Revista de Derecho de familia

DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia

núm. 36

julio-septiembre 2007

Director:

**Antonio Javier
Pérez Martín**

Sumario

Presentación	3
Índice	5
Estudios Doctrinales	21
Jurisprudencia	89
Resoluciones de la DGRN	227
Sección Práctica	245
Tribuna Abierta	257
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	275
Avances Jurisprudenciales	285

editorial

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 consecuyente 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.

El intento de acuerdo con la intervención del Juez

El artículo 771 de la LEC impone obligatoriamente a los Jueces que en la comparecencia para la adopción de medidas provisionales «intenten» el acuerdo entre los cónyuges. Obviamente aunque el artículo citado está en sede de medidas provisionales lo que pretende el legislador –dado lo insustancial de la acción principal de divorcio y separación– es que se llegue a un acuerdo final y el procedimiento se tramite de forma consensual. Teniendo en cuenta la materia en la que nos encontramos, es posible que la intervención del Juez pueda poner fin a la negociación que antes del procedimiento llevaron a cabo los letrados de las partes y que no pudo finalizar en la suscripción de un convenio regulador. Lo que no queda claro en la ley es qué puede hacer el Juez o hasta dónde puede llegar para convencer a los cónyuges a fin de alcanzar un acuerdo.

En la mayoría de los procedimientos contenciosos de separación o divorcio la cuestión controvertida es el tema económico, ya sea la cuantía de las pensiones alimenticias o compensatorias o en otros casos su propia procedencia. ¿Cómo puede el Juez intentar el acuerdo en estos casos? ¿Puede comentar que la cuantía que se solicita en la demanda es excesiva o que es ridícula la que se ofrece en el escrito de contestación? ¿Puede indicar que en el caso es o no procedente la fijación de una pensión compensatoria?

Nos consta que en la práctica, en muchos Juzgados, la comparecencia de medidas se inicia en el despacho del Juez sin cámaras de grabación y que en un gran número de casos se consigue un acuerdo. Pero también existen muchos letrados que no aprueban esta práctica y manifiestan que en ocasiones se han visto forzados a alcanzar un acuerdo. Con ocasión de los incidentes surgidos a raíz de la polémica resolución del Juzgado de Familia de Murcia se ha puesto de manifiesto la existencia de quejas ante el Consejo General del Poder Judicial por la forma en que se conseguían algunos acuerdos en este juzgado. En relación con esta cuestión se publicaba en EL PAIS un artículo en el que se recogían los comentarios de varios letrados: «en su ansia por evitar el juicio fuerza acuerdos que muchas veces se hacen imposibles de cumplir», «ahora lo que hace es coaccionar a las partes para que se pongan de acuerdo», «Si una parte rechaza su propuesta amenaza con que ésta será la sentencia tras la vista y que, además, a esto se pueden añadir las costas del proceso». En el mismo artículo se daba cuenta de la queja presentada por un médico que se separó recientemente «éste asegura que el Juez le presionó en distintas ocasiones para alcanzar un acuerdo con su esposa, diciendo que, si iba a juicio, se atendería a las consecuencias».

No cabe duda que hablar de mediación judicial en la resolución del conflicto implica un cierto temor a que el Juez prejuzgue el asunto cuando aún no se ha practicado la prueba. Muchos litigantes piensan que si no se acepta el acuerdo propuesto, el Juez estará predisposto en el momento de dictar sentencia y favorecerá a la parte que asumió el acuerdo. Es decir, que el tribunal perdería su imparcialidad a la hora de enjuiciar los hechos.

Desde luego lo que no puede admitirse es que el Juez fuerce a las partes a concluir un acuerdo o les imponga el mismo puesto que ello vulneraría el principio dispositivo que rige el procedimiento civil por mucho que en materia de *ius cogens* o derecho necesario el Juez tenga libertad para acordar las medidas que considere que mejor protegen a los menores. Tampoco puede «amenazar» con una sentencia en un sentido determinado o con una condena en costas, entre otras cosas, porque el resultado del pleito no está únicamente en función de las alegaciones sino de las pruebas y a excepción de las documentales que se hayan presentado con los escritos iniciales, hasta ese momento, ninguna otra prueba se ha propuesto ni practicado.

La función del Juez creemos que debe estar encaminada a ilustrar a los cónyuges sobre el criterio que mantenga el Juzgado o la Audiencia Provincial en una determinada cuestión que es precisamente la que impide el acuerdo. Pensemos simplemente en una discusión sobre si la pernocta debe comenzar antes o después de que el hijo menor cumpla los tres años. En el tema económico, si las fuentes de ingresos de los progenitores no admiten ninguna duda, no existe obstáculo en que el juez pueda comentar a las partes el porcentaje que normalmente aplica para la fijación de la cuantía de la pensión. También puede el Juez poner sobre la mesa fórmulas intermedias, por ejemplo, ante peticiones individuales de custodia es posible una custodia compartida.

En cierta ocasión, un justiciable que fue parte en un procedimiento de familia, tras alcanzarse un acuerdo en medidas provisionales interpuso una querrela contra el Juez por entender que en lo acontecido concurrían acciones que serían constitutivas de infracciones penales. La Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso de apelación que se interpuso contra el auto del Juzgado de Instrucción que archivó la querrela sin practicar prueba alguna. «Alegó el querellante, en primer lugar, que la vista para la separación se desarrolló en su despacho no siendo grabada, señalando la Audiencia Provincial que se trataría, en su caso, de un defecto formal sin relevancia penal alguna. En segundo lugar, que el querellante fue exhortado por el Juez para que aceptase las condiciones que le ponía su esposa; tal conducta tampoco supone la comisión de infracción penal alguna, de hecho, el actual artículo 771.2 de la LEC, al regular la comparecencia para la adopción de medidas provisionales previas a la demanda de separación, divorcio o nulidad establece que el Juez citará a las partes a comparecencia e intentará el acuerdo entre las mismas. Por tanto, de ser cierta la alegación del apelante, de que el Juez le exhortó a que aceptase el acuerdo, no supone ningún ilícito penal ni integraría el delito de coacciones al no suponer ningún atentado contra la libertad del apelante. Valga de ejemplo lo dispuesto en el artículo 387 de la LECrim., respecto a los procesados a los que el Juez, según dice el texto, legal les exhortará a decir verdad, lo que en ningún caso debía entenderse, pues parece clara actualmente su contradicción con los artículos 17 y 24 CE (en concreto con el derecho a no declarar contra si mismo y a no declararse culpable), con la posibilidad del Juez de presionar al procesado o de atentar contra su libertad para obtener una declaración adecuada. Por último, señala el recurrente que el Juez le dijo que si iban a juicio podía ser peor; expresión que de haberse producido carece de relevancia penal y que tiene encaje en esa labor de mediación que se atribuye al Juez en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No se olvide además, como acertadamente señala el Juez, *a quo*, que el querellante en todo momento estuvo asistido de una Letrada, que según refiere, le aconsejó firmar el acuerdo. No resulta creíble ni verosímil que la Letrada le aconsejara su firma sino fuera porque consideraba adecuado el acuerdo que se le proponía».

ÍNDICE

ESTUDIOS DOCTRINALES

Derecho de familia y derecho fiscal: prestaciones económicas establecidas en los convenios y en la liquidación de gananciales.

Alfonso Polo Soriano

23

Matching y Función Pública autonómica en la Adopción Internacional: los «casos Berta».

Javier Pérez Milla

65

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

PATRIA POTESTAD

Lesiones sufridas por un chico de catorce años cuando jugaba con un amigo al mini golf al ser golpeado en situación de agachado por el palo accionado por el compañero al simular, o tratar de hacer, un golpe a la bola. Falta de responsabilidad de los padres del otro menor y de la entidad que gestiona el restaurante en cuyas instalaciones se halla ubicado el campo de mini golf.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 11 de octubre de 2006

91

La circunstancia de que la madre hubiese solicitado el auxilio de las instituciones públicas ante su impotencia para controlar a su hijo menor, no le exonera de responsabilidad por los actos cometidos por el hijo.

Tribunal supremo, Sala I.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2006

93

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No puede incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a favor de la esposa por el trabajo realizado en la farmacia ganancial dado que, vigente la sociedad de gananciales, las remuneraciones del trabajo de los cónyuges tienen carácter ganancial.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2006

95

Desestimación de la demanda interpuesta por la esposa que perseguía la nulidad de la compraventa concertada por el esposo respecto a un bien ganancial al poderse deducir el consentimiento tácito de aquélla.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2006

97

Liquidada la sociedad de gananciales y adjudicados una serie de bienes en pro indiviso a ambos cónyuges, no existe ningún obstáculo para que se inste la división de la cosa común exclusivamente respecto a uno de ellos.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2006

100

Desestimación de la tercería de dominio interpuesta por la *ex* esposa frente al embargo de la mitad de un bien perteneciente a la comunidad posganancial y que posteriormente se adjudicó a aquélla, por deudas contraídas por el *ex* esposo después de disolverse la sociedad de gananciales.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de octubre de 2006

102

Se desestima la inclusión de un premio de lotería que fue cobrado por una hija del matrimonio, ya que para que opere la presunción de ganancialidad es presupuesto inexcusable que quede probado que se trate de bienes existentes en el matrimonio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2006

104

Validez de la fianza prestada exclusivamente por el esposo –casado en régimen de gananciales– que era administrador único de la empresa, estando legitimada únicamente la esposa para pedir la anulabilidad de la fianza.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2006

107

Carácter privativo de la vivienda adquirida por el esposo antes de contraer matrimonio y abonada en parte (préstamo hipotecario) constante la sociedad de gananciales al ser aplicable el artículo 1396.1.º en su redacción anterior a la reforma de la Ley 11/1981.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de noviembre de 2006

108

Carácter privativo de unas acciones adquiridas por el esposo constante la sociedad de gananciales aunque las mismas se adquirieron con dinero ganancial, por confesión de privaticidad de la esposa y porque la compra se realizó con un préstamo que la sociedad de gananciales hizo al esposo, préstamo que figuraba en el activo de la sociedad en el momento de la liquidación por el importe actualizado del préstamo, no siendo procedente contabilizar el equivalente al valor de las acciones al tiempo de la liquidación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2006

111

La presunción de ganancialidad ha quedado desvirtuada al acreditarse que en la fecha de la compra del inmueble, simultáneamente el esposo vendió una vivienda privativa cuyo precio entregó para el pago de aquél, no pudiendo explicarse si no es por esta aportación que pudiese haberse comprado el inmueble litigioso.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2006

115

Disuelta pero no liquidada la sociedad de gananciales, uno de los cónyuges carece de legitimación activa para, en nombre propio y no en el de la comunidad posganancial, reclamar a un tercero una determinada cantidad en concepto de enriquecimiento injusto por la ocupación de un inmueble propiedad de aquélla.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2006

117

No existe falta de litisconsorcio pasivo necesario porque no se demande al esposo en el procedimiento en el que, en base a un contrato de arrendamiento de obra suscrito por la esposa, la empresa prestadora del servicio reclama el pago a ésta.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2006

119

No procede acceder a la rescisión por lesión en la liquidación de la sociedad de gananciales, habida cuenta que el actor ha acreditado que, cuando se adjudicó el negocio con la condición de hacer frente a las deudas que existían, pagó las mismas, desvirtuando la alegación efectuada por la parte reconviniente en el sentido de que no se han acreditado la existencia de deudas.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2006

121

UNIONES DE HECHO

Fijación de una indemnización por enriquecimiento injusto que se concreta en la pérdida de expectativas y abandono de la actividad en beneficio de un conviviente por la dedicación en beneficio del otro.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2006 **122**

La circunstancia de que un conviviente autorizase a otro a disponer sin limitación alguna de las sumas existentes en una cuenta bancaria de titularidad exclusiva no se considera como un dato que haga pensar en la existencia de una comunidad de pérdidas y ganancias entre ellos, ya que dicha autorización es en sí misma contraria a la idea de constituir un acervo común.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de octubre de 2006 **125**

SUCESIONES

Nulidad de la partición efectuada por contador-partidor testamentario al haberse realizado fuera de plazo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2006 **128**

La normativa aplicable a los derechos sucesorios del adoptado es la vigente en el momento de fallecimiento y, por tanto, bajo el régimen de la Ley de 1981, el adoptado en forma plena carece de derechos hereditarios respecto de su familia biológica.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2006 **132**

La sustitución fideicomisaria condicional a favor de los hijos y descendientes legítimos comprende a los adoptados plenamente según la Ley de 1981, aplicable en el momento en que se cumpla la condición.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2006 **136**

Donación. Revocación por ingratitud *ex* artículo 648.1.º del Código Civil. Apropiación de dinero por los esposos demandados. No es preciso que se trate de delito tipificado penalmente, sino conducta reprobable, acciones que pueden ser delictivas.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de diciembre de 2006 **140**

Validez del testamento ológrafo inserto en una tarjeta de visita y en una carta que la acompañaba remitidas por el testador desde Francia por correo urgente, dejando sin efecto el testamento notarial anterior.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2006 **142**

Nulidad, por simulación absoluta al no haber existido precio, de la compraventa efectuada por el padre a favor de la hija del segundo matrimonio al perjudicar a la legítima de los hijos del primer matrimonio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2006 **145**

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

No se decreta la nulidad del matrimonio ya que si bien la esposa era extranjera y se encontraba ilegalmente en nuestro país, existen signos evidentes de la existencia del consentimiento: período de noviazgo, reconocimiento del esposo de tres hijos de aquélla, dilatado período de convivencia normal, compra de un inmueble y de un vehículo en común.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 15 de febrero de 2007

148

PATRIA POTESTAD

Privación de la patria potestad dado que el padre no puede pretender ahora, de forma sorpresiva, una intervención decisiva en la vida de los hijos que apenas reconocerán en el recurrente la figura paterna, faltos por lo tanto de la necesaria conexión afectiva, y obligar a la madre que ha tenido que educar y hacer crecer a sus hijos con la ausencia del otro progenitor, a contar con éste para cuestiones que aquél desconoce absolutamente, en la crianza de los hijos.

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 1 de febrero de 2007

149

Se acuerda que la patria potestad respecto a la hija común sea ejercida exclusivamente por la madre ante la ausencia e imposibilidad del progenitor privado de libertad.

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

151

Aunque se atribuye a los abuelos la custodia de los menores no procede otorgarles las funciones de la patria potestad al no haberse acordado la privación de la misma a su madre.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2007

151

GUARDA Y CUSTODIA

La prueba traída a los autos refleja con la debida claridad la situación de riesgo en que el menor se encontraba cuando se confió a su padre la custodia. La madre tiende a una inhibición, dejación y permisividad con su hijo que va en perjuicio del mismo, ofreciendo el padre un estilo de características más integradoras.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2007

152

Atribución de la custodia compartida consistente en que los lunes y martes el menor estará con la madre, los miércoles y jueves con el padre y los fines de semana de forma alterna con cada uno de ellos, al igual que los períodos vacacionales, debiendo asumir cada uno de los progenitores la manutención durante el período que están con el menor.

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

153

Dados los antecedentes de drogodependencia se atribuye la custodia a la tía de la menor acordándose que la patria potestad se ejerza compartidamente por la tía y la madre.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 7 de marzo de 2007

156

No procede otorgar la custodia compartida ya que si bien las partes han sabido ir organizándose en el reparto del tiempo del menor, de manera que tres o cuatro tardes a la semana está con su padre y el resto de las tardes con su madre, no ha quedado acreditado que en otros temas, como el sistema económico, hayan podido llegar a acuerdos.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 8 de marzo de 2007

158

El que la madre haya impedido la relación paterno-filial no es causa para el cambio de custodia, puesto que el padre no solicitó dicho cambio y además ha quedado constatado el fuerte enfrentamiento existente entre los progenitores.

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

159

RÉGIMEN DE VISITAS

Fijación de un régimen de visitas restringido cuando inexplicablemente el padre, sin causa justificada, no mantiene relación con sus hijos.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 1 de febrero de 2007

160

Dado que la madre se ha trasladado de domicilio a una localidad con mayor población y más oportunidades laborales con el fin de buscar empleo y poder subvertir a sus necesidades económicas, lo que significa que no ha sido un traslado caprichoso, el lugar donde el padre debe recoger y entregar al hijo menor para ejercitar y cumplir el régimen de visitas es el domicilio en que reside la madre.

AP Zamora, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de febrero de 2007

161

Habiendo sido una decisión voluntaria de la madre el cambio de domicilio a una ciudad muy distante de donde estuvo el último domicilio familiar, se acuerda que ella asuma el 50% del costo del viaje del menor, no existiendo obstáculo para que el menor, de 7 años, viaje solo en avión.

AP Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2007

162

Es comprensible la preocupación que muestra la madre por el hecho de que el padre pueda llevarse a su hija fuera de España, al ser natural del estado de Israel donde vivió con la familia, pero debe tenerse en cuenta que actualmente vive con su mujer e hijos en España y que tiene un trabajo fijo, lo que minimiza dicho riesgo, siendo procedente la fijación del régimen de visitas y su desarrollo fuera del punto de encuentro.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2007

163

La sentencia de primera instancia ha pretendido adecuar a las circunstancias laborales del actor, que es guardia urbano, los períodos y horarios de comunicación de la niña con el mismo, y establece un sistema de preavisos y notificaciones de cambios de turnos en el servicio, que es criticado por ambos litigantes y que no se acepta por la Audiencia Provincial puesto que las medidas legislativas adoptadas para conciliar la vida familiar y laboral, deben ser hechas valer por los progenitores frente a sus empleadores.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2007

164

En cuanto al contacto telefónico diario que solicita el demandado, debe tenerse en cuenta la conflictividad existente entre las partes, de manera que parece más adecuado en este momento no autorizarlo, pues el amplio régimen de visitas fijado permite que las relaciones entre padre e hijas se afiance sin necesidad de la interferencia que implicarían las llamadas telefónicas diarias en la intimidad del hogar.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2007

166

En tanto dure la vigencia de la orden de alejamiento y el padre no pueda desplazarse al domicilio materno, la recogida y entrega de los menores será efectuada por una persona designada por la madre, tal como ha establecido la sentencia, y no por una persona elegida por el padre.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2007

166

VIVIENDA FAMILIAR

La atribución del uso de un vehículo no viene comprendida entre los efectos que deben establecerse en caso de nulidad, separación o divorcio.

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

167

Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar al quedar acreditado que la *ex* esposa convive maritalmente con un tercero en el mismo, no siendo obstáculo que el uso se atribuyera también al hijo que hoy cuenta con dieciséis años de edad.

AP Almería, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de marzo de 2007

167

Imposibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar ya que por voluntad de ambos cónyuges perdió el carácter de familiar y se halla en la actualidad en posesión de terceros de buena fe en base a un contrato de arrendamiento.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 20 de marzo de 2007

168

Los gastos ordinarios de la vivienda serán abonados por quien ostenta el uso de la misma (gastos ordinarios de comunidad de propietarios, agua, gas, electricidad, teléfono, etc.) y los gastos extraordinarios (impuestos como IBI, etc., y gastos de reparaciones extraordinarios) por el o los propietarios.

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

169

PENSIÓN ALIMENTICIA

Ha quedado demostrado que la hija ha venido desarrollando unos trabajos por los que cobraba lógicamente una retribución, si bien éstos tuvieron lugar de forma esporádica y no estable, con lo que obtiene un dinero extra, pero de ninguna manera ello puede ser considerado como haber logrado una independencia económica.

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

169

Consta acreditado que dejó sus estudios en 1.º de ESO y trabajó durante un período largo de tiempo, reconociendo que vivió de forma independiente de la madre al menos durante unos ocho meses, percibiendo durante ese tiempo un salario mayor a los emolumentos del padre, y si bien es cierto que en la actualidad se encuentra en situación de desempleo y convive con la madre, concurre causa para extinguir la pensión establecida en la sentencia de separación.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2007

170

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.

AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de febrero de 2007

171

Demanda interpuesta por los padres con la finalidad de fijar la cuantía de la pensión alimenticia del hijo que aún continúa residiendo en el domicilio familiar, y ello en base a la relación conflictiva que ambos padres mantienen con aquél.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de febrero de 2007 **171**

Habiéndose insertado el hijo en el mercado laboral, la circunstancia de que continúe con su formación no es motivo para que siga vigente la pensión alimenticia que se fijó en el procedimiento matrimonial.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 2 de marzo de 2007 **172**

Observando la tendencia del 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, procede fijar que la actualización anual de la pensión se efectuará conforme el IPC fijado por el INE para Cataluña.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 8 de marzo de 2007 **173**

No procede reducir la pensión alimenticia ya que el documento aportado con la demanda, referido a cuentas de resultados, ha sido confeccionado unilateralmente por el demandante, sin que demuestre, en forma unívoca, la situación económica de la empresa, la cual tan sólo puede ser analizada con el examen de los Libros de Comercio y Balances del ente social.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2007 **173**

Al faltar el consentimiento previo del padre respecto a los gastos extraordinarios se reduce la cuantía por la que se despachó ejecución.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 29 de marzo de 2007 **174**

PENSIÓN COMPENSATORIA

Fijación de un límite temporal de siete años para percibir la pensión compensatoria que se fijó sin límite alguno en el convenio regulador, teniendo en cuenta que ambos trabajan y el matrimonio se prolongó sólo durante siete años.

AP León, Sec. 3.ª, Sentencia de 1 de febrero de 2007 **175**

La pensión compensatoria se establece en 1/3 de los ingresos netos del esposo, esto es, 1.300 euros al mes, sin límite temporal dada la duración del matrimonio y la edad de la esposa.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2007 **176**

Lo único que ha quedado demostrado a través de la prueba practicada es la existencia de una relación sentimental de la recurrida con otra persona pero no la convivencia *more uxorio*, de forma estable, permanente, mas allá del noviazgo y a modo de matrimonio, ante lo cual debe decaer cualquier pretensión extintiva o denegatoria del derecho a percibir una pensión compensatoria.

AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2007 **178**

No se fija pensión compensatoria al no haber sido solicitada por la esposa por vía reconvenicional, no pudiendo atenderse la alegación de que al solicitar el esposo en la demanda la no fijación de la pensión ya se introdujo en el proceso la cuestión referente a la fijación o no de dicha pensión.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2007 **178**

Reducción de la pensión compensatoria al haber dejado el esposo de realizar la actividad de transportista que desarrollaba junto a su profesión de bombero.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 8 de marzo de 2007

179

La situación de desequilibrio no se produce como consecuencia de la ruptura matrimonial sino de la acción ilícita del apelante que le sitúa en la posición actual, habiendo ingresado en prisión, pero sin que sea la ruptura la consecuencia de su situación económica.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2007

180

La herencia del causante, transmitida a la accionante, tiene posibilidad y entidad suficiente para obtener rendimientos con los que satisfacer la pensión compensatoria, por lo que se desestima la pretensión del cese o extinción de la misma.

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

181

La mejora en el patrimonio de la esposa como consecuencia de una óptima rentabilidad es causa para la extinción de la pensión compensatoria.

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

182

CONVENIO REGULADOR

El procedimiento de modificación de medidas no es el adecuado para solicitar la nulidad del convenio regulador.

AP León, Sec. 3.ª, Sentencia de 1 de febrero de 2007

183

CUESTIONES PROCESALES

La abuela paterna no es parte en el presente proceso matrimonial, por lo que, en base a las prescripciones de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, la petición del establecimiento del régimen de visitas entre nietos y abuelos, ha de suscitarse en el pertinente juicio verbal.

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

184

El Juzgador de instancia tiene la facultad discrecional para dirigir el procedimiento y dar lugar al trámite de conclusiones si lo considera necesario para resolver las cuestiones controvertidas, lo que no ha ocurrido en este caso, sin que tal omisión pueda considerarse que ha producido indefensión a la parte recurrente.

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

185

En el presente caso es claro que la parte actora ha provocado el proceso de modificación de forma innecesaria, generando un coste económico a la contraparte, que no tiene por qué asumir, siendo por tanto precedente la condena en costas.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2007

186

No procede revocar la decisión del Juzgador de la instancia de remitir a la Agencia Tributaria testimonio de parte del proceso.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2007

186

Como el procedimiento se inició a instancias del esposo con el consentimiento de la esposa, el desistimiento que pueda efectuar aquélla después de haberse ratificado en el divorcio y en el convenio regulador es intrascendente.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 20 de marzo de 2007

187

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Suspensión de la ejecución en la que la madre interesa la entrega del menor cuando el mismo lleva más de tres años con el padre y está en trámite un procedimiento de modificación de medidas en el que éste pide la custodia.

AP León, Sec. 2.ª, Auto de 8 de febrero de 2007

188

La pensión por alimentos no puede ser compensada sin perjuicio de que se reclame por parte del progenitor que se ha hecho cargo de la totalidad de los gastos extraordinarios la cuota pertinente.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 13 de febrero de 2007

188

Se acuerda la obligación de reintegro de las pensiones de los meses de enero a abril de 2005 sin que sea procedente, en el caso de autos, la aplicación de la doctrina del carácter consumible de los alimentos, ante la mala fe de los demandados, que sabedores de la extinción del débito alimenticio procedieron a recibir su montante.

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

189

Procede confirmar la resolución de la instancia que desestima la demanda ejecutiva partiendo de la independencia económica de los hijos, lo que debe confirmarse, pues estimar lo contrario motivaría una situación de enriquecimiento injusto a favor del acreedor y en contra de la persona obligada al pago, situación que resulta contraria al principio general contenido en el artículo 7 del Código Civil.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 5 de marzo de 2007

190

Ineficacia de la causa de oposición formulada por el esposo en cuanto a que el IBI debe abonarse con los fondos de una cuenta común.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 20 de marzo de 2007

190

Deducción de la cantidad por la que se despachó ejecución de las mensualidades correspondientes a los meses en que el hijo estuvo conviviendo con el progenitor no custodio.

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

191

Denegación de la ampliación a la ejecución solicitada respecto a las pensiones devengadas desde la solicitud de medidas previas al no constar en la sentencia dicha retroactividad.

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

192

REGÍMENES ECONÓMICOS

Inclusión en el activo de la sociedad de gananciales del inmueble a pesar de que la esposa renunciase a su parte, puesto que dicha renuncia estaba motivada exclusivamente por la

necesidad de adquirir otra vivienda de promoción pública, lo que previamente exigía renunciar a la parte de la adquirida en las mismas condiciones.

AP Zamora, Sec. 1.ª, Sentencia de 1 de febrero de 2007

193

El mobiliario de la habitación de matrimonio que se adquirió dos días antes de la celebración de la boda tiene la consideración de ganancial al tratarse de unos bienes adquiridos para el matrimonio con dinero regalado a ambos cónyuges.

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2007

194

Siendo la finca ganancial, se declara que la construcción realizada también tiene tal carácter, sin perjuicio de que se reconozca un crédito a favor del esposo por el importe de parte de las obras de edificación que costeó con dinero privativo.

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 5 de febrero de 2007

195

Habiéndose acreditado que los padres de la esposa hicieron transferencias a la cuenta bancaria de los cónyuges, procede incluir en el pasivo de la sociedad una deuda por el valor de las mismas, ya que el *animus donandi* no se presume.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 5 de febrero de 2007

196

Si bien es cierto que las distintas facturas aportadas figuran extendidas a nombre de la madre de la esposa, ello no es suficiente como para presumir que fueron pagadas con dinero perteneciente a los padres de la apelante, dado que el pago fue realizado en efectivo. Cuestión distinta sería si hubiesen sido domiciliadas en cuenta bancaria, en cuyo caso se conocería la procedencia del dinero y la condición de pago no arrojaría duda alguna para su inclusión en el pasivo de la sociedad de gananciales.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 9 de febrero de 2007

197

Al no haberse hecho referencia en la propuesta de inventario que acompañó a su solicitud a los rendimientos del trabajo del esposo, sin que tampoco los incluyese en el activo en la comparecencia de inventario, no puede solicitar su inclusión en el juicio verbal seguido para resolver las discrepancias en el inventario.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 15 de febrero de 2007

197

Las partidas contenidas en el pasivo de la sociedad de gananciales no están afectas por el instituto de la prescripción como pretende el esposo dado que no se trata en este proceso de la reclamación de las mismas.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2007

198

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Ampliación del régimen de visitas a los fines de semana alternos para que el menor que está en acogimiento residencial mantenga una relación afectiva con la madre y sus hermanos.

AP Teruel, Sec. 1.ª, Auto de 7 de febrero de 2007

198

UNIONES DE HECHO

Aun cuando se reconoce que ha existido entre las partes una convivencia *more uxorio* y que han explotado un negocio común (escuela de Tenis) no se reconoce la existencia de una comunidad respecto a los bienes adquiridos durante la convivencia, si bien, se concede a la conviviente una indemnización de 40.000 euros por el enriquecimiento injusto que le ha ocasionado el cese de la convivencia.

AP Málaga, Sec. 4.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2007

199

En la adopción de la medida de atribución del uso del domicilio familiar han de ser aplicadas las prescripciones del artículo 83 del CF, aun cuando se trate de uniones de pareja estable, dado que en defecto de regulación legal específica en la Ley Catalana 10/1998, de 13 de julio, procede la aplicación analógica de la materia propia de la regulación del uso del domicilio familiar, tal como viene considerando este Tribunal en diversas resoluciones dictadas al efecto.

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

202

OTRAS CUESTIONES

Estimación de la demanda interpuesta por los padres frente al hijo para el cumplimiento del contrato de renta vitalicia, sin que sea atendida la causa de oposición alegada por el hijo de haber dejado de explotar el negocio que constituyó el objeto de aquel contrato.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 8 de marzo de 2007

202

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 del 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

205

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

206

JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

GUARDA Y CUSTODIA

Concesión de la custodia de las hijas al padre en base a la convivencia homosexual de la madre.

Juzgado de 1.ª Instancia n.º 9 de Murcia, Auto de 6 de junio de 2007

207

Cambio de guarda y custodia a favor del padre una vez constatada la continua obstaculización de la madre para que padre e hija se relacionen, suspendiéndose al mismo tiempo por espacio de seis meses las visitas con la madre y la familia materna. Dada la fobia que sufre la menor a estar con el padre, transitoriamente y durante un mes, la menor convivirá en el domicilio de los abuelos paternos.

Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Manresa, Sentencia de 4 de junio de 2007

210

Estimación de la demanda de modificación de medidas y atribución al padre de la custodia de la hija al constatarse pericialmente que la menor, manipulada por su madre, padece el síndrome de alienación parental, siendo necesario corregir su inadecuado estado físico. Para normalizar las relaciones con el entorno paterno se suspenden las visitas entre la madre y la hija durante cuatro meses.

Juzgado de 1.ª Instancia n.º 12 de Palma de Mallorca, Sentencia de 29 de mayo de 2007

218

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

No habiendo obtenido la sentencia extranjera que declara la filiación paterna el correspondiente *exequátur* no procede inscribir el nacimiento del hijo en el Registro Civil Central.

Resolución de 23 de mayo de 2007

229

Ineficacia de la prueba biológica que se ha presentado en el expediente de reconocimiento de filiación ante el Registro Civil en el sentido de que el marido no es el padre del menor, debiendo hacerse constar la filiación paterna del esposo al haber nacido el hijo dentro de los trescientos días anteriores al cese de la convivencia.

Resolución de 23 de mayo de 2007

230

MATRIMONIO

Denegación de la inscripción de un matrimonio coránico celebrado en el extranjero por un español (marroquí de origen) con una marroquí al no poder reconocerse como título inscribible la mera certificación de la autoridad extranjera.

Resolución de 20 de marzo de 2007

231

Reconociéndose en el derecho español la capacidad natural para contraer matrimonio a partir de los 14 años, no procede denegar la tramitación del expediente por no haberse acreditado la dispensa de uno de los contrayentes que era menor de edad.

Resolución de 27 de marzo de 2007

232

La certificación de matrimonio expedida por un registro de la denominada República Árabe Saharaui Democrática no reúne los requisitos del artículo 85 del RRC para que pueda practicarse la inscripción.

Resolución de 29 de marzo de 2007

233

No inscripción del matrimonio celebrado por un español en Venezuela al no haber obtenido el *exequátur* la sentencia de divorcio del primer matrimonio dictada por los tribunales de Venezuela.

Resolución de 23 de mayo de 2007

233

Inscripción del matrimonio celebrado por dos extranjeros en el Consulado de Marruecos en Madrid debiendo entenderse que han sido cumplidas las formalidades religiosas prescritas por la legislación marroquí, que corresponde aplicar conforme al estatuto personal de los contrayentes.

Resolución de 31 de mayo de 2007

234

NOMBRE Y APELLIDOS

Nulidad del auto dictado por el Encargado del Registro Civil modificando los apellidos al carecer de competencia para ello y denegación del cambio solicitado ya que aun cuando el apellido pertenezca legítimamente al interesado y los apellidos resultantes del pretendido cambio provengan de las dos líneas, paterna y materna, no se considera acreditado el requisito de la habitualidad de uso siendo indiferente que dos hermanas hayan obtenido previamente dicho cambio.

Resolución de 19 de abril de 2007

236

No puede accederse a la pretensión del recurrente que ha adquirido la nacionalidad española, ya que la misma consiste en conservar sus anteriores apellidos siendo así que ambos proceden de la línea paterna, en clara contradicción con los que para los españoles resulta de nuestra legislación de apellidos que está basada en la idea de duplicidad de apellidos y de duplicidad de líneas, con arreglo al denominado principio de infungibilidad de las líneas paterna y materna.

Resolución de 23 de mayo de 2007

237

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Cuando se trata de adquisiciones de bienes por cónyuges extranjeros no es exigible la determinación del régimen económico-matrimonial.

Resolución de 7 de marzo de 2007

239

Denegación de la anotación preventiva de embargo al constar inscrita la finca a favor de unos cónyuges de nacionalidad suiza y para su régimen económico, al haberse dirigido la demanda exclusivamente contra el esposo.

Resolución de 15 de marzo de 2007

240

Aunque no hay justificación ni confesión del carácter privativo, dado que el cónyuge de la adjudicataria comparece en la escritura en su propio nombre y derecho y la otorga y consiente íntegramente, procede inscribir las fincas con carácter privativo. Si bien no consta una manifestación expresa y perfecta de reconocimiento o confesión de privación, puede perfectamente deducirse su existencia.

Resolución de 12 de mayo de 2007

240

SUCESIONES

Denegación de la inscripción de una sentencia dictada contra los desconocidos herederos de una persona fallecida al no haberse garantizado una adecuada defensa de los intereses de la herencia aún no aceptada, ni por tanto, los del definitivo heredero que será, en última instancia, el Estado o la entidad pública correspondiente.

Resolución de 21 de febrero de 2007

241

Denegación de la inscripción de una escritura de protocolización de un cuaderno particional al no haber intervenido el legatario de parte alícuota.

Resolución de 22 de marzo de 2007

243

SECCIÓN PRÁCTICA

La reconciliación de los cónyuges después de un acto de violencia de género y la vigencia de la pena de prohibición de acercamiento a la víctima.

247

Casos prácticos.

251

TRIBUNA ABIERTA

La falta de relación del progenitor con el hijo (o hijos) menor de edad como causa de privación de la patria potestad.

Aurelia María Romero Coloma

259

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Tratado de derecho de familia: Tomo IV “La modificación y extinción de las medidas: Aspectos sustantivos y procesales”

277

Publicaciones, noticias y datos de interés.

280

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Separación, divorcio y nulidad matrimonial.

287

Patria potestad.

287

Guarda y custodia.

287

ÍNDICE

Régimen de visitas.	288
Vivienda y ajuar familiar.	289
Pensión alimenticia.	290
Pensión compensatoria.	291
Cuestiones procesales.	292
Convenio regulador.	293
Ejecución de sentencias.	293
Regímenes económico-matrimoniales.	294
Filiación.	296
Uniones de hecho.	297
Cuestiones penales.	297
Cuestiones registrales.	297
Sucesiones.	298
Otras cuestiones.	299

Revista de Derecho de

familia

ESTUDIOS DOCTRINALES

DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO FISCAL:
PRESTACIONES ECONÓMICAS ESTABLECIDAS
EN LOS CONVENIOS Y EN LA LIQUIDACIÓN
DE GANANCIALES

ALFONSO POLO SORIANO

Abogado. Inspector de Finanzas excedente

RESUMEN

Las prestaciones económicas, pensiones y alimentos, y aun los acuerdos personales, custodia de hijos, etc., establecidos en los convenios de separación y divorcio, así como los desplazamientos patrimoniales que implica la liquidación de la sociedad de gananciales, tienen un régimen y unas consecuencias en el orden tributario de los cónyuges que a menudo no se tienen en cuenta al establecer esos pactos. Se analiza aquí el régimen fiscal de las pensiones compensatorias entre cónyuges y de las pensiones por alimentos a hijos y la tributación en todos los impuestos que le son aplicables a la liquidación de la sociedad de gananciales y en especial a los excesos de adjudicación que pueden generarse, con referencias también al régimen de separación de bienes y a las uniones de hecho, así como otras cuestiones de menor importancia tales como las implicaciones fiscales de la atribución de la custodia de los hijos o del uso de la vivienda conyugal. Por último, se trata el importante tema de la responsabilidad que un cónyuge puede tener por deudas tributarias del otro, tras un proceso de separación o divorcio.

ABSTRACT

AN INSUFFICIENT APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF GUILT IN THE ADMINISTRATIVE PENALIZER RIGHT: THE CASE OF THOSE DENOMINATED “FALSE ALARMS”

The Law of Private Security hypifies as grave infraction the communication to the Forces and Brigades of Security on the part of the private stations of alarms of false incidences (those denominated “false alarms”), for negligence, deficient working or lack of previous verification. The study analyzes this type, it questions the legality of its development carried out by the Regulation of Private Security and it stops especially in its culpabilistic element. In this point, with the base of the normative frame settled down by the legislation about private security and a wide jurisprudential analysis, the reach of the duty of diligence of the stations of alarms is exposed in this environment. For it, are identified those aspects

Sumario

that are included in this diligence duty (information and formation of the users of the system of security, verification of the alarm signal, etc.) and those other ones that exceed it and that make them to fall upon these companies of security would suppose to admit a type of objective responsibility or, in their case, because another's facts.

