarla en la fase previa a la interposición de la denuncia.
16. Se deberá garantizar la posibilidad de atención psicológica a las víctimas desde la interposición de la denuncia y su posterior tratamiento, siempre que sea necesaria y aquéllas presten su conformidad. Y ello con independencia, además, de que pueda incorporarse como prueba mediante la testifical o pericial oportunas.
17. Es conveniente actualizar las Instrucciones efectuadas por el CGPJ sobre buenas prácticas judiciales para evitar la victimización secundaria.
18. Es necesario que los órganos jurisdiccionales dispongan de medios para realizar de forma sencilla la derivación de las víctimas –tanto presuntas como reconocidas– desde el procedimiento a otras instancias en las que de forma profesional se les atienda y asesore para que encuentren la forma adecuada de solucionar el conflicto personal y su recuperación integral. La atención y asesoramiento debería realizarse bajo una misma estructura que integre todos los servicios de atención y asistencia forense, Unidades de Valoración Forense Integral, Equipos Psicosociales, Oficinas de Atención a las Víctimas y Puntos de Encuentro, a través de Protocolos que puedan establecerse, evitando la víctima-estigmatización y delimitando claramente las funciones correspondientes a cada institución o a cada ámbito.
19. La atención psicológica, social, etc., que pudieran precisar las víctimas no debe condicionarse a la existencia de denuncia y a la continuación del trámite penal con la colaboración de ésta, ya que la instrucción y enjuiciamiento de los ilícitos penales se rigen por la legislación y principios jurídicos aplicables con total independencia de la actuación de otras instancias extrajudiciales, no pudiendo tampoco aquéllos condicionar el trabajo y eficacia de éstas.

IV. SOBRE LOS NUEVOS INSTRUMENTOS DE VALORACIÓN DEL RIESGO

20. La valoración del riesgo debe hacerse con instrumentos validados y por profesionales formados y entrenados en la utilización de dichos instrumentos y en la interpretación del resultado.
21. La situación actual revela que estamos en una etapa de búsqueda de solidez de los instrumentos que intentan objetivar un pronóstico sobre conductas agresivas, en orden a prevenir el daño sobre las víctimas, situación compleja dado que la evaluación del riesgo tiene que responder a la complejidad de la conducta que se pretende prever.

22. Dentro de esta complejidad, además, hay que tener en consideración los factores predictores y los determinantes situacionales que pueden modificar la valoración realizada al presentarse en momentos posteriores a la misma.

23. El instrumento que empieza a utilizarse en la actualidad (Valoración policial del riesgo: VPR) debe entenderse como un procedimiento de uso policial dirigido a la adopción de medidas de seguridad policiales a favor de la víctima basadas en las circunstancias constatadas en ese momento de la investigación. La utilización de dicha información en sede judicial debe ser considerada como parte del atestado, debiendo contar jueces y juezas con medios suficientes para poder contrastarla con informes periciales realizados en las Unidades de Valoración Forense Integral en todos los casos que se considere necesario.

V. SOBRE EL LLAMADO SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

24. El Síndrome de Alienación Parental (SAP) no es una categoría diagnóstica clínica, ni en Medicina ni en Psicología, por lo cual debe entenderse como descripción de una situación caracterizada por una serie de síntomas y conductas que no se corresponden con una causa única.

25. La conducta de rechazo de los menores al padre tras una separación puede deberse a diferentes causas, algunas de ellas nacidas tras la propia ruptura mientras que otras pueden deberse a factores previos a la quiebra de las relaciones afectivas que abocan en la separación. Identificar todas estas circunstancias como SAP parte de una concepción estereotipada de base cultural de los roles de hombres y mujeres, y conlleva cargar de intencionalidad y acción a supuestas conductas de la madre para enfrentar a sus hijos e hijas al padre, que sólo se identifican por una sintomatología que, como hemos apuntado, habitualmente no se debe a estas conductas maternas.

26. En este sentido, cuando un menor o una menor presenta una conducta de rechazo al padre al poco tiempo de la separación, es prácticamente imposible que se deba a una manipulación por terceras personas. Los lazos afectivos establecidos en una relación paterno-filial no se pueden romper a través de una manipulación de la realidad sin base objetiva. Esta posibilidad conllevaría un tiempo muy prolongado y una actitud en ese sentido continuada, circunstancias que darían lugar a sintomatología añadida que sería fácilmente identificable.

27. La conclusión diagnóstica de SAP no es aplicable cuando ha existido una situación de violencia de género, al haber sido los hijos y las hijas de esa relación víctimas y testigos de la violencia. En estas circunstancias, mientras persiste la relación, los menores desarrollan conductas de adaptación a través de conductas de evitación y de alianzas con el foco de la violencia, pero cuando ésta finaliza con la separación y perciben la seguridad de la distancia, desarrollan un rechazo de la violencia que se traduce en animadversión al causante de la misma, sin que exista ninguna intervención de la madre. No se debe aceptar que se utilice el SAP para deslegitimar denuncias por violencia de género o por abuso sexual.

28. En los casos en que se aprecie problemas de relación y rechazo de los hijos y las hijas hacia el padre, la primera aproximación desde el punto de vista científico debe ser descartar situaciones de violencia y abordarlos como un problema de adaptación o de relación del menor o de su entorno familiar, y no como una patología. Desde esta perspectiva, el aborda-

je terapéutico debe centrarse en el empleo de técnicas de mediación, no coactivas y basadas en la manipulación intencionada de la madre.

29. Todas estas manifestaciones abundan en la necesidad de llevar a cabo una valoración integral, y de integrar los diferentes recursos en un servicio único que permita coordinar las actuaciones profesionales científico-técnicas bajo unos mismos protocolos y criterios, de manera que todos los equipos médicos y psicosociales (fundamentalmente las UVIVG, equipos psicosociales de familia y menores, oficinas de asistencia y ayuda a las víctimas y puntos de encuentro familiares) compartan la misma información y puedan completar y complementar los estudios realizados desde cada uno de los recursos.

VI. SOBRE OTRAS MANIFESTACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO NO INCLUIDAS EN LA LEY INTEGRAL

30. La violencia contra las mujeres es la manifestación más brutal de la discriminación contra las mujeres por el mero hecho de serlo. No sólo se produce en el ámbito de las relaciones de afectividad sino en otros ámbitos, como en el ámbito laboral y en la vida social, ámbitos estos no incluidos en la Ley Integral. La expresa regulación de algunas de estas manifestaciones por el legislador español, como la violencia que se produce en el ámbito laboral, a través de las figuras de los acosos sexual y por razón de sexo, que incorpora a nuestro ordenamiento la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mayo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se ha producido tardíamente. Ello permite concluir, además, que no existe en nuestra legislación un plan realmente universal que enfoque jurídicamente la violencia de género.