I. INTRODUCCIÓN: EL NUEVO IRPF

II. REPERCUSIONES FISCALES EN LAS RUPTURAS MATRIMONIALES

III. PENSIÓN POR ALIMENTOS Y PENSIÓN COMPENSATORIA

III.1. Anualidades por alimentos a favor de los hijos

III.2. Pensión compensatoria y otras anualidades por alimentos a favor de personas distintas de los hijos

III.3. Capitalización de la pensión

III.4. Distribución de una pensión única entre el cónyuge y los hijos

III.5. Parejas de hecho

III.6. Retenciones

IV. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

IV.1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

IV.2. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

IV.3. Casos especiales

A) Aportaciones de bienes privativos a la sociedad conyugal. B) Liquidación del régimen de separación de bienes. C) Uniones de hecho

IV.4. Excesos de adjudicación

IV.5. Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos

V. LA UNIDAD FAMILIAR Y LOS SISTEMAS DE TRIBUTACIÓN CONJUNTA O SEPARADA

VI. FINALIZACIÓN DEL PERÍODO IMPOSITIVO

VII. RESIDENCIA HABITUAL

VIII. LA DEDUCCIÓN POR HIJOS

IX. LA VIVIENDA FAMILIAR

X. RESPONSABILIDAD DE LOS CÓNYUGES POR DEUDAS TRIBUTARIAS

X.1. Introducción

X.2. Responsabilidad de los cónyuges en los distintos impuestos**A) Impuesto de la renta de personas físicas.**

A) DECLARACIÓN CONJUNTA. B) DECLARACIÓN SEPARADA

B) Impuesto sobre el patrimonio, impuesto sobre bienes inmuebles, etc. C) Impuesto sobre el valor añadido, impuesto sobre actividades económicas, impuestos especiales**X.3. Extensión de la responsabilidad****A) Recargo de apremio. B) Sanciones****XI. ANEXO****I. INTRODUCCIÓN: EL NUEVO IRPF**

El vigente Impuesto de Renta sobre las Personas Físicas ha sido aprobado por la Ley 35/2006 de 28 de noviembre, que regula este impuesto y su desarrollo reglamentario se ha producido por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo. Esta nueva normativa resulta de aplicación para los ejercicios que se inicien a partir de 1 de enero de 2007.

Como tiene ya señalado el Tribunal Constitucional y suele venir recogido en las propias Exposiciones de Motivos de las distintas leyes que han regulado este impuesto, el IRPF constituye uno de los pilares estructurales de nuestro sistema tributario. Se trata de un tributo en el que el principio de capacidad económica y su corolario, el de igualdad y progresividad tributaria, encuentran su más adecuada proyección. Es por ello que este impuesto es el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la renta y de solidaridad que la Constitución propugna y que dotan de contenido al Estado social y democrático de Derecho, dada su generalidad, como demuestra el hecho de que en sus declaraciones o comunicaciones anuales resultan afectados 31 millones de españoles, y su capacidad recaudatoria.

Y ello tiene como consecuencia ineludible que la definición fiscal de la familia y el tratamiento tributario de la misma sea una de las cuestiones básicas y principales en el IRPF y en la que vienen a incidir de forma especialísima cada una de sus reformas.

El modelo actual del impuesto que se implantó en España con la reforma tributaria iniciada en 1977 ha sufrido múltiples modificaciones a lo largo de su historia, pues ningún tributo, y menos de la importancia de éste, puede permanecer al margen de los cambios sociales, económicos, incluso tecnológicos, en los que se inscribe.

En especial debe citarse la reforma parcial del año 1985 que tuvo una finalidad preferentemente recaudatoria por lo que fue una reforma dura y muy desacertada técnicamente, de la que seguimos sufriendo determinados conceptos que en ella se acuñaban, como por ejemplo, la pérdida del carácter sintético del IRPF y que supuso la no posibilidad de compensar los incrementos y disminuciones con los rendimientos.

Y en particular, también debe citarse la primera modificación legislativa total de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la Ley 18/1991, de 6 de junio, que pretendió dar respuesta a los problemas planteados por la Sentencia del Tribunal Constitu-

cional 45/1989, de 20 de febrero, adaptando el impuesto a las exigencias constitucionales. Problemas, que como recordamos, estaban referidos precisamente al sistema de tributación de la familia ya que el Alto Tribunal había considerado inconstitucional el sistema de tributación conjunta a través de la unidad familiar (considerada entonces a efectos prácticos como auténtico sujeto pasivo) que se implantó en 1977.

A partir de esta fecha se destaca la importancia de la familia en un tributo como el IRPF, de tal forma que tanto en esta reforma como en las sucesivas siempre se hace mención en las respectivas exposiciones de motivos a que uno de los ejes fundamentales de la reforma es el tratamiento de la familia.

Así en 1998, con fundamento en que la anterior legislación resultaba excesivamente compleja y con grandes deficiencias funcionales, y sobre todo como consecuencia de las nuevas mayorías parlamentarias, el legislador consideró llegado el momento de una nueva modificación total del IRPF, en parte por las citadas deficiencias y en parte también para adaptar el Impuesto al modelo vigente en los países de nuestro entorno y, en especial, a determinadas figuras consustanciales al mismo, como el concepto de *renta disponible* y el establecimiento de un *mínimo personal y familiar* exento de tributación, y todo ello con el objetivo de introducir una mayor equidad en el reparto de los tributos y mejorar el tratamiento fiscal de las rentas del trabajo y de las personas con mayores cargas familiares. Al menos éstas son parte de las razones o causas que se alegaban en la propia Exposición de Motivos de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, con la que se culmina esta nueva reforma.

En esa misma Exposición de Motivos de la Ley 40/1998 se dedica una especial atención, y se consideran un eje fundamental de la reforma, todas aquellas cuestiones relacionadas con la familia, su sistema de tributación y las repercusiones fiscales de los procesos de disensión conyugal. Esto tiene su lógico origen, en primer lugar, en el hecho de que aunque el sujeto pasivo sea la persona física no puede desconocerse la existencia de una realidad familiar, y en segundo lugar, en que el nuevo IRPF considera como objeto del impuesto, ya no la obtención de renta como lo habían hecho las leyes anteriores, sino **la renta disponible**, definiéndose como tal la renta que puede utilizar el contribuyente tras atender a sus necesidades y las de los sujetos que de él dependen. Para plasmar este principio se declara la **exención de un mínimo de renta** que varía según las circunstancias personales y familiares del contribuyente, el denominado **mínimo personal o mínimo familiar** que es uno de los aspectos más importantes de la reforma al menos a nivel teórico.

Y, por último, de nuevo con motivo de nuevas mayorías parlamentarias, se aprueba una reforma integral del impuesto que se plasma en la citada Ley 35/2006 y su desarrollo reglamentario y que se basa e invoca principios parecidos a sus predecesoras. De hecho introduce cambios poco significativos (si exceptuamos la creación de una renta del ahorro con tratamiento uniforme) y mantiene los conceptos antes vistos de mínimo personal y familiar aunque con un régimen diferente. Así, según se expresa su Exposición de Motivos, la reforma tiene como objetivos fundamentales mejorar la equidad y favorecer el crecimiento económico, al tiempo que persigue garantizar la suficiencia financiera para el conjunto de las administraciones públicas, favorecer la tributación homogénea del ahorro y abordar, desde la perspectiva fiscal, los problemas derivados del envejecimiento y la dependencia.

Así pues, tanto la vigente Ley 35/2006 como su predecesora Ley 40/1998 y su reforma por la Ley 46/2002 tienen muy en cuenta que el contribuyente forma parte de una familia cuya protección merece un tratamiento fiscal favorable para lo que, además de la configuración del mínimo familiar antes referido se articulan otras medidas tendentes a este fin: la posibilidad de declaración conjunta, la exención de pensiones por alimentos a favor de los hijos, un régimen más favorable de tributación para el pagador de esas pensiones, la deducción por inversión en vivienda habitual y la supresión del rendimiento presunto estimado por la titularidad de la vivienda habitual, especial atención a las familias numerosas, gastos de asistencias a personas mayores y discapacitados y deducciones por maternidad para madres trabajadoras.

II. REPERCUSIONES FISCALES EN LAS RUPTURAS MATRIMONIALES

Tanto en la nueva normativa del IRPF que acabamos de presentar brevemente como en las normativas anteriores, al estudiar los aspectos fiscales de la conflictividad conyugal, y con ello nos referimos a los procesos de separación judicial y de divorcio, surgen diversos temas o referencias de la norma fiscal a las citadas situaciones y que pueden afectar tanto a los procesos de separación y divorcio en sí mismos considerados, como a la situación fiscal de los cónyuges tras consumarse los citados procedimientos.

Sin duda alguna dos son los aspectos más relevantes que plantea la problemática fiscal de las situaciones de disensión conyugal:

– **La liquidación de la sociedad conyugal** y sus implicaciones fiscales tanto en IRPF como en el ITP, con especial referencia en este último impuesto a los excesos de adjudicación que pueden producirse.

– **Las pensiones**, tanto la compensatoria a favor del cónyuge como la de alimentos a favor del propio cónyuge o de los hijos.

Pero además de estas dos cuestiones fundamentales, existe otra serie de aspectos menos tratados, más secundarios y que si bien algunos de ellos no tienen una gran trascendencia económica, no por ello resultan menos interesantes. Entre estos otros aspectos se pueden citar como más clásicos los siguientes:

– La composición de la unidad familiar y su incidencia en los sistemas de tributación conjunta o separada.

– La finalización del período impositivo.

– El concepto de residencia habitual.

– La atribución de la deducción por hijos a uno u otro cónyuge y los mínimos personales y familiares.

– La imputación de rendimientos por utilización de la vivienda u hogar familiar y la deducción por su adquisición.

– La responsabilidad de los cónyuges por deudas tributarias con posterioridad a su separación o divorcio.

Antes de empezar el estudio de cada tema y pese a que, primero la Ley 40/1998 y después la actual Ley 35/2006, han mejorado, como decíamos, la atención a estos temas, debemos advertir que la regulación fiscal de todas estas cuestiones es más bien parca y en determinados aspectos gravemente desconocedora de la realidad civil que plantea las situaciones de disensión conyugal. En algunos de los temas planteados nos encontraremos sencillamente con el silencio del legislador fiscal de tal forma que la norma tributaria deberemos integrarla con las instituciones de Derecho Civil y con una buena dosis de lógica.

III. PENSIÓN POR ALIMENTOS Y PENSIÓN COMPENSATORIA

La tributación de las pensiones compensatorias entre cónyuges y los alimentos igualmente entre cónyuges o a favor de otras personas ha sufrido una evolución que merece, para su mejor comprensión, una breve reseña histórica si bien, limitada al más o menos veinte sistema fiscal español procedente de la reforma de 1978.

La **Ley 44/1978 del IRPF** con la que se inicia la citada reforma contempla este tema de forma muy marginal, con errores terminológicos y con un gran desconocimiento de la normativa civil, lo que nos obliga a interpretar la norma fiscal acudiendo a los conceptos básicos del Impuesto. Así, en el artículo 5.4 de la Ley se establece que las anualidades por alimentos entre cónyuges son ingreso para el perceptor y que no constituyen renta para el «alimentista» (con un evidente error terminológico que debe ser interpretado en el sentido de que los alimentos pagados disminuyen la renta neta del pagador).

Con algo más de técnica el Reglamento del Impuesto, Real Decreto de 3 de agosto de 1981, establecía en su artículo 89 que las anualidades por alimentos satisfechas entre cónyuges por decisión judicial constituyen un incremento de patrimonio para el perceptor y correlativamente una disminución de patrimonio para el pagador. El principio básico establecido era por tanto que el gravamen debe recaer sobre la persona que recibe la capacidad económica.

De este precepto cabe destacar en primer lugar que refleja un cierto desconocimiento de la normativa civil, Ley de 7 de julio de 1981, que por tanto es anterior a la aprobación del Reglamento del Impuesto y que por ello deberían haberse tenido en cuenta los nuevos conceptos que se introducen en los procesos de separación y divorcio. Así sorprende que no se haga referencia alguna a la pensión compensatoria y que se refiera con el término «cónyuges» a quienes ya no lo son como consecuencia de un divorcio.

En segundo lugar, debe destacarse que quedan únicamente regulados los alimentos entre cónyuges, olvidándose así el resto de los alimentos que una persona puede quedar obligada a pagar según lo dispuesto en el artículo 143 del Código Civil. En estos casos, por aplicación de los conceptos generales y de la mecánica del Impuesto se llegaba a la conclusión de que tales alimentos constituían renta, incremento de patrimonio para el perceptor, no siendo sin embargo desgravables para el pagador. En compensación de este desequilibrio, el artículo 123 del Reglamento establecía una deducción en la cuota del Impuesto del 15%

de las anualidades por alimentos satisfechas no entre cónyuges en concepto de «gastos excepcionales no suntuarios», si bien se trataba de una deducción muy limitada puesto que el conjunto de todas las posibles deducciones por el citado concepto tenía un límite de 45.000 pesetas que en el año 1989 bajó a 30.000 pesetas.

Por último debe destacarse que la calificación fiscal de las anualidades por alimentos como incremento y disminución de patrimonio resultaba aceptable en el marco de la Ley 44/1978 puesto que en la misma se permitía una compensación global e integral y sin limitaciones de todos los conceptos de renta.

Un segundo paso en esta evolución lo constituye la importante **Ley de Reforma Parcial del IRPF de 27 de diciembre de 1985**. Una de las principales novedades que introduce esta Ley es la no compensación de los incrementos y disminuciones de patrimonio con el resto de rendimientos, lo que obligaba a cambiar el régimen tributario de las pensiones ya que de lo contrario el pagador se encontraría con una disminución de patrimonio que difícilmente podría compensar. No obstante, y aunque la reforma tenía únicamente este carácter técnico, se da un giro total respecto de los otros alimentos distintos a los percibidos por el cónyuge, que, de estar antes olvidadas, ahora pasaban, quizás por error, a resultar deducibles para el pagador.

Así el artículo 4 de la Ley establecía que las pensiones compensatorias entre cónyuges y las anualidades por alimentos en cualquier caso (se subsanan así los olvidos padecidos en la Ley anterior), siempre que ambas sean satisfechas por decisión judicial, constituían un incremento de patrimonio para el receptor, y para el pagador una minoración de los rendimientos regulares (en el modelo de declaración de IRPF aparecían las anualidades por alimentos minorando el resto de rendimientos netos ordinarios).

En consonancia con el nuevo régimen tributario de las pensiones y alimentos desaparece la deducción por gastos excepcionales no suntuarios, si bien debe hacerse notar que tal desaparición se produce por una Ley anterior, la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, con entrada en vigor en 1985 y mientras el nuevo régimen tributario que introduce la Ley 48/1985, de 27 de diciembre, antes citada entró en vigor el 1 de enero de 1986 con lo que hubo un año, 1985, en el que las anualidades por alimentos entre no cónyuges ni desgravaban en la base ni en la cuota.

El siguiente paso en esta evolución es la **Ley 18/1991 del IRPF** que como ya hemos comentado tiene su origen en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989 que declaró la nulidad del sistema de tributación de la familia. Se trata pues de una Ley que, aparte de modificar otros importantes aspectos de IRPF, contemplaba con un especial cuidado todo el régimen de tributación de la familia y, entre otros aspectos, el que aquí es objeto de estudio, de las pensiones y alimentos.

La Ley 18/1991 plantea un sistema de tributación en el que se distinguen de forma radical el régimen de las anualidades por alimentos a hijos, de una parte, y la pensión compensatoria y las anualidades a personas distintas de los hijos y descendientes, de otra parte.

En cuanto a los **alimentos a favor de hijos**, el criterio básico y que supone la principal novedad del régimen instaurado por la Ley 18/1991 es el de la tributación en sede del padre o pagador de los alimentos. Ello se conseguía a través de dos preceptos legales:

De una parte el artículo 9.1.k) de la Ley establecía la exención de las anualidades por alimentos recibidas de los padres en virtud de decisión judicial. De esta forma los hijos perceptores de las anualidades por alimentos no tributan en forma alguna por las cantidades recibidas.

De otra parte, el artículo 71.2 de la Ley, al regular las reducciones en la base imponible, excluía la posibilidad de minorar la base del pagador por las anualidades por alimentos en favor de los hijos.

Así pues, los alimentos a favor de hijos no tributan en sede del perceptor y no se minoran como gasto ni como reducción en sede del pagador. Este planteamiento que como decimos es nuevo en la Ley 18/1991, si bien suponía en la práctica una mayor recaudación para Hacienda Pública ya que el tipo marginal aplicable al padre será normalmente mayor que el aplicable en su caso a los hijos, también debe reconocerse que respondía a unos motivos técnicos y éticos ciertamente aceptables:

Con ello el legislador pretendía fundamentalmente equiparar la situación tributaria del padre no separado o del que aún estando separado asume voluntariamente, sin sentencia judicial, el mantenimiento económico de sus hijos, con el del progenitor que sólo hace frente a las cargas económicas de sus hijos obligado por sentencia judicial, ya que resulta injusto que la situación de este último se vea favorecida fiscalmente. Además finalmente subyace la idea indiscutible de que el mantenimiento de los hijos, sea cual sea la situación familiar del padre (familia no separada, separación, divorcio, contribución a las cargas del matrimonio, etc.), y se tenga o no la custodia de los hijos, no puede ser un gasto fiscalmente deducible de la renta del padre ya que fundamentalmente estamos ante un acto de consumo que debe tener el mismo tratamiento fiscal que el consumo propio o familiar. Estos argumentos son los que se han recogido recientemente en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 2006 para mantener la constitucionalidad de este precepto y la corrección de este planteamiento fiscal con el principio de justicia tributaria.

En cuanto a la **pensión compensatoria y otras anualidades por alimentos**, se mantenía fundamentalmente el mismo sistema que venía rigiendo desde 1978, esto es, la pensión constituye renta para el perceptor y gasto para el pagador, si bien ello con alguna matización y con una nueva calificación jurídico-tributaria de los conceptos de renta y gasto.

Así, para el perceptor de cualquiera de estas pensiones nos encontramos ante una renta que debía tributar en sede de quien la percibe, renta que el artículo 25.1.q) de la Ley califica como rendimiento de trabajo.

Tal calificación se hace con absoluta independencia del tipo de rentas que tiene el pagador de esas pensiones y de las cuales por tanto procede. Estamos pues ante una auténtica ficción jurídica: de ninguna forma una pensión compensatoria o una anualidad por alimentos puede conceptuarse como un rendimiento del trabajo puesto que es obvio que falta la prestación de un servicio en régimen laboral; la Ley sin embargo le otorga tal calificación con la exclusiva finalidad de otorgar al perceptor el régimen tributario más beneficioso del que gozan los rendimientos de trabajo frente a otras fuentes de renta.

Por su parte, el artículo 71.2 de la Ley al que antes nos hemos referido establecía que la base imponible regular podrá reducirse en el importe de las pensiones compensatorias a favor del

cónyuge y de las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos, satisfechas siempre por decisión judicial. Se trata pues de una reducción que no tiene límite alguno, y que se practica sobre la base imponible regular que normalmente es la de más alta tributación, desgravándose pues el pago de las pensiones al tipo marginal del pagador.

Por último la **vigente Ley 35/2006**, siguiendo en este punto la línea iniciada por su predecesora Ley 40/1998 e incluso acentuándola, mantiene fundamentalmente el esquema anterior pero introduce un nuevo giro en el tema de las anualidades a favor de los hijos que la sitúa en una posición intermedia entre la última Ley de 1991 y el sistema anterior implantado en el año 1985.

III.1. Anualidades por alimentos a favor de los hijos

Como ya hemos anunciado se mantiene el mismo esquema que venía desde la Ley 18/1991, esto es, tributación en sede del pagador, de tal forma que se mantiene la exención para el perceptor de la pensión, si bien la tributación para el pagador se ve reducida a través de un mecanismo que atempera la progresividad de la escala en este caso.

Así, para los hijos el artículo 7.k) de la Ley sigue considerando como renta exenta las anualidades por alimentos percibidas de los padres en virtud de decisión judicial.

Y por su parte el artículo 55 de la Ley no permite reducir la base liquidable del pagador en el importe de las pensiones satisfechas a favor de los hijos.

Hasta aquí como decimos el esquema es idéntico al que veníamos conociendo. La novedad se establece en los artículos 64 para la parte estatal de la cuota y 75 para la parte autonómica en los que se prevé que «los contribuyentes que satisfagan anualidades por alimentos a sus hijos por decisión judicial, cuando el importe de aquéllas sea inferior a la base liquidable general, aplicarán la escala del artículo anterior separadamente al importe de las anualidades por alimentos y al resto de la base liquidable general».

Esta novedad introducida como decimos por la Ley 40/1998 se mantiene en la actual Ley que además añade un nuevo beneficio para el pagador al incrementar en estos casos su mínimo personal y familiar en 1.600 euros (lo que supondrá una rebaja de la cuota a pagar por la aplicación del tipo mínimo de la escala a ese importe tal y como explicaremos en un punto posterior).

Este sistema permite al pagador de los alimentos reducir su carga fiscal por el hecho de pagar una pensión a sus hijos, reducción que será mayor o menor en función del tipo marginal del sujeto pasivo, puesto que el beneficio fiscal supone que el importe de su base liquidable dedicada al pago de la pensión no tribute al tipo marginal sino que tribute a los tipos más bajos de la escala, más el tipo mínimo de esa escala aplicado al incremento de 1.600 euros en el mínimo personal y familiar. El ahorro por tanto es la diferencia entre los tipos marginales y los más bajos de la escala. Se consigue así un importante ahorro impositivo que no llega al régimen de la Ley de 1985 (en la que se reducía la totalidad de la pensión al tipo marginal) pero que desde luego supone una novedad respecto de la Ley 18/1991 que no otorgaba ningún beneficio al pagador de la pensión.

Es difícil comprender las razones del legislador que le llevan a desdecirse en parte de los argumentos que motivaron su anterior cambio legislativo en 1991 y que ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 13 de febrero de 2006. Puesto que aquellos argumentos eran bastante contundentes la crítica al nuevo sistema quedaría ya hecha, si bien al tratarse de una norma fiscal favorable al contribuyente tampoco resulta procedente ponerla más en cuestión. En cualquier caso sí que cabe atisbar una razón de fondo si nos atenemos a los nuevos conceptos de «renta disponible», mínimo personal y mínimo familiar, y que suponen que esa situación familiar del cónyuge separado obligado a pagar una pensión deba tenerse en cuenta en su carga impositiva. Así, los beneficios fiscales se reparten entre ambos progenitores: el progenitor a quien se le atribuye la custodia menor la renta sujeta al impuesto gracias al mínimo familiar (sustitutivo de la deducción por hijos), mientras que el progenitor sin custodia y pagador de la pensión menor su carga impositiva a través de este novedoso mecanismo de los artículos 64 y 75, lo que en cierta manera debemos considerar que resulta justo puesto que para ambos la situación familiar y la situación de separación y divorcio suponen en definitiva una menor renta disponible.

III.2. Pensión compensatoria y otras anualidades por alimentos a favor de personas distintas de los hijos

Aquí se mantiene íntegramente el sistema que ya ha estado vigente casi desde siempre, si bien con pequeños matices que no son sino consecuencia de cambios terminológicos o de otras cuestiones ajenas a este tema.

Para el receptor de cualquiera de estas pensiones nos encontramos ante una renta sujeta plenamente a tributación, si bien, al igual que en la Ley 18/1991, se califica esta renta, de forma ficticia y en todo caso, como rendimiento del trabajo personal [artículo 17.2.f) de la Ley 35/2006], con lo que no se pretende sino otorgar a este tipo de rentas el trato más favorable que tienen los rendimientos del trabajo. Trato más favorable que en la vigente Ley se concreta en unas reducciones fijas (de 4.000 a 6.500 euros) en concepto de gastos sin justificar que dependan de la cuantía del rendimiento y de la existencia de otro tipo de rentas (artículo 20), en la inexistencia de obligación de declarar estas rentas con un límite más alto, 22.000 euros, que cualquier otro rendimiento (artículo 96 que no obstante se rebaja a 10.000 euros precisamente en el caso de las pensiones compensatorias al no estar sujetas a retención), y, en la posibilidad de que estas rentas puedan ser reducidas con aportaciones a planes de pensiones con el límite del 30% de las mismas (artículo 52), limitación esta última que había desaparecido en la Ley anterior.

Por último y para el pagador, este tipo de pensiones constituyen «gasto deducible» y así el artículo 55 permite su reducción íntegra, siempre que sean satisfechas por decisión judicial, de la base imponible para así calcular la base liquidable. Además de que sean satisfechas por decisión judicial, el TEAC en Resolución de 7 de marzo de 2002 y con el carácter de recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, ha establecido como requisitos adicionales para la deducibilidad de estas pensiones el que las mismas hayan sido efectivamente abonadas y que se pueda justificar y acreditar no sólo la existencia y devengo de la pensión, sino además el pago de la misma. Se establece así pues una deducibilidad vinculada al pago efectivo y en el momento de dicho pago.

Esta reducción, junto con el resto de las reguladas en los artículos 51, 53 y 54 se aplican siempre, en primer lugar, para reducir la base imponible general, y en segundo lugar, si quedara remanente de las mismas, para reducir la base imponible del ahorro, y si todavía quedara remanente se compensaría con las bases liquidables generales positivas obtenidas en los cuatro años siguientes:

Examinado así el régimen tributario de las pensiones compensatorias y las anualidades por alimentos, queda por último referirnos a algunos problemas clásicos que se plantean muy frecuentemente en la práctica como son los relativos a cómo debe tributarse cuando el pago de una pensión periódica se sustituye por la entrega de un capital inicial, y qué ocurre cuando la sentencia fija una pensión única sin diferenciar qué parte es a favor del cónyuge y qué parte a favor de los hijos.

III.3. Capitalización de la pensión

Al amparo de lo previsto en el artículo 99 del Código Civil, puede convenirse, en cualquier momento, la sustitución de la pensión compensatoria por un capital, una renta vitalicia o un usufructo. Al estudiar las consecuencias fiscales de esta posibilidad, debe precisarse, en primer lugar, que es muy importante que conste expresamente que el capital entregado sustituye a la pensión compensatoria o que se pacta la entrega de un capital inicial como pensión compensatoria ya que el criterio de la Dirección General de Tributos en consulta de 19 de febrero de 2002 es extremadamente riguroso con este matiz de que conste expresamente el capital que sustituye a una pensión compensatoria que debe haber sido fijada judicialmente.

Por el contrario parece claro que, pese a ese rigor, y así lo entiende la Sentencia del TSJ de Valencia de 8 de marzo de 2002, recurso nº 632/99, lo único que se exige es que la pensión compensatoria venga fijada judicialmente (o el convenio aprobado judicialmente) pero que no es preciso que el acuerdo transaccional por el que se sustituye esa pensión por la entrega de un capital sea a su vez aprobado judicialmente.

Una vez hechas estas precisiones, los efectos fiscales de la capitalización de la pensión es una cuestión que no está expresamente regulada ni en la Ley ni en el Reglamento por lo que cualquier solución que responda a una lógica económica puede considerarse aceptable, sin que por otra parte conozcamos jurisprudencia al respecto. Ante la ausencia de normativa sí que debemos destacar la solución que a este problema da la Dirección General de Tributos en diversas contestaciones a consultas vinculantes y entre las que destaca la de 25 de octubre de 1989, que aunque referida a la normativa anterior podría mantener su vigencia con la nueva Ley.

El planteamiento del órgano directivo es en síntesis el siguiente:

– Para el pagador de la pensión capitalizada no se modifica su régimen tributario de forma que la cantidad pagada se reduce de la base imponible regular (base liquidable general en la Ley 40/1998) el año en que se paga, lo que no supone mayor perjuicio (a salvo de la progresividad del impuesto) ya que tal reducción no tiene límite alguno como hemos

visto y que si la base resulta negativa podrá compensarse en los ejercicios siguientes. Con la modificación de la Ley 46/2002 el pagador puede salir muy perjudicado si en el año del pago su base imponible general es menor que el capital entregado y tiene base imponible especial, ya que en este caso parte de la pensión pagada en forma de capital irá a disminuir esa base especial con lo que supondrá una desgravación efectiva al tipo del 15% en lugar de conservar la reducción para aplicarla a la renta general de años sucesivos y desgravarla a su tipo marginal.

– El perceptor por su parte debe proceder a calcular el valor correcto de capitalización de la pensión en base a un cálculo actuarial en función de la vida probable de la pensión. Y puesto que en la práctica el capital abonado suele ser consecuencia de un pacto entre las partes y no de ese cálculo actuarial al que nos hemos referido, nos podremos encontrar con tres situaciones distintas:

1. Que el capital efectivamente recibido coincida con el calculado actuarialmente; en este caso estaríamos ante un rendimiento de trabajo que debe tributar en el año en que se percibe pero con la consideración de renta irregular en función del número de años que se han tenido en cuenta para el cálculo actuarial del capital. Esta irregularidad en la Ley actual supone la reducción de su importe en un 40% si los años en que se ha generado o en que se ha calculado son más de dos (artículo 18.2 de la Ley).

2. Que el capital efectivamente percibido sea mayor que el calculado matemáticamente. En este caso existiría un rendimiento de trabajo de naturaleza irregular al igual que en el caso anterior hasta el importe del capital matemáticamente calculado y una donación remuneratoria» por el exceso que tributaría por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

3. Que el capital efectivamente percibido sea inferior al calculado actuarialmente; en este caso existiría un rendimiento del trabajo irregular en función del número de años que ha durado el matrimonio.

Como decíamos cualquier solución lógica puede ser aceptable, pero ciertamente la de la Dirección General de Tributos incurre, en nuestra opinión, en algunos defectos de esa lógica que predicamos. Así, no parece razonable ni congruente que lo que para el pagador es minoración de renta en el IRPF sea donación para el que lo recibe, al margen de que la tributación por el Impuesto de Donaciones plantea un relativo problema con la consideración del parentesco como elemento que gradúa la carga impositiva. Por otro lado tampoco resulta congruente que el carácter de renta irregular para el perceptor se anualice en función del número de años de capitalización en el primer caso y en función de años del matrimonio en el tercer caso. Además la DGT no soluciona el caso más frecuente en el que las partes pactan directamente un capital sin hacer referencia alguna a que el mismo sustituya una pensión previamente determinada.

Particularmente, creemos que la solución más correcta es la de la consideración en todo caso de una renta irregular en el perceptor que deberá anualizarse en función del número de años de vida probable de la pensión. Resulta ésta la solución más sencilla y más coherente con el sistema establecido en la Ley y en el impuesto en general.

III.4. Distribución de una pensión única entre el cónyuge y los hijos

El segundo problema que conviene analizar en la tributación de las pensiones por alimentos y que igualmente se produce con muchísima frecuencia en la práctica generando discusiones entre el contribuyente y la Hacienda Pública es el de la distribución de la pensión o de las cargas matrimoniales entre el cónyuge y los hijos cuando en la sentencia judicial por la que se acuerda la pensión no se efectúa tal distribución.

Efectivamente, ocurre con frecuencia que el Juzgado al fijar la pensión olvida el distinto tratamiento fiscal que tienen las pensiones por alimentos a hijos, por un lado, y la pensión compensatoria o los alimentos al cónyuge, por otro, y establece una cantidad única por ambos conceptos. Esta cuestión se produce sobre todo en aquellas resoluciones judiciales anteriores a la Ley 18/1991 cuando el régimen tributario de ambas pensiones era idéntico y por tanto no tenía sentido tal diferenciación. Igualmente es muy frecuente el problema que planteamos durante la primera parte de los procesos de disensión conyugal y en la fase de medidas provisionales donde se fija una contribución a las cargas matrimoniales pero todavía no se distingue en qué concepto se efectúa tal contribución, ni en qué parte se corresponde con alimentos a los hijos o alimentos al cónyuge.

Que duda cabe que en la práctica la mejor solución es solicitar del Juzgado una aclaración de la correspondiente sentencia o resolución por la que se explicita qué parte de dichas cargas corresponde al cónyuge y qué parte corresponde a los hijos para así poder asignar y aplicar el correspondiente tratamiento fiscal.

En aquellos casos en que tal solución no sea posible porque el Juzgado se niegue a efectuar tal distribución, o simplemente porque el problema con la Administración Tributaria haya surgido ya, y se refiera a ejercicios en los que tal distribución no existía todavía, en nuestra opinión creemos que el hecho de que la pensión o las cargas estén fijadas en una cuantía única no impide el tener como cierto que en dicho concepto necesariamente han de incluirse alimentos a favor de los hijos y alimentos a favor del cónyuge y que por lo tanto debe darse a cada parte el régimen fiscal correspondiente. La falta de distribución de una pensión única o de unas cargas matrimoniales no pueden impedir por tanto la aplicación del correcto régimen fiscal a cada parte. Por otro lado, tan incorrecto sería dar a la totalidad el régimen fiscal de los alimentos a hijos (postura que intentará mantener la Administración Tributaria) como otorgar a la totalidad el tratamiento fiscal de las pensiones compensatorias o de las anualidades por alimentos entre cónyuges.

Entendemos por tanto que en esa pensión única y en esas cargas matrimoniales, tanto la Administración Tributaria como el sujeto pasivo deben entender y asumir que figuran incluidos tanto alimentos a favor de los hijos como alimentos a favor del cónyuge, y por tanto ambas partes en conflicto deben acudir a las reglas de la lógica o a la negociación para distribuir esa cantidad entre los distintos conceptos que necesariamente se hallan integrados en la misma.

Cuál sean esos criterios lógicos es ya una cuestión a analizar en cada caso concreto y a discutir en cada situación con la Administración Tributaria, pero siempre sobre la base de que tal distribución sea admitida. A falta de cualquier otro criterio de distribución no nos quedaría sino acudir al reparto igualitario, por partes iguales entre cada una de las perso-

nas que reciben esos alimentos. El criterio de la distribución a partes iguales, aparte de su sencillez y carácter elemental, encuentra su apoyo en la aplicación analógica de diversos preceptos legales que en las distintas normas de los impuestos acuden al mismo a falta de cualquier otro criterio lógico o de la falta de prueba de pactos o porcentajes. Especialmente paradigmático es el artículo 89.3 de la vigente Ley 35/2006 (antes el artículo 10.1 de la Ley 18/1991 o de la Ley 40/1998) en el que se establece: «A las rentas correspondientes a las sociedades civiles (...) se atribuirán los socios (...) según las normas o pactos aplicables a cada caso, y si éstos no constaran a la Administración en forma fehaciente, se atribuirán por partes iguales».

Simplemente y para acabar con este punto debemos dejar constancia que pese a la postura contraria de la mayoría de las Delegaciones de Hacienda, este criterio que propugnamos ha venido siendo mantenido por diversas resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos, y en concreto de una forma reiterada en numerosísimas resoluciones del TEAR de Aragón y recientemente en otra Resolución de 27 de mayo de 1997 del TEAR de Andalucía en la reclamación núm. 2.239/1994 que recoge los argumentos antes expuestos.

III.5. Parejas de hecho

La normativa fiscal estatal no ha venido hasta la fecha a reconocer consecuencias fiscales a las parejas de hecho, inscritas o no inscritas, y así, por ejemplo, la consulta de la DGT de 19 de marzo de 2001 sigue acogiendo a una interpretación literal de la norma fiscal y del Código Civil negando la deducibilidad fiscal de una pensión compensatoria pagada a su expareja de hecho. Sorprende esta postura tan intransigente por parte de la Hacienda Pública Estatal a la vista de ciertas normativas autonómicas en materia de tributos cedidos (así por ejemplo, Andalucía con su Ley de parejas de hecho, Ley 5/2002, que supone una equiparación absoluta con los matrimonios respecto de los tributos cedidos y especialmente en el Impuesto de Sucesiones, artículo 8 de la Ley 10/2002 de Andalucía) así como, de cierta jurisprudencia que viene equiparando ambas situaciones (especialmente interesante es la Sentencia de 2 de julio de 1996 de la Audiencia Nacional que referida al Impuesto de Sucesiones admite en una pareja de hecho tanto la existencia de una liquidación de esa comunidad conyugal como la tributación por la tarifa de cónyuges, si bien esta sentencia, y en este último aspecto ha sido casada por la del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2002, con lo que se sigue negando jurisprudencialmente la equiparación fiscal entre el matrimonio y pareja de hecho.

III.6. Retenciones

Para finalizar el capítulo referido a las pensiones debemos hacer una breve mención a que la situación de separación o divorcio así como la existencia de una pensión también tiene su repercusión en el tipo aplicable para las retenciones que deban soportarse por trabajo personal, y ello en dos aspectos, en el límite cuantitativo excluyente de la obligación de retener previsto en el artículo 81 del Reglamento y que será distinto en función de la situación personal del perceptor de tales rendimientos y en el propio cálculo de la base sujeta a retención que se verá modificada tanto por la obligación de pagar una pensión compensatoria, artículo 83.3.e), como por la obligación de pagar anualidades por alimentos de hijos,

artículo 85.2, datos todos ellos que deberán comunicarse al pagador de los rendimientos a través del procedimiento previsto en el artículo 83 del Reglamento.

Por último, en este capítulo, debemos recordar que la pensión compensatoria o la pensión de alimentos nunca está sujeta a retención a cuenta, ni incluso en el supuesto de que tales pensiones sean pagadas directamente por la empresa donde trabaja el cónyuge obligado a ello, ya que en todo caso es un pago hecho por cuenta de ese cónyuge obligado al pago.

IV. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Es ésta una cuestión que tiene incidencia, fundamentalmente, en dos impuestos, el IRPF y el ITP y AJD, si bien nos referiremos puntualmente al Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos.

IV.1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

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

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

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

– No existe incremento ni disminución de patrimonio en la disolución de la Sociedad de Gananciales ni del régimen de participación (aunque en la liquidación de este régimen no se trata simplemente de una especificación sino que existe una verdadera transmisión de bienes y derechos), mejor dicho, no existe alteración patrimonial, no existe transmisión, se trata de una mera especificación de los derechos que los cónyuges ya tenían en la sociedad [artículo 33.2.b)].

– No se actualizan valores (artículo 33.2, *in fine*).

– No se pierde antigüedad (Consultas de la DGT de 24 de junio y 29 de diciembre de 1992).

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

IV.2. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

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

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

- Adjudicaciones de bienes a favor del cónyuge en pago de sus aportaciones previas.
- Transmisiones en pago de su haber de gananciales.
- Adjudicaciones de bienes *para* pago o *en* pago de deudas de la sociedad conyugal (tanto si el acreedor es el cónyuge, «en», como si es un tercero «para»). Véase la Consulta de la DGT de 13 de julio de 1989.