VII. SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

31. La violencia tiene sus raíces más profundas en la lenta y sólida construcción de la desigualdad como pilar fundamental de la cultura. Para ello ha sido necesario un triple elemento, por un lado, establecer una división antitética entre hombres y mujeres con una jerarquización en la que la figura «hombre» aparece con más valor que la de «mujer»; por otro, supeditar lo femenino a lo masculino, y, en tercer lugar, establecer una estrecha cohesión grupal entre los hombres (lo que tradicionalmente desde la antropología se ha llamado fraternidad) como elemento identitario y en contraste con lo referente a las mujeres.

32. Estos primeros pasos en la modificación del orden social establecido históricamente y la introducción de nuevas referencias, como la meritocracia, llevan a una desnaturalización de la jerarquía y momentos de cierta desorientación por la coexistencia de referencias antes enfrentadas.

33. El feminismo ha propiciado una evolución cultural como parte del desarrollo social que ha cuestionado al patriarcado y ha permitido que vaya quedando atrás. Es en estas circunstancias cuando la perspectiva de la distancia permite caracterizarlo, pero también cuando quienes están instalados en él más se resisten a ser superados.

CONCLUSIONES DEL COLOQUIO EUROPEO SOBRE MEDIACIÓN

LA MEDIACIÓN: ALGO INEVITABLE E IMPRESCINDIBLE

Gracia Morales y Ana Cobos (Foro por la Justicia) nos ofrecen las conclusiones del Coloquio Europeo sobre Mediación Intrajudicial celebrado en Valencia los días 16 y 17 de noviembre de 2007 y que ha servido de presentación de la Sección Española de GEMME.

Magnífico coloquio, cuya *alma mater* se debe sin duda alguna a personas como Pascual Ortuño, Isabel Tomás y Mercedes Caso, para comprobar cómo la Mediación en Europa en general, y en España en particular, es ya algo, en palabras pronunciadas con motivo de la clausura, por el Vicepresidente de Gemme Europa Excmo. Sr. Jaime Octavio Cardona «inevitable e imprescindible». Participación también de varios jueces de países latinoamericanos, para participar las diversas experiencias de mediación intrajudicial que allí se está realizando, así como juristas, mediadores, profesionales de la psicología o el trabajo social, básicamente implicados en la resolución alternativa de litigios desde el trabajo que se realiza en los tribunales de justicia.

Es de destacar la participación en los debates de los colegios profesionales valencianos que colaboran, de alguna forma, con la tarea de la Administración de Justicia, destacando los de Abogados, Procuradores, Psicólogos y Trabajadores Sociales.

También importante aportación al mundo de la mediación las Cámaras de Comercio, en el entorno de empresas y organizaciones profesionales, destacando no sólo la correspondiente a la Ciudad de Valencia, sino la importante presencia de Mercedes Tarrazón, por la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, y gran impulsora del proyecto GEMME en Europa.

Las sesiones del viernes, día 16 de noviembre, se centraron en las experiencias de mediación intrajudicial en el Estado español, introduciendo las sesiones Justino Zapatero (Fiscal y gran impulsor de la mediación intrajudicial penal).

Destacar la incorporación al Foro por la Justicia de una de las Magistradas que han llevado a cabo un interesante programa de mediación penal en Jaén, María Fernanda García Pérez, quien hizo una muy brillante exposición, muy articulada en protocolo de actuación y metodología, de las experiencias llevadas a cabo en su juzgado y cuya presencia en la Comisión será muy positiva para impulsar el conocimiento y práctica de la mediación penal.

Hasta la fecha existen Programas de Mediación intrajudicial en Madrid (donde están incorporados ocho Juzgados de Familia), Barcelona (incorporados la mayoría de los Juzgados de Familia, aunque es el núm. 18, dirigido por Isabel Tomás, quien más número de mediaciones está consiguiendo), Sevilla, Málaga y Palma de Mallorca.

Se pidió una Ley de Mediación estatal porque de esta forma avanzaríamos de forma plena en la mediación intrajudicial.

La intervención de Fernando Paulino Pereira, representante del Consejo de la Unión Europea, fue muy interesante, exponiendo cómo ha trabajado el Consejo en la Directiva Europea de Mediación, y que finalmente, puesto que los países miembros que tenían ya en marcha una ley de mediación estatal no estaban dispuestos a modificar sus leyes propias y por falta de consenso, se ha aprobado la Directiva Europea de Mediación únicamente para

procedimientos transfronterizos (las partes habrán de vivir en países europeos diferentes –aunque ambos sean españoles, por ejemplo–, el domicilio tiene que estar fijado en países diferentes de la UE).

A la vista de esta situación, se hace mucho más importante la preparación de una Ley de Mediación estatal que dé un contenido jurídico a las acciones que hasta ahora se están llevando a cabo por diferentes instituciones y administraciones.

Sesiones sábado 17.

1. Experiencias de Mediación Intrajudicial en América Latina

– República de Chile. Intervino Alda Lagos Alarcón. Mediadora.

La Ley 19.368 que creó los Juzgados de Familia, posibilitó el desarrollo e implantación de la Mediación Intrajudicial. En los nuevos tribunales de familia, todas las materias pueden ser derivadas a mediación, excepto las referentes, como norma general, al estado civil de las personas, maltrato de niños, violencia y las cuestiones relativas a procedimientos de adopción.

Los servicios de mediación se ubican anexos a los tribunales, pero externos del Poder Judicial, tienen carácter multidisciplinar. Se gestionan a través del Departamento de Mediación dependiente del Ministerio de Justicia, que habilita el Registro de éste.

Los mediadores son seleccionados por un sistema de licitación, y los servicios se retribuyen en función de un valor para cada causa, fijado por Ley. Actualmente en el Parlamento un proyecto relativo a cuestiones tales como el valor legal de los acuerdos obtenidos, que deben siempre de constar en acta, y otras cuestiones referentes a la mediación se encuentra en trámite: derecho de pensión de alimentos, relaciones padres-hijos y como trámite previo a la tramitación judicial de la causa.

– República de México. Estela C. García Carvajal. Coordinadora estatal de medios alternativos de Veracruz.

Los distintos estados que componen la República, tienen diversos servicios de gestión de conflictos, cuyo funcionamiento y estructura es competencia de cada estado, centrándose la intervención de la ponente tan sólo en comentar aspectos relativos del centro de resolución de conflictos de Veracruz.

Existen servicios de mediación privados, también se ofertan los servicios a través de los ayuntamientos, trabajándose en coordinación. Se proyecta crear una Comisión Nacional de Mediación, para supervisar y controlar los servicios que se ofertan al ciudadano.

«No hay caminos para la paz, sino la paz es el camino.»

– República de Perú. Alicia Gómez Carvajal. Jefa de Control de la Magistratura de la Corte Suprema de Justicia de Lima.

En Perú no se puede precisar Mediación en sentido estricto, sino que tradicionalmente hubo conciliación. Desde la Constitución de 1823, se prevén las conciliaciones por los jueces de paz, como requisitos de procedibilidad. También se prevé en leyes civiles y de procedimiento.

La vigente Constitución de 1993 no lo prevé constitucionalmente, pero se mantiene la Ley de Jueces de Paz.