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

IV.3. Casos especiales

A) Aportaciones de bienes privativos a la sociedad conyugal

También debe citarse, aunque no afecte específicamente al objeto de esta ponencia, el criterio que cada día se consolida más en la jurisprudencia de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, que considera que esta exención también ampara las *aportaciones de bienes privativos a la sociedad conyugal*. Así lo vinieron reconociendo unánimemente los TTSSJ de los territorios forales en los que siempre fue posible este tipo de aportaciones (Aragón, Cataluña, Navarra y Baleares) y últimamente también respecto de territorios sujetos a derecho común como el TSJ de Castilla-La Mancha de 16 de noviembre de 1998, de Galicia 30 de julio de 1999 y de 20 de octubre de 1999, o de Valencia de 5 de julio de 2000. Finalmente esta postura ha quedado definitivamente consolidada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001 que finalmente ha hecho modificar la postura que en este punto venía manteniendo la Dirección General de Tributos, y así en reciente Consulta de 24 de enero de 2003 recoge este planteamiento jurisprudencial y establece que este tipo de aportaciones están exentas en virtud del mencionado artículo 45.I).B).3.

Ahora bien, esta exención en el ITP no soluciona todos los problemas que plantean este tipo de aportaciones ya que en definitiva las mismas constituyen el paso de un bien privativo a un bien ganancial y por tanto implican, al menos económicamente, la transmisión del 50% del valor de ese bien entre ambos cónyuges, y ante ello cabe, fiscalmente, dos posibilidades:

- Que esa transmisión del 50% tenga carácter oneroso. Y efectivamente, en principio, debe considerarse que, si no se hace constar expresamente el carácter lucrativo de la aporte-

tación, estamos ante una transmisión onerosa que por tanto, si no es pagada en ese momento, hacen nacer un derecho de reintegro a favor del cónyuge aportante que deberá tenerse en cuenta en la liquidación de la sociedad conyugal. Es en definitiva para este caso de transmisión onerosa para la que ahora ya se admite sin discusión la exención en el ITP.

– Que, por expresa disposición de los cónyuges, tenga carácter lucrativo la aportación. En este caso parece indiscutible que la misma queda sometida a tributación por el Impuesto de Donaciones en cuanto a ese 50% de valor en el que acrece el patrimonio de uno de los cónyuges, sin que por otra parte, encontremos exención alguna aplicable en este impuesto.

Adicionalmente, y para ambos supuestos, tanto si la aportación tiene carácter oneroso como lucrativo, debemos cuestionarnos la posible tributación en el IRPF por la plusvalía obtenida en sede del transmitente. Y efectivamente, si admitimos que civilmente hay transmisión, habrá que admitir que se produce una alteración patrimonial y se devenga el correspondiente hecho imponible en el IRPF, debiendo tributar por el incremento de patrimonio que se produce en la transmisión de ese 50% de valor, tanto si lo es a título lucrativo como a título oneroso. Así lo expresa específicamente la Consulta de la Dirección General de Tributos de 3 de junio de 2002 para el caso de aportación lucrativa, en cuyo caso el valor de enajenación será el comprobado a efectos del Impuesto de Donaciones, que resulta igualmente aplicable para las aportaciones onerosas siendo en este caso el valor de enajenación el importe de ese derecho de reintegro que surge con la aportación y con posible aplicación de la norma especial para operaciones a plazos ya que el cobro del derecho de reintegro se pospone hasta la liquidación de la sociedad conyugal.

B) Liquidación del régimen de separación de bienes

Igualmente debe mencionarse la amplitud que a esta exención viene dándole el TSJ de Cataluña (Sentencias de 10 de julio de 1995 y 28 de junio de 1996, entre otras) que la considera aplicable a la «liquidación» del régimen de separación de bienes para los supuestos de transmisiones de bienes de un cónyuge a otro en compensación de la aportación de su trabajo a la sociedad conyugal. Este criterio se ha visto confirmado recientemente por una Consulta de la Dirección General de Tributos de 29 de noviembre de 2001 que, referida al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, entiende que no existe donación en la entrega de bienes, al liquidar el régimen de separación de bienes, a uno de los cónyuges en pago del tiempo y trabajo dedicados al cuidado de la familia. Se va consolidando así una cierta analogía en el tratamiento tributario de los desplazamientos patrimoniales de bienes entre los patrimonios privativos de los cónyuges y la sociedad ganancial, con los desplazamientos entre los patrimonios privativos de los cónyuges en régimen de separación de bienes.

Especial reconocimiento supone la mención incluida en el artículo 33.3.d) de la Ley del IRPF (añadida ya desde la Ley 24/2001, de 27 de diciembre) que prevé la inexistencia de ganancia y pérdida patrimonial en el IRPF (con cierta, aunque no total analogía con la disolución de la sociedad de gananciales) en los supuestos de extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, cuando por imposición legal o resolución judicial se produzcan adjudicaciones por causa distinta de la pensión compensatoria (norma por tanto especialmente dirigida a las compensaciones por trabajo en el hogar previstas en el artículo 41 del Código de Familia catalán y a las que se refiere la Consulta de 24 de febrero de 2004),

consagrando así también el régimen de neutralidad y diferimiento que hemos visto anteriormente para la liquidación de sociedad de gananciales.

C) Uniones de hecho

Por último en este punto, debemos plantearnos la posible existencia de una Comunidad de bienes entre los convivientes de una pareja de hecho y por tanto cuál sería el régimen fiscal aplicable a la disolución de esa Comunidad de bienes.

Como ya nos hemos referido anteriormente no existe normativa fiscal referida de forma específica a las uniones de hecho, por lo que los posibles criterios aplicables debemos deducirlos de la jurisprudencia o de las normativas autonómicas.

Así en la normativa andaluza debemos destacar el artículo 20 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho que equipara fiscalmente el régimen tributario fiscal (pero sólo en el ámbito autonómico) de las parejas de hecho que cumplan y acrediten los requisitos de la propia ley. En igual sentido, siempre dentro de la normativa autonómica, debe destacarse el artículo 8 de la Ley 10/2002 que equipara a efectos del Impuesto de Sucesiones las parejas de hecho inscritas con los cónyuges.

En el ámbito jurisprudencial, especial relevancia nos parece que en este punto puede tener las sentencias antes citadas de la Audiencia Nacional de 2 de julio de 1996 y del Supremo de 8 de febrero de 2002 en casación de la anterior.

La sentencia de la Audiencia Nacional llega a la conclusión de que, con independencia de la titularidad civil de los bienes de cada uno de los miembros, en determinados casos de parejas de hecho muy dilatadas en el tiempo, existe una presunción de *affectio societatis* y en consecuencia se establece entre ellos una comunidad de bienes que es preciso liquidar por mitades en el momento de extinción de la pareja (en el caso de la sentencia por fallecimiento de uno de los convivientes). Este criterio es confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo, y si bien, de su lectura no se desprende una conformidad con el mismo sino quizá un erróneo planteamiento del recurso de casación por la Abogacía del Estado, ya que tal recurso es desestimado confirmando la inaplicabilidad de las normas de la sociedad de gananciales a esa «comunidad de hecho», lo cierto es que este criterio de la existencia de una comunidad de bienes o patrimonio común, de una *affectio societatis* dentro de las uniones de hecho es un criterio que ha venido a ser reiterado posteriormente ya con la categoría de doctrina legal (Sentencias de 22 de febrero y de 26 de mayo de 2006).

Siguiendo el criterio fijado por estas sentencias, podría concluirse en nuestra opinión que en el momento de separación o extinción de una pareja de hecho, si los convivientes proceden a liquidar la comunidad de bienes creada entre ellos (que puede ser tanto formal como material), a la misma no le serán aplicables los criterios de la sociedad de gananciales por analogía si bien en la práctica el resultado tributario es muy parecido:

– En el IRPF será de aplicación la norma prevista en el artículo 31.2.a) y c) de la Ley del IRPF que otorga el mismo régimen tributario de neutralidad y diferimiento a las disoluciones de cosa común y comunidades de bienes que a la disolución de la sociedad de gananciales.

– En el ITP debe considerarse que tampoco existe transmisión de bienes alguna, sino mera especificación de derechos por lo que en ningún caso sería de aplicación este impuesto en su modalidad de transmisiones onerosas (salvo que se evidencie una finalidad de fraude tributario), por lo que únicamente quedaría sujeta esta disolución a la tributación por Actos Jurídicos Documentados si en esa comunidad existen bienes inmuebles o cualquier otro bien o derecho inscribible en un Registro Público y no se ejerce actividad empresarial (en este último caso, tributaría por operación societaria al 1%).

IV.4. Excesos de adjudicación

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

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

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

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

Esta postura vendría apoyada en la interpretación economicista tan habitual en derecho tributario y que supondría que puesto que los excesos son transmisiones de bienes deben quedar sometidos a tributación, y así se han expresado, entre otras, las Consultas de la DGT de 6 de mayo de 2005 y de 31 de marzo de 2004. Obviamente si el transmitente queda sujeto al Impuesto, el adquirente actualizará el valor de adquisición del bien.

- Que tales excesos no suponen la existencia de incremento de patrimonio sujeto a tributación en el transmitente (esto es, el que recibe menos bienes y en consecuencia más metálico), y ello porque:

- La Ley del IRPF no distingue: no existe alteración en la disolución, son gananciales. Se haga con o sin excesos.
- Si el «transmitente» tuviera un aumento, el «adquirente» debería actualizar valores y la ley tampoco lo permite.
- No existe elusión fiscal, *sólo diferimiento* a una futura transmisión del cónyuge adjudicatario a favor de terceros.

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

• Una tercera solución ecléctica y que en nuestra opinión podríamos dar por válida y que es la que se resume con acierto en la Consulta de la DGT de 3 de noviembre de 2006, según la cual:

- Sí existiría transmisión sujeta a tributación en el IRPF si esos excesos de adjudicación están sujetos a su vez a tributar por el ITP.
- Por el contrario no habría tributación en el IRPF si el exceso de adjudicación queda exonerado de tributación en el ITP como consecuencia de la indivisibilidad del bien adjudicado en exceso. La justificación de esta postura estaría en que en el supuesto de indivisibilidad, la única forma de división en el sentido de extinción de comunidad es, paradójicamente, no dividirla, sino adjudicarla a uno de los comuneros a calidad de abonar al otro el exceso recibido en dinero. Así, esta obligación de compensar al otro en metálico no es un exceso de adjudicación propiamente dicho sino una obligación consecuencia de la indivisibilidad de la cosa común y de la necesidad en que se ha encontrado el legislador de arbitrar procedimientos para no perpetuar la indivisión que ninguno de los comuneros se encuentra obligado a soportar (artículo 400 Código Civil) y mucho menos en la liquidación contenciosa de la sociedad de gananciales.

• Y todavía una cuarta solución que vendría avalada por la Resolución del TEAC de 22 de marzo de 2002, según la cual no se tributaría en el IRPF si los excesos de adjudicación se compensan en función de valores de adquisición históricos, mientras que sí que se tributarían cuando tal compensación se realiza a valores actualizados y por el exceso. Ciertamente es reconocer que, finalmente, esta tesis del TEAC lleva a la misma conclusión de someter a tributación la diferencia entre el valor de transmisión (el utilizado para la liquidación de la comunidad) y el valor histórico de adquisición, aunque con esta tesis se admite, al menos teóricamente, la exoneración de gravamen en las disoluciones de comunidades de bienes.

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

- Sólo los «declarados». Ello supone además que la no existencia de exceso en el ITP, el hecho de no declarar o poner de manifiesto tal exceso, supone la inexistencia de tributación en el IRPF ya que no existe exceso, no existe transmisión y no existe precio ni valor de enajenación. El único riesgo es por tanto la posibilidad de que la Administración demuestre la existencia de precio o demuestre el carácter lucrativo del exceso, algo que, en nuestra opinión, no puede demostrarse por el mero hecho de que existan excesos sobre valores comprobados.

- Como transmisiones «patrimoniales onerosas». Pero no de forma automática, sino porque se presupone una compensación en metálico, si no, si se prueba lo contrario existiría una donación.
- La especificación del exceso debe hacerse en los bienes adjudicados de menor a mayor tributación (TEAC de 4 de julio de 1980).
- Posibilidad de aplicar por analogía la excepción del artículo 1062 del Código Civil para la partición de herencia (cosa que desmerece en su división). Teoría que, en base al artículo 1410 del Código Civil que remite a las normas de la partición hereditaria, ha admitido algún TEAR, el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de junio de 1999 y que viene admitiendo igualmente la propia DGT en numerosas consultas y, entre otras, en la ya citada de 3 de septiembre de 2006, en la que se matiza que esta indivisibilidad debe poder predicarse del conjunto de bienes a repartir, de la imposibilidad de formar dos lotes equivalentes y no sólo de la indivisibilidad de algún bien individualmente considerado.
- Y por último debe tenerse en cuenta el supuesto de no sujeción previsto en el artículo 32.3 del Reglamento del ITP para los excesos de adjudicación que se produzcan en la disolución de la sociedad de gananciales o en el cambio de régimen económico y que sean derivados de la necesaria adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio.

IV.5. Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos

La redacción actual de la Ley 39/1988 de Haciendas Locales preveía la *exención* en este impuesto de las transmisiones que se produzcan como consecuencia de las aportaciones a la sociedad conyugal y de las adjudicaciones originadas por la disolución de ésta.

Es importante advertir que la exención supone una previa sujeción al Impuesto y que por tanto la disolución de la sociedad conyugal, aún sin tributar, cerraba un período impositivo. Esto no era así en la normativa anterior a la Ley 39/1988 de Haciendas Locales por lo que el Tribunal Supremo ha interpretado (Sentencia de 27 de febrero de 2002) que sólo se cerrará el período impositivo y comenzará otro cuando el hito inicial (liquidación de la sociedad de gananciales) se produce con posterioridad a la Ley 39/1988, esto es, con posterioridad a 1 de enero de 1989.

Tampoco es así ya en la actualidad puesto que la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la de Haciendas Locales ha modificado el artículo 105 del actual Texto refundido de Haciendas Locales añadiendo un párrafo tercero por el que se especifica que los supuestos de aportación de bienes a la sociedad conyugal, adjudicaciones a los cónyuges en pago de sus aportaciones y de sus haberes comunes e incluso en los supuestos de transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de hijos como consecuencia del cumplimiento de sentencias en los casos de nulidad, separación o divorcio, sea cual sea el régimen matrimonial, son supuestos de *no sujeción*. Con ello se quiere dejar claro que no se devenga este impuesto municipal pero tampoco se cierra un período impositivo, difiriendo por tanto la

carga impositiva, con el límite de los veinte años, hasta la próxima transmisión de ese bien inmueble.

Respecto de los excesos de adjudicación, entiendo que también están exentos ya que la exención en este tributo es amplia y no hace distinción alguna. No obstante este punto es discutible. Así por ejemplo la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 12 de marzo de 1999 considera que sí que debe tributarse pero sólo por el exceso de valor en que incurre la transmisión.

V. LA UNIDAD FAMILIAR Y LOS SISTEMAS DE TRIBUTACIÓN CONJUNTA O SEPARADA

La Ley 44/1978 del IRPF estableció un único sistema de tributación conjunta en base a la familia considerada como la unidad económica básica y mínima que podía someterse a tributación, lo que obligó evidentemente a definir que era a efectos del IRPF la unidad familiar. Este sistema de tributación que implicaba la acumulación de rentas de todos los miembros de esa unidad familiar, unido a la existencia de una tarifa progresiva, implicaba una discriminación de las familias jurídicamente formalizadas frente a situaciones de hecho y similares.

La Ley 18/1991 del IRPF, heredera en este punto de la Ley 20/1989 se vio obligada a modificar el sistema de tributación de la familia como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989 que consideró inconstitucional la primitiva Ley 44/1978 del IRPF por los efectos perniciosos que la acumulación de rentas dentro de la familia suponen al aplicar una tarifa progresiva. Como solución a este problema, y pese a la existencia de diversas alternativas en el derecho tributario comparado, la Ley 18/1991 decidió crear una nueva solución basada en el «sistema de doble tarifa con carácter optativo», que consistía en que el sujeto pasivo integrado en una unidad familiar (lo que obligaba de nuevo a definir qué es fiscalmente una unidad familiar) podía «optar» entre tributar de forma conjunta, «en familia», o de forma separada individualmente cada miembro, y aplicándosele tarifas distintas en cada caso.

Pese a que el Tribunal Constitucional (Sentencia de 15 de febrero de 2001) ha ratificado la validez de este sistema de tributación familiar establecido en la Ley 18/1991, sin duda las críticas a este sistema por la mayoría de la doctrina y la enorme complejidad del mismo aconsejaban sin duda su desaparición. No obstante y de forma sorprendente tanto la Ley 40/1998 como la vigente Ley 35/2006 (esta última incluso reconoce en su Exposición de Motivos la conveniencia de su revisión por razones de no discriminación en función del género y por simplicidad) siguen manteniendo la posibilidad de optar entre tributación conjunta y tributación separada si bien ahora con los efectos mucho más limitados. (En las familias biparentales no existe diferencia ni corrección alguna por lo que la opción sólo interesa si uno de los cónyuges obtiene rentas inferiores al mínimo personal, por el contrario en las familias monoparentales, y sólo en éstas, existe una diferencia, un mayor mínimo personal –más reducido en la Ley 35/2006– en el caso de la opción por tributación conjunta.)

Pese a todo, la existencia de una opción de tributar conjuntamente la unidad familiar exige que la Ley siga manteniendo ese concepto de unidad familiar que aparece ahora definido en el artículo 82 de la vigente Ley del IRPF.

A los efectos que aquí interesan el citado precepto define dos tipos de unidad familiar que serían las formadas:

A) Los cónyuges **no separados legalmente** y, si los hubiere, los hijos de uno o de otro menores o incapacitados que no vivan independientes de éstos.

La palabra «cónyuges» ha sido objeto, en plano fiscal, de una interpretación absolutamente restrictiva que impide dar entrada como unidad familiar a los convivientes en una pareja de hecho, y ello con independencia de los criterios jurisprudenciales y a la apertura que de este tema se está produciendo en las leyes autonómicas.

B) Para los casos de separación legal o inexistencia de vínculo matrimonial, el padre o la madre y los hijos que convivan con uno u otro y que reúnan los requisitos anteriores (minoría de edad y convivencia). Norma esta última que debe conciliarse con lo previsto en el artículo 84.2.4.º que impide aplicar la reducción del mínimo personal incrementado por declaración conjunta cuando el contribuyente convive con el padre o la madre de alguno de sus hijos, precepto claramente dirigido a evitar la discriminación positiva de la que se podían beneficiar las parejas de hecho con dos descendientes.

A continuación el citado precepto establece dos reglas básicas: que ninguna persona puede formar parte de dos unidades familiares al mismo tiempo y que la determinación de las personas y las circunstancias concurrentes se realizan a 31 de diciembre (salvo en caso de fallecimiento de un descendiente al que nos referiremos posteriormente).

La referencia en la definición de estas familias a la «inexistencia de vínculo matrimonial» vuelve a constituir un argumento insalvable sobre la no consideración de las parejas de hecho por la Ley fiscal, que precisamente sólo se refiere a ellas en esa última norma citada y que precisamente para no reconocerlas como familia a efectos fiscales.

De la normativa legal citada podemos extraer como primera conclusión que la separación legal –nunca la separación de hecho– «rompe» la unidad familiar de tal forma que desde el mismo momento en que legalmente existe separación entre los cónyuges, éstos dejan de formar parte de la misma unidad familiar y pasan a integrar, en su caso, dos unidades familiares.

Y si criticable en nuestra opinión es que la unidad familiar no desaparezca con la separación de hecho (nueva manifestación en sentido negativo del desconocimiento fiscal de las parejas de hecho), más criticable resulta el momento preciso en que esto se produce, pues si bien pudiera parecer que es más lógico que tal momento se produce con la admisión a trámite de la demanda de separación puesto que ello produce el cese de la convivencia por ministerio de la Ley y por tanto podría decirse que los cónyuges se hallan «separados legalmente», la opinión administrativa, desde el punto de vista fiscal, es que no existe separación sino hasta que hay resolución judicial, sentencia, por la que se acuerda el estado de separación. Un argumento definitivo en este sentido lo encontrábamos antes en el artículo 94.1.b) de la Ley 18/1991 del IRPF que entiende que el período impositivo se quiebra con

la sentencia judicial de separación, permitiendo por tanto la tributación conjunta hasta la existencia de una resolución judicial, lo que es indicativo de que para el legislador fiscal existe unidad familiar hasta ese momento. La Sentencia del TSJ de Baleares de 5 de febrero de 1999 confirma este criterio pese a las consecuencias absurdas que tiene en la regulación fiscal de otros aspectos (cargas del matrimonio, etc.)

La segunda conclusión que se obtiene de la regulación del artículo 68 antes citado es que, una vez que existe separación judicial, la unidad familiar subsiste entre el padre o la madre separado y los hijos menores.

La Ley 40/1998 y la actual Ley 35/2006 a diferencia de las anteriores aclaran que el criterio que permite determinar con quién forman unidad familiar los hijos es el de la convivencia, lo que no supone ninguna novedad puesto que en la legislación anterior se llegaba a la misma conclusión como así tenía establecido la propia Dirección General de Tributos que en resolución a Consulta de 17 de mayo de 1995 identifica relación de dependencia con la guarda y custodia de los hijos como elemento determinante de la convivencia y no con la patria potestad. La corrección material o la justicia de tal criterio es evidentemente discutible y de hecho el proyecto de la Ley 40/1998 mantuvo hasta su última redacción el criterio de dependencia económica que quizás resultaba más coherente desde el punto de vista fiscal.

La actual Ley 35/2006 mantiene como decimos el criterio de convivencia sin haberse planteado siquiera su modificación, pero aún es menos cierto que como hemos visto al tratar el tema de pensiones haya mejorado todavía más el régimen fiscal del cónyuge no conviviente y pagador de la pensión.

En cualquier caso hoy resulta indiscutible que en los supuestos de separación legal o divorcio la unidad familiar estará compuesta por el padre o la madre y los hijos menores con los que convivan, siendo irrelevante a estos efectos que la patria potestad esté compartida así como cual sea el progenitor que contribuya a su sustento económico.

Por otra parte, con la vigente Ley, y al desaparecer el sistema de doble tarifa, la importancia económica de esta definición de unidad familiar resulta más bien pequeña en la generalidad de los casos compensándose además un sistema de mayores reducciones por el mínimo personal que favorece al cónyuge que convive con ellos, con el sistema de reducción aunque parcial antes visto de la pensión por alimentos a hijos satisfecha por quien no convive y contribuye a su mantenimiento y con una mayor reducción por mínimo personal de 1.600 euros prevista en el artículo 64 de la Ley 35/2006.

La incidencia o las repercusiones fiscales de la **tributación conjunta de la unidad familiar** es hoy, en la Ley 40/1998 más bien pequeña, como ya hemos anunciado, y se limita en el artículo 70 al establecimiento de unos mayores mínimos personales para las familias monoparentales (nos referiremos a ellos posteriormente al hablar de las deducciones por hijos) y a la posibilidad de la compensación de las rentas y bases de cada uno de los miembros de la unidad familiar.

Por último citar en este punto el artículo 2 de la Ley 12/2006 de Andalucía que introduce una deducción adicional para las familias monoparentales con independencia de su régimen de tributación pero siempre que no convivan con la otra persona.

VI. FINALIZACIÓN DEL PERÍODO IMPOSITIVO

El período impositivo del IRPF coincide con el año natural produciéndose el devengo del impuesto el 31 de diciembre de cada año.

El artículo 13 de la Ley 35/2006 ha suprimido cualquier supuesto de quiebra del período impositivo (lo que se denomina período positivo inferior año natural) excepto en caso de fallecimiento del sujeto pasivo, que, en todo caso (desapareció ya con la Ley 46/2002 la opción de tributación conjunta), determina la finalización del período impositivo del sujeto pasivo fallecido.

Con esta nueva regulación desaparecen definitivamente todos los problemas de gestión, de determinación del momento temporal del propio evento y de las rentas imputables a cada período, y los privilegios y beneficios económicos que suponían tanto bodas como separaciones.

Nuestra valoración sobre esta modificación legislativa no puede ser más positiva por cuanto además de simplificar enormemente el impuesto desaparecen las diferencias de tributación por elementos ajenos a la propia capacidad económica del sujeto pasivo ya que ninguna justificación podía darse a que la cantidad final a pagar por el IRPF dependiera de hechos tan poco significativos como el casarse o separarse el 30 de junio o el 2 de enero.

En conclusión, ni la separación legal ni el matrimonio suponen la interrupción del período impositivo debiendo estarse a las circunstancias familiares el 31 de diciembre que determinarán la tributación para todo ese período impositivo.

VII. RESIDENCIA HABITUAL

A los efectos de determinar si una persona es residente en España y por tanto está sujeta a obligación personal de contribuir, esto es, si debe declarar en España la totalidad de su renta mundial, la Ley 40/1998 y la actual 35/2006 manteniendo en este punto la normativa de su antecesora, han introducido en sus respectivos artículos 9, además del criterio básico de residencia efectiva o permanencia en territorio español durante más de 183 días al año, el criterio del núcleo principal o base de sus actividades y de sus intereses económicos.

En esta línea establece además una presunción *iuris tantum* de que una persona es residente en España cuando en dicho territorio residen de forma habitual el cónyuge no separado legalmente o los hijos menores de edad que dependan de aquél. Es decir, hasta el momento en que exista una separación legal (entendemos que, en contra de lo dicho en los epígrafes anteriores, aquí la presunción desaparece desde que se admite la demanda de separación y por tanto cesa la presunción de convivencia por ministerio de la ley) sigue surtiendo efectos la citada presunción de residencia. En cualquier caso debemos recordar que la norma fiscal contiene una presunción *iuris tantum* y que por tanto siempre se admitiría prueba en contra de la realidad de la convivencia.

Por otra parte la referencia a los hijos que dependan del padre o madre plantea ciertas dudas sobre qué debe entenderse por dependencia pues si se interpreta como dependencia económica la existencia del pago de una pensión alimenticia podría hacer mantenerse esta presunción incluso después de la separación o el divorcio. Entendemos, en línea con lo apuntado en otros epígrafes anteriores, que la Ley quiere referirse a dependencia vital, esto es, a la convivencia de los hijos con el padre o la madre, pero en cualquier caso la imprecisión terminológica del legislador fiscal es evidente.

VIII. LA DEDUCCIÓN POR HIJOS

En la resolución de los procesos de crisis matrimonial debe atribuirse la custodia y convivencia de los hijos a uno o a los dos cónyuges, lo que en cualquier caso, no tiene por que implicar la pérdida de patria potestad para el cónyuge que no tiene la custodia.

Al igual que ocurría con la composición de la unidad familiar, estos aspectos tienen también la consecuencia fiscal de atribuir a uno u otro cónyuge la deducción por hijos cuya cuantía se ha incrementado sustancialmente desde 1998 respecto de las Leyes anteriores.

La Ley 40/1998 sustituyó el sistema de deducciones en la cuota de cuantía fija por reducciones en la base liquidable a través de los conceptos de «mínimo personal» y «mínimo familiar».

Con este sistema de mínimos y reducciones aplicados para obtener la base liquidable se pretendía, por un lado, basar el impuesto en la renta disponible, esto es, la renta que puede utilizar el contribuyente tras atender a las necesidades básicas propias y de su familia; concepto de renta disponible que constituye en esta Ley 40/1998 el objeto del impuesto como elemento que define mejor la capacidad económica. Por otra parte, al actuar sobre la base y no sobre la cuota se consigue una mayor progresividad de la deducción que ya no es una cantidad fija sino que dependerá del tipo marginal de cada sujeto pasivo (lo que contradictoriamente supone una regresividad general del impuesto desde el punto de vista social).

La vigente Ley 35/2006 mantiene las reducciones en base y los conceptos de mínimo personal y familiar (artículo 56) pero ahora esas reducciones se hacen a tipos mínimos (constituyen un primer tramo gravado a tipo cero) lo que supone una disminución de la carga fiscal igual para todos, volviendo en la práctica al sistema de deducciones. Además estas reducciones se incrementan pero su efecto final en la carga fiscal del contribuyente puede disminuir al aplicarse un tipo más bajo.

Se consigue así (*vid.* Exposición de Motivos) una mejora de la equidad y se recupera la igualdad en el tratamiento de las circunstancias personales y familiares; desaparece así también el concepto renta disponible del objeto del tributo.

Este nuevo sistema de mínimos viene establecido en los artículos 56 y siguientes de la nueva Ley del IRPF de la siguiente manera:

– Con carácter general se establece un mínimo personal para todo sujeto pasivo de 5.050 euros (antes 3.400 euros). Este mínimo es de 5.950 para mayores de 65 años (antes 4.200) y de 6.150 para mayores de 75 años (antes 5.200).

– Este mínimo personal se ve incrementado en el artículo 84.2.4 de la Ley en 2.150 euros anuales si el sujeto pasivo se acoge a la opción de tributación conjunta y pertenece a una unidad familiar de las que antes definíamos bajo la letra B), esto es, en los casos de separación legal o inexistencia de vínculo matrimonial. Se constituye así este incremento de los mínimos personales como el único beneficio real que tiene la tributación conjunta y que afecta exclusivamente a los supuestos de familias monoparentales a fin de favorecer al cónyuge que queda conviviendo con los hijos.

Aclara la Ley que, sin embargo, si el contribuyente convive con el padre o la madre y alguno de sus hijos (lo que ocurrirá en las denominadas uniones de hecho) no tendrá derecho a ese incremento del mínimo personal. Se constituye así esta norma, tal y como decíamos, en la única referencia que la Ley del IRPF hace, de una forma velada, a las uniones de hecho, y desde luego no para favorecerlas, sino al contrario para evitar la discriminación positiva que podría producirse.

– Además, se establecen unos mínimos familiares que incrementan los anteriores mínimos personales en función de los descendientes y que son los siguientes: 1.800 euros por el primero (antes 1.400), 2.000 euros por el segundo (antes 1.500), 3.600 euros por el tercero (antes 2.200) y 4.100 por el cuarto y siguientes (antes 2.300). Además se prevé, artículo 61.4.^a, que en caso de fallecimiento del descendiente durante el año se tendrá derecho a una reducción de 1.800 euros por ese descendiente. Y además, en esta línea cabe apuntar además como otro beneficio fiscal por hijos, la exención de la renta en especie que podría haber constituido la utilización por los hijos de empleados en las guarderías, escuelas de primer ciclo de educación infantil en las empresas.

Este mínimo familiar por descendientes, que supone un beneficio fiscal igual al importe de la reducción por el tipo mínimo de la tarifa (antes por el tipo marginal de cada sujeto pasivo, por lo que el incremento de esos importes puede resultar engañoso), se atribuyen al progenitor con quien tales hijos conviven. De nuevo aquí el criterio determinante es el de la convivencia efectiva que, en principio, debemos identificar con la custodia y de nuevo aquí tal circunstancia debe examinarse el 31 de diciembre, fecha de devengo del impuesto (salvo fallecimiento del descendiente que no impide la aplicación del mínimo –artículo 61.4 ya citado–) para determinar cuál de los padres tiene derecho a la citada deducción, sin que sea posible por tanto repartir la deducción entre ambos cónyuges, prorrateo de la reducción que únicamente sería posible si el hecho de la convivencia el 31 de diciembre coincidiera en ambos progenitores, tal y como ocurre en las familias «normales».

Los requisitos para poder disfrutar de estas reducciones, además de la convivencia son: que sea menor de 25 años o discapacitado, que no tenga rentas anuales superiores a 8.000 euros, y que no sea declarante, tanto de forma conjunta como individual, con rentas superiores a 1.800 euros (artículo 61.2), exclusión esta última de su condición de declarante incluso de forma conjunta que debe relacionarse con la supresión que la vigente Ley hace del requisito de que el descendiente debiera estar soltero, de forma que ahora un descendiente

casado puede dar lugar a la reducción si no es declarante aunque sea de forma conjunta con su cónyuge con rentas superiores a 1.800 euros.

Además, se asimilan a los descendientes las personas vinculadas al sujeto pasivo por razón de tutela o acogimiento, en los términos de la Legislación Civil.

En orden a cumplir el requisito de que las rentas del descendiente sean inferiores a 8.000 euros, debe tenerse en cuenta la totalidad de las rentas del hijo, sin que desde el año 2003 deban incluirse las rentas exentas, lo que tiene una enorme importancia dado que las pensiones por alimentos recibidas por los hijos, aunque exentas, son rentas, y por tanto, hasta el año 2003, si superaban la indicada cifra privarían al progenitor con el que convive de practicarse estas reducciones (entonces de 1.000.000 de pesetas) quedándole por tanto únicamente el beneficio de su propio mayor mínimo personal si opta por la tributación conjunta.

Por último, como decíamos en el propio artículo 58 y en los siguientes, se establece una serie de reducciones de entre las que, por su relación con el tema familiar únicamente, destacaremos las siguientes:

Artículo 58.2.— *Reducción por hijos menores*, por importe de 2.200 euros (antes 1.200) por cada descendiente menor de tres años que cumpla los requisitos vistos anteriormente para el mínimo por descendientes.

Artículo 59.— *Reducción por ascendientes*, por importe de 900 euros (antes 800) por cada ascendiente mayor de 65 años o discapacitado que conviva con el sujeto pasivo y con rentas inferiores a 8.000 euros. La reducción será de 2.000 euros (antes 1.800) si el ascendiente tiene más de 75 años.

Artículo 60.— *Reducción por discapacidad*, por importe de 2.270 euros (antes 2.000 euros) si el sujeto pasivo o el descendiente o ascendiente es discapacitado, reducción que se incrementa hasta 6.900 euros (antes 5.000) si tiene un grado de minusvalía igual o superior a 65%. Además esta reducción se incrementa en otros 2.270 euros (antes 2.000) si acredita necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida.

Relacionado con este tema, aunque ajeno al tema de la conflictividad conyugal, debemos referirnos brevemente a la *deducción por maternidad*, regulada ahora en el artículo 81 y que fue una de las principales novedades «mediáticas» en el momento de su introducción por la Ley 46/2002, principalmente por su aspecto de transferencia o impuesto negativo, al poderse ejercitar mediante la solicitud anticipada de su abono mensual. Se trata de una deducción a la que tiene derecho la mujer (aunque veremos que no siempre es así, el legislador fiscal, bien por ese efecto publicitario y mediático al que nos referíamos o bien porque prejuzga que la custodia debe corresponder siempre a la madre, se refiere en primer lugar a la mujer como sujeto de esta deducción) que realiza una actividad por cuenta propia o ajena con alta en Seguridad Social o mutualidad y que tiene hijos menores de tres años (o en los tres primeros años siguientes a la adopción o acogimiento).

La deducción es de 1.200 euros anuales, aunque su cobro y cálculo se realiza mensualmente, por cada hijo menor de tres años, y con el límite, también por cada hijo, de las co-

tizaciones devengadas a la Seguridad Social en ese mes, y todo ello a computar y calcular desde el nacimiento o adopción y hasta el mes anterior al cumplimiento de los tres años.

Esta deducción, como decíamos, corresponde a la mujer salvo en caso de fallecimiento de ésta o cuando la guarda y custodia se atribuye exclusivamente al padre, en cuyo caso la deducción de maternidad también puede aplicarse al padre, lo que, por tanto, únicamente ocurrirá en los casos de familias monoparentales, bien sea por viudedad o separación.

IX. LA VIVIENDA FAMILIAR

La sentencia de separación o de divorcio, o incluso con anterioridad las medidas provisionales, deben decidir qué cónyuge continúa con el uso de la vivienda familiar.

Puede ocurrir así que se provoquen situaciones en las que no coincida la titularidad o propiedad de la vivienda que puede ser de un cónyuge o de los dos con el uso de la misma que puede corresponder al otro cónyuge.

Ello planteaba dos problemas:

A) El primero de ellos relativo a la *imputación de las rentas presuntas por la titularidad de la vivienda*. Efectivamente en cuanto que la Ley 18/1991 del IRPF consideraba como rendimiento de capital inmobiliario un porcentaje (el 2% con carácter general o el 1,1% si los valores catastrales han sido revisados recientemente) del valor catastral de la vivienda, se plantea el problema en estos casos de disociación entre titularidad y uso de a quién corresponde imputar en su renta ese porcentaje del valor catastral de la vivienda.

Este problema podría pensarse que hoy ya ha desaparecido, puesto que en la nueva Ley del IRPF ya no existe imputación de rendimientos presuntos por la titularidad de la vivienda habitual. Efectivamente el artículo 85 de la Ley 35/2006 mantiene la imputación de rentas inmobiliarias presuntas como consecuencia de la propiedad o la titularidad de un derecho real de uso o disfrute sobre bienes inmuebles urbanos, pero excluye de esta imputación la vivienda habitual.

Efectivamente con la nueva normativa queda claro que el cónyuge que ocupa la vivienda habitual, sea como propietario usufructuario, titular de un derecho de uso y habitación, o simplemente por habersele atribuido su uso en la sentencia de separación o divorcio, no debe realizar imputación alguna de renta en su IRPF por lo que hemos dicho anteriormente.

Ello no supone, en principio, que el mencionado problema haya desaparecido, pues cabe plantearse el mismo en sentido contrario. Efectivamente, el problema se le plantea ahora al cónyuge titular o propietario del inmueble que ya no es su vivienda habitual puesto que la ocupa en tal concepto el otro cónyuge, ni generan rendimientos de capital inmobiliario puesto que la cesión es gratuita.

El artículo 85 que es el que regula el régimen de imputación de rentas inmobiliarias no se refiere de forma expresa a esta cuestión limitándose a decir que tal imputación corresponde

al titular del inmueble pero que «cuando existan derechos reales de disfrute, el rendimiento computable a estos efectos en el titular de ese derecho real será el que correspondería al propietario». Es decir, la imputación de rendimientos se produce en la persona del titular del inmueble o del titular de un derecho real de uso y disfrute si existe el mismo.

Así las cosas la solución al problema planteado, ante el silencio de la normativa fiscal, vendrá dada por la naturaleza civil que tenga la atribución judicial de uso de la vivienda a un cónyuge distinto del titular de la misma. Si consideramos que tal atribución tiene la naturaleza de derecho real, la imputación fiscal se hará íntegramente al titular de tal derecho que por ser su vivienda habitual no deberá declarar renta alguna; si por el contrario, civilmente estamos ante un derecho de contenido obligacional (una especie de arrendamiento gratuito) la imputación fiscal seguiría correspondiendo al propietario.

En el caso de que en el convenio de separación o divorcio se haya establecido de forma expresa un derecho real de usufructo o de uso y habitación, no existirán obviamente dudas de que la imputación debe hacerse al titular de tal derecho real, con los mismos efectos anteriormente expuestos.

En nuestra opinión entendemos que la solución correcta es que no existe imputación ni para el titular por tener cedido el uso del inmueble mediante un «cuasi» derecho real, ni para el ocupante por constituir su vivienda habitual. Además jurídicamente encontraríamos apoyos para esta solución tanto porque el uso de la vivienda atribuido al cónyuge en un proceso de separación o divorcio regulado en el artículo 103.2 del Código Civil tiene un contenido semejante al derecho de uso y habitación regulado en el artículo 524 como porque diversas sentencias del Tribunal Supremo han venido a considerar esta atribución judicial del uso de la vivienda como una especie de cuasi derecho real, ejercitable *erga omnes* así pueden citarse las Sentencias de 11 de diciembre de 1992, Ar. 10.136, de 22 de diciembre de 1992, Ar. 10.684 y la de 20 de mayo de 1993, Ar. 3807, aunque ciertamente ni la doctrina ni la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo es pacífica en este punto. Recientemente la propia Dirección General de Tributos ha confirmado este criterio de forma indirecta, en una Resolución de fecha 28 de junio de 1999, relativa al Impuesto de Patrimonio.

Otro problema que cabe plantearse es si los gastos sufragados por el titular de la vivienda y que le supone ese uso de la vivienda por otro cónyuge, pueden ser considerados como un mayor importe de la pensión compensatoria o de la anualidad por alimentos a favor del otro cónyuge, de cara a su posible deducción. La resolución dictada en interés de ley por el TEAC el 14 de enero de 2000, con una interpretación literal del concepto pensión compensatoria, entiende que no es posible tal deducción en la base del pagador porque considera que se trata de una contribución en concepto de alimentos a hijos, fundando tal opinión en la consideración de que el uso de la vivienda se atribuye a un cónyuge o a otro, fundamentalmente, en función de los hijos.

En el Impuesto sobre el Patrimonio Neto, y a la vista de lo expuesto, la solución armónica nos llevaría a la conclusión de que el titular debe declarar en su impuesto el valor de la nuda propiedad y el «usuario» el valor correspondiente al derecho real de uso y habitación que se cuantifica en el 75% del valor del usufructo (2% del valor por cada período de un año si es un derecho temporal o un 1% por cada año que el «usuario» tenga menos de 90 años, con

el límite del 70% en ambos casos). El Real Decreto-Ley 3/2000 ha establecido la exención en este Impuesto de la vivienda habitual hasta un límite de 25 millones de pesetas, exención que entendemos sería aplicable solamente al supuesto «usufructuario» pues sólo para éste el inmueble tiene el carácter de vivienda habitual.

Por el contrario, el *Impuesto de Bienes Inmuebles* no contempla posibilidad de modificación del recibo de tal forma que el artículo 65 de la Ley de Haciendas Locales considera sujeto pasivo al propietario o usufructuario que lo sea el día 1 de enero de cada año y consideramos difícil que la Administración admitiera un cambio de titular en base a una sentencia de separación o divorcio que atribuyera el uso al cónyuge no propietario.

B) El segundo problema se refiere a la *deducción por adquisición de vivienda habitual* y la deducción por intereses satisfechos en su adquisición. Tales problemas, cuya solución era idéntica con la normativa anterior a la Ley 40/1998, desde entonces, a salvo del mantenimiento del régimen anterior con carácter transitorio, y con la regulación vigente hoy constituye una única cuestión, ya que ha desaparecido la deducción como gasto de los intereses en los supuestos de inmuebles no arrendados, manteniéndose únicamente la deducción en cuenta por la adquisición de vivienda habitual que ahora toma como base la totalidad de las cantidades satisfechas por la adquisición incluidos, en caso de financiación ajena, la amortización y los intereses.

Pues bien, en los casos de disociación entre la titularidad del inmueble y consiguientemente la titularidad del préstamo hipotecario, y el uso como vivienda habitual de tal inmueble se plantean las cuestiones de si se pierden las deducciones practicadas por adquisición de vivienda habitual, y si puede seguir practicándose tal deducción en el futuro.

La primera cuestión queda resuelta por la definición de adquisición de vivienda habitual contenido en el artículo 68.I.3 de la Ley que entiende por vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años, pero que entiende que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, aun no habiendo transcurrido dicho plazo, concurren circunstancias que exijan necesariamente el cambio de vivienda, como por ejemplo, la separación matrimonial (incluso una reciente Consulta de 22 de enero de 1907 admite como justificado el cambio de vivienda para optar por la guarda y custodia de su hijo). Por tanto la pérdida del carácter de vivienda habitual por esta causa no supondría la pérdida de las deducciones practicadas con anterioridad.

La segunda cuestión tenía una solución más complicada al no estar prevista lo que nos obligaba a llegar a la conclusión de que no existirá posibilidad de practicar deducción alguna en el futuro. Ni en el titular del inmueble que sigue pagando el préstamo hipotecario porque para él no es su vivienda habitual, ni obviamente en el usuario que no paga cantidad alguna ni en concepto de intereses ni en concepto de amortización, ni adquiere la propiedad de la vivienda.

Ha sido precisamente la Ley 35/2006 la que ha venido a solucionar esta cuestión al prever en su artículo 68.I.I, último párrafo, que se podrán seguir practicando la deducción por vivienda respecto de pagos futuros si sigue constituyendo la vivienda habitual de los hijos comunes y el otro progenitor custodio. Así ratifica ambos criterios, para los años 2006 y 2007 la Consulta de la DGT de 19 de febrero de 2007. Además el Reglamento permite que también

se practique deducción por la adquisición de una nueva vivienda por el cónyuge que tuvo que abandonar la anterior siempre con el límite conjunto de las 9.015 euros (artículo 55.1.2).

X. RESPONSABILIDAD DE LOS CÓNYUGES POR DEUDAS TRIBUTARIAS

X.1. Introducción

Tras el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, bien sea esto como consecuencia de un mutuo acuerdo o bien, y especialmente en estos casos, como consecuencia de un procedimiento de disensión conyugal (separación, divorcio o nulidad) del matrimonio, puede ser frecuente que surjan diversos flecos o imprevistos. Las relaciones económicas que han constituido y que han quedado integradas en la sociedad de gananciales suelen ser lo suficientemente complejas y extensas para que, por mucho cuidado que se haya llevado sobre el proceso liquidatorio, puedan haber quedado diversas cuestiones sin solucionar, ya sean bienes o derechos que no se tuvieron en cuenta en dicha liquidación, o deudas que no existían en el momento de la liquidación y que surgen con posterioridad.

Una de las cuestiones más típicas, y normalmente desagradables, que pueden producirse y que afectan a esa liquidación de la sociedad de gananciales ya finalizada, es el anuncio de una inspección tributaria, o cualquier actuación de la Administración Tributaria de la que se deriven actos administrativos de liquidación por los que se reclame el pago de obligaciones tributarias nacidas durante la vigencia del vínculo matrimonial o durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

Para el estudio y mejor comprensión de la responsabilidad que cada uno de los cónyuges puede tener por las deudas tributarias es conveniente referirnos de forma diferenciada a cada tipo de impuesto, pero además conviene dejar sentado de antemano la existencia de dos tipos posibles de responsabilidad de los cónyuges y que, en una terminología acuñada a este efecto y que no pretende sino ayudar a la clarificación de lo que luego se va a exponer, podríamos denominar «responsabilidad directa» y «responsabilidad patrimonial».

Por responsabilidad directa nos vamos a referir a la responsabilidad tributaria que cada cónyuge tiene de sus deudas propias, es decir, aquellas deudas a tipo tributario en las que el cónyuge figura como sujeto pasivo o como responsable solidario. Evidentemente respecto de este tipo de deudas el cónyuge responde con todos sus bienes presentes y futuros por aplicación del Principio General contenido en el artículo 1911 del Código Civil.

Por responsabilidad patrimonial queremos referirnos a la que puede tener un cónyuge respecto de las deudas del otro cónyuge y que por tanto no es tanto una responsabilidad tributaria sino que nace como consecuencia de la previa existencia de una sociedad de gananciales. Se trata por tanto de una responsabilidad de tipo civil que tiene su fundamento en los artículos 1365 y 1401 del Código Civil si bien puede presentarse alguna especialidad por aplicación de las normas tributarias específicas en cada impuesto. Esta responsabilidad se circunscribirá por tanto exclusivamente a los bienes que le hayan sido adjudicados en la liquidación de la sociedad conyugal o a aquellos en los que estos últimos se hayan subrogado. No obstante debe advertirse ya desde ahora que esta limitación de la responsabilidad

patrimonial de un cónyuge, y tal como prevé el propio artículo 1401 CC, sólo se produce si se ha formulado debidamente el correspondiente inventario de liquidación, lo que nos lleva ya a advertir la importancia de realizar este inventario.

X.2. Responsabilidad de los cónyuges en los distintos impuestos

Nos referimos aquí exclusivamente a la responsabilidad frente a Hacienda Pública, esto es, a determinar a qué cónyuge se puede dirigir la Hacienda para cobrar una deuda. No analizaremos en absoluto cómo debe repartirse esa deuda entre los cónyuges, esto es, qué cónyuge es responsable de esa deuda, cuestión esta que entendemos que es fundamentalmente civil, en función del origen de los bienes o rentas que han generado el impuesto, y no de carácter tributario.

A) Impuesto de la renta de las personas físicas

En el IRPF, principal Impuesto de nuestro sistema impositivo, y según la configuración actual del mismo deben distinguirse a su vez dos posibilidades que afectan directamente a la cuestión aquí estudiada y que se derivan de la forma en que el matrimonio haya venido realizando sus correspondientes declaraciones. Así cambia sustancialmente el régimen de responsabilidades si en el ejercicio del IRPF de que se trate los cónyuges formularon declaración conjunta o declaración separada.

A) DECLARACIÓN CONJUNTA

En el caso que los cónyuges se hubieran acogido a la modalidad optativa de declaración conjunta, el artículo 84.6 de la actual Ley del IRPF (de igual contenido que el anterior artículo 89.4 de la Ley 18/1991, enjuiciado y declarado correcto por el Tribunal Constitucional) establece que todos los miembros de la unidad familiar «quedarán conjunta y solidariamente sometidos al impuesto», expresión que significa que todos los componentes de la familia responden frente a Hacienda por la totalidad de la deuda como sujetos pasivos. Estamos por tanto ante una responsabilidad que antes hemos llamado «directa», de naturaleza tributaria, en su condición de sujetos pasivos y por tanto cada uno de ellos responde por la totalidad de la deuda con todos sus bienes presentes o futuros, privativos o gananciales.

De lo anterior se deduce que al estar ante una responsabilidad directa de orden tributario, la misma lo es con independencia del régimen económico matrimonial, y por la totalidad de la deuda tributaria de dicha declaración conjunta. Únicamente, en base al principio de personalidad de la pena al que luego nos referiremos, cada miembro de la unidad familiar quedaría excluido de responder de la posible infracción y sanción cometida por otro miembro de la familia.

La responsabilidad por lo tanto frente a Hacienda es solidaria, y si bien el propio artículo 84.6 prevé la posibilidad de prorratear la deuda pagada entre los miembros de la unidad familiar, tal prorrateo se realiza únicamente a efectos internos y con efectos privados entre los cónyuges pero sin ninguna trascendencia frente a la Hacienda Pública. Es para este prorrateo para lo que, decíamos, habrá que recurrir a la normativa civil, para determinar quién es el responsable, a quién corresponde cada parte de la deuda pagada.

B) DECLARACIÓN SEPARADA

En el supuesto previsto como normal en la Ley de renta de declaración separada, esto es, cuando cada miembro de la unidad familiar realiza su propia declaración con los rendimientos obtenidos o atribuibles a él, existen tantos sujetos pasivos diferenciados como declaraciones presentadas, y cada uno de ellos responderá de forma directa y exclusiva, en su calidad de sujeto pasivo por su propia declaración. No existe pues en este caso responsabilidad de tipo tributario de un cónyuge por la declaración formulada por el otro cónyuge.

Sin embargo en este caso, sí que puede surgir la que denominábamos responsabilidad patrimonial de tipo civil en función del régimen económico matrimonial que estuviera vigente a la fecha de devengo de cada impuesto (31 de diciembre de cada año).

Así, si los cónyuges que formulan declaración separada tienen régimen económico-matrimonial de separación de bienes, no existirá ninguna responsabilidad trasladable entre ellos, ni de tipo tributario ni de tipo civil.

Por el contrario, si esos cónyuges tienen sociedad de gananciales, nacerá una responsabilidad patrimonial por aplicación del artículo 1365 del Código Civil al que remite el artículo 106 de la Ley del IRPF. Este último precepto califica, por ministerio de la Ley, las deudas tributarias por el IRPF como «deudas de administración de bienes» y por tanto quedan plenamente incluidas en el artículo 1365 del Código Civil como deudas de las que responden los bienes gananciales.

Por tanto, en estos casos un cónyuge podría verse obligado a responder frente a Hacienda Pública por las deudas tributarias impagadas del otro cónyuge aun después de haber liquidado la sociedad de gananciales. Esta responsabilidad obviamente se circunscribe exclusivamente a los bienes gananciales que pudieran quedar, a los que le hayan sido adjudicados en la disolución y a los que se hayan subrogados en estos últimos, es decir, a los adquiridos a su costa o en sustitución de éstos. A la vista de esta responsabilidad debemos insistir de nuevo en la importancia de hacer un inventario correctamente.

Es evidente que el cónyuge que haya tenido que hacer frente por esta vía a las deudas del otro tendrá abierta la posibilidad de resarcirse en vía civil, pero sin que esto afecte al acreedor, en este caso la Hacienda Pública.

B) Impuesto sobre el patrimonio, impuesto sobre bienes inmuebles, etc.

En el resto de los impuestos de nuestro sistema impositivo, al no existir esa posibilidad de declaración conjunta responderá tributariamente, de forma exclusiva, el cónyuge que fuera sujeto pasivo de cada uno de esos impuestos, pudiendo existir no obstante responsabilidad de tipo patrimonial en el caso de bienes gananciales.

El régimen de responsabilidades pues es idéntico al que ya se ha explicado para el supuesto de declaración separada en el IRPF y ello porque en estos impuestos se formulan declaraciones independientes y el sujeto pasivo es la persona física y porque, aunque no lo diga expresamente la Ley de cada tributo (lo hace exclusivamente la Ley 19/1991 del IPN en su artículo 34), parece evidente que las deudas tributarias en general deben ser considera-

das como deudas derivadas de la Administración de bienes y por tanto quedan incluidas en los supuestos del artículo 1365 del Código Civil.

C) Impuesto sobre el valor añadido, impuesto sobre actividades económicas, impuestos especiales

El régimen de responsabilidades de este conjunto de impuestos, que tiene como característica común la de gravar el ejercicio de una actividad empresarial, es idéntico al explicado en el punto 2 anterior. La única especialidad deriva precisamente de su carácter de «impuestos empresariales» ya que al tratarse por tanto de deudas derivadas del ejercicio de una actividad empresarial, el propio artículo 1365 CC remite al Código de Comercio, y en este último texto legal existe alguna especialidad en cuanto a la responsabilidad de un cónyuge por las deudas contraídas por el otro en el ejercicio de una actividad empresarial.

En concreto tal remisión se realiza en los artículos 6 y siguientes del Código de Comercio de los que, muy esquemáticamente, se deriva el siguiente régimen:

En principio, como regla general, los bienes comunes procedentes de la sociedad de gananciales quedan obligados a las resultas y a las deudas del ejercicio del comercio por un cónyuge, si bien para ello se requiere que el otro cónyuge haya prestado su consentimiento al ejercicio de tal actividad empresarial (artículo 6). Ese consentimiento se entiende prestado cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del otro cónyuge (artículo 7).

Por tanto el régimen de responsabilidades en el Código de Comercio es idéntico al del Código Civil, salvo la posibilidad de que un cónyuge manifieste su oposición expresa al ejercicio del comercio por el otro en cuyo caso sus bienes comunes quedarían excluidos de responsabilidad frente a acreedores. Debemos recordar, por último, que los actos de consentimiento, oposición y revocación, para que surtan efectos frente a terceros (en este caso la Hacienda Pública) deberán constar en escritura pública e inscritos en el Registro Mercantil tal y como dispone el artículo 11.

X.3. Extensión de la responsabilidad

Al referirnos hasta ahora al régimen de responsabilidades de los cónyuges y de la sociedad de gananciales, lo hemos hecho siempre tomando como referencia el concepto «deuda tributaria». La deuda tributaria se compone de diversos complementos, siendo los principales la cuota impositiva, los intereses de demora, los recargos y las sanciones.

Pues bien, al pretender la Hacienda Pública exigir responsabilidades a un cónyuge por deudas del otro debe precisarse la extensión a la que se refiere esa responsabilidad, pues si bien no ofrece muchas dudas que la misma se extenderá a la cuota y a los intereses de demora, resulta mucho más discutible la posible extensión a los otros dos conceptos:

A) Recargo de apremio

Es sin duda el concepto más discutible de cara a su posible inclusión dentro de la responsabilidad de un cónyuge por deudas del otro y ni la doctrina y la Jurisprudencia llegan a mantener una postura única. En nuestra opinión, y en línea con lo expuesto hasta ahora entendemos que:

– Cuando la deuda le es exigida a un cónyuge en su calidad de sujeto pasivo (IRPF conjunto) o en su calidad de responsable solidario o subsidiario (colaborador en una infracción tributaria, etc.) sólo podrá exigírsele el recargo de apremio a aquel cónyuge que haya sido previamente notificado y al que previamente se le haya concedido un período voluntario de pago. Es decir, la deuda inicialmente exigida a un cónyuge y que por no haber sido pagada en período voluntario ha devengado su correspondiente recargo de apremio, cuando se pretenda exigírsele al otro cónyuge en su calidad de sujeto pasivo o de responsable, desaparecería ese recargo de apremio del otro cónyuge, debiéndosele notificar la deuda por el principal y ofreciéndole período voluntario de pago; si transcurrido ese plazo el otro cónyuge también impaga la deuda, se volverá a devengar respecto de éste un nuevo recargo de apremio.

– Por el contrario, cuando la deuda se le exige a un cónyuge, no en su calidad de sujeto pasivo o responsable tributario, sino en virtud de esa responsabilidad patrimonial o de esa afectación patrimonial de los bienes procedentes de la sociedad conyugal al pago de las deudas tributarias, entendemos que en este caso no se necesita previa notificación y que los bienes de la sociedad de gananciales (que no tanto el otro cónyuge) deben afrontar el pago de la deuda total incluido el recargo de apremio devengado ya por el primer pago del otro cónyuge. Es decir, se trata aquí de una responsabilidad patrimonial de unos bienes al pago de una deuda ya liquidada, notificada y apremiada al único sujeto pasivo de la misma.

Este criterio sin duda resulta muy discutible, pero es el que mayoritariamente viene aplicando la justicia. No obstante, como decimos, la solución no parece técnicamente correcta cuando tal recargo se devenga en un momento en que ya no existe la sociedad de gananciales, aunque se trate de una deuda de la que respondan los bienes adjudicados en la disolución de la misma. De hecho, aunque el criterio no es uniforme, la mayoría de las delegaciones de Hacienda no vienen exigiendo el recargo de apremio cuando se intenta el cobro de una deuda contra los bienes adjudicados al otro cónyuge en la disolución de la sociedad de gananciales.

B) Sanciones

En base a los razonamientos que acabamos de exponer en el punto anterior de que la deuda se genera para un sujeto pasivo y lo único que existe es una afectación patrimonial de bienes, la jurisprudencia, incluso la del Tribunal Supremo, era dubitativa, pero en general se inclinaba por extender esta responsabilidad patrimonial también a las sanciones.

Hoy, sin embargo, esta cuestión ha quedado definitivamente resuelta por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de mayo de 1994 en la que se razona que, por aplicación del principio de la personalidad de la pena, las sanciones únicamente deben exigírsele a

aquella persona responsable de la comisión de la infracción, sin que en ningún caso sean trasladables, ni tributaria ni civilmente, a otra persona distinta del infractor.

Por tanto en este caso puede concluirse con contundencia que, en ningún caso, puede exigírsele a un cónyuge el importe de las sanciones por infracciones cometidas por el otro cónyuge. Y tal conclusión se extiende, como hemos dicho, tanto en los supuestos de responsabilidad patrimonial, como a los casos de responsabilidad tributaria directa. Así, por ejemplo, en el caso de declaración conjunta en el IRPF, y pese a los problemas de orden práctico que ello supone, la responsabilidad solidaria a la que antes nos hemos referido no incluiría en ningún caso las sanciones, debiendo por tanto dentro de esa declaración conjunta determinar a quién debe atribuírsele los rendimientos ocultados que dan lugar a una sanción, de tal forma que sólo a esa persona se le pueda exigir el pago de la misma.

XI. ANEXO

Excesos de adjudicación

Supuestos de liquidación de la sociedad conyugal

CASO I

– Composición de la sociedad de gananciales:

VALORES REALES

Vivienda	5.000.000 ptas.
Local	10.000.000 ptas.
Garaje	2.000.000 ptas.
Acciones	5.000.000 ptas.
Bancos	8.000.000 ptas.

TOTAL.....30.000.000 ptas. - 1/2 = 15.000.000 ptas.

– Adjudicaciones:

A) vivienda, local, garaje 17.000.000 ptas.

B) acciones y bancos 13.000.000 ptas.

– Excesos adjudicación (se presumen onerosos, existe compensación):

A) recibe un exceso de 2.000.000 de ptas.

– Tributación:

A) queda obligado a declarar tal exceso como hecho sujeto al ITP, al tipo del 7% (tipo autonómico) para inmuebles.

CASO 2

– Composición de la sociedad de gananciales:

VALORES REALES

Vivienda	10.000.000 ptas.
Saldo Bancos	1.000.000 ptas.
Coche	1.000.000 ptas.

TOTAL.....12.000.000 ptas. - 1/2 = 6.000.000 ptas.

– Adjudicaciones:

A) Vivienda 10.000.000 ptas.

B) Bancos y coche 2.000.000 ptas.

– Excesos adjudicación (se presumen onerosos, existe compensación):

A) recibe un exceso de 4.000.000 de ptas.

– Tributación:

A) queda obligada a declarar tal exceso como hecho sujeto al ITP, al tipo del 7%.

Posibilidad de alegar exención del artículo 7.2 B) TR ITP en relación con el artículo 1062 Código Civil ya que no sólo el bien es indivisible sino que el reparto equitativo es imposible.

Y posibilidad de alegar la exención del artículo 32.3 del Reglamento del ITP por tratarse de vivienda habitual.

CASO 3

– Composición de la sociedad de gananciales:

VALORES REALES

Vivienda	5.000.000 ptas.
Local	5.000.000 ptas.
Acciones	2.000.000 ptas.
Bancos	4.000.000 ptas.

TOTAL.....16.000.000 ptas. - 1/2 = 8.000.000 ptas.

– Adjudicaciones:

- A) vivienda, local y acciones 12.000.000 ptas.
- B) bancos 4.000.000 ptas.

– Excesos adjudicación (se presumen onerosos, existe compensación):

- A) recibe un exceso de 4.000.000 de ptas.

– Tributación:

Queda obligada a declarar un exceso de 4.000.000 de ptas., que debe atribuirse a los bienes recibidos en exceso por orden de menor a mayor tributación, esto es:

- 2.000.000 en acciones exento
- 2.000.000 en vivienda o local 7% (no existe posibilidad de aplicar el artículo 1062 CC ya que el reparto equitativo es posible)

CASO I.B

– Composición de la sociedad de gananciales:

VALORES REALES

Vivienda	5.000.000 ptas.
Local	10.000.000 ptas.
Garaje	2.000.000 ptas.
Acciones	5.000.000 ptas.
Bancos	8.000.000 ptas.

TOTAL.....30.000.000 ptas. $-1/2 = 15.000.000$ ptas.

– Adjudicaciones:

A) vivienda, local y garaje que se valoran en la escritura de liquidación por 13.000.000 de ptas.

B) acciones y bancos que se valoran en la escritura de liquidación por 13.000.000 de ptas.

– Excesos:

No existen.

– Tributación:

No existe hecho imponible. La compensación que realmente existe no debe figurar en este concepto.

CASO 2.B

– Composición de la sociedad de gananciales:

VALORES REALES

Vivienda	10.000.000 ptas.
Saldo Bancos	1.000.000 ptas.
Coche	1.000.000 ptas.

TOTAL.....12.000.000 ptas. - 1/2 = 6.000.000 ptas.

– Adjudicaciones:

A) vivienda que se valora en la escritura de liquidación por 3.000.000 de ptas.

B) bancos y coche que se valoran en la escritura de liquidación por 3.000.000 de ptas.

– Excesos adjudicación:

No existen.

– Tributación:

No existe hecho imponible. La compensación que realmente existe no debe figurar en este concepto.

CASO 3.B

– Composición de la sociedad de gananciales:

VALORES REALES

Vivienda	5.000.000 ptas.
Local	5.000.000 ptas.
Acciones	2.000.000 ptas.
Bancos	4.000.000 ptas.

TOTAL.....16.000.000 ptas. - 1/2 = 8.000.000 ptas.

– Adjudicaciones:

A) vivienda, local y acciones que se valoran en la escritura de liquidación por 4.000.000 ptas.

B) bancos que se valoran en la escritura de liquidación por 4.000.000 de ptas.

– Excesos:

No existen.

– Tributación:

No existe hecho imponible. La compensación que realmente existe no debe figurar en este concepto.

NOTAS COMUNES A TODOS LOS SUPUESTOS:

– Los valores que se consignan en la escritura no tienen incidencia fiscal, y para futuras transmisiones, los valores de adquisición y la antigüedad de los bienes serán los que procedan de la compra originaria de tales bienes para la sociedad de gananciales.

– Debe valorarse el riesgo de la rescisión por lesión.

– Debe documentarse adecuadamente la compensación del exceso, si existe.

MATCHING Y FUNCIÓN PÚBLICA AUTONÓMICA EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL: LOS «CASOS BERTA».

JAVIER PÉREZ MILLA

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El contenido de este artículo se centra en analizar la actuación de la Administración española en un proceso de Adopción Internacional; en concreto la potestad de una autoridad pública autonómica para rechazar una preasignación realizada por autoridad extranjera, cuando no es aplicable el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993. Se ha tomado como modelo el caso Berta, el nombre de una menor cuya adopción requirió la Cooperación Internacional de las Autoridades aragonesa y china. En la actualidad se producen otros «casos Berta» en España, con soluciones muy diversas en función del territorio de referencia. Establecer pautas eficaces de cooperación entre las diferentes entidades implicadas, supone considerar la perspectiva internacional. Se argumenta que la posición de las autoridades autonómicas en ningún caso puede ser unilateral sino que debe actuar en función de principios jurídico-internacionales básicos. La protección internacional del menor y su interés superior, eje de cualquier valoración, fundamentan la utilidad de la ley de origen del menor como criterio que salvaguarda la Cooperación Internacional de Autoridades.

ABSTRACT

MATCHING AND AUTONOMOUS PUBLIC FUNCTION IN THE INTERNATIONAL ADOPTION: THE “BERTA CASES”

The content of this article is centered in analyzing the acting of the Spanish Administration in a process of International Adoption; in short the power of an autonomous public authority to reject a preasignation carried out by foreign authority, when it is not applicable The Hague Convention of May 29 1993. It is taken as model the case Berta, the name of a minor whose adoption required the International Cooperation of the Aragonese and Chinese Authorities. At the present time there are other “cases Berta” in Spain, with very diverse solutions in function of the reference territory. To establish effective rules of cooperation among the different implied entities, it supposes to consider the international perspective. It is argued that the position of the autonomous authorities in any case can be unilateral but rather it should act in function of basic juridical-international principles. The minor international

protection and their superior interest, axis of any valuation, base the utility of the origin law of the minor as criterion that safeguards the International Cooperation of Authorities.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN AL CASO BERTA

II. LOS «CASOS BERTA»

III. COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE AUTORIDADES AL MARGEN DEL CLH 1993

III.1. Límite internacional: el respeto a la vida familiar

III.2. Marco normativo de actuación de la autoridad pública española

III.3. Modelos autonómicos

III.4. Modelo judicial de la idoneidad

IV. MATCHING DE LA AUTORIDAD AUTONÓMICA EN «LOS CASOS BERTA»

IV.1. Paralización del expediente de AI: fundamentos

A) Exclusividad competencial. B) Universalización del CLH 1993

IV.2. No paralización del expediente: interés superior del menor y Ley de origen

IV.3. Consecuencias sobre la validez y eficacia extraterritorial de la AI

V. EXCURSUS

V.1. La idoneidad *lege ferenda*

V.2. La unilateralidad *lege lata*

VI. CONCLUSIÓN DEL CASO

I. INTRODUCCIÓN AL CASO BERTA

El caso Berta es ya historia jurídica y sólo queda la familiar, que es personal. Persisten sin embargo, las diferentes cuestiones legales que fueron el origen del problema y cuyos efectos están produciendo otros «casos Berta».

El 30 de enero de 2004, el matrimonio Q.-C. contrata los servicios de la Entidad Colaboradora para la Adopción Internacional (en adelante ECAI), ACI¹, para que realice

1. Asociación para el Cuidado de la Infancia, entidad colaboradora de adopción internacional acreditada para realizar estas funciones en Aragón en aplicación del Decreto 16/1997, de 25 de febrero, de la CA de Aragón sobre habilitación de entidades colaboradoras de adopción internacional. BO de Aragón de 5 de marzo de 1997.

labores de mediación en la adopción de una menor residente en China. En el proceso de Adopción Internacional (en adelante AI²), el Servicio de Protección a la Infancia y Tutela del Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la CA de Aragón (IASS) emitió un certificado de idoneidad, si bien –por causa de la edad de los futuros adoptantes– limitado: el matrimonio Q.-C. era idóneo para la adopción de un menor de 4 a 6 años. El problema se plantea cuando el Centro Chino de Adopciones preasigna al matrimonio a la menor Berta, de 15 meses de edad.

Ante la disparidad entre lo establecido por el IASS y la edad de la menor preasignada, los Servicios autonómicos rechazan la preasignación de Berta y ordenan la paralización del procedimiento de la AI. Este rechazo se transcribe en el escrito del Director-Gerente del IASS: «en cumplimiento de lo establecido en el artículo 17.c) del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional en materia de adopción internacional, NO da su conformidad a que siga el procedimiento de adopción de la menor preasignada, por no ajustarse al intervalo de edad expresado en el certificado de Idoneidad de la familia (...), existiendo una notable diferencia de edad entre la edad de la menor, y la valoración realizada por esta Autoridad Central».

Con el apoyo de AFADA³, los futuros adoptantes pretendieron continuar el procedimiento y aceptar la preasignación ya que era un requisito previo y necesario para la constitución en el extranjero de la adopción de Berta. ACI era la única poseedora del documento legal y original de la aceptación de la preasignación y ante la petición de los padres de que se les entregue dicho documento, la ECAI solicita de los Servicios autonómicos indicaciones sobre cómo actuar. El Servicio de Protección a la Infancia y Tutela contesta rápidamente que «sus actuaciones en el supuesto planteado deben desarrollarse de acuerdo al Decreto 16/1997». En aplicación de este Decreto se les indica que «la ECAI debe informar de la preasignación del menor al Instituto Aragonés de Servicios Sociales para que emita resolución sobre su aprobación o denegación así como que esta decisión determinará la continuación o no del procedimiento y será notificada a la entidad y a los solicitantes». Como en este caso se había producido la denegación del IASS, la consecuencia es «la no continuación del procedimiento, no debiendo producirse la información a los solicitantes de la preasignación del menor a efectos de solicitar su aceptación [que prevé el apartado f) de ese mismo artículo 16] procediendo únicamente a notificar a los solicitantes la preasignación y la denegación del Instituto de la misma».

II. LOS «CASOS BERTA»

Un elemento práctico a considerar es que hasta entonces (año 2004), la eventual extralimitación de funciones de la autoridad autonómica obligando a la paralización de un procedi-

2. La AI es objeto de numerosísima bibliografía española y extranjera. *Vid.* con carácter general, Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Adopción internacional» en *Derecho internacional privado*, v. II, Granada, 2006, pp. 241-275. Sobre el tema particular de la idoneidad, *vid.* Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, «El certificado de idoneidad para las adopciones Internacionales desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Español» en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1888, 2001, pp. 819 a 884.

3. Asociación de Familias Adoptantes de Aragón (www.afada.org).

miento de AI, había producido frustración en las familias adoptantes pero escasas consecuencias jurídicas. En muchas ocasiones, el miedo ha coartado la réplica de los adoptantes puesto que un enfrentamiento con la Administración en ese momento condiciona todo el proceso de AI e incluso cualquier petición de idoneidad en el futuro⁴. Pero en ciertos casos, los futuros adoptantes se sobreponen y comienzan una controversia donde serán determinantes los problemas de tiempo. Los plazos dificultan sobremanera el recurso judicial para resolver el problema de la aceptación de la preasignación: en el caso Berta, la familia adoptante disponía de 3 meses para aceptarla, lo que imposibilitó el recurso judicial por la premura del vencimiento. La vía administrativa es más rápida pero, existe gran número de autoridades que siguen un modelo no diferenciador que se mantendrían en su decisión de paralización.

El objeto de este estudio quiere revisar la actuación de la Administración autonómica en un proceso de AI; en concreto y en el marco de la Cooperación Internacional de Autoridades (en adelante, CIA), la potestad de la autoridad pública española de rechazar una preasignación realizada por una autoridad extranjera cuando no es aplicable el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional en materia de adopción internacional (en adelante, CLH 1993). Nos centraremos en el caso ocurrido en Aragón para ver cómo se desarrollaron las funciones de la Administración autonómica aragonesa, pero muchos de los planteamientos son extrapolables a otras CCAA y otros «casos Berta».

Una característica común de estos «casos Berta» es que sólo se producen en los territorios donde el legislador hace prevalecer el modelo no-diferenciador frente al diferenciador y respecto de aquellas adopciones a las que no les es aplicable el Convenio de La Haya⁵. Todos los «casos Berta» ocurren en el momento de la preasignación, cuando se paraliza el expediente de AI por la existencia de discrepancia entre los términos de concesión de la idoneidad y las circunstancias presentes en el caso concreto.

Las circunstancias que causan la paralización son diferentes⁶. Son virulentos los casos como el de Berta, por cuestiones relativas a la edad de la menor preasignada. Otros supuestos se plantean cuando el menor presenta ciertos problemas (por ejemplo, hiperactividad, problemas de salud) en los que, aun cuando los padres adoptantes estén dispuestos a asumirlos y así conste en la preasignación, la autoridad pública española considera apropiado rechazar la preasignación y paralizar la AI. Las autoridades autonómicas también justifican la paralización del expediente por la aparición de circunstancias sobrevenidas relacionadas con los futuros adoptantes, como que la adoptante se quede embarazada o que uno de los adoptantes sufra un período de crisis, de estrés o depresivo. Aún se producirían otros supuestos más técnicos causados por el hecho de que ha transcurrido el período de vigencia del certificado de idoneidad antes de producirse la aceptación de la preasignación del menor.

4. De hecho, se producen por parte de los organismos administrativos veladas (y no tan veladas) advertencias y la posición débil de los adoptantes hace que no se cuestionen, salvo en contadas excepciones, las decisiones de la Administración.

5. *Vid., infra*.

6. Investigación de campo. María REIG GURREA –Delegación ACI País Vasco– y Elena SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ –Delegación ACI Canarias–.

III. COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE AUTORIDADES AL MARGEN DEL CLH 1993

III.1. Límite internacional: el respeto a la vida familiar

Para juzgar cualquier actuación de la administración autonómica hay que considerar, incluso antes que cualquier otra valoración jurídica, la gravedad de la materia donde se están ejerciendo las funciones. El escrito del Jefe del Servicio aragonés de Protección a la infancia y tutela de 5 de octubre de 2004 impide a los padres realizar una actuación que no está sancionada ni penal ni administrativamente: «en ningún caso los solicitantes pueden pronunciarse sobre una preasignación denegada por el Instituto, ni mucho menos ser tramitada su aceptación»; además, este escrito paralizaba *de facto* la continuidad del procedimiento de AI pues impedía la aceptación de la preasignación de la autoridad extranjera: «la presentación de la aceptación de los solicitantes sólo se producirá en el caso de que habiendo otorgado la aprobación del Instituto éstos, a su vez, hayan aceptado la preasignación».

Desde el punto de vista de los Derechos Humanos, hay que ponderar que la paralización del expediente de una adopción sin causa justificada, es susceptible de vulnerar Derechos y Libertades Fundamentales de los futuros padres adoptantes. Es cierto que en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha planteado un caso en el que se valoren las consecuencias de impedir la formación de una familia por la vía de la adopción. Pero sería factible recurrir al amparo del artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950⁷, dado el carácter expansivo de la protección y respeto a una vida familiar⁸.

La extensión de los conceptos de «vida familiar»⁹ no se refiere únicamente a qué es una familia sino que se exploran también los vínculos emocionales que exige una vida familiar efectiva: se ampara así la vida familiar que surge con la cohabitación, las visitas, la correspondencia, las llamadas telefónicas o la dependencia económica¹⁰. Específicamente, la Sentencia **Pini-Bertani y Manera-Atripaldi c. Rumanía**, de 22 de junio de 2004, mantiene que en ausencia de cohabitación, los padres adoptantes se han comportado como tales al enviar cartas a la hija adoptiva. En la valoración de la actuación autonómica en el caso Berta habría que considerar, además, que la Jurisprudencia del Tribunal europeo exige una proporcionalidad entre las medidas adoptadas por las autoridades públicas y su menor lesividad para la vida familiar¹¹.