Ley de 1997, que posibilita la conciliación extrajudicial, conciliación también en procesos civiles, en cualquier fase del proceso. Esta Ley fue recibida con muchas expectativas, pero encontró reticencias en los abogados. Establece dicha norma que cualquier persona puede ser conciliador, a través de un curso rápido.

Funciona bien la conciliación laboral, que siempre había existido, tanto para conflictos individuales como para los colectivos. Las materias son civil, laboral, penal, excepto en materia de separación si ya hay sentencia.

Es decir, en el campo laboral, la conciliación tendría 3 variantes: judicial, extrajudicial y administrativa. En familia, los conciliadores tradicionalmente eran los jueces de paz, con un alto porcentaje de éxito, cercano al 80% por razones obvias del conocimiento y prestigio del juez de paz en zonas o pueblos pequeños.

También se desarrolló un sistema de conciliación en el área de la salud entre entidades privadas y usuarios.

Conciliación en Cámaras de Comercio: Funciona con enorme éxito la Cámara de Comercio de Lima, con centros de conciliación y arbitraje en materia empresarial y de negocios.

2. Mediación y función jurisdiccional en Europa. Experiencias en las distintas secciones nacionales de GEMME

La participación de las intervenciones de las secciones de los distintos países, fue magníficamente conducida por la Secretaria General de GEMME Europa, Beatrice Blonhor-Brenneur, y pone de manifiesto la riqueza y diversidad de la práctica de la metodología en los distintos países.

– Alemania: El interviniente, juez de profesión, destacó que muchas veces ha modificado su papel como juez, adecuándolo a cada situación. La formación jurídica tradicional se orienta al fondo jurídico: no se enseñan técnicas de resolución de conflictos, además la carga de trabajo del tribunal está dominada por el factor tiempo, y los aspectos emocionales, ocupan tiempo.

En Europa se remiten conflictos a mediación por varios factores: idoneidad para resolver, descargar trabajo a los tribunales y economía del gasto.

No existe una norma expresa para que el juez invite o proponga acudir a mediación, puede hacerlo, invitar a las partes, pero sin insistir demasiado en ello. No lo prohíbe, además el juez no puede negar el derecho de parte a su autonomía y libertad.

Incluso si la parte le pregunta ¿qué mediador me recomienda? No existe una formación reglada por Ley, pero el juez debe comprobar la capacitación técnica del mediador que proponga, por eso es bueno conocerlos personalmente para recomendar el más adecuado para que las partes en conflicto elijan. Aquí existe obligación de velar por que el servicio sea prestado por los mejores, y por tanto, en calidad.

Si la Mediación fracasa, el proceso continúa.

Los acuerdos de Mediación son homologables ante notarios o por el Tribunal, pudiendo disponer las partes sólo de sus intereses particulares, debiendo el juez velar por los intereses del menor y oponerse a lo que le perjudique, no homologando el acuerdo en este caso.

Conclusión: Es deseable potenciar la autonomía de las personas para la gestión de sus conflictos, sin miedo a ello, a transigir.

– Italia: Al igual que ocurrió en la mayoría de los países, el inicio de la mediación fue en los temas de familia, los tribunales reenviaban a mediación a través de los peritos judiciales.

Después pasó a otros temas civiles y comerciales, debido a la obligación de las Cámaras de Comercio de introducir mediación y arbitraje. Esto con desigual éxito en las diferentes zonas del país, destacando con gran desarrollo las Cámaras de Florencia, Bolonia.

Hay una nueva legislación en materia mercantil y, por primera vez en Italia, legislación en temas de Familia. Se faculta al juez para suspender el proceso.

Destaca el Proyecto Piloto de Milán, desde hace dos años, para reunir y coordinar a las instituciones públicas y privadas en el proyecto de la mediación, ello a iniciativa del Tribunal de Casación de Milán: en principio, un grupo que se reunía informalmente para debatir, después vendría la iniciativa para informar y formar abogados, juez, y concienciar a la ciudadanía. Posteriormente, fase más avanzada: promoción del estudio de la metodología e introducción de cláusulas en los contratos civiles y mercantiles porque las Cámaras de Comercio forman parte del proyecto, así hasta casi diez participantes en este proyecto. Dentro de unos dos meses, se dará una nueva fase: dentro del palacio de Justicia de Milán, un Centro de Servicios para informar y poder remitir a sesión informativa como paso inicial para desarrollar el sistema.

– Inglaterra: El participante en la ponencia, juez polémico y audaz, atreviéndose incluso a condenar en sus sentencias a quien no aceptaba acudir a mediación:

Se puede considerar como muy innovadora la práctica de esta metodología, que hasta los años 90, sólo se reconocía en temas familiares y conflictos en temas sindicales. Actualmente, está a la vanguardia del sistema jurídico. Tanto por lo que supone de creatividad judicial como de procedimiento y contenido de las sentencias dictadas.

Son razones para ello tanto los altos costes del litigio que afronta quien pierde, como la ambigüedad de la ley siendo el resultado del pleito imprevisible, si bien no existe en este tema financiación pública (abogados de oficio), pero se considera importante reducir los daños en las relaciones, también la carga de los jueces.

No se acepta el arbitraje como metodología alternativa, además es caro.

La mediación se importa de EEUU; importante para su promoción convencer a abogados y jueces para aceptar el sistema, que hoy está muy implantado: se ha modificado la percepción hacia el sistema, y los abogados la consideran muy gratificante.

Destaca la necesidad de formación específica, tanto para jueces como abogados. Que será asignatura en los programas formativos, si bien los jueces no pueden ser mediadores, se reserva a mediadores formados y fuera de los tribunales.

Los tribunales han adoptado algunas resoluciones condenando y obligando a quienes se niegan a acudir a mediación, con pago de costas.

En la práctica contractual, se introducen cláusulas para acudir a mediación en casos de controversias, y ello es ejecutable.

– Bélgica: Experiencia Piloto del Tribunal de 2.^a Instancia de Amberes.

La Ley de Mediación Familiar ha sido reemplazada por una Ley de Mediación Civil, más amplia, y desde 2005 también en materia penal.

La mediación, siguiendo las líneas de la Directiva Europea, prevé la suspensión y la prescripción. Puede ser judicial o extrajudicial y los acuerdos pueden ser homologados o no. Se creó una Comisión Federal de Mediación con lista de mediadores oficiales, que puede incluso consultarse en Web, actualmente se está desarrollando un código deontológico.

En materia penal, se puede proponer por el Ministerio Fiscal a la parte condenada, pero el daño ha de ser reparado previamente. La Ley prevé la extinción de la acción pública, no sólo la civil.

Tanto en sistema penal como civil, el juez puede aconsejar acudir a mediación y no puede ser mediador. Algunas diferencias a reseñar entre los dos sistemas: en la ley penal se define la mediación pero no en la civil; la mediación penal es competencia del Fiscal General y la civil de los Magistrados. Existe Comisión de Mediación en ambos sistemas.

Después del Proyecto Piloto de Amberes, se decide que los Magistrados no pueden ni deben ser mediadores.

Destacar también una Ley que regula la Mediación en asuntos de deudas y señalar que la Conciliación se regula en el Código de Procedimiento Civil y viene a ser como el principio de la mediación.

– Suiza: La mediación llegó a Suiza a través de Canadá, pero como GEMME se creó en el contexto de la UE, se modificaron los estatutos para integrar a Suiza y Noruega.

Implementación de la mediación civil, modificando la percepción de todos como una nueva cultura, construcción de una justicia plural, siendo ello tarea de la universidad.

Lo esencial, para el ponente, después de 30 años como juez y 5 como mediador, empieza en la escuela. Enseñar a gestionar el conflicto desde niños, aspirar a la paz y hacer la paz desde uno mismo.

Importante la formación de la Magistratura para darla a conocer, e incluso, muy válido utilizar los instrumentos de la mediación desde la conciliación. Magistratura de «negociación-mediación-conciliación» que estará presente en todas las jurisdicciones.

Existe una Guía Práctica de Mediación Civil, redactada por la Comisión Estatal, que se entrega a las partes si lo piden con el listado de mediadores.

Se desarrollan programas Piloto en la universidad, así mismo en la esfera de la economía privada se introducen cláusulas de mediación en las empresas.

Destacó la idea de los Desayunos de Mediación, encuentros mensuales con jueces y abogados.

Suiza ha tomado los ejemplos de Francia y Bélgica en la Carta de Mediación.

Conclusión: Tenacidad, tenacidad, tenacidad.

– Portugal: Destaca el Proyecto de Mediación Penal, presentado desde la magistratura de la Corte de apelación de Oporto. Ley 20/2007.

En este campo, con exclusión de delitos referentes a la libertad sexual, será el Ministerio Fiscal quien designará al mediador y determinará la suspensión y los plazos. Necesidad de consentimiento de víctima e infractor. El acuerdo de reparación se plasma por escrito, y si se respetan los requisitos legales, el ministerio público retira la denuncia. Si se incumplen, el denunciante en plazo de un mes puede volver a presentar denuncia.

Sólo puede ser mediador penal quien está en lista reconocida y homologada por el Ministerio de Justicia.

Esta ley, tan reciente, todavía está en fase experimental.

Importante, el juez está apartado del proceso de mediación penal.

– Francia: Marco legal: Ley 1995, al amparo de la cual se han desarrollado experiencias.

Destacar las experiencias llevadas a cabo en la Cámara de lo Social de Grenoble, con alto porcentaje de acuerdos, de unos 1.000 casos, aproximadamente unos 700 acuerdos de mediación.

Experiencias en el campo de la familia, en temas de arrendamientos, todas ellas referidas por la juez exponente. Cuando no sea posible la mediación, se puede conciliar, que por otro lado es obligatoria, se invita a las partes a reunirse con un conciliador.

– Grecia: Todavía en una fase incipiente, hay una norma de derecho procesal, pero no ha florecido por reticencias de jueces y abogados a su aplicación.

Desde la óptica de las sociedades mercantiles, éstas establecieron un centro de mediación: se ha preparado un reglamento de funcionamiento y normas deontológicas en línea con la Directiva Europea.

Es fundamental la información y la formación.

El Colegio de Abogados de Tesalónica ha presentado esta forma alternativa de resolución de conflictos.

Centro Helénico de Mediación: La tarea principal es conseguir un cambio de mentalidad y hacer llegar la formación a los abogados.

Tras las distintas intervenciones, ricas y diferentes en matices pero con un hilo conductor común en la necesidad de la implantación de la metodología en línea con la Directiva Europea, se clausuró el acto por las distintas autoridades, destacando las palabras de la nueva presidenta, Mercedes Caso Señal, así como la exposición por Concepción Sáez del trabajo que se realiza desde el Centro de Estudios Jurídicos en cuanto a la elaboración de Textos para regular la mediación civil y penal y su consulta a grupo de expertos, que harán que España esté en primera línea en implantación de la metodología de la mediación en aras de una nueva visión de las relaciones, la justicia y la consecución de la paz social.

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

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2007

19,02 euros/día o 570,60 euros/mes.

ÍNDICE DE PRECIOS DE CONSUMO (DATOS INTERANUALES)

Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiem.	Octubre	Noviem.	Diciem.
1982	14,5	14,8	13,6	14,0	15,1	16,1	15,3	14,7	14,0	13,8	13,2	14,0
1983	13,6	13,3	12,8	12,9	11,8	11,3	10,3	11,0	11,8	12,2	13,0	12,2
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

**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

Es claro que en modo alguno la patria potestad puede ser ejercida por quien está privado actualmente de libertad, y por ello, es lo procedente acordar que el ejercicio exclusivo de ésta lo sea en favor de la madre.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2007.

En los supuestos de controversia en el ejercicio de la potestad parental, no cabe la interposición de recurso alguno contra la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional *a quo*, ni siquiera el de apelación.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 6 de septiembre de 2007.

Es de concluir en la procedencia de decretar que el ejercicio de la patria potestad de los hijos corresponderá de forma exclusiva a la madre, ya que tal pretensión no fue siquiera contradicha por el demandado, quien se encuentra en situación de rebeldía procesal e incomparecido en ambas instancias.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 5 de septiembre de 2007.

La convivencia entre los litigantes se interrumpe a los tres meses del nacimiento de la menor. A partir de ese momento el padre biológico se ha desentendido por completo de la hija, evidenciando un total y absoluto desinterés tanto en el trato afectivo y personal, no manteniendo contacto alguno con ella, ni en régimen de visitas ni mediante comunicación telefónica, como en cuantos aspectos se relacionen con la manutención o educación. En esta situación procede la privación de la patria potestad.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 4 de julio de 2007.

Privación de la patria potestad tras dictarse sentencia condenando al padre por un delito de maltrato.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 3 de julio de 2007.

GUARDA Y CUSTODIA

Falta el presupuesto procesal exigido por el artículo 92.8 del Código Civil, a saber, el informe favorable del Ministerio Fiscal, para poder acordar la custodia compartida. El menor reside con su madre desde que se produjo la separación de hecho y por ello procede otorgarle la custodia.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

Las partes pactaron la custodia compartida en el convenio de separación, sin embargo, el informe practicado por el SATAV hace constar la conflictividad existente entre las partes que hace imposible encontrar un punto común, no siendo ninguno de ellos consciente de su responsabilidad ni de la gravedad de las consecuencias de sus actos sobre sus hijos, además los dos priorizan sus necesidades sobre las de éstos. Estamos con el Ministerio Fiscal en que la guarda y custodia debe ser atribuida a la madre.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2007.

La vinculación afectiva existe mucho más completa con la madre, la cual, además, ha preservado la figura paterna a pesar de haber tenido el padre la guarda y custodia, lo que no puede decirse de éste, que ha demostrado su falta de capacidad para preservar a los niños de la figura materna, lo que puede conllevar que los niños reciban mensajes diferentes y contradictorios entre lo que el padre les transmite y sus vivencias cuando están con la madre, ocasionándoles confusión que, sin duda, han de perturbar su equilibrio emocional.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2007.