7. BOE de 10 de octubre de 1979.

8. Tampoco está de más recordar una Jurisprudencia del TJCE que considera el respeto a la vida familiar como uno de los derechos fundamentales si bien restringiendo su ámbito a la libre circulación de los trabajadores. Vid. Encarnación LA SPINA, *La protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* (<http://www.uv.es/CEFD/14/laespina.pdf>).

9. Vid. Pablo SANTOLAYA MACHETTI «Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad (artículo 8 CEDH)» enVVAA, *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2005, pp. 495-496.

10. Sentencia *Berrehab c/ Holanda*, de 21 de junio de 1988.

11. Como ejemplo, *Kutzner c/ Alemania*, de 26 de febrero de 2001.

III.2. Marco normativo de actuación de la autoridad pública española

En el escrito del Director-Gerente del IASS, la fundamentación material para rehusar la preasignación de Berta es «una notable diferencia de edad entre la edad de la menor, y la valoración realizada por esta Autoridad Central»; normativamente, el rechazo se fundamenta en el artículo 17.c) del Convenio de La Haya¹². Es evidente que su fundamento normativo no es correcto porque no es una adopción a la que se aplique el CLH 1993.

La aplicabilidad o no del Convenio de La Haya diferencia dos grandes tipologías de procedimientos de AI: adopción dentro o fuera del Convenio¹³. La doctrina¹⁴ y la jurisprudencia¹⁵ son unánimes en considerar que el CLH 1993 es un Convenio aplicable entre Estados partes: «se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante («el Estado de origen») ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante («el Estado de recepción»), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen» –artículo 2.1 CLH 1993–. En el caso Berta, la familia pretendía adoptar una menor residente en China. España, país de residencia de los adoptantes, había ratificado el CLH 1993¹⁶ pero el caso de la República Popular de China era peculiar puesto que en el momento de los hechos (finales de 2004) había firmado el Convenio de La Haya pero no había procedido a su ratificación¹⁷. No siendo Estado contratante –artículo 41 CLH 1993–, es claro que nos encontrábamos ante una AI a la que no era aplicable el CLH 1993.

El CLH 1993 es un Convenio de tercera generación que instaura un sistema de CIA bilateral¹⁸. La cooperación bilateral se plasma en ciertas provisiones esenciales como el *matching*

12. Escrito del Director-Gerente del IASS de 16 de septiembre de 2004.

13. Además, derivadas del propio artículo 39.2 del CLH 1993, existen ciertas especialidades procedimentales que surgen de la aplicabilidad de Convenios-Protocolos bilaterales, que España ha firmado con Rumanía (Protocolo entre el Comité Rumano de Adopciones y el Ministerio de Asuntos Sociales de España para la coordinación de las adopciones internacionales entre Rumanía y España, de 2 de abril de 1993), Perú (Protocolo entre el Ministerio de Asuntos Sociales de España y el Ministerio de la Presidencia del Perú en materia de Adopción Internacional, de 21 de noviembre de 1994), Colombia (Acuerdo Interinstitucional entre el Ministerio de Asuntos Sociales de España y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Adopción, de 13 de noviembre de 1995), Ecuador (Protocolo entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España y el Ministerio de Bienestar Social de Ecuador en materia de Adopción Internacional, de 18 de marzo de 1997), Bolivia (Acuerdo bilateral entre el reino de España y la República de Bolivia, en materia de adopción, de 29 de octubre de 2001) y con Filipinas (Protocolo sobre Adopción Internacional entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 12 de noviembre de 2002). *Vid.* Nuria GONZÁLEZ MARTÍN, «Los acuerdos bilaterales en materia de adopción internacional firmados entre España y Rumanía, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia y Filipinas» en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 5, 2005, pp. 221 a 278. Sobre la naturaleza de estos Convenios-Protocolos, *vid.* Flora CALVO BABIO, «Naturaleza y alcance de los protocolos de adopción suscritos entre España y Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú» en *Anuario español de derecho internacional privado*, 2000, pp. 455-464.

14. *Vid.* M.G. PARRA-ARANGUREN, «Rapport explicatif sur la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale» (<http://www.hceh.net/upload/exp133f.pdf>).

15. Como ejemplo de la aplicación del Convenio por ser España y México Estados contratantes, *Vid.*, Auto de la AP Barcelona de 22 de octubre de 1999 –AC 1999\7982–. Como ejemplo específico de una adopción realizada ante la autoridad china a la que no es aplicable el régimen del Convenio, *vid.*, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), de 20 de mayo de 2000 –RJ 2000\7132–.

16. Ratificado el 30 de junio de 1995 (BOE de 1 de agosto de 1995).

17. China ratifica el convenio el 16 de septiembre de 2005, entrando en vigor el día 1 de enero de 2006 (http://www.hceh.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=69).

18. *Vid.* Sandra GARCÍA CANO, «Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional privado» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 112, 2005, pp. 100-104.

o acuerdo en la realización de la AI entre las Autoridades Centrales del Estado de origen y de recepción. Con este mecanismo, ambas Autoridades Centrales están facultadas para decidir la continuidad o no del procedimiento de AI en el momento de la preasignación. Específicamente, el artículo 17.c) habilitaría a la Autoridad Central autonómica para valorar (y vetar) la preasignación realizada de una autoridad extranjera: «las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción». Pero en los «casos Berta», la no aplicabilidad del CLH 1993 dejaba sin marco convencional de referencia la actuación de la Autoridad aragonesa.

La ausencia de normativa material de carácter procedimental –fundamento de la CIA–, no significaba inexistencia de Cooperación internacional –en un sentido amplio¹⁹– entre las Autoridades aragonesa y china, aunque regida por otros parámetros que deberían servir para resolver la duda central de todos los denominados «casos Berta»: ¿puede la autoridad pública española rechazar una preasignación realizada por una autoridad extranjera y paralizar el expediente de una AI «fuera del Convenio»? Para resolver la cuestión habrá que desenmarañar, en primer lugar, el sistema normativo y llegar al nivel autonómico aragonés por si una norma fundamentara tal actuación administrativa, comenzando por el nivel de las Leyes estatales.

La normativa estatal –artículo 25.1 de la LO de protección del menor– recoge fórmulas generales de actuación de la autoridad española: «a) La recepción y tramitación de las solicitudes, ya sea directamente o a través de entidades debidamente acreditadas. b) La expedición, en todo caso, de los certificados de idoneidad y, cuando lo exija el país de origen del adoptando, la expedición del compromiso de seguimiento». Paralelamente, en la Comunidad Autónoma aragonesa, el artículo 75 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia trata «De la adopción internacional». En relación con el procedimiento, la ley refiere la función del Departamento competente por razón de la materia para «tramitar la solicitud, valorar y certificar su idoneidad, y realizar el preceptivo seguimiento del menor, de acuerdo con los requisitos exigidos por su país de origen» (párr. 3.º), la expedición del certificado de idoneidad (párr. 5.º) y, finalmente, le corresponde «facilitar, dentro de sus competencias, los procedimientos de adopción internacional; velar por que los solicitantes reciban la información adecuada sobre la adopción internacional y su proceso, y dar apoyo a los adoptantes, en forma de asesoramiento técnico y de prestaciones económicas de acuerdo con su nivel de renta» (párr. 7.º).

La función concreta de paralizar el expediente de AI en el momento de la preasignación no se encuentra en normativa general sino en otra mucho más específica y con rango de Decreto autonómico.

Las competencias exclusivas que ejercen las Comunidades Autónomas en materia de protección y tutela de menores derivan de la Constitución Española y de los correspondientes títulos competenciales recogidos en los Estatutos de Autonomía. En el caso de Aragón, el artículo 35.1.26, 27 y 28 del Estatuto de Autonomía habilita a la Administración autonómica en esta materia. De esta competencia se derivan dos marcos de potestades fundamentales: las funciones de la autoridad pública (o Autoridad Central, cuando es de aplicación el CLH

19. La CIA se plantea con la existencia de un Convenio Internacional (*vid.* Sandra GARCÍA CANO, 2005, pp. 75-109, especialmente nota 79).

1993) en la gestión del procedimiento de adopción (procedimiento y tramitación de una AI)²⁰ y el control y la actuación de las Entidades colaboradoras para la AI (ECAIs).

La «habilitación de las instituciones colaboradoras para actuar en materia de adopción internacional»²¹, se reglamenta por el Decreto autonómico 16/1997, de 25 de febrero²². Por este texto se regulan «las actuaciones de las entidades colaboradoras de adopción internacional que se lleven a cabo en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón» –artículo 3.1–, se señalan sus funciones –artículo 3.3–, se establece el correspondiente régimen de policía y control –artículos 23 y siguientes– y finalmente, se desarrollan ciertos aspectos del procedimiento de AI. Es en esta regulación procedimental específica donde aparece recogida la función de valoración de la preasignación. En el caso Berta la paralización del expediente de AI encuentra acomodo directo en una normativa paralela en su literalidad al artículo 17.c) del CLH 1993: el artículo 16.e) del Decreto autonómico aragonés. A la vista del propio ámbito de aplicación contenido en la normativa autonómica aragonesa²³, es aplicable el artículo 16.e) al procedimiento de AI que establece como funciones y actuaciones de las ECAIs: «Informar de dicha preasignación a la Dirección General de Bienestar Social para que emita resolución sobre su aprobación o su denegación. Esta decisión determinará la continuación o no del procedimiento y será notificada en forma a la entidad y a los solicitantes».

III.3. Modelos autonómicos

Al analizar los Decretos autonómicos de Acreditación de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional²⁴ se distinguen dos modelos procedimentales de AI. Un primer modelo –diferenciador– establece marcos diferentes de actividades de la autoridad española en función del criterio de la aplicabilidad o no del Convenio de la Haya a la AI. La lógica que subyace es que como existen dos tipos de procedimientos de AI, se originan actuaciones diferentes de la Función Pública autonómica. Para esta legislación, la valoración de la preasignación sólo se produce en las adopciones a las que se les aplica el CLH 1993. Responden a la fórmula Asturias²⁵, Andalucía²⁶ o Valencia²⁷.

20. Las funciones encomendadas a los Servicios de las entidades públicas aragonesas en materia de adopción, nacional e internacional, están reguladas por la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia. Expresamente, en su artículo 74.2 se establece que «corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, la gestión del procedimiento previo a la adopción».

21. Según dispone el artículo 75.6 de la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia y, en el mismo sentido, el artículo 25.c) de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

22. Boletín Oficial de Aragón de 5 de marzo de 1997.

23. Es el consustancial efecto-ombligo del unilateralismo.

24. Materia autonómica sobre la que existen escasas referencias bibliográficas. *Vid.* Cristina de LORENZO BROTONS, «La adopción internacional, nueva materia regulada por las Comunidades Autónomas» en *Derechos civiles de España*, (coord. por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ), vol. 9, 2000, pp. 5461-5486.

25. Artículo 11 del Decreto 46/2000, de 1 de junio: «2. En los casos en los que el ordenamiento jurídico español, el ordenamiento jurídico o la práctica administrativa del Estado de origen del menor, establezcan la necesidad de que respecto a la asignación de un menor realizada por las autoridades del Estado de origen del mismo a solicitantes con residencia en el Principado de Asturias, se muestre la conformidad por la autoridad española, se tendrán en cuenta la adecuación de la asignación efectuada a las características del menor establecidas en los informes de idoneidad, la opinión de los solicitantes y cualesquiera otros factores concurrentes que resulten razonablemente relevantes».

26. Decreto 282/2002, de 12 de noviembre.

27. Decreto 100/2002, de 4 de junio.

Como ejemplo, el artículo 51.2 del Decreto andaluz establece con carácter general que «La tramitación del expediente de adopción se formalizará según el procedimiento establecido por el Convenio de La Haya, en el caso de que el Estado de origen del menor fuera parte del mismo. Si dicho Convenio no fuera aplicable, la tramitación se efectuará conforme establezca la legislación propia de cada uno de los Estados». En relación con la preasignación, su artículo 55 sólo establece una obligación de comunicación al «Centro Directivo correspondiente de la Consejería competente»²⁸. Paralelamente, el artículo 18.6 del Decreto valenciano 100/2002, de 4 de junio, dice que es función de la ECAI, «Informar de la preasignación recibida del organismo oficial del Estado de origen del menor a la correspondiente Dirección Territorial de Bienestar Social facilitándole todos los datos disponibles sobre el niño o la niña de que se trate, para que ésta emita la aprobación o no aprobación con indicación de los motivos de oposición a la misma. Esta decisión determinará la continuación o no del proceso cuando se trate de adopciones tramitadas dentro del ámbito de aplicación del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993». Para el legislador valenciano, la valoración de la preasignación sólo «determinará la continuación o no del proceso cuando se trate de adopciones tramitadas dentro del ámbito de aplicación del Convenio».

En consecuencia, si el caso Berta se hubiese planteado ante las autoridades valencianas o en el ámbito andaluz, no se hubiera procedido a la valoración ni a la subsiguiente paralización del expediente de AI. Pero, como se ha indicado, en Aragón la consecuencia fue la paralización de la adopción de Berta ya que sigue otro modelo no-diferenciador.

El modelo no-diferenciador simplemente enumera las funciones de las autoridades autonómicas sin diferenciar adopciones del CLH 1993 o adopciones «fuera del Convenio». Para esta normativa autonómica existe un único procedimiento de AI donde las actuaciones de la autoridad autonómica son las mismas y, en concreto, se procede a la valoración de la preasignación y se establece la posibilidad de paralizar toda AI. El modelo no-diferenciador ha sido acogido mayoritariamente por Aragón, La Rioja²⁹, Castilla-La Mancha³⁰, Principado de Asturias³¹, Cantabria³², Cataluña³³, Galicia³⁴, Madrid³⁵, Castilla y León³⁶, Baleares³⁷, Mur-

28. «2. En el caso de que el procedimiento de adopción haya sido tramitado en un Estado no firmante del Convenio de La Haya, sin la intervención de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional, los adoptantes deberán comunicar al mencionado Centro Directivo en el plazo de diez días hábiles la asignación y, en su caso, entrega del menor por parte de la autoridad competente del Estado de origen.»

29. Decreto 29/1997, de 9 de mayo.

30. Decreto 35/1997, de 10 de marzo.

31. Decreto 5/1998, de 5 de febrero.

32. Decreto 47/1998, de 15 de mayo.

33. Decreto 97/2001, de 3 de abril.

34. Decreto 42/2000, de 7 de enero (modificado por Decreto 406/2003, de 29 de octubre).

35. Decreto 62/2003, de 8 de mayo.

36. Decreto 37/2005, de 12 de mayo.

37. Decreto 40/2006, de 21 de abril.

cia³⁸ o Canarias³⁹; en la nueva hornada de Leyes autonómicas sobre protección de menores tampoco se recoge la diferenciación de funciones: País Vasco⁴⁰, Baleares⁴¹ o Navarra⁴².

Este modelo plantea ciertos problemas técnicos en relación con «la Autoridad» con la que desempeñan sus funciones las entidades autonómicas. La diferenciación de funciones se corresponde plenamente con la «categoría» con la que actúa la Función pública: si a una AI se aplica el CLH 1993, las funciones que desarrolla la Administración autonómica son las de «Autoridad Central» y su actuación se desarrolla en el marco de este Convenio; cuando a una AI no le es aplicable el Convenio, los organismos de la Comunidad Autónoma no actúan como «Autoridad Central» sino como autoridad territorial española que desarrolla una función pública en materia de AI. Pero en ocasiones, el legislador autonómico omite esta diferencia básica; como ejemplo, la Ley 1/2006 de La Rioja de 28 febrero de Protección de menores dice que –artículo 92– «En materia de adopción internacional, la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja ejerce las competencias y funciones establecidas por la legislación nacional e internacional vigente, en virtud de su condición de Autoridad Central a los efectos del Convenio de La Haya en materia de Adopción Internacional de 1993». En relación con la valoración de la preasignación, dice en su artículo 140.1 que «la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja será competente para las siguientes actuaciones. (...) d) Aceptación de la asignación del menor realizada por la Autoridad Central del país de origen» ¿Significa que las autoridades riojanas sólo valoran la preasignación cuando ejercen funciones de Autoridad Central? ¿Si no actúan como Autoridad Central sino como Autoridad pública en una AI «fuera del Convenio», se aplica esta Ley? ¿Siempre se debe producir la aceptación de la preasignación por parte de la autoridad riojana?

En el ámbito estatal, se ha presentado el Proyecto sobre la Ley estatal de adopción internacional⁴³. Es significativo que el texto presentado no establezca ninguna nítida diferenciación de procedimientos de AI ni delimite las funciones a realizar por las entidades públicas (y también ECAIS) en función de la aplicabilidad o no del CLH 1993. Es más, se opta claramente por un modelo no diferenciador y se faculta el *matching* sobre cualquier AI; el artículo 5.e) expresamente establece como función de las Entidades públicas: «Dar la conformidad respecto a la adecuación de las características del niño asignado por el organismo competente del país de origen con las que figuren en el informe psicosocial que acompaña al certificado de idoneidad».

A la vista de la regulación autonómica mayoritaria y de la futura Ley estatal, parece clara la tendencia que propone y mantiene el legislador tanto autonómico (con diferencias, claro

38. Decreto 46/2006, de 28 de abril.

39. Decreto 137/2007, de 24 de mayo.

40. Decreto 263/2003, de 28 de octubre. No existen disposiciones reseñables en la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de protección de menores.

41. Ley 17/2006, de 13 de noviembre.

42. Sólo existe una mención en el artículo 79 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de protección de menores: «Corresponden al órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral las actuaciones establecidas en la legislación civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor».

43. 15 de junio de 2007.

está) como estatal (en el actual texto del Proyecto de Ley): un modelo no-diferenciador que habilite la realización del *matching* de las autoridades autonómicas sobre cualquier AI.

III.4. Modelo judicial de la idoneidad

La existencia de estos dos modelos conlleva ciertos desajustes desde el punto de vista de la Justicia ya que el mismo supuesto provocaría la paralización (Aragón) o no (Valencia) de la AI en función del territorio ante el que se plantease. Por otra parte, considero que no diferenciar la actuación de las autoridades administrativas en función de la aplicación del CLH 1993 no es coherente con la práctica judicial.

La Jurisdicción española tiene muy en cuenta el elemento de la aplicabilidad o no del CLH 1993 *a posteriori* —ya constituida la AI ante una Autoridad Pública extranjera— para reconocer la validez y eficacia de esa adopción ya que abre vías excluyentes: el artículo 9.5 del CC o el artículo 23 del CLH 1993⁴⁴.

A priori (de plantear en las instancias judiciales españolas la cuestión de la limitación de la idoneidad antes de la constitución de la AI en el extranjero), podría tomarse en consideración el argumento de la falta de fundamentación para ejercer esta función de veto de la AI cuando el CLH 1993 no es aplicable y considerar irregular la paralización del expediente de AI. En todo caso, la solución de estos casos debe enmarcarse en la Jurisprudencia española en relación con el requisito de la idoneidad.

En el año 2004, momento en el que se produjo el caso Berta, era muy probable que una decisión judicial hubiese eliminado los límites de edad impuestos por los servicios autonómicos. Un amplísimo *favor adoptionis* generaba criterios amplios para la valoración de la idoneidad de las personas y se afirmaba, judicialmente, la existencia de una especie de derecho a ser padres adoptantes⁴⁵. Como ejemplo de esta situación, la irrepitable por desafortunada, SAP de Ciudad Real de 11 octubre de 2005⁴⁶ que avala la «equiparación entre la capacidad para ser padres biológicos y adoptivos» con argumentos tan peregrinos como los que reproducimos: «Así considerar como un concepto negativo que la adopción suponga una forma de cubrir necesidades de la pareja, no es sino una valoración muy subjetiva, puesto que el cubrir esas necesidades, por un lado, no es incompatible con el deseo de tener un hijo atendiendo todas las necesidades de éste, desde las puramente materiales a las afectivas, y, por otro, es una motivación que formulada de forma tan genérica nos la encontramos en casi todas las parejas, pues el desarrollo personal o de pareja a través de la maternidad o paternidad no es incompatible, antes al contrario, con las atenciones a los hijos para el correcto desarrollo de éstos. La primacía en el interés del menor no choca con la voluntad de desarrollo de pareja a través de la maternidad. Igual habría que decir sobre la necesidad de modificar pautas de conducta que en la actualidad están muy estructuradas. Es evidente que un nuevo

44. *Vid.*, como ejemplo, ATS de 31 de julio de 2003 (RJ 2003\6266).

45. Todavía persiste esta línea judicial: SAP de Valencia de 2 de julio de 2003 (JUR 2003\191550) o SAP de Jaén de 23 de septiembre de 2005 (JUR 2006\46960). En esta línea, M. GUZMÁN PECES, «La adopción internacional de menores: especial referencia al requisito de la idoneidad en el procedimiento de constitución» en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, 2005-2006, pp. 83 a 105.

46. AC 2005\2013.

marco familiar provocará esas modificaciones, sin que se constate imposibilidad para ello, aunque las rutinas de tantos años de matrimonio sin hijos suponga un mayor inconveniente. En cuanto al resto de causas referentes a la falta de reflexión, la resignación de doña Nieves a ciertas peculiaridades de la adopción como la edad del adoptado, o el desconocimiento de las necesidades que presentara, ciertamente se superan con el tiempo (...).

Desde este planteamiento, los Tribunales españoles no han considerado como impedimentos de la idoneidad de los adoptantes, un gran número de circunstancias como la edad de los adoptantes –Sentencia AP de Asturias de 15 de marzo de 2004⁴⁷–, la crisis matrimonial de la pareja –Auto AP de Zaragoza de 4 de marzo de 2004⁴⁸–, algunas circunstancias personales de los adoptantes, como problemas de adicción superados –Sentencia AP de Murcia de 4 de julio de 2002⁴⁹– o problemas de salud –Sentencia AP de Barcelona de 3 de marzo de 2004⁵⁰–.

La posición de la Jurisprudencia, configurando este «derecho a la adopción», era insostenible ya que permitía amparar situaciones calificables más allá de picarescas, donde la vía judicial, más permisiva, sería utilizada como alternativa para soslayar los restrictivos criterios de idoneidad de los servicios autonómicos. De estos casos es ejemplo la Sentencia AP de Barcelona de 7 de noviembre de 2005⁵¹: la demandante doña Carina presenta demanda de AI y se somete al estudio, en base al cual fue declarada no idónea. Al instante, solicitó asesoramiento e informe a otro gabinete privado, sometiéndose a terapia para superar las dificultades manifestadas por los servicios autonómicos. Con dicho informe y tras la terapia, se utiliza como alternativa la vía judicial y se presenta demanda de oposición a la Resolución de no idoneidad. Afortunadamente, se desestima su petición pues el Tribunal opta por una teoría más restrictiva de la idoneidad («si la persona o familia tiene capacidad para procurar el desarrollo integral del menor y una aptitud educadora adecuada, garantizar la cobertura de las necesidades del menor y el cumplimiento de las obligaciones establecidas legalmente y mas específicamente la de garantizar que la persona o familia pueda ofrecer al menor la estabilidad, el cuidado y el respeto a sus señales de identidad que permitan su desarrollo integral»).

Esta Sentencia sigue una línea moderna, avalada por la línea de las Audiencias Provinciales⁵². En la actualidad, ya no se afirma el «derecho a ser padres adoptantes» sino que el significado de la idoneidad para adoptar se entiende de una forma mucho más técnica, centrándose la valoración en la ponderación de las circunstancias personales de los adoptantes, tomando en consideración, fundamentalmente, el análisis previo realizado por los organismos especializados que intervinieron en la evaluación de la idoneidad.

47. AC 2004\445.

48. AC 2004\602.

49. JUR 2002\243267.

50. JUR 2004\119197.

51. AC 2006\148.

52. SAP de Barcelona de 25 de abril de 2006 (JUR 2006\272595) o SAP de Valencia de 23 de febrero de 2006 (JUR 2006\180262). SAP de Badajoz de 11 de noviembre de 2005 (AC 2006\99).

El grueso de la Jurisprudencia española se refiere a situaciones donde no se ha concedido la idoneidad; quedaría por comprobar qué posición mantendrían los Tribunales españoles respecto de una idoneidad restringida o limitada. No hemos hallado ninguna decisión judicial que valore una idoneidad limitada por circunstancias de edad o de la situación emocional o física de los sujetos implicados en la adopción (los «casos Berta»). Desde el punto de vista de la *praxis* considero que si un juez debe valorar cualquier limitación de la idoneidad, debería dirigir el fiel de su balanza a testar el calibre de esa determinada circunstancia y sus implicaciones en el caso concreto. Como la decisión judicial se toma cuando ya existe una preasignación del menor, el juez español sólo podrá desvirtuar esta preasignación realizada por una autoridad extranjera –donde se ha tomado en consideración el interés del menor individualizado– si existen circunstancias de carácter muy grave con implicaciones negativas directas sobre el menor⁵³. Tomando como referencia el carácter técnico de la idoneidad, será imprescindible una fundamentación y aval pericial de su decisión para el caso concreto, evitando consideraciones sobre el interés del menor en abstracto.

IV. MATCHING DE LA AUTORIDAD AUTONÓMICA EN «LOS CASOS BERTA»

IV.1. Paralización del expediente de AI: fundamentos

A) Exclusividad competencial

Centrando la controversia jurídica en la fundamentación y aplicabilidad del artículo 16.e) del Decreto aragonés –u otra normativa autonómica similar– a una AI a la que no es aplicable el CLH 1993, se puede responder que el artículo 16.e) –la realización del *matching*– no necesita ninguna cobertura (fundamentación) especial puesto que la Administración puede ejercer cualquier función, pues todas derivan de su exclusividad competencial. Estaría de acuerdo con el anterior razonamiento si el procedimiento incumbiera a un ámbito estrictamente autonómico e, incluso, estatal; pero estamos en ámbitos internacionales y, por tanto, aquí la exclusividad competencial es un índice relativo.

Argumentar que existe competencia exclusiva en la materia de adopción y que, sólo por este hecho, no existe ningún límite en la extensión de la actuación de la Comunidad Autónoma, es una posición extremadamente unilateralista e incompatible con los parámetros de la CIA, marco en el que está actuando la autoridad autonómica. No se puede olvidar que en un expediente de AI también interviene la autoridad del país de origen del menor que puede establecer sus propios criterios. Como ejemplo, en los expedientes posteriores a 1 de mayo de 2007, los perfiles de los adoptantes idóneos para obtener una preasignación de un menor chino han sido modificados⁵⁴ y, en relación con esos menores, la realidad demuestra que, generalmente, son bebés de pocos meses de vida.

53. Esta argumentación se fundamenta en los mismos parámetros que sirven, rechazar la paralización del expediente de AI (*vid., infra*).

54. *Vid.* «Comunicación remitida por el Centro Chino de Adopción sobre tramitación de expedientes de adopción internacional en la República Popular de China» (<http://viajestransmes.info/pn/?p=156>).

De utilizar una perspectiva exclusivamente unilateral, la AI aparece como una mera transacción con oferta y demanda, donde siempre primarían los criterios de idoneidad (de adoptantes y adoptandos) señalados por el Estado de origen del menor, puesto que de ellos hace depender la entrega del menor y, en definitiva, la realización de la AI. El unilateralismo extremo, aunque avise de la importancia de tomar en consideración la Ley de origen del menor, debe reconducirse a parámetros CIA.

B) Universalización del CLH 1993

La actuación de la Administración, paralizando la AI, podría encontrar una justificación general: la autoridad aragonesa, habría fundamentado su actuación siguiendo la recomendación núm. 11 de la 1.^a Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya, reiterada en la 2.^a Comisión⁵⁵: «Reconociendo que el Convenio de 1993 se funda en principios universalmente aceptados y que los Estados Partes están “convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños”, la Comisión Especial recomienda a los Estados Partes, en la medida de lo posible, aplicar los estándares y salvaguardas del Convenio a los acuerdos de adopción internacional que efectúen con Estados que no formen parte del Convenio»⁵⁶.

Una fundamentación tan genérica plantea problemas. Expresamente se recoge en la Recomendación que sólo es imperativa «en la medida de lo posible». Además se detectan otros tres problemas en relación con dicha justificación. Primero, considerar que el veto a la preasignación que recoge el artículo 17.c) del CLH 1993 es aplicable por ser un «estándar y salvaguarda del Convenio», previsto «en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños». A la vista de los «casos Berta» producidos y según mi opinión, no considero que la cuestión de la edad del menor o el estrés de los futuros adoptantes –que justifican el veto de la Autoridad de recepción– gocen de una naturaleza tal como para vulnerar «principios universalmente aceptados» en los que se fundamenta el Convenio.

Otro problema se refiere a que la implementación de estos estándares y salvaguardas se debe producir en «los acuerdos de adopción internacional que efectúen con Estados que no formen parte del Convenio». Existe un problema lingüístico en relación a lo que sean estos acuerdos de AI puesto que la versión inglesa habla de «as far as practicable, apply the standards and safeguards of the Convention to the arrangements for intercountry adoption which they make in respect of non-Contracting States» y la versión francesa se refiere a «d’appliquer les standards et les garanties contenus dans la Convention, dans toute la mesure du possible, aux adoptions internationales effectuées dans les relations avec des États non contractants». Por tanto, no está claro si la obligación recogida en la 11.^a conclusión se

55. *Vid. Report and conclusions of the special commission on the practical operation of the Hague Convention of 29 May 1993 on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption* (28 november-1 december 2000) (<http://hcch.e-vision.nl/upload/scrpt33e2000.pdf>) y *Conclusions and Recommendations of the second meeting of the Special Commission on the practical operation of the Hague Convention of 29 may 1993 on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption* (17-23 September 2005) (http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=3630&dtid=2).

56. Conclusión núm. 11 de la 1.^a Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya.

refiere a la celebración de Acuerdos entre Estados, o abarca cualquier actuación administrativa en relación con una adopción AI (como parece desprenderse de la versión francesa o del texto inglés).

Finalmente, aparece una cuestión definitiva que debilita que la Recomendación fundamente la actuación autonómica en «los casos Berta». La recomendación proyecta la universalización de los principios recogidos en el CLH 1993 a todas las Adopciones Internacionales. Pero este objetivo tan positivo sólo se refiere a estándares y salvaguardas establecidas en el Convenio en consideración al interés superior del menor y para el respeto de sus derechos fundamentales. La actuación de la Autoridad del Estado de destino del menor cuando paraliza el expediente —*matching* en una AI «fuera del Convenio»—, la entendemos fuera de tales estándares y salvaguardas. Sin duda que éste es un mecanismo técnico de CIA, pero está alejado de ser una salvaguarda que considere el interés del menor, como se verá a continuación.

IV.2. No paralización del expediente: interés superior del menor y Ley de origen

La adopción de Berta era una adopción ante autoridad extranjera. En este contexto internacional, valorar el ejercicio de las funciones de la Administración autonómica conduce, inexorablemente, a interpretar y aplicar el Derecho internacional; como el CLH 1993 no es aplicable, se nos remite a principios de Cooperación internacional de autoridades en la AI. Testaremos alguno de estos principios.

El artículo 75 de la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia recoge que los principios de legalidad y actuación en el marco de la CIA condicionan la actuación de los Poderes públicos. La actuación de la autoridad autonómica está delimitada por el ejercicio de funciones «dentro de sus competencias» y en según lugar, «de acuerdo con los requisitos exigidos por su país de origen»⁵⁷. Los límites que marca la normativa aragonesa son amplios y generosos; hacen referencia a cuestiones territoriales ya que el ejercicio de funciones de la autoridad aragonesa se realiza «dentro de sus competencias», es decir, en principio, limitadas a su ámbito territorial. El segundo límite, con generosidad, sirve de excusa para plantear directamente la siguiente cuestión: ¿puede la Ley de origen del menor, por su relación con el interés superior del menor, constituir un principio de la Cooperación internacional de autoridades?

No cabe duda de la aplicabilidad del interés superior del menor como principio informador de todo nuestro ordenamiento jurídico (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, artículo 39.4 de la Constitución, artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, artículos 93 y 159 Código Civil,...)

57. Existe un primer límite difuso sobre el ejercicio de funciones «dentro de sus competencias» —artículo 75.7—. Aunque el segundo está claramente expresado, lo hacemos general y no sólo para la situación concreta del seguimiento del menor: «el Departamento competente por razón de la materia será el encargado de tramitar la solicitud, valorar y certificar su idoneidad, y realizar el preceptivo seguimiento del menor, de acuerdo con los requisitos exigidos por su país de origen» —artículo 75.3—.

Si bien el concepto de interés del menor es esquivo⁵⁸ y de compleja determinación⁵⁹, aquí interesa porque permite afirmar el método distributivo⁶⁰ y la prevalencia de la actuación de la Autoridad de origen del menor (Ley de origen del menor)⁶¹.

Aunque, formalmente, la aplicación de la Ley de destino del menor (España) podría ser justificable para el Derecho Internacional privado ya que presenta una conexión personal con el menor, este vínculo es insuficiente para dotar a la Administración de la función de considerar el interés superior de un menor que no se encuentra en su territorio. En cambio, la Ley de origen plasma el interés superior del menor considerado individualizadamente y no en abstracto.

La Autoridad Pública autonómica tiene contacto con los futuros adoptantes por ser territorio de su residencia habitual, pero no existe cercanía con la menor a adoptar. Por tanto, se sigue que la autoridad aragonesa no tiene capacidad real para valorar al menor que se encuentra fuera de su territorio, fuera de su Comunidad Autónoma (y de España). En cambio, la preasignación de un menor por parte de la autoridad extranjera se realiza en función de la política china sobre adopciones internacionales, considerando la situación general de la adopción en China y, fundamentalmente, el interés del menor (artículo 2 de la *Adoptive law of the People Republic of China*)⁶². Las actuaciones que se realizan en el país de origen del menor (China) están plenamente relacionadas con el menor concreto: evaluación de informes, conocimiento real de la situación física, emocional, etc., del menor—. La consecuencia de este planteamiento basado en un «interés superior del menor individualizado» es que las autoridades chinas (país de residencia de la menor) pueden apreciar el interés real de la menor Berta al tener la mejor posición para realizar la valoración.

Por ello, desde el punto de vista técnico, la ley de origen del menor aparece como la regla general (en función del interés del menor) y su aplicación sólo puede excepcionarse (también por causa del interés superior del menor).

Este planteamiento conlleva dos consecuencias jurídicas. La primera, teórica, es que el *matching* de la autoridad autonómica sobre la preasignación de la menor y la subsiguiente paralización del expediente de AI no está justificado y no debería tener valor desde el punto de vista del Derecho internacional, salvo como excepción. La segunda, práctica, ya que la aplicación de la excepción (y la subsiguiente paralización de la AI) debe ser restrictiva.

58. Sobre las dificultades de concreción del interés del menor en el ordenamiento jurídico español y las vías de su definición en los sistemas de *Common Law*, *vid.*, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, «El interés del menor» en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. 3, 2000, especialmente pp. 1538-1550 y *El interés del menor*, Madrid, 2000. «El “interés del menor” constituirá un factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado en cuanto conduzca a la adopción de medidas eficaces de protección que lo positivice. Si no, no pasará de ser una declaración de buenas intenciones»; *vid.*, ALEGRÍA BORRÁS RODRÍGUEZ, «El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado» en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 93, núm. 4, 1994, p. 925.

59. En materia de adopción, *vid.* ANTONIA DURÁN AYAGO «El interés del menor como principio inspirador de la adopción internacional» en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2000, pp. 355-366 y MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, *El “interés del menor” en los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, Valladolid, 2004.

60. *Id.* MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, 2004, pp. 170-172.

61. Una idea paralela: «the State of the child’s origin (...) is interested in safeguarding the the child’s adoption will serve the child’s best interests»; *vid.* PETER SCHLOSSER, «Jurisdiction and international judicial and administrative co-operation» en *Recueil des cours*, V. 284, 2000, p. 321.

62. http://www.china-cca.org/site%5Cinfocontent%5CZCFG_2005100901425793_en.htm.

La solución a los «casos Berta» aparece ahora clara. En aplicación de la regla general de la ley de origen del menor, a los adoptantes les bastaría probar el Derecho extranjero –artículo 2 de la *Adoptive law of the People Republic of China*– para que un juez español considerara que el interés del menor ya ha sido tenido en cuenta por las autoridades extranjeras; se puede argumentar, incluso, que en la valoración previa a la preasignación, el Centro Chino de adopciones ha debido considerar los límites de edad que plantea la Comunidad Autónoma y han decidido que en interés de la menor Berta, los padres Q.-C. son los adoptantes idóneos. Como valorar la preasignación sólo encuentra justificación como excepción a la regla general de la ley de origen, la Administración autonómica estaría obligada a (tiene la carga de la prueba de) desvirtuar la actuación de las autoridades extranjeras. La excepción a la ley de origen del menor deberá justificarse (por la Administración) en función del «interés superior del menor individualizado» y sólo para aquellos supuestos en los que existan circunstancias de carácter muy grave, con implicaciones negativas directas sobre el menor. Sólo una prueba cimentada pericialmente de que esa AI causará un importante perjuicio al menor concreto, avalaría su paralización por la autoridad autonómica.

IV.3. Consecuencias sobre la validez y eficacia extraterritorial de la AI

Procedimentalmente, el criterio del país de origen diseña el modo en el que se lleva a efecto la Cooperación de Autoridades en una AI fuera del Convenio. La constitución de la adopción depende de la *Lex magistratus* de la autoridad del país de origen del menor y el ordenamiento jurídico chino exige como requisito de constitución la aceptación de la preasignación por los padres con independencia de la opinión de la autoridad autonómica aragonesa. Con la aceptación de la preasignación, la adopción de Berta hubiera obtenido todos los efectos de validez en China, aun existiendo el veto del IASS. Los controles de las actuaciones de las distintas autoridades implicadas en la AI (en este caso, que la autoridad china no hubiese considerado las limitaciones de la idoneidad impuestos por la autoridad aragonesa), se hubiesen realizado *a posteriori*, cuando se solicita el reconocimiento extraterritorial de la resolución extranjera de adopción, en cumplimiento de los requisitos que exige el ordenamiento jurídico español. Ahora bien, ¿el veto de la autoridad autonómica hubiese generado ineficacia extraterritorial en España de haberse constituido válidamente la AI de Berta en China?