El cambio de la custodia al padre no aparece en este momento como lo más beneficioso para el menor –tras dos años de inexistencia de contacto paterno– filial, aunque sea como consecuencia del comportamiento reprochable del otro progenitor–, sin perjuicio, que se tomen las medidas necesarias para que el padre pueda contactar con su hijo y quede garantizado el derecho de visita que tiene para con él.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 6 de septiembre de 2007.

Se atribuye la custodia al padre dado que la conveniencia en el cambio ha sido reconocida incluso por la hermana y por el padre de la demandada, señalando también el informe psicosocial que la madre no ejerce correctamente el cuidado de los niños, añadiendo finalmente que son falsas las imputaciones dirigidas contra el padre acerca de las sospechas de alcoholismo.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de julio de 2007.

A pesar de que se mantiene el reparto de tiempo de convivencia que se fijó en el juzgado y que permite que los hijos pasen todos los días seis horas y media con la madre, repartiéndose entre ambos progenitores los fines de semana y vacaciones, la Audiencia revoca la sentencia del juzgado y no concede la custodia compartida.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 2 de julio de 2007.

RÉGIMEN DE VISITAS

La incomunicación temporal de la hija con el padre no constituye, por sí solo, motivo para suspender el derecho recíproco de ambos, sino, por el contrario, para propiciar, si bien de modo paulatino y progresivo las visitas.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2007.

El artículo 103.1.ª contempla la posibilidad de que por el Juzgado se prohíba la salida del menor del territorio nacional, pero para que se adopte esta decisión es necesario que se acredite que existe riesgo de sustracción del hijo por alguno de sus progenitores o por terceras personas.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2007.

Se desestima la petición del padre de reducir el período de vacaciones a diez días por razones de su actividad laboral en dicho período.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2007.

En modo alguno se ha demostrado que la distribución del verano por períodos quincenales a cada progenitor haya resultado perjudicial para la menor ni tampoco perjudicial para los ascendientes, dado que éstos pueden disfrutar de su hija durante idéntico período de tiempo, lo cual no sucedería si se atendiera a la petición del demandante, pues, al haber quedado acreditado en las actuaciones que ambos progenitores sólo pueden efectuar sus vacaciones estivales en el mes de agosto.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 4 de septiembre de 2007.

Teniendo en cuenta la edad de la menor, próxima a cumplir los cuatro años de edad, no existe motivo alguno para restringir el régimen de visitas y, en su caso, impedir la pernocta del padre con la hija, pues se ha de tener en consideración que cualquier anomalía en el comportamiento del padre, que pueda redundar negativamente en la hija, por la situación de drogodependencia, según se dice, puede tener lugar en cualquier momento del fin de semana, y no solamente por la noche.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 26 de junio de 2007.

Teniendo en cuenta que en las actuaciones penales se ha dictado el sobreseimiento libre y el archivo de éstas hay que concluir que no queda probado que exista ningún tipo de abuso por parte del padre, siendo procedente, en consecuencia, al alzar la suspensión, si bien, dada la falta de relación paterno-filial, se considera prudente establecer un régimen de visitas restrictivo que se desarrolle durante dos horas los domingos alternos en el punto de encuentro más cercano a su domicilio y bajo la directa supervisión y control de los profesionales adscritos a este centro.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de junio de 2007.

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

En materia de uso del domicilio familiar se ha producido una efectiva alteración sustancial de circunstancias, quedando debidamente acreditada en autos la falta de ocupación de la vivienda familiar por los beneficiarios del uso, y ello con carácter permanente y no circunstancial, lo que de hecho viene a ser reconocido por la propia recurrente que alude a sus nuevas circunstancias laborales, por la distancia mediante entre la vivienda y el centro de trabajo, así como a las necesidades escolares de los menores.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

Extinción de la atribución del uso dado que los hijos son mayores de edad y sólo acuden a visitar a su madre uno o dos días en semana, siendo indiferente que alguna noche pernocten en la vivienda.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

El artículo 96 del CC no impide que otros inmuebles de los que sean titulares los cónyuges se atribuyan a uno u otro para su administración. Así lo prevé expresamente el artículo 103.4.ª sobre entrega de bienes comunes y administración de éstos, la falta de regulación judicial de su administración y uso puede provocar situaciones de conflicto entre ellos, en los que prevalecería, no el ordenamiento jurídico en los términos recogidos en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, sino factores de prevalencia física o psicológica de uno respecto del otro.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2007.

No se justifica el derecho de uso exclusivo de la vivienda en favor de la actora, por el mero hecho de continuar residiendo en ésta una de las hijas mayores, pues no consta que sea dependiente de los progenitores, por cuanto que no se ha reconocido el derecho a los alimentos en esta litis matrimonial. Es lo procedente otorgar con carácter alternativo el derecho de uso de la vivienda a ambos progenitores, por años, comenzando la esposa, computándose dichos períodos a partir de la presente resolución.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2007.

La sentencia atribuye el uso de la vivienda a la madre y al hijo que con ella convive por el término de 18 meses; al abandonarla el padre abonará 30.000 euros para sufragar la adquisición de mobiliario y ajuar del nuevo domicilio, cuyo arrendamiento viene a determinar su alquiler en la suma de 1.200 euros mensuales.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2007.

En contraprestación al uso que se atribuye al esposo y en tanto en cuanto no se proceda a la liquidación del régimen económico del matrimonio, aquél satisfará de su peculio exclusivo la amortización del préstamo hipotecario, sin posibilidad de incluir tales sumas como crédito contra la sociedad de gananciales.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de julio de 2007.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El acceso de la madre al mundo laboral es una circunstancia de obvia previsión, dada su edad y capacidad laboral, que pudo y debió tenerse en cuenta a la hora de cuantificar la pensión alimenticia de los hijos, por lo que la actual percepción de ingresos de la madre, cuyo salario es inferior al del padre y no implica una alteración sustancial de fortuna, ni incide negativamente en la cuantificación de la contribución paterna.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

No se acuerda el aumento de la pensión alimenticia ya que el incremento de los gastos escolares era previsible tras la finalización de la subvención escolar.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

Los uniformes y prendas deportivas, gastos de material escolar y la generalidad de excursiones y clases extraescolares no responden al concepto doctrinal de gastos extraordinarios.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2007.

Si bien debe evitarse la desigualdad entre todos los descendientes, el nacimiento de otro hijo no es una circunstancia que *per se* determine de forma automática la reducción de la pensión alimenticia fijada para los anteriores, pues, una vez sopesado tal nacimiento, debe apreciarse si la situación económica del alimentante permite soportar la carga impuesta sin menoscabo de los derechos de esta nueva hija.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2007.

La carencia o falta de puesto de trabajo actual de la madre obedece a una decisión personal y voluntaria siendo de destacar por otra parte que adquirió, con posterioridad a su separación, bienes inmuebles que, sin duda, evidencian una capacidad y recursos que le permiten el abono de la pensión que ahora se discute.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2007.

Los gastos de «educación» se pactaron como extraordinarios, y aunque en puridad no lo sean —artículo 259 del Código de Familia—, como afirma el apelante, la realidad es que los propios progenitores convinieron de forma expresa y, dado que las actividades extraescolares son, obviamente, gastos de educación, habrán de ser satisfechas por mitad.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 5 de septiembre de 2007.

Se acuerda la extinción de la pensión alimenticia pues la situación de necesidad ha sido creada deliberadamente por el propio alimentista al cesar voluntariamente en la relación laboral que venía desarrollando con el pretexto de continuar sus estudios.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de julio de 2007.

La falta de aplicación a sus estudios por parte de la actora, que cuenta con 27 años de edad, es tan evidente que un simple examen de su expediente personal demuestra una notoria falta de interés por los estudios cursados; durante seis años sólo hay aprobado 5 asignaturas, todo ello demuestra que no puede reclamar ayuda para sus estudios quien no está dispuesta a estudiar, pues sin tal requisito pierde el derecho que le brinda la Ley.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 12 de julio de 2007.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Extinción de la pensión compensatoria al haberse acreditado que la esposa tiene un empleo estable aunque sea a tiempo parcial no advirtiéndose ningún impedimento para que preste servicios a jornada completa.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

Nulidad de la sentencia de la Audiencia Provincial que eliminó del fallo de la sentencia de instancia la causa de extinción de la pensión compensatoria consistente en que la esposa encontrase un trabajo, ya que dicha sentencia sólo fue recurrida por el esposo que cuestionaba tanto la cuantía como la temporalización.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 204/2007, de 24 de septiembre.

Contando ambos cónyuges con ingresos propios de sus receptivos trabajos, no hay motivos para estimar que el divorcio haya de producir desequilibrio económico en ninguno de ellos, por lo que no es de aplicación el artículo 97 del CC.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2007.

Si al fijarse la pensión compensatoria en el procedimiento de separación nada se dijo en torno a la temporalidad y ésta se estableció a expensas de las futuras alteraciones en la situación personal de la interesada, por lo que dada la actual ausencia de recursos de la esposa no cabe sino mantener en este punto dicha pensión.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 septiembre de 2007.

Es claro que la esposa y el tercero mantienen una convivencia a modo de matrimonio, continuada en el tiempo, con proyección de futuro, compartiendo aspectos, no solamente personales, sino también materiales y económicos, por lo que se concluye que existe causa de extinción de la pensión compensatoria, que deberá operar con efectos desde la fecha de la interposición de la demanda.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 6 de septiembre de 2007.

Los tribunales suelen fijar entre un 35 o un 40% de los ingresos para el cálculo de la pensión compensatoria. Los datos que han de pesar decisivamente para determinar el más alto de ambos son, claro es, los años de convivencia, el hecho de que siempre los ingresos de la unidad familiar provinieron del trabajo del esposo y la edad actual de la apelante —68 años—.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de julio de 2007.

CUESTIONES PROCESALES

Es temeraria la conducta de la demandante, que en tan corto espacio de tiempo desde que se tramitó el procedimiento de separación, solicita ahora la privación de la patria potestad cuando en aquel momento interesó que ésta fuese compartida. Por ello, es procedente la condena en costas.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2007.

Competencia del Juzgado de Violencia para conocer del procedimiento de divorcio habida cuenta que se ha dictado sentencia condenatoria en vía penal y aún no se ha extinguido la responsabilidad penal.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 26 de julio de 2007.

Competencia de los juzgados y tribunales españoles para conocer de la demanda de separación interpuesta por la esposa en nuestro país, al tener ésta nacionalidad española y llevar residiendo en España más de seis meses, siendo indiferente que el último domicilio estuviese en Suecia y que allí tenga su residencia el esposo, al ser aplicable el artículo 3 del Reglamento 2201/2003 del Consejo de Europa.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 26 de julio de 2007.

Aunque no coinciden los juzgadores de la instancia que dispusieron la vista y las audiencias de los menores, la Juzgadora de la 1.ª instancia que finalmente resolvió pudo conocer el resultado de aquella vista oral a través del visionado de la grabación efectuada en el juicio oral, teniendo por ello pleno y cabal conocimiento de cuanto acaeció en dicho acto, por lo que resolvió con objetividad e imparcialidad sobre los extremos cuestionados, razones todas que determinan en este punto el rechazo de la nulidad de actuaciones.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de julio de 2007.

Admisión del recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas, siempre y cuando aquel procedimiento se haya iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 17 de julio de 2007.

Si en el escrito de contestación a la demanda no se solicitó la custodia, no puede introducirse esta petición en el escrito interponiendo el recurso de apelación.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 3 de julio de 2007.

Como al tiempo de recepción de los autos civiles por el Juzgado de Violencia ya se había dictado auto de sobreseimiento que, notificado a las partes no lo recurrieron, el Juzgado de Familia será el competente para el conocimiento del procedimiento de fijación de medidas paterno-filiales.

AP Salamanca, Sec. 1.ª, Auto de 27 de junio de 2007.

CONVENIO REGULADOR

Desestimada la acción interpuesta por el ex esposo a fin de que la ex esposa cumpla la obligación que asumió en el convenio regulador cuando aceptó la donación del esposo y que consistía en transmitir a título gratuito la vivienda familiar a favor de las hijas menores si dejaban de habitarla, ya que realmente en el convenio no hubo una donación sino una permuta con bienes de la esposa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2007.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Si al fijarse la pensión alimenticia se indicó que se abonaría mientras los hijos convivan con la madre y no tengan ingresos suficientes para llevar una vida independiente, estando trabajando la hija se acuerda dejar sin efecto la ejecución, no siendo necesario acudir a un procedimiento de modificación de medidas.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 27 de septiembre de 2007.

Existencia de sumisión tácita para determinar la competencia en la tramitación de un procedimiento de exequátur, dado que la parte demandada no ha planteado en forma la declinatoria y en el escrito presentado se limitó a realizar los alegatos que estimó pertinentes sobre la petición deducida de contrario.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de septiembre de 2007.

La teoría de los actos propios es aplicable a la conducta elegida por el propio recurrente, quien alega criterios de compensación, o pago en exceso, en razón de la convivencia de los hijos con aquél, si bien olvida que dichos pagos fueron voluntarios, asumidos sin condición ni reserva alguna, no obstante la situación familiar nueva que se producía, al comenzar la convivencia los hijos con el recurrente, de manera que no es posible ahora reclamar aquello que se abonó de manera voluntaria.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de septiembre de 2007.

No es momento procesal el acto de la vista para solicitar la ampliación de la ejecución, y menos si se tiene en cuenta que no ha existido a dicho acto el ejecutado, ni su defensa ni representación, lo que determina la vulneración del principio de contradicción en el proceso civil, de la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de septiembre de 2007.

Se deja sin efecto la ejecución despachada y se estima que existe abuso de derecho al reclamar la madre las pensiones alimenticias de los últimos 15 años cuando los hijos, ya mayores de edad, son independientes económicamente.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 19 de septiembre de 2007.