En el ámbito concreto de validez y eficacia extraterritorial de las decisiones de constitución de una Adopción por autoridad extranjera, existen vías jurídicas –excluyentes⁶³– para reconocer sus efectos legales en España: CLH 1993, regímenes particulares de Convenios bilaterales o normas de Derecho internacional privado autónomo (Código Civil). Tanto el Convenio de La Haya como los Convenios bilaterales derivados de este texto, establecen un sistema de «reconocimiento de pleno derecho en los demás Estados contratantes» que «sólo podrá denegarse si se considera que dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público (entendiendo en este contexto por tal los principios básicos y derechos fundamentales del ordenamiento), teniendo en cuenta el interés superior del niño»⁶⁴.

63. Sobre el fundamento de estos regímenes diferentes, *vid.* Beatriz CARRILLO CARRILLO, *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*, Granada, 2003, pp. 246-271.

64. *Vid.* Beatriz L. CARRILLO CARRILLO, 2003, pp. 232-234.

En relación a los Convenios bilaterales de cooperación judicial en materia civil y mercantil que España ha firmado con otros Estados⁶⁵, muchos de ellos no excepcionan las decisiones de jurisdicción voluntaria de su ámbito de aplicación y por tanto, en principio, su aplicación al reconocimiento de las Adopciones Internacionales queda expedita. No obstante, es claro que estos Convenios tienen un carácter general que casa muy mal con las especificidades de las adopciones internacionales y, por ello, debería decaer su aplicación.

En ciertos casos, la inaplicación es consecuencia directa de las características jurídicas de los propios Estados firmantes. Existen Convenios celebrados entre España y Estados no parte del CLH 1993: Convenios de Cooperación Judicial con Marruecos –de 30 de mayo de 1997–, Túnez –de 24 de septiembre de 2001, Argelia –de 24 de febrero de 2005– o con la República Islámica de Mauritania – de 12 de septiembre de 2006–. Su régimen de aplicabilidad sería muy dudoso en la práctica tras el análisis de las cuestiones que conllevan en estos países las figuras de la adopción y de la kafala⁶⁶.

En la mayoría de ocasiones, la no aplicación de Convenios bilaterales está causada porque los países con los que España ha adquirido los compromisos de colaboración judicial son Estados parte del CLH 1993 y se prefiriere la aplicación de este último por razón de su especialidad. La eventual aplicabilidad de estos Convenios en función del criterio del régimen más favorable tampoco es posible, puesto que el régimen del CLH 1993 es, de momento, insuperable en cuanto que establece un mecanismo de reconocimiento automático de las decisiones «certificadas conforme al Convenio» (artículo 23 CLH 1993)⁶⁷. El criterio de máxima eficiencia también prefiere el CLH 1993, debido a la trascendencia del texto de La Haya en la comunidad jurídica internacional. Por todo ello, no son aplicables el Convenio hispano-francés de 28 de mayo de 1969, el Convenio hispano-italiano de 22 de marzo de 1973, el Convenio hispano-alemán de 14 de noviembre de 1983, el Convenio hispano-austriaco de 17 de febrero de 1984, el Convenio hispano-uruguayo de 4 de noviembre de 1987, el Convenio hispano-brasileño de 13 de abril de 1989 o, en la actualidad, el Convenio hispano-chino.

A pesar de las reticencias a la aplicación del régimen convencional, el reconocimiento de la adopción constituida por la autoridad china en el caso Berta podría plantearse, en aquel momento, en aplicación del Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil de 2 de mayo de 1992⁶⁸. Para analizar la cuestión de qué consecuencias hubiese tenido una decisión de AI de la autoridad judicial china donde se hubiese desconocido el mandato de la Administración autonómica de paralización del expediente, interesa el artículo 22. Este artículo establece las causas de

65. Optan por un procedimiento de *exequatur* para el reconocimiento de decisiones de AI o establecen un régimen de *reconocimiento incidental* ante el Juez Encargado del Registro Civil. *Vid.* Beatriz L. CARRILLO CARRILLO, «La adopción internacional en España» en *Anales de derecho*, núm. 21, 2003, pp. 168-169.

66. *Vid.* Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural: (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la Kafala)» en *Revista general de derecho*, núm. 667, 2000, pp. 4419 a 4448. La constitución de una adopción ante autoridad española de un marroquí se considera contraria al Orden Público español en el Auto de la AP de Cádiz de 3 de marzo de 2006 (JUR 2006\241802).

67. Sin embargo, en el día a día de la AI se originan problemas puesto que no existe un reconocimiento automático de todos los efectos (por ejemplo, a efectos de los permisos de entrada en España del menor ya adoptado en su país de origen, donde se aplica el régimen general del Derecho de extranjería).

68. BOE de 31 de enero de 1994.

rechazo del reconocimiento de la decisión y, de entre ellas, la única eventualmente aplicable al caso es la que recoge el apartado segundo: «Cuando en materia de estado o capacidad de las personas físicas la jurisdicción de origen hubiere aplicado una ley diferente de la procedente según las reglas de derecho internacional privado de la Parte requerida, salvo que la aplicación de esta regla hubiere conducido al mismo resultado».

Aparece aquí el caduco y antiguamente denominado Orden Público conflictual⁶⁹. Además de criticable y criticado⁷⁰, este control debería ser objeto de una interpretación amplísima que extendiera el control de la Ley aplicada a materias no sólo de estado y capacidad del adoptando sino a otras como la valoración de la contravención de la idoneidad de los padres. Desde el punto de vista de las normas de Derecho Internacional Privado españolas, este control de ley aplicable aparece como un sistema de «saltos sucesivos» que ni siquiera el reenvío puede contener: la aplicación del Convenio bilateral con China ordena el control de la ley aplicable, lo que conlleva la aplicación de la norma conflictual española que, a su vez, implica la aplicación de otro u otros ordenamientos jurídicos. Pero en todo caso, intentando estirar este control de Ley aplicable al máximo por si pudiera generar alguna consecuencia negativa (y entendiendo que su imprecisa redacción abarca los consentimientos y capacidades de adoptando y adoptantes)⁷¹, aun tomando en consideración todo el régimen internacional privatista actual, las consecuencias negativas no ocurrirían.

La idoneidad, contemplada como una autorización de la Administración para adoptar, quedaría fuera del artículo artículo 9.5. IV, a pesar de la extensiva interpretación de la Instrucción de 2006 que exige el control de los «consentimientos», «asentimientos», «audiencias» o de la inexistencia de «prohibiciones de adoptar» en relación tanto del adoptando como de los adoptantes. La razón de su exclusión es que la declaración de idoneidad no es equiparable a un consentimiento, asentimiento, audiencia o prohibición; por tanto, sería muy dudosa la existencia de una causa que justificase el rechazo del reconocimiento de la AI de Berta. Además, la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales aclara que el artículo 9.5 IV y V del Código Civil formulan una serie de requisitos para que las adopciones internacionales puedan acceder al Registro Civil español, circunstancias que «deben aplicarse e interpretarse, en todo caso, siempre, con arreglo al principio del «interés superior de los menores». Por tanto, es altamente improbable, por la vía del Orden Público conflictual, impedir la eficacia extraterritorial de estas adopciones.

No somos partidarios de que las cuestiones de idoneidad se resuelvan vía del Convenio bilateral por su generalidad y preferimos la aplicación directa del régimen de reconocimiento de decisiones sobre adopción del artículo 9.5 del Código Civil. Con esta regulación, los «casos Berta» quedarían enmarcados en el control específico del artículo 9.5.V: «Tampoco lo será (reconocimiento de la AI), mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en

69. ANTONIO REMIRO BROTONS, *Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, 1974.

70. *Vid.* ALFONSO-L. CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, v. I, Granada, 2006, p. 373 o MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, 2004, pp. 245-246.

71. *Vid.* BEATRIZ CARRILLO CARRILLO, 2003, pp. 253-255.

España al tiempo de la adopción». La exigencia del certificado de idoneidad del adoptante (o adoptantes) en estos casos es imperativa y tiene como objetivo «evitar que personas no idóneas para ser adoptantes acudan a países que no controlan con rigor la idoneidad de los adoptantes e insten en tales países una adopción»⁷².

Esta norma española supone que, de no existir el certificado de idoneidad, la Dirección General de los Registros y del Notariado deniega el reconocimiento de la AI. Pero esta grave consecuencia queda profundamente flexibilizada de tal forma que se podría afirmar que la regla general es la validación de estas Adopciones Internacionales. Así, en primer lugar, es posible obtener el certificado de idoneidad *a posteriori*⁷³. La Jurisprudencia española y la doctrina de la DGRN también opta por otras vías de flexibilidad en casos más graves relacionados con adopciones simples o revocables. En estos supuestos, hay una evidente imposibilidad de reconocimiento de la AI; no obstante, la Jurisprudencia española establece vías de solución dilatando el proceso. En primer lugar, se equipara la Adopción extranjera al Acogimiento regido por el ordenamiento jurídico español; posteriormente se señala, incluso en la propia Decisión⁷⁴ o por algún legislador autonómico⁷⁵, que tras el acogimiento los adoptantes podrán constituir la adopción ante la autoridad española.

Aunque no existen casos análogos al «caso Berta», la posición flexible de la Jurisprudencia española fácilmente podría justificar el pleno reconocimiento de esta AI. Ello, en primer lugar, porque no se trata de supuestos donde no existe declaración de idoneidad sino, simplemente, discrepancia entre las condiciones fijadas por el certificado de idoneidad y la AI concreta. En segundo lugar, nada impediría la eliminación de los límites de idoneidad *a posteriori*. En tercer lugar, porque las soluciones flexibles de la Jurisprudencia española son fácilmente trasladables a estos casos donde o bien se aceptaría la validez extraterritorial de esa AI —por no considerar la circunstancia limitativa de la idoneidad como causa insuficiente que impidiera su reconocimiento— o, como mucho, se dilataría el proceso, equiparando la AI al acogimiento primero y constituyendo la Adopción ante la autoridad española después.

Es cierto que una Jurisprudencia muy restrictiva podría entender que se ha producido una revocación de la idoneidad y por tanto, «no haya declarado la idoneidad del adoptante» y no reconocer la AI. Pero esta posición no es aconsejable al desvirtuar la realidad puesto que sí existe declaración de idoneidad (aunque limitada), impedir el reconocimiento en Es-

72. Exposición de Motivos de la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 (BOE de 30 de agosto).

73. Así lo mantiene la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 y la DGRN (Resoluciones de 24 de septiembre de 2002 o de 25 de junio de 1999). Sin embargo, la doctrina española (y alguna normativa autonómica) aboga porque el certificado sea un requisito previo del certificado aunque permitiendo la petición *a posteriori* para situaciones «poco deseables». *Vid.* Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, 2001, pp. 839 a 883.

74. *Vid.* Resolución-Circular de 15 de julio de 2006. La conversión en Acogimiento es la postura de la DGRN cuando se niega a reconocer una AI por problemas graves; *vid.* Res. DGRN de 19 de noviembre de 2005 (RJ 2006\222) o Res. DGRN de 3 de abril de 2002 (RJ 2002\6192). Posteriormente se propone iniciar un procedimiento de adopción ante la autoridad española; *vid.* Res. DGRN de 23 de enero de 2004 (JUR 2004\138592) o Res. DGRN de 7 de diciembre de 2002 (RJ 2003\2165).

75. Artículo 58 del Decreto 37/2005, de 12 de mayo, de Castilla y León: «Cuando en el país de origen del menor se hubiera llevado a efecto la entrega de éste a los solicitantes mediante la formalización de una institución jurídica con finalidad adoptiva, pero no equiparable en España a la adopción, una vez valorada la integración de aquél y su adaptación a la nueva familia y comprobado el cumplimiento de los requisitos legales necesarios, por la Entidad Pública de Protección de Castilla y León se promoverá en el plazo máximo de un año, la constitución judicial de la adopción, todo ello sin perjuicio de la eventual legitimación activa de aquéllos».

paña de los efectos de filiación de una menor que para China, país de origen, ya es adoptada y no ser acorde con el interés superior del menor⁷⁶.

V. EXCURSUS

V.1. La idoneidad *lege ferenda*

La regulación de la idoneidad aparece como un elemento básico de todo sistema de Adopciones Internacionales. El Proyecto de Ley del Estado opta por la definición de la idoneidad («Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados de origen extranjero y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional» –artículo 10.1-) y afirma su carácter de figura técnica («A tal efecto, la declaración de idoneidad requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes, y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender al niño en función de sus singulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional» –artículo 10.2-)77.

Pero los casos Berta se sitúan en una zona gris donde la actuación de la Administración para la valoración de la idoneidad no está reglada por imperativos categóricos y la valoración más o menos estricta de los competentes servicios autonómicos originan un trato diferente en función del territorio de residencia de los adoptantes.

Por ello considero imprescindible desarrollar técnicamente qué criterios concretos condicionan la idoneidad de los adoptantes. La regulación de estas materias se evita en el Proyecto de Ley de adopciones internacionales y se traslada al ámbito del legislador autonómico⁷⁸. Aunque concretar la idoneidad no es tarea sencilla, ayuda la doctrina que realiza intentos de delimitar qué causas pueden originar la paralización y definir qué requisitos esenciales recogidos en la Ley incidirían en este momento del proceso de AI⁷⁹. Un apunte que ofrecen los casos Berta es que, en una gran mayoría de supuestos, son circunstancias de

76. Además de una eventual vulneración artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; *vid.* Andreas BUCHER, «La famille en droit international privé» en *Recueil des cours*, V. 283, 2000, pp. 100-102.

77. Con antecedentes autonómicos como el artículo 29 del Decreto 40/2006, de 21 de abril, de las Islas Baleares, artículo 15 del Decreto 188/2005, de 26 de septiembre, de Aragón o Decreto 37/2005, de 12 de mayo, de Castilla y León.

78. Esta normativa ya existe en algunas CCAA. Como ejemplo, Decreto aragonés 188/2005, de 26 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores (BO Aragón de 7 de octubre) o el Decreto de Canarias 137/2007, de 24 de mayo, que regula los procedimientos administrativos previos a la constitución de la adopción y el Registro de Adopción (BO de Canarias de 14 de junio). Incluso otras CCAA regulan los contenidos, duración, organización y desarrollo de la formación previa de los solicitantes de adopción (Orden FAM/970/2007, de 28 mayo de Castilla y León).

79. Basándose en un «método de anticipación», las Autoridades pueden tomar en consideración las leyes aplicables a los requisitos de constitución de la adopción, los requisitos de validez extraterritorial de una adopción extranjera, la regulación de conversión de una adopción simple en plena, normativa de extranjería, etc. *Vid.* Beatriz CARRILLO CARRILLO, 2003, pp. 174- 190.

los sujetos intervinientes en la AI (y no los requisitos legales) las que se toman en consideración para paralizar el expediente.

Por otra parte, en el modelo legal sobre Adopciones Internacionales deberían ser consideradas iniciativas como las del legislador canario o balear que opta por modelos donde se deja cabida a la flexibilidad y se considera el caso concreto. La normativa balear introduce en la valoración de la idoneidad los criterios exigidos por los países de origen del menor⁸⁰. El legislador de Canarias⁸¹ opta por soluciones flexibles en relación con el requisito de la idoneidad y las circunstancias de la preasignación. Así, a pesar de seguir un modelo no diferenciador, la decisión de paralizar la AI se toma tras revisar el supuesto concreto⁸². Además, se ha relajado el criterio más problemático –la edad del menor– de dos formas: posibilitando su extensión hasta en 3 años⁸³ y orientando a los adoptantes a realizar una adopción adecuada a su idoneidad en otro país⁸⁴.

V.2. La unilateralidad *lege lata*

El caso de Berta fue una enorme mesa de pruebas donde se pusieron en juego muchas piezas territoriales e internacionales. En relación con las implicaciones territoriales, considero que el legislador autonómico que sigue un modelo no-diferenciador logra eludir, a través de la unilateralidad, los problemas de fondo generados por la ausencia de una norma internacional (CLH 1993) que enmarque su actuación internacional.

Pero la técnica unilateral que se utiliza genera desajustes que se hacen evidentes en el ámbito de aplicación de la normativa autonómica y que, en este momento de Reforma legislativa, podrían ser reconsiderados. Los criterios que delimitan el ámbito de aplicación del Decreto aragonés 16/1997 –lo mismo sirve para el resto de normativa autonómica que utiliza esta regla– son el territorial (se aplica a los adoptantes residentes en la Comunidad Autónoma) y el material (la aplicación de estos Decretos depende de si existe mediación de una ECAI en el proceso de AI)⁸⁵.

80. Artículo 38.2 del Decreto de las Islas Baleares 40/2006, de 21 de abril.

81. Decreto 137/2007, de 24 de mayo.

82. «La Dirección General competente en materia de protección de menores resolverá aceptar o no la asignación, para lo cual podrá recabar de aquéllas los informes, nuevos o complementarios de los ya remitidos, que acerca del menor propuesto estime oportunos. Asimismo podrá solicitar la emisión de los informes técnicos que tenga por conveniente para asegurarse de que la decisión adoptada sea la más favorable a los intereses de los menores propuestos»–artículo 71–.

83. «Cuando la Dirección General competente en materia de protección de menores acuerde la idoneidad de los solicitantes deberá expresar las características y edades de los menores para las que aquéllos se consideran idóneos. No obstante, podrá en la propia resolución, si así se propone en el informe final, acordar la ampliación de la idoneidad para una edad inferior o superior hasta en tres años a la edad para la que se consideran idóneos, a los solos efectos de adecuar las características y circunstancias del menor que en su día les sea asignado por las Autoridades Centrales del país de origen a las establecidas en la resolución de idoneidad de los solicitantes, y emitir la correspondiente decisión de aceptación o no aceptación de la asignación prevista en el artículo 71 del presente Decreto» –artículo 68–.

84. «Cuando por la información obrante en su poder sobre los trámites y requisitos legales exigidos en el país elegido para la adopción internacional por los solicitantes, la Dirección General competente en materia de protección de menores tenga constancia que no sea posible la adopción en el mencionado país para menores de las características y edades para los que han sido declarados idóneos, previa audiencia de los interesados, no efectuará la remisión prevista en el apartado anterior, orientando a aquéllos para la tramitación de su expediente en otros países» –artículo 70.2–.

85. Estos criterios se derivan del artículo 3 del Decreto 16/1997: «1. El presente Decreto regula las actuaciones de las entidades colaboradoras de adopción internacional que se lleven a cabo en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón. (...) 3. La entidad colaboradora intervendrá en funciones de mediación para aquellas adopciones internacionales solicitadas por residentes en la Comunidad Autónoma de Aragón, respecto a menores del país o países para los que haya sido habilitada

Estos criterios originan hasta cuatro escenarios diferentes:

- Gestión de la CA con intervención de una ECAI en una AI a la que se aplica el CLH 1993.
- Gestión de la CA sin intervención de una ECAI en una AI a la que se aplica el CLH 1993.
- Gestión de la CA con intervención de una ECAI en una AI fuera del CLH 1993.
- Gestión de la CA sin intervención de una ECAI en una AI fuera del CLH 1993.

Tal definición del ámbito de aplicación de la norma autonómica genera casos problemáticos en relación a los procedimientos de AI por Protocolo público –donde intervienen los adoptantes directamente, sin intermediación de ECAIs– ya sea en un expediente de adopción «fuera del Convenio» o «del Convenio». Así, a la vista del artículo 3 del Decreto aragonés, no se aplicaría a un procedimiento de AI donde no interviniese una ECAI. Por tanto, la AI por Protocolo público queda sin regulación. La solución puede consistir bien en la regulación específica de este supuesto como ocurre en alguna normativa autonómica⁸⁶, bien en la eliminación del caso problemático –las adopciones internacionales por Protocolo Público–. Ésta puede ser la causa de que el Proyecto de Ley del Estado las deje en el limbo jurídico puesto que ni las contempla ni las regula. Optar por la desaparición de esta vía de AI, no soluciona adecuadamente un problema legal que es de más calado.

En la estructura territorial del Estado autonómico, debería ser una norma estatal la que delimitase, correctamente, el ámbito de aplicación del régimen autonómico correspondiente a la AI, pues al Estado compete por el artículo 149.1.8 CE la regulación del tráfico externo. La utilidad del criterio de la Residencia habitual de los adoptantes⁸⁷ debería atemperarse con otras propuestas basadas en fórmulas flexibles, aunque rompan la territorialidad⁸⁸. Los futuros adoptantes no tienen que quedar sometidos a la Administración autonómica de su residencia en todo caso (cuando no existe residencia habitual común de la pareja adoptante, asuntos en los que los adoptantes tengan residencia en una Comunidad pero vecindad civil en otra o supuestos en los que hay más cercanía territorial con otra Comunidad Autónoma). También considero que unos adoptantes deberían poder contratar los servicios de intermediación de una ECAI concreta aunque no actúe en su territorio de residencia en ciertos supuestos (por ejemplo, ya que trabaja con un determinado país de donde se quiere traer a un menor y no existen ECAIs en su Comunidad que realicen el mismo servicio o por ra-

y para las actividades señaladas por la Dirección General de Bienestar Social, en los términos y condiciones establecidos por este órgano».

86. Artículo 42.1 del Decreto 40/2006, de 21 de abril, de las Islas Baleares: «La autoridad central del país de origen o ECAI, si fuera preciso, ha de comunicar a los Consejos Insulares la asignación de un menor a una familia. En el caso de que el procedimiento de adopción se tramite en un Estado que no haya suscrito el Convenio de La Haya y sin que haya intervenido una entidad colaboradora de adopción internacional acreditada, las personas adoptantes comunicarán la preasignación del menor a la entidad competente de cada Consejo Insular a efectos de continuar la tramitación».

87. El criterio de la Residencia habitual de los adoptantes es mayoritario en el ámbito autonómico; sin embargo, no es homogéneo (*vid.* artículo 7 del Decreto 37/2005, de 12 de mayo, de Castilla y León que también utiliza el criterio de la residencia habitual del menor).

88. Somos conscientes de la inviabilidad política de esta propuesta, a pesar de sus positivas consecuencias sobre los ciudadanos.

zonas de cercanía personal entre adoptantes y la ECAI o porque esa entidad tiene probada solvencia en determinadas adopciones).

En cuanto al criterio de aplicación material de toda esta normativa, se debería evitar el actual (que exista mediación de una ECAI) y utilizar otro más general, como la mera adopción. Ello sin embargo, no impediría diferenciar la actuación de la Autoridad autonómica en función de la aplicabilidad o no del Convenio de La Haya. Un matiz añadido haría que en las adopciones internacionales «fuera del Convenio», la actuación de la autoridad española procurara implementar principios básicos de CIA que, en materia de AI, derivarían del contenido del CLH 1993, siguiendo la conclusión núm. 11 de la 1.ª Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya. El propio artículo 3 del Proyecto de Ley del Estado se hace eco de este matiz cuando introduce unos *Principios informadores de la adopción internacional*: «La Adopción Internacional de menores respetará los principios inspiradores de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y del Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección de derechos del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional».

VI. CONCLUSIÓN DEL CASO

El caso Berta se resuelve por Orden de 26 de noviembre de 2004⁸⁹. Con ella se diluyen los problemas generados por la limitación de edad de la menor utilizando los siguientes escritos: «La justificación de esta distinta valoración no consta en el expediente, no está en absoluto motivada y tampoco fue puesta en conocimiento de la familia dicha propuesta de resolución como trámite de audiencia previo a dictar la Resolución definitiva»; en consecuencia, se declaró la «idoneidad para la adopción de un/a menor, cuya edad esté comprendida entre uno y tres años». La Administración aragonesa cambió su consideración inicial a la vista del caso concreto –¿o de la polémica mediática suscitada?– pero eludiendo dar una solución general para otros casos similares. En la *praxis* (parece que) se aplicó una moratoria para otros «casos Berta» y no se rechazaron preasignaciones con problemática similar durante el año 2005 y el año 2006, momento a partir del cual, se aplica el CLH 1993 –incluido el artículo 17.c)– a las adopciones de menores residentes en China.

Los planteamientos expuestos sirvieron para solucionar el caso Berta y también se utilizaron para evitar otras controversias análogas⁹⁰. En el futuro, se seguirán planteando otros «casos Berta» donde se paraliza un expediente de AI fuera del Convenio en el momento de la preasignación porque la autoridad extranjera no ha respetado los términos de concesión de la idoneidad de una autoridad autonómica. Pero, según parece en el Proyecto de Ley estatal, se preferirá la solución unilateral a la cooperativa.

89. www.elperiodicodearagon.com/noticias/noticia.asp?pkid=153065.

90. Investigación de campo. Juan Vallés Brau, Presidente de AFADA.

Revista de Derecho de

familia

JURISPRUDENCIA

PATRIA POTESTAD

Lesiones sufridas por un chico de catorce años cuando jugaba con un amigo al mini golf al ser golpeado en situación de agachado por el palo accionado por el compañero al simular, o tratar de hacer, un golpe a la bola. Falta de responsabilidad de los padres del otro menor y de la entidad que gestiona el restaurante en cuyas instalaciones se halla ubicado el campo de mini golf.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ El 22 de septiembre de 1996, los componentes de un equipo de fútbol, menores de edad, comieron en el restaurante Señorío de Biasteri, que gestiona la demandada Segura Lacalle, SL; los mayores, padres y entrenadores, tras la comida, quedaron en el comedor, de sobremesa, en tanto que los jóvenes, de 14 años, salieron a las instalaciones de minigolf que están aledañas al complejo que integra el restaurante. Dicho campo, de limitado espacio, tiene finalidad meramente recreativa, estando separados los hoyos tres metros, para servir de distracción a los que acuden a utilizar el resto de las instalaciones, comedor, para cuyo uso sólo se precisa ser cliente, sin que las mismas, que son gratuitas para los clientes, tengan finalidad de enseñanza, y tras la entrega por empleados de palos de golf, Matías y Domingo, entre otros, se dispusieron a jugar. En un momento del juego, y cuando Matías daba un golpe a la pelota, Domingo, presumiblemente agachado, recibió el contundente golpe de su compañero de juego, con tan mala fortuna que sufrió graves lesiones cuya indemnización es el objeto de la reclamación.
- ⊙ Doña Asunción, en nombre de su hijo menor Domingo interpuso demanda de menor cuantía contra el menor Matías, y en su nombre sus legales representantes don Luis Francisco y doña Victoria, y la entidad mercantil «Segura Lacalle, SL», solicitando que se dicte sentencia por la que se condene a los demandados, a que indemnicen de manera conjunta y solidaria a la actora en la cantidad de quince millones dieciséis mil quinientas cincuenta y nueve pesetas, más los intereses legales y costas que originen a las que deberá ser condenada.»
- ⊙ La entidad Segura Lacalle, SL, contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia «por la que, con desestimación de la demanda, se absuelva a mi representada de los pedimentos contenidos en aquél, con imposición de costas a la parte actora.
- ⊙ El menor Matías, y en su nombre sus legales representantes don Luis Francisco y doña Victoria, contestaron a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia «por la que se desestime íntegramente en lo referente a mis mandantes la demanda planteada, y todo ello con expresa imposición de las costas.»
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Vitoria-Gasteiz dictó Sentencia el 19 de mayo de 1999 estimando parcialmente la demanda y condenando a la entidad mercantil «Segura Lacalle, SL», absolviendo al otro codemandado.

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Álava dictó Sentencia el 20 de octubre de 1999, estimando el recurso interpuesto por la demandada y desestimando la demanda.
- ⊙ Doña Asunción interpuso recurso de casación que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se denuncia la infracción por no aplicación del artículo 1902, por existir culpa y relación causal entre la misma y las lesiones sufridas, y no aplicación del artículo 1903, párrafo cuarto, por existir dependencia y culpa *in vigilando* o *in eligendo*. En el segundo motivo se alega infracción por no aplicación de los dos preceptos antes citados del Código Civil por violación del principio jurisprudencial de «responsabilidad por riesgo» como subtipo de responsabilidad cuasi objetiva, proclamado por la jurisprudencia que, como indica la STS de 21 de octubre de 1991 no es más que la obligación legal de indemnizar, o bien la STS de 10 de octubre de 1995 sobre la ausencia de diligencia. En el motivo tercero se aduce violación del principio jurisprudencial de inversión de la carga de la prueba como subtipo de la responsabilidad cuasi objetiva proclamado en la jurisprudencia en la Sentencia de 23 de abril de 1998, núm. 380, Rec. de Cas. núm. 677, donde se reitera el criterio de la inversión de la carga de la prueba, al recoger que dentro del mecanismo aplicable a la culpa extracontractual hubiera correspondido a la entidad recurrente la probanza de haberse debido al comportamiento exclusivo de la víctima el resultado dañoso, con observancia por aquélla de la diligencia requerida para el caso de autos.

Los motivos se examinan conjuntamente porque, aunque plantean diversas cuestiones, se puede unificar la respuesta casacional.

Antes de entrar en el examen de la problemática planteada debe observarse que no se cuestiona en el recurso la hipotética responsabilidad de los padres del menor que dio el golpe que ocasionó las lesiones. Absueltos en la primera instancia, al no haberse formulado recurso por los demandantes, el pronunciamiento quedó firme. Sin entrar en elucubraciones acerca de la razón de no haberse apelado, pues cabe imaginar, entre otras posibilidades, la relación de amistad o compañerismo entre los implicados o sus familias, lo cierto es que ha quedado sin concretar cómo se produjo el golpe, y singularmente en dos aspectos: por una parte, si fue al simular un golpe de «swing», propio del golf, pero que no resulta apropiado en ningún caso para el mini golf, en orden a cuyo extremo debe advertirse que nada se dice en la resolución recur-

rida, a diferencia de la de primera instancia; y, por otra parte, cuál fue el movimiento corporal previo del menor golpeado, pues la resolución recurrida simplemente dice que estaba «presumiblemente agachado». Esta perspectiva fáctica, sometida a una cierta incertidumbre, tiene escasa relevancia para la casación en cuanto que no se enjuicia de modo directo la actuación del menor que dio el golpe, pero es de interés en orden a que no permite sentar una «culpa exclusiva» del lesionado, que haría innecesario más discurso judicial.

Como consecuencia de lo razonado debe señalarse que no hay problema de causalidad física –las lesiones producidas fueron consecuencia del golpe del palo de mini golf–, ni de «culpa exclusiva» de la víctima. La cuestión se centra, por consiguiente, en el juicio de la conducta, activa o pasiva, de los responsables del restaurante y sociedad que lo gestiona (demandada, y aquí recurrida, Segura Lacalle, SL). Es decir, qué es lo que se hizo, que no se debió haber hecho, con trascendencia a la producción del resultado; o qué es lo que no se hizo, que, de haberlo hecho, habría evitado el accidente; todo ello en una valoración social de la exigencia causal –causalidad jurídica–, y de la diligencia que forma parte del juicio de reprochabilidad –reproche culposo o culpabilidad–.

La resolución recurrida centra la decisión de la problemática en el campo de la responsabilidad subjetiva –responsabilidad por culpa–, y ello es totalmente acertado. La pretensión del recurso de llevar el supuesto al campo de la denominada responsabilidad objetiva o, mejor, cuasi objetiva, no es razonable. La doctrina de la llamada responsabilidad por riesgo, con sus varios matices y versiones, exige en todo caso la existencia de un riesgo de cierta entidad, y éste no concurre en el caso. Ninguna máxima de experiencia común permite sostener que entregar unos palos de mini golf a unos chicos de catorce años, con la capacidad propia de la edad, para que practiquen dicha actividad recreativa, constituye o da lugar a una situación de riesgo. Y en cuanto a la denominada doctrina del «beneficio» –«aprovechamiento de un beneficio»– no puede aceptarse por sí sola como fundamento de una responsabilidad extracontractual, habiendo sido aludida en la jurisprudencia, en

ocasiones, como argumento de refuerzo y en relación a actividades de otra índole, que nada tienen que ver con la de tener una instalación de mini golf para recreo de los clientes del restaurante.

Centrado el problema en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, que no obsta a que, en relación con las circunstancias concurrentes –personas, tiempo y lugar–, y sobre todo el sector del tráfico, en el que se desarrollan los hechos, haya de modularse en una u otra medida la diligencia media exigible y se atiende a criterios de facilidad o disponibilidad probatoria en la fundamentación fáctica de la misma, y, por ende, del elemento de la culpa, la resolución recurrida resuelve el tema en el fundamento tercero con total acierto. Contempla todos los aspectos que podrían dar lugar a la exigencia de una conducta de prevención, o de vigilancia, y no advierte negligencia alguna por parte de los responsables del restaurante, ni de la sociedad que lo regenta. Frente a ello, el recurso no ofrece ningún argumento que razonablemente pueda conducir a una apreciación diferente en el orden de la responsabilidad extracontractual. Las instalaciones y el

material estaban en perfecto estado; el peligro que pueda suponer un palo de mini golf es irrelevante cuando se entrega a unas personas para la práctica del entretenimiento; la edad de 14 años es apta para que se les efectúe la entrega, y pueden utilizarlos en la actividad recreativa sin la presencia o asistencia de personas mayores de edad; no tiene sentido considerar previsible que se pueda utilizar el palo, con ocasión de la realización de dicha actividad, para realizar un golpe de «swing»; la práctica del mini golf, y esto es de general conocimiento –hecho notorio–, no requiere especial información, y, en cualquier caso, es ajena a la causalidad jurídica del evento; y, finalmente, la posibilidad de un mal uso o uso indebido o inapropiado de un palo de mini golf, como de tantos otros objetos en las actividades humanas, no justifica, en las circunstancias del caso, de personas, tiempo y lugar, la exigencia de vigilancia por parte de los responsables del restaurante, cuya omisión pueda generar una causalidad jurídica, o incluso una negligencia determinante de responsabilidad extracontractual.

PATRIA POTESTAD

La circunstancia de que la madre hubiese solicitado el auxilio de las instituciones públicas ante su impotencia para controlar a su hijo menor, no le exonera de responsabilidad por los actos cometidos por el hijo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2006

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Miguel, como representante legal de su hijo José Francisco, interpuso demanda de menor cuantía contra don Juan Enrique y doña Valentina solicitando que «se dicte sentencia por la que se les condene solidariamente al pago a mi mandante de la cantidad de 10.003.981 pesetas en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados. Todo ello, más los intereses legales y el abono de las costas procesales».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de don Juan Enrique se contestó la misma, suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dicte Sentencia estimando las excepciones propuestas por esta parte, y subsidiariamente, dicte Sentencia desestimatoria sobre el fondo del asunto, con expresa condena en costas al demandante, por su temeridad y mala fe».
- ⊙ Asimismo, por la representación procesal de doña Valentina se contestó a la demanda, suplicando al Juzgado, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dictar sentencia estimando las excepciones alegadas por esta parte, y para el caso de no estimar dichas

excepciones, subsidiariamente dictar sentencia desestimando por completo la demanda en cuanto al fondo del asunto, con expresa imposición al mandante de todas las costas causadas».

- ⊙ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de los de Moncada dictó Sentencia el 8 de enero de 1998 estimando parcialmente la demanda y condenando a los demandados a abonar solidariamente al actor la cantidad de siete millones de pesetas, más intereses legales y costas del proceso.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 7.^a de la AP de Valencia dictó Sentencia el 23 de febrero de 1999 estimando el recurso interpuesto con los demandados y desestimando la demanda. Considera el Tribunal de instancia que, a la vista de los hechos probados que se consignan en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, la madre del menor que cometió la agresión sexual impetró repetidamente, con el conocimiento y consentimiento del padre, el auxilio de las instituciones ante su impotencia para controlar a su conflictivo hijo, sin que por éstas se hubiera adoptado las medidas necesarias para hacer frente a la patente peligrosidad social del menor derivada de su notorio trastorno de conducta. Concluye la Audiencia que «el fallo no debe buscarse en los progenitores, que dentro de sus limitados medios buscaron la ayuda imprescindible, sino en las instituciones comunitarias y municipales que con evidente desidia y error no proveyeron el auxilio que les fue solicitado. Sin que ninguna responsabilidad sea imputable a los demandados que, por aplicación del último párrafo del artículo 1903 del CC, deben ser absueltos».
- ⊙ Don Miguel interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia del juzgado a excepción del pronunciamiento sobre las costas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Denuncia el recurrente la infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, que pone en relación con el artículo 20 del Código Penal.

Este motivo es estimado por el Tribunal Supremo.

El examen de este motivo debe hacerse a partir de la declaración de hechos probados contenida en la sentencia firme dictada por el Juzgado de Menores número Uno de Valencia con fecha 2 de octubre de 1995, y que se recoge en la sentencia recurrida, en donde se deja constancia de la agresión sexual de la que fue objeto el hijo del actor ahora recurrente por parte del hijo de los demandados en una fecha no precisada, pero que se sitúa bien en el mes de abril, bien en el mes de agosto de 1994, decantándose la Audiencia por fechar la producción del hecho ilícito en este último mes tras valorar la prueba de autos, de la que resultan además las restantes circunstancias que se detallan en el fundamento de derecho primero de la resolución impugnada.

Se trata, por tanto, de determinar si a la vista de ese componente fáctico, que ha de permanecer inalterado en esta sede, debe declararse la responsabilidad civil de los padres del autor del ilícito penal, o si, por el contrario, las circunstancias de

las que se deja constancia en la sentencia recurrida sirven para exonerar a éstos de dicha responsabilidad al ser reveladoras del empleo por su parte de toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, en los términos previstos en el último párrafo del artículo 1903 del Código Civil, conforme a cuyo primer párrafo establece la responsabilidad civil de los padres por el hecho delictivo cometido por el hijo sobre la base del valor vinculante de los «hechos probados» que el Juez de Menores declaró, tal y como se puntualiza en la Sentencia de esta Sala de fecha 11 de abril de 2000, con cita de las anteriores de 29 de diciembre de 1962 y 8 de febrero de 1983.

Junto con ese componente fáctico debe tenerse presente la constante doctrina de esta Sala conforme a la cual la responsabilidad declarada en el artículo 1903 del Código Civil es directa y cuasi objetiva: aunque el precepto que la declara sigue a un artículo que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad, y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificada por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad, con presunción de culpa, por tanto, en quien la ostenta, y con la inserción

de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido ampararse en que la conducta del menor, debido a su escasa edad y falta de madurez, no puede calificarse de culposa, pues la responsabilidad dimana —como precisa la reciente Sentencia de 8 de marzo de 2006, que cita a su vez otras anteriores— de la culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia.