Teniendo en cuenta que en el acto del interrogatorio la madre justifica la falta de comunicación con el padre en razón de la voluntad de las hijas, se acuerda que continúe la ejecución ya que la madre deberá propiciar las pautas y los presupuestos personales y familiares necesarios que permitan el efectivo cumplimiento del régimen de visitas.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 18 de septiembre de 2007.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Aunque los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales modificando el régimen económico de gananciales a separación de bienes, se declara que los capítulos matrimoniales fueron simulados habiéndose regido siempre el matrimonio por el régimen de gananciales, por lo que debían incluirse en la liquidación los dos inmuebles adquiridos por la esposa durante el período en que formalmente rigió el régimen de separación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de octubre de 2007.

Desestimación de la acción de anulabilidad de la venta de un bien ganancial interpuesta por la esposa al haber transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2007.

La deuda contraída por un cónyuge en el ejercicio del comercio al que se dedica con conocimiento y sin oposición de su consorte, tiene carácter ganancial y por tanto de ésta deben responder los bienes gananciales, aunque se hayan atribuido a la esposa con ocasión de la liquidación de la sociedad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2007.

A efectos de cuantificar los rendimientos del taxi se descarta el certificado de la Asociación de Auto-Taxi de Madrid, dado su carácter genérico, debiendo acogerse el resultado de la prueba pericial que se ha practicado en autos.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 27 de septiembre de 2007.

Carácter privativo de la parcela adquirida por la esposa al constar en la escritura pública que la adquirió con dinero privativo, habiendo comparecido también el esposo ante el notario quien aseveró que el dinero era privativo.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

Carácter privativo de la vivienda construida con dinero privativo sobre un solar perteneciente a la esposa, sin perjuicio de que se reconozca algún crédito de la sociedad de gananciales si se acredita la inversión de bienes gananciales.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

Inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales al acreedor existente en el momento del otorgamiento, aunque aún no se hubiese dictado sentencia firme en el procedimiento que aquél interpuso contra el esposo. Como el acreedor pidió la inoponibilidad de las capitulaciones y no su nulidad, ni su rescisión por fraude, no concurre la excepción de prescripción.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2007.

Desestimada la solicitud de indemnización de daños y perjuicios efectuada por el ex esposo contra la ex esposa por no haber podido hacer uso de los inmuebles que se atribuyó en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2007.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Inadmisión del recurso de amparo interpuesto por la madre biológica al no considerarse vulnerado ningún precepto constitucional en el auto de aclaración que, si bien confirma dejar sin efecto la resolución de desamparo, mantiene la misma situación personal del menor bajo acogimiento al no haberse entrado en el fondo del asunto toda vez que la declaración de desamparo se dejó sin efecto por aspectos meramente formales.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Auto de 24 de septiembre de 2007.

La existencia de un acta de conformidad de la madre biológica de la menor, quien autoriza que la hija se traslade a España delegando la guarda y custodia de la niña a los adoptantes y dando su consentimiento irrevocable para la adopción, no supone que se haya constituido un

acogimiento preadoptivo ni tampoco una situación legal de tutela, por lo que es imprescindible la intervención de la autoridad administrativa.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 18 de septiembre de 2007.

No ha lugar a fijar régimen de visitas ya que el menor no conoce a los padres biológicos, sus únicas figuras parentales de referencia son los padres acogedores, no existe vinculación afectiva alguna entre los padres biológicos y el menor, por lo que tal y como se indica en el informe técnico, la incorporación de los padres en la vida del menor interferiría en su estabilidad cognitiva emocional y comportamental.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2007.

La madre biológica padece un deterioro físico considerable al ser portadora de VIH, no teniendo conciencia de la gravedad de su enfermedad, por lo que no observa el adecuado tratamiento médico, a lo que se une su desadaptación social, carencias afectivas y pobre funcionamiento cognitivo, por lo que no ofrece garantías ni perspectivas de estabilidad socioafectiva para el menor. Procede en consecuencia declararla incurso en causa de privación de la patria potestad.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2007.

De la prueba practicada se colige, con fuerza de evidencia, tanto la imposibilidad del padre, como del tío paterno del menor, de atender y cuidar de forma adecuada al hijo del primero –ingresado en prisión por la comisión de un delito de robo con intimidación a las personas–, cuanto que se encuentra totalmente integrado en una familia acogedora desde que tenía los 10 meses de vida, contando en la actualidad con 3 años y medio de edad y que su padre –que ahora pide su guarda y custodia–, hace más de 3 años que ni siquiera ha visto al niño.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 4 de septiembre de 2007.

FILIACIÓN

El documento en el que consta la declaración de dos personas en relación con la impugnación de la paternidad es más que suficiente para admitir a trámite la demanda de filiación.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 20 de septiembre de 2007.

Anulación de las sentencias que declaraban la paternidad al haberse fundando en la negativa a la práctica de la prueba biológica cuando dicha prueba no fue admitida formalmente.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 177/2007, de 23 de julio.

Nos encontramos con que se plantea la infracción de las normas relativas a la prueba de filiación. Así planteado el recurso, resulta que la vía utilizada por el recurrente no es el cauce de impugnación adecuado para denunciar tales infracciones, habida cuenta que se refiere a cuestiones procesales, que exceden del ámbito estricto del recurso de casación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 3 de julio de 2007.

UNIONES DE HECHO

Declaración de la existencia de una unión de hecho entre los convivientes durante los años que precedieron al posterior matrimonio que dio lugar a una comunidad de bienes que después se convirtió en una sociedad de gananciales que debe ser liquidada.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de septiembre de 2007.

Se considera común la vivienda familiar en la que residió la pareja de hecho durante la convivencia, y al haberse acreditado que la conviviente aportó determinadas sumas de dinero que se destinaron a la ampliación y mejora del inmueble, se acuerda que el conviviente abone a aquélla el 50% del valor de ésta. Al no haberse acreditado la legislación alemana se aplica la ley española.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de julio de 2007.

Se han producido actos inequívocos que permiten concluir, sin lugar a dudas, en la aceptación de la competencia de los Tribunales del Estado miembro de la nueva residencia del menor, para conocer de la cuestión de fondo, sobre responsabilidad parental, planteada por la madre del menor, en fecha anterior a aquella otra demanda interpuesta por el recurrente en España.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 3 de julio de 2007.

No entiende el Tribunal Supremo que exista interés casacional respecto a la valoración que se hace en la sentencia recurrida de las necesidades del alimentante y del alimentista.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 19 de junio de 2007.

CUESTIONES PENALES

Se condena por una falta de desobediencia leve a la madre que incumplió el régimen de visitas al no dejar que el menor pasase la tarde con el padre, no sirviendo de excusa que esa tarde la madre llevase al menor al pediatra.

AP Madrid, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2007.

Se condena a la madre por una falta de incumplimiento del régimen de visitas del artículo 618.2 del CP ya que el derecho de visitas no puede verse vulnerado porque un niño de 4 años de edad se niegue a irse con el padre, debiendo la madre, como progenitor custodio, potenciar esos contactos, hacerlos atractivos para el menor y fomentar el contacto con el padre.