Bajo estos parámetros, no puede compartirse la exoneración de la responsabilidad de los demandados que declara la Audiencia Provincial, ni, por tanto, la aplicación al caso del precepto contenido en el último párrafo del artículo 1903 del Código Civil; y antes de ello, no se comparte por esta Sala la significación jurídica que el Tribunal de instancia atribuye a los hechos, tras su valoración, y que le conduce a la aplicación del señalado precepto y a eximir de responsabilidad a los padres del autor del acto ilícito.

Resulta indiscutible que la madre del menor causante del daño, que conocía —como también el padre de éste— los trastornos de conducta de larga duración que sufría su hijo, recabó el auxilio de las instituciones públicas para su tratamiento, que llevaron a cabo un seguimiento psicológico del mismo y elaboraron, a requerimiento de aquélla, un informe para solicitar el ingreso de éste en una residencia; pero no puede agotarse ahí el deber de diligencia exigible a un buen padre de familia para evitar el daño causado, que en sí mismo evidencia una insuficiencia de las medidas adoptadas por los progenitores, en cuya mano estaba promover de las instituciones una pronta solución ante lo que se revelaba claramente como un caso de personalidad

inadaptada y socialmente peligrosa —como desgraciadamente se demostró—, si es que se sentían incapaces de controlar la conducta de su hijo; y no puede decirse que los hechos consignados en la sentencia recurrida avalen la afirmación de que excitaron prontamente y con la debida insistencia la actuación de los organismos públicos, pues desde que el menor acude al Centro de Salud Mental del Servicio Valenciano de Salud en abril de 1993 hasta que en el mes de julio de 1994 su madre recaba el informe para solicitar su internamiento, solicitud que tiene lugar de forma efectiva cuando se dirigen a la asistente social en el mes de octubre de ese año —ya consumados los hechos—, no consta la adopción de otras medidas que la de haberse acordado llevar a cabo un seguimiento por una psicóloga del centro escolar donde cursaba los estudios, no obstante estar plagado ese período de tiempo de múltiples incidencias escolares por causa de la pasividad, desidia, desobediencia y agresividad del menor, que condujeron a la apertura de dos expedientes disciplinarios en el colegio —meses de octubre y noviembre de 1993— y a su expulsión del centro escolar, la última vez el 11 de marzo de 1994.

La lógica valoración jurídica de los hechos conduce, pues, a considerar que no se adoptaron las medidas exigidas por el deber de vigilancia propio de la diligencia de un buen padre de familia, y esta conclusión, que cierra el paso a la exoneración de la responsabilidad que atribuye el artículo 1903.1 del Código Civil a los padres por los actos ilícitos de los hijos, determina la estimación del motivo, como ya se ha dicho, con todas sus consecuencias, al haberse aplicado al caso indebidamente el precepto del último apartado del señalado artículo.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No puede incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a favor de la esposa por el trabajo realizado en la farmacia ganancial dado que, vigente la sociedad de gananciales, las remuneraciones del trabajo de los cónyuges tienen carácter ganancial.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2006

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Francisca interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Pedro Antonio solicitando que se dictase sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: a) Declare que el negocio de farmacia de naturaleza ganancial perteneciente a demandante y deman-

dado, con todos sus enseres, instalaciones, utillaje y existencias, debe ser valorado, a efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales, en la suma de 58.300.000 pesetas, tal y como figura en el núm. 2 del activo del cuaderno particional de doña Francisca. b) Declare que, a los mismos efectos de liquidación de la sociedad de gananciales, debe ser incluido y computado, tal y como figura en el núm. 6 del pasivo del cuaderno particional de doña Francisca, el crédito a favor de la esposa derivado de la atención, gestión y administración personal de la oficina de farmacia ganancial, por el importe allí señalado de 4.890.626 pesetas, con salvaguarda del derecho de reclamar posteriormente a su cónyuge el 50% de los importes devengados por los mismos conceptos, y siguiendo idénticos criterios de cálculo, desde la fecha de elaboración de su cuaderno particional y hasta la efectiva adjudicación de concretos bienes y deudas. c) Ordene al contador dirimente que, una vez firme la sentencia, proceda a modificar el cuaderno particional elaborado, atemperándolo a las anteriores declaraciones, y con las obligadas correcciones en los cómputos globales de activo, pasivo, haber partible, importe de las adjudicaciones y compensaciones en metálico resultantes. d) Subsidiariamente, para el supuesto de no entender oportuno el anterior pronunciamiento, acuerde que el propio Juzgado lleve a cabo en sentencia o en ejecución de la misma la corrección del cuaderno particional, en los mismos términos señalados bajo la letra c).

⦿ Don Pedro Antonio contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se acuerde: 1.º Tener por cierto el valor de la farmacia en la cantidad de 118.699.890 pesetas, conforme a la valoración que presentamos, modificando la dirimencia en tal sentido. 2.º Declarar no haber lugar a la fijación del sueldo ni salario alguno a la titular demandante, ya que todo ello se compensa con las ganancias del negocio o con carácter substitutivo a lo anterior, que si han de incluirse tales sueldos o salarios, se incluyan de igual forma los beneficios del negocio, los cuales serían determinados en trámite de ejecución de sentencia.

⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Mieres dictó Sentencia el 19 de octubre de 1998 estimando parcialmente la demanda declarando que, a los efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales, el negocio a farmacia, de naturaleza ganancial tiene un valor total de 79.039.779 pesetas. Asimismo debo declarar y declaro que debe ser incluido y computado, el crédito a favor de la esposa, derivado de la atención, gestión y administración personal de la oficina de farmacia ganancial por importe de 4.890.626 pesetas. Que el contador dirimente, una vez firme la presente sentencia, procederá a modificar el cuaderno particional elaborado ajustándolo a estos pronunciamientos. Asimismo, estimando sólo en parte la demanda reconventional presentada por don Pedro Antonio, se declara que debe ser incluido y computado en el activo el importe de los beneficios del negocio a farmacia, en los términos establecidos en el fundamento jurídico cuarto de la presente resolución. Que el contador dirimente, una vez firme la presente sentencia, procederá a modificar el cuaderno particional elaborado ajustándolo a estos pronunciamientos. No procede verificar un especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Asturias dictó Sentencia el 22 de noviembre de 1999 estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por doña Francisca y por don Pedro Antonio y revocando el pronunciamiento relativo al crédito de la esposa desestimándose la demanda en este punto, así como se revoca todo pronunciamiento referente a la reconvenición, confirmando la sentencia en todo lo demás.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso se refiere a la desestimación que la sentencia recurrida hace del pedimento del suplico de la demanda que dice literalmente: «b) Declare que, a los mismos efectos de liquidación de la sociedad de gananciales, debe ser incluido y computado, tal y como figura en el número 6 del pasivo del cuaderno particional de doña Francisca, el crédito a favor de la esposa derivado de la atención, gestión y administración personal de la oficina de farmacia ganancial, por el importe allí señalado de cuatro millones ochocientos noventa mil seiscientos veintiséis (4.890.626) pesetas, con salvaguarda del derecho de reclamar posteriormente a su cónyuge el 50% de los importes devengados por los mismos conceptos, y siguiendo idénticos criterios de cálculo, desde la fecha de elaboración de su cuaderno particional y hasta la efectiva adjudicación de concretos bienes y deudas.»

Dicha petición fue desestimada por la Audiencia Provincial porque –literalmente– «la remuneración que pretende incluir por su trabajo como privativa, tiene carácter ganancial conforme a lo dispuesto en el artículo 1347.1.º del Código Civil, pasando a formar parte del patrimonio ganancial existente en el

momento de la disolución en la parte no aplicada al levantamiento de las cargas familiares, no cabiendo dentro del margen del procedimiento en que nos encontramos, delimitado por la parte actora, hacer la reserva de derechos que pretende la misma».

El motivo se rechaza porque en el suplico de la demanda se pide su crédito por su trabajo e industria «a los mismos efectos de liquidación de la sociedad de gananciales», es decir, antes de ésta, por tanto no disuelta la comunidad, sino vigente la misma y aquel trabajo se integra en ella, como ganancial. Entre la disolución por la sentencia de separación (no por medidas provisionales) y la liquidación puede transcurrir un lapso de tiempo, en el que se forma una comunidad posganancial, comunidad romana o pro indiviso, a lo cual no se refiere el pedimento del suplico de la demanda y no cabría otorgar derechos si no se acreditan asimismo las cargas y se incluyen los beneficios. Por último, la petición de futuro –que denomina «salvaguarda del derecho de reclamar posteriormente a su cónyuge...»– no tiene cabida en un proceso de modificación del cuaderno particional de una liquidación de comunidad de gananciales.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Desestimación de la demanda interpuesta por la esposa que perseguía la nulidad de la compraventa concertada por el esposo respecto a un bien ganancial al poderse deducir el consentimiento tácito de aquélla.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ En escritura pública otorgada en Burgos el 6 de mayo de 1980, don Gabino, en estado de casado con doña Elisa, y don Enrique compraron la casa ubicada en Burgos, adquiriéndola por mitades indivisas, teniendo la mitad de don Gabino el carácter de bien ganancial.
- ⊙ Por contrato privado fechado el 28 de enero de 1985, don Enrique y don Gabino vendieron a don José Pedro y a su esposa doña María Cristina el piso sito en Burgos.
- ⊙ Tras el fallecimiento de don Enrique, ocurrido el 13 de diciembre de 1993, en estado de soltero, le sucedieron en la titularidad de sus bienes y derechos sus padres, los también demandados don Mariano y doña Carina, quienes en escritura pública otorgada el 9 de junio de 1994 aceptaron y partieron la herencia de su difunto hijo, incluyéndose en el inventario de bienes la mitad indivisa de la casa sita en Burgos.

- ⊙ El día 6 de febrero de 1995, don Mariano, doña Carina, don Gabino y doña Elisa otorgaron escritura pública por la que disolvieron el condominio existente sobre la casa sita en Burgos, adjudicándose el pleno dominio de la citada casa a don Gabino y doña Elisa quienes lo adquirirían para su sociedad de gananciales, a cambio del pago de 4.000.000 de pesetas. En la misma fecha don Gabino y doña Elisa otorgaron otra escritura pública, referida al edificio que, tras la demolición del antiguo, habían construido en el solar, junto con don Enrique, en el año 1984.
- ⊙ Doña Elisa interpuso demanda de menor cuantía contra don José Pedro, su esposa doña María Cristina, don Gabino, don Mariano y su esposa doña Carina solicitando que: 1.º Se declare la nulidad radical del contrato privado de compraventa estipulado el día 28 de enero de 1985 al parecer por los codemandados don José Pedro, doña María Cristina, don Gabino y don Mariano, adjuntado como documento núm. 1 de esta demanda. 2.º Se declare el dominio a favor de la actora y de su esposo don Gabino de la vivienda sita en Burgos, condenando a los demandados don José Pedro y su esposa doña María Cristina a entregar el citado inmueble a mi mandante. 3.º Se condene a los demandados don José Pedro y su esposa doña María Cristina a indemnizar a mi representada por los frutos percibidos y los que hubiera dejado de percibir desde la ocupación fraudulenta y de mala fe de la vivienda sita en Burgos, indemnización conforme resulte del procedimiento probatorio o en su caso en ejecución de sentencia.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, los demandados don José Pedro y doña María Cristina, contestaron alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimaron oportunos y terminaron suplicando al Juzgado: «... dicte sentencia, por la que desestime la demanda declarando la validez del contrato de compraventa de fecha 28 de enero de 1985 celebrados entre don José Pedro, doña María Cristina, don Mariano y don Gabino, y se aprecie la existencia del consentimiento de la actora con expresa condena en costas a la misma».
- ⊙ Por providencia del Juzgado de fecha 18 de diciembre de 1997 se les declara en situación de rebeldía al haber transcurrido el plazo prevenido a los Codemandados don Mariano y doña Carina.
- ⊙ El demandado don Gabino se allanó a la demanda presentada por su esposa doña Elisa.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Burgos dictó Sentencia el 7 de septiembre de 1998 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Burgos dictó Sentencia el 15 de septiembre de 1999 estimando parcialmente el recurso interpuesto por doña Elisa y declarando la nulidad del contrato privado de compraventa celebrado el día 28 de enero de 1985 entre don Mariano y don Gabino, de una parte, y don José Pedro y doña María Cristina, de otra, y que tenía por objeto el piso de Burgos, declarar el derecho de dominio de doña Elisa y don Gabino sobre el citado inmueble, y condenar a los demandados don José Pedro y doña María Cristina a que entreguen a la demandante la citada vivienda, absolviendo a los citados demandados del resto de las pretensiones en su contra deducidas, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias.
- ⊙ Don José Pedro y doña María Cristina interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se ejercita por la demandante doña Elisa acción de nulidad referida a la venta del inmueble realizada por su hermano don Enrique y por su esposo don Gabino a favor de don José Pedro y doña María Cristina, acción a la que acumula otra reivindicatoria dirigida contra estos dos últimos, y también contra los mismos acción de indemnización de daños y perjuicios.

El núcleo de la cuestión litigiosa sometida a consideración en el procedimiento se reduce a la determinación de si la escritura de compraventa, cuya nulidad interesa la demandante, otorgada por el esposo y hermano de ésta, y teniendo carácter ganancial la mitad no correspondiente al hermano, ha sido o no conocida y consentida por la actora, ya de forma expresa, ya de forma tácita.

En efecto, el artículo 1377 del Código Civil dispone que para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges.

Es doctrina reiterada de la Sala que la falta de consentimiento *uxoris* ha de encuadrarse dentro de la anulabilidad o nulidad relativa y no dentro de la absoluta nulidad de pleno derecho y que mientras ésta puede hacerse valer por vía de acción o de excepción, aquélla sólo se puede hacer valer accionando –Sentencia de 6 de octubre de 1988, que cita la de 25 de mayo de 1987–; en la propia de 6 de octubre de 1988 se dice que: «... aún con la distinción expresa, tácita y presunta, la determinación de si existe o no consentimiento de la mujer en alguna de tales maneras es cuestión de hecho que incumbe investigar a la Sala de Instancia. –Sentencias de 5 de mayo de 1986 y 31 de diciembre de 1987 –, que el consentimiento de la mujer para la venta puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio, y también inferido de las circunstancias concurrentes –Sentencias de 8 de noviembre y 5 de diciembre de 1983–, valiendo incluso su pasividad, la no oposición de la mujer a la venta, conociendo la misma, la ausencia de perjuicio o fraude –Sentencia de 6 de diciembre de 1983– e incluso el silencio puede ser revelador del consentimiento –Sentencia de 16 de abril de 1985 –...», por todo lo cual cabe afirmar que el necesario consentimiento de la esposa se deduce de su pasividad, de la no oposición a los actos dispositivo constándole los mismos, de la ausencia de perjuicio y fraude en el actuar de su cónyuge e inexistencia de su actuación previa al recurso de indicio alguno que permita afirmar su disenso (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1990). Similar orientación marcan las Sentencias de 15 de julio de 2003, 29 de enero de 2003, 13 de julio

de 1995, 30 de junio de 1995, 24 de mayo de 1995, 20 de junio de 1991 y 11 de octubre de 1990.

De estas consideraciones resulta necesario afrontar en primer lugar el motivo quinto del recurso, para determinar la existencia o no del consentimiento expreso, tácito o presunto de la demandante a la enajenación que impugna; pues de tener necesidad de estimar tal motivo, los demás resultan irrelevantes a los efectos de la consecvente necesidad de estimar el fondo de la demanda.

En el motivo del recurso, por infracción del artículo 1253 del Código Civil, que establece que para que las presunciones no establecidas por la Ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Los recurrentes, en definitiva, discrepan de la valoración de prueba hecha por la sentencia recurrida; y el estudio de esta discrepancia no puede ser descartado en virtud de la soberanía de la Sala de instancia en tal función, habida cuenta de que denuncian un error de derecho en tal apreciación, con cita de precepto de carácter probatorio, en la medida que denuncian un error no tanto en la apreciación de los hechos ocurridos sino en la deducción lógica que obtiene de los mismos la sentencia impugnada.

Revelador de la importancia práctica de las presunciones en el juicio de hecho de la sentencia resulta que la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que las reglas de la sana crítica mediante las que deben valorarse los diversos medios de prueba no tienen acceso a la casación, haya admitido en cambio, la revisión en casación de las reglas del criterio humano recogidas en el artículo 1253 del Código Civil.

Pues bien, la inferencia obtenida por la sentencia recurrida para afirmar el desconocimiento y falta de consentimiento de la demandante a la compraventa impugnada no resulta lógica desde propias afirmaciones de la sentencia como son las referidas a que la demandante sabía que los demandados habitaban el piso tercero del edificio de su propiedad y que no les exigiese el pago de rentas hasta el año 1995. Y como destaca la sentencia dictada en primera instancia es lo cierto que la prueba pericial caligráfica realizada en diligencias previas 344/96 del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Burgos, que se siguieron sobre falsedad de firma revelan como la plasmada en el contrato a nombre del esposo, que la negaba, tiene indicios de identidad con la indubitada de comprobación; y en 6 de febrero de 1995 la demandante con su esposo otor-

garon escritura pública de obra nueva, referida al edificio que tras la demolición del antiguo, habían construido en el solar, junto con don Enrique, en el año 1984, viviendo los demandados en el piso de referencia.

Estas circunstancias fácticas acreditadas determinan que la inferencia lógica no puede ser otra

que el conocimiento y asentimiento tácito de la demandante a la enajenación de 1985, si se tiene en cuenta, a mayor abundamiento, el tiempo transcurrido entre el otorgamiento del contrato privado de compraventa y el acto de conciliación intentado para lanzamiento de los demandados en 1995, después del fallecimiento del hermano de la deman-

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Liquidada la sociedad de gananciales y adjudicados una serie de bienes en pro indiviso a ambos cónyuges, no existe ningún obstáculo para que se inste la división de la cosa común exclusivamente respecto a uno de ellos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Ramón interpuso contra doña Nieves demanda de menor cuantía solicitando que se dictase sentencia por la que «a) Se declarase extinguida la comunidad existente entre el actor y la demandada respecto de la finca que se describía en el hecho primero de la demanda, acordándose la división en dos partes iguales y entregándose una al actor y otra a la demandada, debiéndose efectuar tal división en ejecución de sentencia. b) Subsidiariamente, si se declarase indivisible o que así debe considerarse debido a que la división haría la finca inservible para su uso, se declarase que la finca debería venderse en pública subasta con admisión de licitadores extraños, lo que se haría en ejecución de sentencia, y del precio que se obtenga se repartirá por partes iguales entre las partes del presente procedimiento. c) Se condenase a la parte demandada al pago de las costas que el presente procedimiento originó».
- ⦿ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, no compareció dentro del término que le fue conferido, por lo que fue declarada en rebeldía, si bien posteriormente se personó, proponiendo prueba.
- ⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Granada dictó Sentencia el 4 de diciembre de 1998 estimando la demanda y declarando extinguida la comunidad existente entre don Ramón y doña Leticia, respecto del piso descrito en el hecho primero de la demanda, procediéndose a su división en las dos partes que se delimitan en el dictamen pericial incorporado a las actuaciones, entregándose, en ejecución de sentencia, a falta de acuerdo entre los litigantes, por sorteo, a las partes las porciones resultantes que a cada uno corresponda, requiriendo en todo caso para ello la aprobación de la Junta de Propietarios del Edificio, exigida por la LPH de 1960, procediéndose, subsidiariamente, en caso de no obtenerse, a la venta en pública subasta del piso, con admisión de licitadores extraños, repar-

tiendo por igual entre las partes el precio obtenido, y todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la AP de Granada dictó Sentencia el 25 de octubre de 1999 desestimando el recurso interpuesto por doña Leticia.
- ⊙ Doña Leticia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La finca urbana, cuya división se solicita, es un bien ganancial incluido en la sociedad de gananciales que tenían constituida actor y demandada. Como consecuencia de separación matrimonial judicial, dicha sociedad se extinguió, y en el convenio de liquidación pactado entre aquéllos se describieron los bienes que la componían de forma individualizada, y se realizaron adjudicaciones concretas a las partes de la titularidad de algunos, y en pro indiviso de otros, entre estos últimos el litigioso.

El recurso de doña Leticia, con cita de los artículos 400, 402, y 404 del Código Civil, y los artículos 1216, 1218, 1225 y 1226 del mismo Cuerpo legal y los artículos 512, 596, 597 y 602 LEC, así como de la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala que cita, se fundamenta en que no se ha tenido en cuenta por los juzgadores de instancia los documentos traídos al proceso por la recurrente, destacando el documento público de transacción judicial sobre la liquidación de la extinguida liquidación de la sociedad de gananciales. En dicho documento consta inequívocamente la existencia de otros bienes en proindivisión entre las partes, distinto del que es objeto de este procedimiento. También consta documento privado, manuscrito por el actor, en el que se hace una propuesta de división que abarca a los otros bienes en situación de proindivisión. Por tanto, deduce la recurrente, al existir una comunidad más amplia, es necesario que su liquidación sea completa, apoyándose en la sentencia de esta Sala de 12 de julio de 1996.

El motivo se desestima porque pretende que este Tribunal, como si fuera una tercera instancia, valore de nuevo la prueba documental. Además el hecho de que existiesen más bienes en proindivisión no puede ser causa de que se desestime la demanda ejercitando la acción de división respecto de uno de ellos. Al liquidarse entre actora y demandado la

sociedad de gananciales, aprobada judicialmente en ejecución de sentencia de separación matrimonial, se atribuyeron ambas mitades indivisas de ciertos y determinados bienes, formándose así distintas comunidades sobre los mismos, que no constituían una sola masa patrimonial.

La referencia a la sentencia de 1996 no es precisamente afortunada. El supuesto de hecho de la misma era el de una sociedad civil irregular, y el actor pretendía que se dividiera una finca perteneciente al patrimonio social, lo cual se rechazó porque no se pidió la liquidación de una sociedad, que exige otras actividades (pago de deudas sociales, atribución del remanente en proporción a las partes en la sociedad). La citada sentencia razonaba también que, aunque no se considerase sociedad civil irregular la existente entre actor y demandados, era una comunidad que abarcaba un conjunto de bienes, cuya disolución debía de seguir las reglas de la división de herencia (artículo 406), pero no cabía disolverla en cuanto a uno solo de los bienes que componían aquella comunidad. Nada tiene que ver aquel supuesto con el de este litigio, en que los bienes en proindivisión son específicos y determinados, no forman parte del activo de ninguna sociedad civil que exista entre los litigantes, ni tampoco de ninguna comunidad única compuesta de objetos plurales.

Aunque en mera hipótesis se prescindiese de los anteriores razonamientos, el motivo también habría de desestimarse por su errónea formulación casacional, al citar como infringidas un conjunto de normas heterogéneas, lo que introduce oscuridad en el razonamiento con peligro para el fallo del recurso. De ahí que sea doctrina constante de la Sala prohibir tales formulaciones casacionales (Sentencias de 24 de enero de 2001 y las que en ella se citan, entre otras muchas).

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Desestimación de la tercería de dominio interpuesta por la ex esposa frente al embargo de la mitad de un bien perteneciente a la comunidad posganancial y que posteriormente se adjudicó a aquélla, por deudas contraídas por el ex esposo después de disolverse la sociedad de gananciales.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 2006

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de los de Zamora dictó sentencia en los autos de separación de mutuo acuerdo el 1 de mayo de 1992 respecto al matrimonio formado por David y María Inmaculada, en cuyo convenio regulador otorga el uso de la vivienda que fue hogar familiar, a la madre y al hijo, en consideración a este último en tanto no se independice.
- ⦿ En autos de divorcio el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de los de Zamora se dictó Sentencia el día 15 de enero de 1998, por la que se disolvía por divorcio el matrimonio de los referidos cónyuges.
- ⦿ Posteriormente, derivado de dos operaciones crediticias, se siguió el juicio ejecutivo núm. 72/98 del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de los de Zamora en donde fue embargada la finca más arriba detallada causando anotación de embargo letra «A» a favor del «Banco de Castilla, SA».
- ⦿ La sociedad de gananciales fue liquidada de acuerdo con lo que consta en el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. Tres de los de Zamora de fecha 22 de julio de 1998, siendo adjudicada a María Inmaculada la vivienda lo que «origina un exceso de adjudicación de 4.678.720 pesetas, que tendrá que compensar a David de la siguiente manera: -3.665.026 pesetas haciéndose cargo de la obligación de pago de la hipoteca que pesa sobre la vivienda; - 1.013.694 pesetas con las cantidades abonadas por María Inmaculada como consecuencia del impago de la hipoteca que grava la vivienda a Caja Duero (436.350 pesetas) y con cargo a un crédito personal que David solicitó al Banco de Castilla 577.344 pesetas». De todo lo anterior concluye la demanda que de seguir adelante la ejecución se estaría pagando con un bien que le ha sido adjudicado en las operaciones particionales de la separación a la demandante.
- ⦿ Doña María Inmaculada y don Rafael interpusieron demanda de tercería de dominio frente al Banco de Castilla, SA y a don David solicitando que se dictase sentencia alzando el embargo sobre la finca, dejándola a disposición de mis poderdantes ordenando la cancelación de la anotación de embargo que figura sobre ella en el Registro de la Propiedad y condenando a las costas a los demandados.
- ⦿ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de Banco de Castilla, SA se contestó a la misma, suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación que: «dicte en su día sentencia por la que: 1.º Acoja tanto la excepción de falta de acción esgrimida respecto a la acción ejercitada por don Rafael como nulidad del negocio de liquidación efectuado entre el codemandado y la actora tercerista. 2.º Desestime la demanda en cuanto a la pretensión en ella ejercitada de que sea alzado el embargo trabado por el Banco de Castilla, SA sobre la totalidad de la finca registral NÚMooo, acordando en su lugar el alzamiento del embargo sobre la mitad indivisa de dicha finca, ordenando la continuación de la vía de apremio instada en el ejecutivo

72/98 sobre la otra mitad indivisa de dicha finca, todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en la instancia».

- ⊙ La representación procesal de don David presentó escrito en el Juzgado el día 28 de diciembre de 1998 en el que se allanaba a la demanda, solicitando la no imposición de costas.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Zamora dictó Sentencia el 28 de mayo de 1999 estimando la demanda y alzando el embargo.
- ⊙ En grado de apelación, la AP de Zamora dictó Sentencia el 4 de diciembre de 1999 estimando el recurso interpuesto por el Banco de Castilla y revocando la sentencia del juzgado, se desestimó la demanda formulada por los terceristas debiendo alzarse el embargo sobre la totalidad del inmueble embargado, ya descrito en los hechos de la demanda, procediendo únicamente sobre la mitad del mismo.
- ⊙ Doña María Inmaculada interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Banco demandado, «Banco de Castilla, SA», se opuso a la demanda señalando que a pesar de la disolución de la sociedad de gananciales, la vivienda no habría perdido su carácter ganancial hasta que se produzca la liquidación. Señaló que el embargo trabado sobre la finca tuvo su origen en el incumplimiento de las obligaciones de pago contraídas por sendas operaciones de préstamo y de crédito otorgadas los días 1 de diciembre de 1994 y 6 de marzo de 1997, que originaron el juicio ejecutivo de referencia en cuyo otrosí se interesaba del Juzgado no sólo que la demanda se dirigiera contra el cónyuge del deudor sino también que se le notifique el embargo trabado. Termina señalando que en el momento en que se produce el embargo todavía no se ha liquidado la sociedad de gananciales, no obstante accede al levantamiento interesado, pero solamente en cuanto a una mitad indivisa de la finca. El otro demandado, David, ejecutado en el juicio ejecutivo, se allanó a la demanda.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda al considerar que habiéndose disuelto la sociedad de gananciales en la fecha de la sentencia firme de separación el 4 de mayo de 1992, con carácter previo al préstamo y crédito origen el juicio ejecutivo la deuda origen era privativa habiendo cesado la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria y sin ser de aplicación el artículo 1373 del Código Civil, entendiendo que la suerte del embargo viene unida a la adjudicación que se haga de los bienes concretos, por existir un derecho sobre una cuota indeterminada físicamente

y al haberse adjudicado a la actora en su totalidad es procedente la estimación de la demanda de tercería.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada Banco de Castilla, SA, entendiendo la traba debía limitarse a la mitad del único bien inmueble comprendido en el patrimonio ganancial, dado que ambos cónyuges ostentaban en la fecha en que se practicó el embargo una cuota abstracta sobre la comunidad posganancial que pervive en el período intermedio entre la disolución de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación.

En el primer motivo del recurso se denuncia la infracción del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable, sin hacer mayor concreción aunque en el desarrollo cita los artículos 3.1 del Código Civil y 24 de la Constitución, y contiene sus argumentos impugnatorios. El primero de ellos sostiene que la Audiencia no ha interpretado la doctrina del Tribunal Supremo sobre la comunidad posganancial de acuerdo con la finalidad de la norma y de las características individuales del caso, ya que no tiene en consideración que el marido había asumido la deuda como propia, habiéndose reconocido así en el convenio regulador de la separación y en la liquidación de la sociedad, produciéndose una situación injusta. En el segundo argumento impugnatorio se alega que, al estar inscrita en el Registro Civil la separación y por tanto la extinción, el banco debió actuar de acuerdo a dicha situación y si quería embargar la totalidad de la finca debió demandar también a la esposa.

Este motivo debe ser desestimado.

La impugnación realizada en el primero de los argumentos reseñados relativa, a que David había asumido su deuda en el convenio regulador, no puede tener acogida puesto que lo consignado en aquel convenio nada tiene que ver con el tema debatido en este procedimiento. Y, por lo que a la liquidación posterior respecta, se ha de recordar que la tercería tiene por fin liberar del embargo bienes indebidamente trabados, siendo de tener presente la situación existente en la fecha de la traba, sin poder tomar en consideración situaciones surgidas con posterioridad –Sentencias de 14 de diciembre de 1984, 21 de noviembre de 1987, y 4 de marzo de 1994 –. Esta Sala ha declarado reiteradamente que «durante el período intermedio entre la disolución (por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa) de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge supérstite y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fue otra) ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad post-

matrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros» –Sentencia de 17 de febrero de 1992 que recoge la doctrina la de las de 21 de noviembre de 1997 y 8 de octubre de 1990 citadas por la Sentencia de 7 de noviembre de 1997–; en dicha comunidad los cotitulares siguen manteniendo sus mismos derechos y cuotas que serán materializadas tras la división-liquidación en una parte concreta e individualizada de los bienes y derechos que se les adjudiquen.

Y, si bien la consecuencia de lo anterior es que, en el momento del embargo, el deudor en el Juicio Ejecutivo, ahora codemandado, no era titular de cada uno de los bienes que integran comunidad sino de una cuota abstracta, lo cierto es que los acreedores no tienen facultades para extender la traba sobre la totalidad del bien ni la tercerista, ahora recurrente, acción para solicitar el alzamiento total y absoluto de la traba –Sentencia de 17 de febrero de 1992–, por lo que pretendiendo el recurrente dicho alzamiento total el motivo debe ser desestimado, como ya se ha dicho, al carecer de acción para ello.

Estimación la acción de complemento de liquidación de sociedad de gananciales a efectos de incluir en el activo la devolución de una parte del pago de un impuesto que se realizó con dinero ganancial y que ha sido percibido en exclusiva por la ex esposa.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se desestima la inclusión de un premio de lotería que fue cobrado por una hija del matrimonio, ya que para que opere la presunción de ganancialidad es presupuesto inexcusable que quede probado que se trate de bienes existentes en el matrimonio.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 2006

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ El 15 de mayo de 1996 se dictó por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. Dos de los de Gijón sentencia de separación del matrimonio celebrado entre don Fermín y doña María Rosario aprobándose un Convenio Regulador en que se liquidaba la sociedad de gananciales existente entre ambos.
- ⦿ Doña María Rosario interpuso demanda de menor cuantía contra don Fermín solicitando que se dicte sentencia por la que se declare ganancial la cantidad obtenida por don Fermín por el primer

premio del sorteo de la Lotería Nacional celebrado el 2 de marzo de 1996, y consecuentemente se condene a don Fermín a pagar a doña María Rosario la mitad del importe declarado ganancial percibido en su día por el demandado en concepto del premio antes citado, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

- ⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de don Fermín contestó a la demanda, oponiéndose a la misma, al sustentar que la liquidación fue efectuada correctamente siendo incierto que le tocara la Lotería. Del mismo modo formuló reconvencción en la que se narra cómo constante matrimonio se originó una deuda tributaria —que fue pagada con dinero ganancial—, si bien tras el correspondiente recurso contencioso se obtuvo una reducción parcial de la misma siendo devuelta por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en los últimos meses del año 1996 la cantidad de 518.502 pesetas a la demandante, que la parte reconviniente considera ganancial, correspondiéndole el 50%.
- ⊙ La parte actora contestó a la reconvencción solicitando la desestimación de las pretensiones interesadas de contrario en el escrito reconvenccional, o en su caso, se efectúen las compensaciones oportunas con relación a lo debido a la actora, con expresa imposición de costas a la parte contraria.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Gijón dictó Sentencia el 21 de mayo de 1998 estimando íntegramente tanto la demanda principal como la reconvenccional.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Asturias dictó Sentencia el 27 de octubre de 1999 estimando el recurso interpuesto por don Fermín y desestimando la adhesión planteada por doña María Rosario, y en consecuencia desestimó la demanda principal y ratificó el pronunciamiento de la demanda reconvenccional.
- ⊙ Doña María Rosario interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto principal del recurso se centra en determinar si el precio de lotería, que fue cobrado por una hija, tiene o no carácter ganancial. El Juzgado de 1.ª Instancia tras la valoración de la prueba aportada y por aplicación de la presunción establecida en el artículo 1361 del Código Civil, consideró que el premio de lotería tenía carácter ganancial. La Audiencia Provincial, por su parte entendió que no puede operar la presunción del artículo 1361 al considerar que es necesario como presupuesto inexcusable de la aplicación de la presunción que quede probado que se trate de bienes existentes en el matrimonio.

En el primer motivo del recurso se considera que se ha producido indefensión puesto que se han denegado medios de prueba pertinentes para la resolución del pleito. Del desarrollo del recurso se desprende que la tesis del mismo se basa en que con la prueba propuesta se pretendía obtener la convicción de que con las ganancias obtenidas por

el demandado en su empresa es imposible obtener movimientos dinerarios tan elevados con transferencias y demás a su cuenta en tan poco tiempo.

Este motivo debe ser desestimado. Y así es ya que en definitiva, el contenido del recurso es relativo al problema de la denegación del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de las partes en el proceso, lo cual debe ser observado, según la Sentencia de esta Sala de 14 de diciembre de 2002, «tanto como un derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 de la Constitución Española, como en un aspecto de igualdad en el proceso el principio de igualdad de armas de la doctrina procesal germánica *die Waffengleichheit*»; que encuentra su base en el artículo 14 de dicha Carta Magna». Sigue diciendo la Sentencia citada que «constitucionalmente, este derecho a utilizar los medios de prueba ha de sentirse menoscabado, cuando la prueba propuesta y no practicada o rechazada

en el proceso, sea de relevancia absoluta en la decisión final, y cuando dicha relevancia haya sido alegada y fundamentada adecuadamente por el recurrente, acreditando la indefensión generada. Y además que esa indefensión real se haya producido por la denegación o no práctica de pruebas relevantes sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable. En este sentido se decanta la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional cuando dice que se produce lesión del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes que se reconoce en el artículo 24.2 de la Constitución Española, cuando la falta de práctica de la prueba propuesta, ya sea porque fue inadmitida por los órganos judiciales o porque, aun admitida, no llegó a practicarse por causas no imputables al proponente y haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (SSTC 50/1988, 59/1991, 357/1993, 131/1995, 1/1996, y sobre todo la 246/2000, de 16 de octubre). También en este sentido, se afirma en doctrina del Tribunal Constitucional, que es función de este Tribunal controlar que las decisiones judiciales no supongan la inadmisión de pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna mediante una interpretación y aplicación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 170/1998, 2 y 6/2000) y además es necesario que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una indefensión real del recurrente, pues sólo podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho del recurrente cuando, de haberse realizado la prueba inadmitida o no practicada, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta (SSTC 26/2000 y las resoluciones en ella mencionadas, así como la 243/2000, de 16 de octubre de 2000).»

Pero resulta que en el desarrollo del recurso se hace una alegación genérica a la denegación de oficios que debían ser expedidos por los funcionarios oportunos, sin concretar cuáles han sido, y en qué forma la recepción de los mismos hubiera determinado el cambio de la resolución, es decir, no se justifica la influencia absoluta en la decisión final, máxime cuando la propia Audiencia analiza y declara como no desorbitados los movimientos bancarios en relación con las cantidades que per-

cibía por su trabajo en las anualidades anteriores, a la vista, incluso, de lo solicitado por la esposa como auxilios económicos –300.000 pesetas al mes– en el pleito de separación aunque exceda de lo declarado fiscalmente.

En el segundo motivo del recurso se sostiene que se ha producido una infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto los artículos 1214, 1215, 1250, 1253, 1351, y 1361 todos del Código Civil. En definitiva, el motivo se sustenta en que la presunción aplicada por el Juzgado de Primera Instancia es totalmente válida, entendiéndose que habría quedado probado que se ha dado un hecho «el premio de la lotería»– pudiendo aplicarse la prueba de presunciones.