AP Madrid, Sec. 16.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

Se absuelve a la esposa, casada en régimen de separación de bienes, del delito de apropiación indebida por la que venía acusada por llevarse una parte del mobiliario ya que no hubo ánimo apropiatorio.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2007.

Se condena a la madre como autora de una falta del artículo 618.2 CP careciendo de eficacia la alegación de que el niño no quiere ver a su padre, ya que, aparte de no constar tal oposición del menor el concreto día de autos, el régimen de visitas no puede quedar al capricho del menor y no dispensa a la madre de su obligación de entregarlo. Incumplimiento que es absolutamente voluntario pues consta en autos la certificación del Punto de Encuentro Familiar en la que se indica que «la madre se opone a dicha entrega y no facilita la entrada del menor en el centro».

AP Madrid, Sec. 16.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2007.

La Jurisprudencia de esta Sala, para la validez de la declaración de la víctima, ha exigido –sin ánimo exclusivo ni excluyente– requisitos tales como: a) ausencia de incredulidad subjetiva, con exclusión esencialmente de todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza; b) verosimilitud, en cuanto que todas las corroboraciones periféricas abonen por la realidad del hecho, y c) persistencia y firmeza del testimonio. Análisis del maltrato habitual y no habitual.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2007.

No admisión del recurso de amparo interpuesto por una persona que fue condenada por un delito de maltrato doméstico al haberse presentado fuera de plazo. La notificación hecha al representante procesal de la parte surte plenos efectos y determina la fecha de inicio del cómputo del plazo para la interposición del recurso de amparo, con independencia de la existencia o no de notificación personal al interesado y del momento en que ésta se produzca.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 197/2007, de 11 de septiembre.

CUESTIONES REGISTRALES

Inscripción del derecho de uso atribuido al esposo respecto de la vivienda que adquirió la esposa con posterioridad a dictarse la sentencia que atribuyó tal uso y que anteriormente se encontraba inscrita a nombre del INVIFAS.

DGRN, Resolución de 19 de septiembre de 2007.

No se inscribe la adopción constituida en Brasil ya que cuando se constituyó ésta los adoptantes estaban domiciliados en España y por tanto era necesario que contasen con la declaración de idoneidad del adoptante otorgada por la entidad pública competente.

DGRN, Resolución de 17 de septiembre de 2007.

Se deniega la inscripción de un Auto judicial recaído en procedimiento de ejecución de sentencia dictada en juicio de testamentaria, por el que se adjudica en subasta una finca, dándose la circunstancia de que ésta figura en el Registro inscrita a favor de unos cónyuges ya fallecidos, no constando que en el respectivo procedimiento los titulares de derechos inscritos que resulten afectados hayan tenido la intervención prevista por las leyes para su defensa.

DGRN, Resolución de 19 de julio de 2007.

Improcedencia de la inscripción del derecho de uso atribuido a la esposa, en un matrimonio sin hijos, al ser ella la titular registral del inmueble.

DGRN, Resolución de 6 de julio de 2007.

Denegación de la inscripción de un mandamiento de embargo expedido por la Tesorería de la Seguridad Social respecto a una finca privativa del esposo por deudas generadas por la esposa, ya que la sola afirmación del Recaudador de que la deuda es ganancial no es suficiente, siendo necesario una declaración judicial de ganancialidad de la deuda.

DGRN, Resolución de 5 de julio de 2007.

SUCESIONES

La donación efectuada por la causante a una hija es un bien colacionable sin que la prescripción adquisitiva alegada por la demandada (por haber poseído el inmueble durante más de treinta años) pueda amparar el desequilibrio de los herederos forzosos en punto a su derecho legítimo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de octubre de 2007.

Los hechos probados revelan la absoluta falta de voluntad de la enferma anciana para tomar decisiones de cualquier clase, tanto en el orden personal, como familiar o social, y nunca, desde luego, para otorgar libremente negocios jurídicos en un momento de su vida indudablemente confuso y penoso. Por tanto procede declarar la nulidad del testamento otorgado por ella ante Notario.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2007.

Aunque con carácter general, para determinar el haber hereditario, es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales, en el presente caso, al concurrir todos los herederos tanto del padre como de la madre, se dispensa de dicho trámite al resultar innecesario para entregar al legatario el bien inmueble legado.

DGRN, Resolución de 1 de octubre de 2007.

La donación de inmuebles ha de formalizarse en escritura pública como requisito *ad solemnitatem* y por tanto, la donación que aparentemente se efectuó en un documento privado carece de toda validez, no pudiendo obligarse a los herederos a transmitir la finca objeto de aquélla.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2007.

Los derechos sucesorios del hijo no matrimonial de progenitor fallecido antes de la vigencia de la Constitución se rigen por la legislación vigente en el momento de la apertura de la sucesión.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de julio de 2007

OTRAS CUESTIONES

El Tribunal Supremo autoriza por primera vez el cambio de nombre y de sexo en el Registro Civil a un transexual no intervenido quirúrgicamente que llevaba reclamando ese derecho desde 2001. La Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en vigor desde marzo de 2007, ya reconoce este derecho, pero la solicitante ha sido la primera persona en beneficiarse de esta ley con carácter retroactivo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2007.

Corresponde al Juzgado del lugar en que radique el Centro donde se haya producido el internamiento, la competencia para la ratificación de la medida, si bien dadas las características del caso examinado y habiéndose producido con anterioridad la declaración de incapacidad y el acuerdo relativo a la autorización para el internamiento por el Juzgado de Valdemoro, deberá ser este Juzgado, en aplicación de lo dispuesto en el número 4 del artículo 763 de la LEC, quien recabe la información periódica a la que se refiere el citado precepto.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 14 de septiembre de 2007.

Fijación de la indemnización del artículo 41 de CF. El incremento patrimonial puede por tanto fijarse en los 1.932.742 euros de patrimonio inmobiliario y los 196.474 euros del mobiliario y demás, es decir, 2.129.215 euros. Y no pudiéndose aplicar la teoría de la dedicación a la casa por sólo medio día, pues ello es contrario a la doctrina del TSJC, aplicando el baremo de esta Sala en casos similares del 20% del total incremento patrimonial, nos da la cantidad de 425.843 euros, suma en la que fijamos la indemnización que se examina.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2007.

Centrada la presente apelación en la determinación de la persona adecuada para el desempeño del cargo de tutor de la declarada incapaz, es de concluir que la persona más idónea para el ejercicio de la tutela es una fundación privada sin ánimo de lucro, ya que el padre, aparte de su muy avanzada edad, últimamente, coincidiendo con la relación sentimental que mantiene con una mujer de nacionalidad argentina, a quien ha realizado incluso un poder general, que abarca también la comparecencia ante los Tribunales, se ha despreocupado bastante de su hija, que se halla ingresada, con carácter permanente, en un Centro de enfermos mentales Profundos.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 4 de septiembre de 2007.

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.