Este motivo debe sufrir la misma suerte desestimatoria que su antecesor. Y así es que el recurrente está obviando los razonamientos de la Audiencia cuando ésta considera que el premio de la Lotería no es un bien del matrimonio por pertenecer a una de sus hijas, y haciendo el recurrente supuesto de la cuestión parte para la aplicación de la presunción de un hecho base no declarado probado por la Audiencia. De este modo, la denuncia casacional de la infracción de las reglas sobre las presunciones no puede amparar la sustitución del *factum* utilizado por la Audiencia por otro que el recurrente presenta como alternativo y que serviría de base para la aplicación de una presunción de ganancialidad que, como señala la Audiencia, requiere como presupuesto la prueba precisa del hecho base sobre el que aplicar la presunción. Lo que se somete al control casacional es, en definitiva, la sumisión a la lógica de la operación deductiva, quedando a la instancia la opción discrecional de declarar probado o no el hecho base de la misma; en modo alguno, la prueba de presunciones invocada en casación fue utilizada por la Sala para formar su convicción sino que aplicó la prueba directa para concluir en que no quedó acreditado el hecho base del que ahora el recurrente quiere extraer la presunción de ganancialidad. En conclusión que en la sentencia recurrida no ha hecho falta acudir al medio de las presunciones ya que para constituir el *factum* se ha utilizado un medio de prueba directo.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Validez de la fianza prestada exclusivamente por el esposo –casado en régimen de gananciales– que era administrador único de la empresa, estando legitimada únicamente la esposa para pedir la anulabilidad de la fianza.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ BIRTEX-LAN, SA interpuso demanda de menor cuantía contra ARTI SHAN, SL y contra don Luis Pablo, solicitando que se dictase sentencia por la que se condene solidariamente a los demandados a pagar la cantidad de 5.000.000 pesetas y además a la entidad demandada la cantidad suplementaria de 1.695.700 pesetas más los intereses legales.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados que se personaron dentro del plazo concedido oponiéndose a la estimación de la demanda.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de A Coruña dictó Sentencia el día 31 de diciembre de 1996 estimando íntegramente la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de A Coruña dictó Sentencia el 9 de febrero de 1999 revocando la sentencia del juzgado exclusivamente en lo que respecta al pago de intereses.
- ⊙ ARTI SHAN, SA, y don Luis Pablo interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En lo que al derecho de familia afecta, la cuestión debatida en la sentencia se refiere a la eficacia de una fianza prestada por uno solo de los cónyuges cuando el matrimonio se rige por el régimen de gananciales.

En el cuarto motivo del recurso se denuncia la infracción de los artículos 1322.2 y 1378 del Código Civil, «pues la fianza ha sido otorgada únicamente por don Luis Pablo, siendo así que, a pesar de estar casado bajo el régimen legal de gananciales, su esposa no ha otorgado consentimiento expreso al afianzamiento».

Este motivo debe rechazarse por las siguientes razones:

a) Nada en el presente litigio lleva a deducir que fuera necesaria la autorización de la esposa del fiador, dado que el objeto de la fianza eran las deudas futuras de la sociedad ARTI-SHAN, de la que el recurrente era socio y administrador único.

b) En el hipotético caso que se hubiera debido aplicar el artículo 1322 del Código Civil, la única legitimada para pedir la anulación de la fianza era la esposa, dado que la citada disposición establece que los actos realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro, cuando la ley lo exija, «podrán ser anulados a instancias del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido» y resulta obvio que quien está alegando la infracción del artículo 1322 del Código Civil es el marido por un acto realizado por él mismo y no su esposa.

c) No resulta aplicable el artículo 1378 del Código Civil, alegado como infringido, porque la citada norma establece la nulidad de los actos de disposición de bienes gananciales a título gratuito. En el presente recurso ni se ha probado que se haya dispuesto de bienes gananciales, ni que la fianza se haya prestado a título gratuito. No resulta aplicable la sentencia de 17 de julio de 1997, ni las otras que cita, alegadas en refuerzo de la tesis sostenida en

el recurso, porque se refieren a un supuesto de tercería de dominio en un caso de aval prestado

por el marido funcionario, aval que no redundaba en interés de la familia.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter privativo de la vivienda adquirida por el esposo antes de contraer matrimonio y abonada en parte (préstamo hipotecario) constante la sociedad de gananciales al ser aplicable el artículo 1396.I.º en su redacción anterior a la reforma de la Ley 11/1981.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2006

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Catalina y don Lázaro contrajeron matrimonio el 21 de septiembre de 1968, dictándose sentencia de separación el 21 septiembre de 1996.

⊙ Doña Catalina interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Lázaro solicitando que se dictase sentencia declarando: 1.º Que la sociedad conyugal de gananciales correspondiente a los litigantes, que hoy está disuelta, y, en concreto, el Inventario de la misma, se encuentra integrado por los bienes y derechos enumerados en el Hecho Tercero de esta demanda, y que, en resumen, son: A) Vivienda sita en San Sebastián. B) Mobiliario, ajuar y enseres de la vivienda anteriormente referenciada. C) Dos automóviles, marca OPEL MONZA, matrícula X-....-XK y OPEL CORSA, matrícula BH-....-H. 2.º Que la repetida sociedad conyugal carece de Pasivo, y que los bienes que constituyen su Activo son los que se recogen en la petición 10 anterior. 3.º Que, fijado el correspondiente inventario, procede seguir adelante con la liquidación de la sociedad conyugal con los consiguientes: valoración de bienes partición y adjudicación, extremos todos ellos que se efectuarán en ejecución de sentencia. 4.º Que procede condenar en costas al demandado, que ha hecho necesaria la interposición del presente pleito para efectuar la liquidación de la sociedad de gananciales, y ello, por aplicación del principio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Caso Factortame, la necesidad del proceso para obtener razón, no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón, recogido por el Tribunal Supremo en Sentencias como la de 27 de febrero y 20 de marzo de 1990. Cuando, como en el caso presente, la actora tiene que incoar un proceso que podía haberse evitado, de no mediar la obstinación del demandado al no reconocer ningún bien de carácter ganancial, se hace necesario que se le resarzan de los gastos que el proceso indebido le origine, lo que supone la condena en costas que, expresamente, aquí solicitamos.

⊙ Don Lázaro contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que con desestimación de la demanda: a) Se declare que la vivienda de autos, sita en ... , con su trastero-sótano, de San Sebastián, y además una participación de 1/38 parte indivisa de la vivienda derecha del piso primero-portería del edificio, es íntegramente bien privativo del esposo-demandado, don Lázaro. b) Se aprueben las operaciones particionales que esta parte propone en el hecho tercero del presente escrito de la contestación, con el inventario y las adjudicaciones que se reseñan en el mismo, estableciendo en cada caso las valoraciones de los bienes inventariados según se acredite en el pleito y realizando las compensaciones en dinero al cónyuge correspondiente para establecer la paridad de

los lotes adjudicados. c) Se condene a la parte actora a estar y pasar por las anteriores declaraciones
 d) Se condene a la parte actora en las costas del juicio.

⊙ Dado traslado de la reconvencción implícita a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado que: por evacuado el trámite de contestación a la reconvencción formulada por el demandado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 688 LEC, con desestimación de la reconvencción y expresa imposición de costas al reconviniente.

⊙ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 4 de San Sebastián dictó Sentencia el 11 de septiembre de 1998 estimando la demanda formulada por Catalina y desestimando la demanda reconvenccional formulada por Lázaro con los siguientes pronunciamientos: 1.º Que la sociedad de gananciales correspondiente a los litigantes se encuentra disuelta. 2.º Que el inventario y la valoración de los bienes integrantes de la sociedad de gananciales es la siguiente: ACTIVO: Vivienda sita en ... con su trastero-sótano como anejo a la misma y la participación de 1/38 parte indivisa de la vivienda derecha del piso primero portería del Edificio. Valoración: 24.000.000 de pesetas. Mueble tipo Biblioteca, de madera de cerezo, con baldas y provisto de cajones en su parte inferior, con una antigüedad de unos 30 años en el salón-comedor. Valoración: 12.000 pesetas. Una mesa de comedor tipo plegable, también de la misma antigüedad en el salón-comedor. Valoración: 5.000 pesetas. Un taquillón o kutxa para cubertería, también de la misma antigüedad en el salón comedor. Valoración 6.000 pesetas. Dos juegos de cubiertos de porcelana o materia similar en el salón-comedor. Valoración: 10.000 pesetas. Una papelera o revistero de material de cobre en el salón-comedor. Valoración: 1.000 pesetas. Un aparato de televisión en el salón-comedor. Valoración: 10.000 pesetas. Mueble de cocina con sus armarios en la cocina. Valoración: 5.000 pesetas. Una lavadora en la cocina. Valoración: 5.000 pesetas. Una cocina de gas en la cocina. Valoración: 5.000 pesetas. Un taquillón o cutaza de madera antigua en el vestíbulo. Valoración 20.000 pesetas. OPEL Monza X-....-XK. Valoración: 50.000 pesetas. Su adjudicación corresponderá a Lázaro. Opel Corsa BH-....-H Valoración: 120.000 pesetas. Su adjudicación corresponderá a Catalina. Que la Sociedad ganancial carece de PASIVO. Que el importe del Activo de la sociedad ganancial asciende a 24.249.000 pesetas correspondiendo a cada uno de los cónyuges una cuota ganancial por importe de 12.124.500 pesetas. 5.º Procédase a la correspondiente adjudicación de lotes entre los cónyuges cuidando de guardar la mayor igualdad posible compensando, en su caso en metálico el exceso adjudicado a uno de los cónyuges todo lo cual se efectuará en el período de ejecución de sentencia teniendo en cuenta en todo caso lo dispuesto en el epígrafe 2.º del presente FALLO en torno a la adjudicación de los dos automóviles inventariados. 6.º Procede la imposición a la parte demandada-reconviniente de las costas causadas en la instancia.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la AP de Guipúzcoa dictó Sentencia el 13 de septiembre de 1999 estimando el recurso interpuesto por don Lázaro y revocando la sentencia del juzgado en el sentido de que la vivienda, con su trastero y la participación de 1/38 parte indivisa de la vivienda del piso primero-portería del edificio no forma parte de los bienes integrantes de la sociedad de gananciales, de los litigantes y hoy disuelta, al reconocérsele el carácter de bien privativo de don Lázaro, y reconociendo en favor de doña Catalina, un derecho de crédito sobre la mitad del importe satisfecho después de la unión, por amortización del préstamo, teniendo condición de gananciales tales abonos, desde la fecha del matrimonio, hasta la de la sentencia de separación, cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia, con las bases establecidas.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Haciendo abstracción de múltiples cuestiones que se han planteado en la litis, tan sólo ha llegado a casación la relativa a la atribución de naturaleza ganancial o bien de naturaleza privativa del esposo con derecho de reembolso a la esposa, de la vivienda conyugal. Fue adquirida por este último en escritura pública pocas semanas antes de contraer matrimonio, para cuyo pago –según declara acreditado la sentencia de instancia– se solicitó un préstamo con garantía hipotecaria que quedó pagado en 1980 con dinero ganancial; esta misma sentencia declara irrelevante cuál fuera el precio real de la vivienda.

Hay que partir de la legislación que debe ser aplicada al presente caso, ya que la Ley 11/1981, de 13 de mayo, supuso un esencial cambio en la normativa del Código Civil de la comunidad de gananciales, tanto más respecto a la vivienda conyugal cuyos artículos 1357 en su remisión al artículo 1354 establece un sistema más justo en la calificación de ganancial y privativa que el antiguo régimen. Y este último es el aplicable al presente caso, por mor de la irretroactividad de las leyes, conforme dispone el artículo 2.3 del mismo código y por el indiscutible argumento de que un bien que es ganancial por la anterior norma, no puede dejar de serlo por razón de la nueva. Así lo expresa la Sentencia de 8 de febrero de 1993 en estos términos: «Por otra parte, no sólo por la no concurrencia del supuesto de hecho previsto en la norma resulta inaplicable el artículo 1354 del Código Civil en su actual redacción, sino que también lo es en razón al tiempo en que se celebró la compraventa, el 14 de julio de 1969, puesto que el carácter de ganancial o privativo de un bien adquirido constante matrimonio ha de determinarse de acuerdo con la legislación vigente al tiempo en que ese bien se integra en el respectivo patrimonio; desde el momento de su adquisición ese bien ha de considerarse como ganancial o como privativo (criterio que, en la legislación reformada preside la atribución de uno u otro carácter a los bienes comprados en los artículos 1354 y 1356). Por todo ello, para la solución de la cuestión litigiosa ha de acudirse al texto del Código Civil anterior a la reforma llevada a efecto por la Ley de 13 de mayo de 1981». Lo que reitera la de 8 de marzo de 1996.

Partiendo de lo anterior hay que llegar a la calificación como bien ganancial o privativo de la vivienda conyugal. Ésta se adquirió por el novio, antes de contraer matrimonio (21 septiembre de 1968), don Lázaro por compraventa en escritura pública de 7 agosto 1968 por el precio de 520.000 pesetas que la sociedad inmobiliaria vendedora «confiesa tenerlo ya recibido de la parte comprado-

ra a favor de la cual, otorga en consecuencia, carta de pago total». Además, consta en la sentencia de instancia y es hecho admitido que el mismo don Lázaro obtuvo de la Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa un crédito con garantía hipotecaria por un principal de 600.000 pesetas en aquella misma fecha que fue totalmente pagado, constante el matrimonio en 7 noviembre 1980 (la separación fue en 1996), y fue otorgada carta de pago y cancelación de la hipoteca en escritura pública de 14 julio 1983.

La consecuencia jurídica de lo anterior, aplicando el artículo 1396.1.º del CC anterior a la reforma del 1981 es que aquella vivienda fue un bien de los que el cónyuge aportó al matrimonio como de su pertenencia por lo que se trata de un bien privativo, ya que no hay especialidad alguna para el que se trate de vivienda conyugal. La compraventa quedó perfeccionada como tal conforme a los artículos 1445 y 1450 CC al otorgarse escritura pública que, asimismo, produjo la adquisición de la propiedad por tradición instrumental que prevé el artículo 1462. El precio de la compraventa, superior al que consta en la escritura, se pagó en parte por medio del préstamo hipotecario mientras estuvo vigente el matrimonio y en parte, tal como aparece en la escritura de compraventa, al contado y antes del matrimonio, sin que conste que lo fuera mediante préstamo personal también pagado constante matrimonio.

La Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección Tercera de Guipúzcoa, de 13 septiembre de 1999, como se ha apuntado, declara la naturaleza de bien privativo de don Lázaro respecto a dicha vivienda y le reconoce a doña Catalina el derecho de crédito sobre la mitad del importe satisfecho del préstamo hipotecario, debidamente actualizado. Esta última ha formulado el presente recurso de casación en el que insiste en el carácter ganancial y está de acuerdo con lo expuesto hasta aquí, necesariamente condenado al fracaso.

El motivo primero denuncia la infracción del artículo 1396 CC en su antigua redacción que enumera los bienes propios o privativos de cada uno de los cónyuges y niega que se aplique a la vivienda de autos. De lo dicho hasta ahora se tiene que rechazar el motivo porque la vivienda se adquirió por don Lázaro, soltero y antes del matrimonio, por lo que la sentencia recurrida aplica correctamente el número 1.º de dicho artículo y lo que se pagó con dinero ganancial no da lugar sino al crédito que le reconoce tal sentencia. El hecho decisivo es la adquisición de la propiedad por un cónyuge antes del matrimonio, por lo que lo aporta a éste; el pago

posterior no cambia su naturaleza. Precisamente, en este sentido, la Sentencia que cita en el recurso de 31 de octubre de 1989 (las demás no tienen nada que ver con este tema) sí declara la ganancialidad, pero aplicando las normas posteriores a la reforma de 1981, no aplicable al presente caso.

El motivo segundo denuncia la inaplicación del antiguo artículo 1407 CC que, al igual que el vigente 1361, proclama la presunción de ganancialidad, presunción *ius tantom*; mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges, dicen uno y otro. Es correcta la abundante jurisprudencia que cita en el motivo, pero

toda ella y muchas sentencias más parten siempre de que cabe prueba en contrario, que es lo ocurrido en el presente caso, en que se ha acreditado que la adquisición de la propiedad por uno de los cónyuges fue anterior al matrimonio. El que parte del precio fuera pagado después no altera su naturaleza, sino que da derecho al crédito que reconoce a la recurrente la sentencia de instancia. La mención al préstamo personal del cónyuge adquirente en nada altera la naturaleza ganancial, pero además no consta que se haya probado, sino que en escritura pública hay la declaración que parte del precio fue pagado al contado.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter privativo de unas acciones adquiridas por el esposo constante la sociedad de gananciales aunque las mismas se adquirieron con dinero ganancial, por confesión de privatividad de la esposa y porque la compra se realizó con un préstamo que la sociedad de gananciales hizo al esposo, préstamo que figuraba en el activo de la sociedad en el momento de la liquidación por el importe actualizado del préstamo, no siendo procedente contabilizar el equivalente al valor de las acciones al tiempo de la liquidación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Lucía había contraído matrimonio con don Jesús Luis. En 1993 se separaron. El 17 de diciembre de 1991 los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales en las que pactaron el régimen de separación de bienes y liquidaron los gananciales.
- ⊙ Doña Lucía interpuso demanda de menor cuantía contra don Jesús Luis solicitando que se dictase sentencia en los siguientes términos: «a) Declarar la nulidad absoluta de la escritura de Capitulaciones Matrimoniales y División de Bienes Gananciales, otorgada ante el Notario don Antonio Fitera Gómez en Castellón, el 17 de diciembre de 1991, en realidad dos días después, por los litigantes; y la nulidad de los asientos a que dio lugar la misma en el Registro de la Propiedad. b) Declarar, alternativamente con el extremo a), la nulidad absoluta de la División de Gananciales contenida en la escritura referida; y la nulidad de los asientos que en el Registro de la Propiedad ocasionó la misma. c) Alternativamente con las dos anteriores declaraciones a) y b), declarar la nulidad de la División de Gananciales antes referida, por lesión en más de una cuarta parte ocasionada a la actora; y declarar la nulidad de los asientos que en el Registro de la Propiedad ocasionó aquella escritura. d) Condenar al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones alternativas; y, en todos los casos, ordenar la expedición del correspondiente mandamiento de cancelación, al Registro de la Propiedad de Castellón, de los asientos dichos. e) Condenar al demandado en el supuesto a) si a él da lugar la sentencia en su fallo de los que se formulan alternativamente, a que se realice, en ejecución de sentencia, la escritura de Capitulaciones Matrimoniales desde el 19 de diciembre de 1991 o desde la fecha de presentación de la demanda de separación conyugal por la esposa ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Castellón.

f) Condenar al demandado en los tres supuestos a), b) y c), formulados alternativamente, a que se proceda a la División de Gananciales, incluyendo junto con los demás bienes declarados en la Escritura dicha de Capitulaciones y División de Gananciales, el importe de los emolumentos percibidos aquel año por el demandado y las 3.128.030 pesetas de que dispuso el 17 de diciembre de 1991; valorando adecuadamente, según proceda y así se determine durante el período de prueba o en ejecución de sentencia; las acciones de «Inalco, SA» mencionadas en la escritura; que se incluyan igualmente las 25.630 acciones dichas de «Torrecid, SA» por ser gananciales debidamente valoradas en período de prueba o en ejecución de sentencia, así como los frutos de las mismas hasta su adjudicación a uno u otro de los esposos o a ambos, en cualquier proporción que resulte de la división de los gananciales; e incluyendo igualmente cuantos demás bienes aparezcan durante la tramitación del pleito o durante la ejecución de sentencia; y con la reserva expresa de dividir los demás bienes gananciales que en un futuro aparezcan; y ordenando excluir del inventario la casa y parking que fue domicilio conyugal, por ser privativo de la actora e incluir contra ésta un crédito en favor de la sociedad conyugal de 4.850.000 pesetas debidamente actualizado. g) Condenar en costas al demandado».

⊙ Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de don Jesús Luis como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando se dicte, en su día sentencia por la que se desestime íntegramente dicha demanda y, como consecuencia, cuantos pedimentos se contienen en la misma, con expresa imposición de costas a la demandante por esta desestimación la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Castellón de la Plana dictó Sentencia 16 de septiembre de 1997 estimando parcialmente la demanda y declarando la rescisión de la parte de escritura otorgada por la misma y por don Jesús Luis en relación al valor atribuido al paquete de acciones de la mercantil Inalco, SA dentro del inventario de bienes del patrimonio adquirido durante el régimen de sociedad legal de gananciales de ambos, por no responder al real y lesionar su depreciación más de una cuarta parte del montante total del patrimonio liquidado y del adjudicado a cada parte. En consecuencia, se condena al demandado para que juntamente con la actora reconstruyan el valor total de dicho patrimonio, con el importe que corresponda al citado paquete de acciones según su valor en esa fecha, que será fijado en ejecución de esta sentencia, y, tras ello, se dividan los mismos bienes inventariados en la citada escritura de liquidación, para formar dos lotes de la misma especie y calidad, que en caso de desacuerdo, serán fijados en ejecución de esta sentencia. Desestimo las restantes pretensiones de la demanda por no corresponder en derecho, ni haber sido probadas.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Castellón de la Plana dictó Sentencia el 13 de noviembre de 1999, estimando parcialmente el recurso formulado por doña Lucía, y estimando parcialmente el interpuesto por don Jesús Luis y acordando: “a) Desestimar el recurso de la demandante, en cuanto a sus pretensiones de que se declare la nulidad absoluta de la escritura de capitulaciones matrimoniales y la nulidad de los asientos a que dio lugar la misma. b) Desestimar dicho recurso en cuanto a la pretensión, formulada alternativamente con la anterior, de que se declare la nulidad absoluta de la división de gananciales contenida en la escritura, y los asientos que la misma ocasionó. c) Revocar la sentencia de primer grado, estimatoria de la rescisión por lesión en más de una cuarta parte, y de la nulidad de los asientos correspondientes. d) Declarar no haber lugar a expedir mandamientos de cancelación a los Registros correspondientes. e) Declarar haber lugar a formular adición al inventario de bienes gananciales, procediendo a su división, respecto a las acciones de “EDILCAS, SA”, por... euros. f) Absolver de los demás pedimentos de la demanda al demandado. Las costas de primera instancia serán abonadas por cada parte las causadas a su instancia, y las comunes por mitad. No ha lugar a efectuar especial pronunciamiento sobre las costas de la alzada».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Acciones de la sociedad Torrecid, SA.

El primero de los motivos, al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación de los artículos 1324 y 1355 del Código Civil. Según la recurrente, la violación de estas disposiciones consiste en que no es suficiente para atribuir a las acciones de la sociedad TORRECID, S.A. la condición de bienes privativos del marido, la confesión de privaticidad efectuada por ella misma en el documento de compra por parte de su marido de dichas acciones constante matrimonio, puesto que se adquirieron con dinero ganancial, tratando de compensarse aquella atribución con un crédito de la sociedad de gananciales en contra del marido por la parte correspondiente al precio pagado en la adquisición de las referidas acciones. De todo ello deduce la recurrente que estas acciones deben considerarse como gananciales y deben figurar en la liquidación de la sociedad.

A los efectos del correcto examen de la cuestión, debe estudiarse conjuntamente con este motivo, el segundo, en el que también al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación de los artículos 1261.3, 1274 y 1275 del Código Civil. Al entender la recurrente que no hay acto de liberalidad en la confesión, deduce que no hay causa de la atribución patrimonial efectuada con ella, porque, además, no hay correlación entre el crédito y la atribución de la cualidad de privativo a un bien.

La cuestión principal que plantea la recurrente en estos dos motivos se refiere a los efectos que produce entre los cónyuges la confesión sobre la cualidad de bienes privativos de las acciones de TORRECID, SA. Para delimitar el problema, debe señalarse que la doctrina ha venido considerando que la expresión confesión contenida en el artículo 1324 del Código Civil no puede tomarse en el sentido que tenía en la antigua Ley procesal de 1881, ni en los ahora derogados artículos 1231-1239 del Código Civil. Ciertamente, la confesión recae sobre hechos y también puede hacerlo sobre situaciones jurídicas, como ocurre en el caso presente, en que se confiesa sobre titularidades jurídicas y también puede destruirse por prueba en contrario; pero confesado por uno de los cónyuges que los bienes objeto de la confesión son privativos del otro, ello confiere una titularidad, no sólo *inter partes*, sino *erga omnes*, con la excepción de los acreedores y los legitimarios. Como afirma la Sentencia de 25 de septiembre de 2001, «El precepto 1324 atribuye eficacia probatoria *inter partes*» es decir en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, más con-

cretamente de uno frente al otro, al preservar los intereses de los herederos forzosos del confesante y de los acreedores, para no blindar situaciones de posibles fraudes».

Los requisitos para que esta confesión produzca efectos entre los cónyuges serán: 1) que el autor de la declaración sea uno de los cónyuges; 2) que el confesante sea aquel a quien deba perjudicar la confesión; 3) que el confesante tenga la capacidad de obrar y poder de disposición, y 4) que la confesión se haya efectuado constante matrimonio. Concurriendo estos requisitos, la confesión por parte de un cónyuge acerca de que los bienes comprados por el otro constante matrimonio son privativos es perfectamente válida y eficaz y desvirtúa las presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil, de manera que, como ha afirmado la Sentencia de 15 enero 2001, «la confesión de privaticidad de un bien, realizada como previene el artículo 1324 del Código Civil, produce plena eficacia entre los cónyuges a quienes afecta» y la de 25 septiembre 2001 señala que «El artículo 1324 contempla una prueba lícita, que se presenta perjudicial a los intereses económicos del que la presta, pero refuerza su autonomía y libre decisión, que ha de relacionarse con su voluntad expresada de poner de manifiesto la realidad de las cosas, por lo que la privaticidad de la finca se presenta plenamente en todos sus efectos, ya que la manifestación tuvo lugar vigente el matrimonio, pues los litigantes se divorciaron por sentencia muy posterior» (ver asimismo la Sentencia de 8 de octubre de 2004 y las RDGRN de 21 de enero de 1991 y 13 de junio de 2003).

Planteadas así las cosas, deben ser desestimados los motivos primero y segundo del recurso por las siguientes razones:

1.^a La confesión vincula a quien la hizo, la esposa, de modo que independientemente del origen de los bienes invertidos y de si existió o no un negocio jurídico subyacente que llevara a la confesión, los bienes objeto de la misma, las acciones de TORRECID, SA, tienen la cualidad de privativos del marido, salvo prueba en contrario que no se ha producido en este litigio. Por ello no se han violado los artículos 1324 ni 1355 del Código Civil.

2.^a El origen ganancial de los bienes invertidos en la adquisición de las acciones no implica que éstas tengan la condición de gananciales, ya que al ser posibles, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1358 del Código Civil, las relaciones entre las masas privativas y gananciales, es perfectamente válido generar un crédito de la sociedad contra un

cónyuge, que es lo realmente ocurrido en el caso enjuiciado.

3.^a La confesión de privaticidad no tiene *per se* eficacia traslativa ni atribuye un título; se limita a constatar que unos determinados bienes tienen como titular exclusivo a uno de los cónyuges y no la masa ganancial. Por ello y para que fuera posible aplicar a esta confesión las reglas de la simulación, que es lo que la recurrente pretende en los dos primeros motivos del recurso, deberían haberse probado en el pleito las circunstancias de la simulación. No habiendo sucedido así, no se pueden aplicar, como se pretende, los artículos 1261.3, 1274 y 1275 del Código Civil, porque además de ser una cuestión nueva no tratada anteriormente en el pleito, que se estructuró en torno a la invalidez o la lesión de la partición de los gananciales, debería aplicarse lo dispuesto en el artículo 1277 del Código Civil, que presume la existencia de causa, de modo que la recurrente hubiera debido probar la existencia de un negocio distinto, simulado detrás de la confesión, lo que no ha hecho y ni tan sólo ha pedido.

El motivo tercero, planteado como subsidiario, denuncia la violación del artículo 1358 del Código Civil puesto que habiendo adquirido la sociedad de gananciales un crédito contra el marido por el préstamo que se le realizó para la compra de las acciones de TORRECID, SA, éste debería ser equivalente al valor de las acciones adquiridas al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Este motivo debe ser también rechazado por dos razones:

1.^a La primera, que eximiría a este Tribunal de entrar en nuevos razonamientos, es que esta cuestión se plantea por primera vez en el presente recurso de casación y en consecuencia, no es procedente entrar en tal motivo, porque se alteraría el objeto de la controversia (Sentencias de 29 de enero de 2001, 18 de diciembre de 2003, 28 de mayo de 2004, 30 de marzo de 2006, etc.) En este punto debe tenerse en cuenta que en la demanda se pidió nueva liquidación sólo si se aceptaba alguna de las peticiones alternativas que eran: o nulidad, o rescisión, o la nulidad de la partición. Como no se estimó la demanda y la recurrente plantea la adición y nueva valoración de los bienes, debe considerarse que este motivo presenta una cuestión nueva, porque para realizar lo que pide, se debería haber aceptado alguna de las tres peticiones hechas en la demanda y que, de acuerdo siempre con ella, deberían abrir la puerta a una nueva liquidación. Y aunque dice pedir la rescisión por lesión en la denominada en el recurso consideración preliminar, en realidad lo que realmente intenta es la adición de la partición, a la que no se puede acceder por las razones antes expresadas.

2.^a La segunda, que el artículo 1358 del Código Civil que se dice infringido cuando obliga al «reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación» está estableciendo una deuda de valor respecto del nominal de la cantidad debida, que debe actualizarse corrigiendo las alteraciones del valor de la moneda, de modo que la cantidad que se pague tenga el mismo valor adquisitivo que la que se obtuvo como préstamo por parte de la sociedad. Por tanto el artículo 1358 CC no obliga a computar el valor de lo adquirido, sino el préstamo actualizado, cosa comprensible porque normalmente se pagará años después de haberse efectuado y también porque, por regla general, no genera intereses.

El cuarto motivo, también al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de los artículos 1359.2, 1360 y 1347.2 del Código Civil, porque entiende la recurrente que deben incluirse en la partición los aumentos de valor de las acciones adquiridas con este préstamo de dinero ganancial.

El motivo debe también rechazarse porque, al igual que el anterior, introduce una cuestión nueva en el recurso de casación, por lo que nos remitimos al razonamiento efectuado en el Fundamento cuarto.

Pero hay que tener en cuenta, además, que las disposiciones que se dicen infringidas no se refieren al supuesto que nos ocupa, la compra de acciones con un préstamo de dinero ganancial, porque no se ha producido técnicamente una inversión (préstamo no es inversión) de los gananciales en bienes privativos, que es el supuesto que tienen en cuenta las disposiciones que se dicen infringidas.

2. Remuneración extraordinaria acordada por la Junta General de Torrecid, SA celebrada después de disuelta la sociedad de gananciales.

El quinto motivo del recurso, al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación de los artículos 1347.1.º y 1346.2 del Código Civil, al reputar la sentencia recurrida como bien privativo del esposo una remuneración extraordinaria acordada por la Junta general de TORRECID, celebrada el 26 de diciembre de 1991, después de haberse liquidado los gananciales el 17 de diciembre de 1991.

A tal efecto debe reproducirse aquí el texto del acuerdo de la mencionada Junta, que acordó una gratificación extraordinaria a dos socios, uno de ellos el marido de la recurrente por «sus actuaciones y diligencia en estos últimos días para llevar a término y organizar adecuadamente los procesos que se están desarrollando en la reestructuración interna de la sociedad (...)). La recurrente considera que estos trabajos se habían venido realizando a lo

largo de todo el año 1991, por lo que esta gratificación debería considerarse ganancial.

El argumento contrario a la inclusión dentro de la masa de los bienes gananciales estriba en que la remuneración en cuestión es un acto puntual de la Junta por unos trabajos concretos. No se trata de dividendos de las acciones, ni de sueldos que sí deberían haber sido incluidos en la masa de los gananciales. El texto del acuerdo es muy concreto: se trata de una remuneración especial y extraordinaria por «trabajos realizados estos últimos días» en relación con la reestructuración de la sociedad. Esta especial atribución acordada por la Junta de la sociedad TORRECID S.A. debe tener la consideración de acto a título gratuito, más cercana a las donaciones remuneratorias. No se ha probado,

sin embargo, esta cualidad, por lo que debe aplicarse sin mayores disquisiciones lo establecido en el artículo 1346.2, que considera privativos los bienes adquiridos durante el matrimonio por título gratuito.

La recurrente considera, además, que estos trabajos se habían venido realizando a lo largo del año 1991, por lo que debería incluirse en la sociedad de gananciales la parte correspondiente a los once meses en que se mantuvo la sociedad, hasta su liquidación en diciembre de 1991. Esta cuestión está resuelta por lo dicho hasta aquí, de manera que, declarado el carácter privativo de estos bienes debido al título que justifica su adquisición, no deben incluirse en la sociedad de gananciales, desestimándose este motivo del recurso.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La presunción de ganancialidad ha quedado desvirtuada al acreditarse que en la fecha de la compra del inmueble, simultáneamente el esposo vendió una vivienda privativa cuyo precio entregó para el pago de aquél, no pudiendo explicarse si no es por esta aportación que pudiese haberse comprado el inmueble litigioso.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Fermín interpuso demanda de menor cuantía contra doña Sonia, sobre liquidación de la sociedad de gananciales, solicitando que se dictase sentencia por la que se tuviera por promovido proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, procediéndose a la adjudicación de los bienes en la forma establecida en la demanda.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda el demandado contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia desestimatoria de la demanda, con absolución del demandado y con expresa imposición de costas a la actora, formulando reconvencción en la que tras exponer los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se acuerde proceder a la liquidación de la sociedad legal de gananciales con la modificación de valor de la vivienda que expresa en el escrito, con expresa imposición de costas al actora.
- ⊙ Cumplimentado el traslado de la reconvencción a la parte demandante-reconvenida, ésta contestó alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando la desestimación de la reconvencción y que se dictara sentencia de conformidad con su escrito de demanda.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Gijón dictó Sentencia el 24 de septiembre de 1998 estimando parcialmente la demanda interpuesta por don Fermín y desestimando la reconvencción formulada por

doña Sonia, declara que el valor del mobiliario del negocio de carnicería es de 950.000 pesetas, que el cálculo de los frutos del mismo se hará desde la fecha de la firmeza de la sentencia de separación y que forma parte del pasivo de la sociedad el préstamo recibido de don Fermín y doña Sonia, por importe de 500.000 pesetas, debiendo el contador-partidor dirimente hacer las modificaciones oportunas en su cuaderno particional, para el cumplimiento de la presente. No procede expresa imposición de las costas, excepto de las devengadas de la reconvencción que se imponen a Sonia.

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Asturias dictó Sentencia el 9 de diciembre de 1999 estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Fermín declarando que el piso sito en la Avenida de Fernández Ladreda tiene carácter privativo y ganancial en las proporciones establecidas en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia, debiendo el contador-partidor realizar las oportunas modificaciones en su cuaderno particional. Sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas.
- ⊙ Doña Sonia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se acusa por la recurrente la infracción de los artículos 1228, 1216, 1217, 1218, 1250 y 1361 del Código Civil y jurisprudencia, así como de los artículos 93, 94 y 95. 1 del Reglamento Hipotecario. Esta cita de preceptos legales heterogéneos, que relaciona sin precisión, y la alegada vulneración de jurisprudencia sin cita alguna de sentencias y sin indicar cómo y en qué sentido ha sido vulnerada, como exige esta Sala, determinaría *ab limine* la desestimación del motivo.

No obstante, de cara a procurar la máxima tutela para la parte, conviene dar respuesta al motivo, de cuyo examen resulta que en realidad, lo que intenta el recurrente es desvirtuar las conclusiones del tribunal *a quo* que se desprenden de los siguientes datos establecidos, en orden a la vivienda familiar de la calle Fernández Ladreda: 1) Su precio fue de dos millones ochocientas mil pesetas (2.800.000), que resulta de la escritura pública y del documento privado averdado por don Fermín en su declaración y del ingreso en la cuenta bancaria de éste. 2) Para abonar este precio los cónyuges solicitaron un préstamo personal por importe de un millón doscientas mil pesetas (1.200.000). 3) El resto

del precio se aportó con la venta de una vivienda privativa de Silvio, por importe de un millón quinientas mil pesetas (1.500.000), al considerar la Audiencia acreditado este hecho no sólo por los datos consignados en el Fundamento anterior sino también de la simultaneidad de estas operaciones, coincidencia de las cantidades e imposibilidad de explicar la compra del inmueble discutido si no es mediante las referidas aportaciones. 4) De lo expuesto infiere la Audiencia que por el precio fue pagado con dinero en parte ganancial y en parte privativo, respectivamente, un millón doscientas mil pesetas (1.200.000), lo que representa un cuarenta y seis con cuarenta y tres por ciento (46,43%) –ganancial– y un millón quinientas mil pesetas (1.500.000), lo que representa un cincuenta y tres con cincuenta y siete por ciento (53,57%) –privativo del esposo–. Obviamente, con estas premisas, imposibles de revisión en casación, no cabe que se sostenga, sin incurrir en el vicio argumentativo de «hacer supuesto de la cuestión», que el bien es totalmente ganancial o que se presume íntegramente ganancial. Consecuentemente, el motivo sucumbe.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Disuelta pero no liquidada la sociedad de gananciales, uno de los cónyuges carece de legitimación activa para, en nombre propio y no en el de la comunidad posganancial, reclamar a un tercero una determinada cantidad en concepto de enriquecimiento injusto por la ocupación de un inmueble propiedad de aquélla.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Felipe, formuló demanda de menor cuantía en reclamación de cantidad, derivada de saneamiento por evicción y enriquecimiento injusto, contra doña Estefanía (declarada en rebeldía) y contra don Marcos, en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia «por la que, estimando íntegramente la demanda, declare que doña Estefanía está obligada a responder por evicción frente al demandante y, en consecuencia, a restituir el precio que tuviera el inmueble objeto del proceso al tiempo de la evicción, así como las costas del proceso que ha motivado la evicción; declarando así mismo que ambos demandados están obligados a abonar al actor, como consecuencia del enriquecimiento que injustamente se ha producido a su favor, la cantidad de veintitrés millones quinientas treinta y nueve mil ciento ochenta pesetas, haciéndolo de forma mancomunada, o sea, once millones setecientas sesenta y nueve mil quinientas noventa pesetas cada uno de ellos; condenando a dichos demandados a estar y pasar por tales declaraciones y, en consecuencia, a abonar las mencionadas cantidades, más sus intereses legales desde que se produjo la obligación de pago, imponiendo además a dichos demandados las costas del juicio por ser preceptivas».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, se personó en autos don Marcos, quien contestó a la misma y tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda, absolviéndole de las pretensiones formuladas de adverso, con expresa condena en costas al actor habida cuenta de su mala fe y temeridad procesales. Asimismo reconvenición en la que se solicitaba que se dictase sentencia en virtud de la cual «se condene al reconvenido a indemnizar a mi representado por los daños y perjuicios que le ha ocasionado por la ocupación de los inmuebles reseñados en el apartado fáctico de esta demanda, por el tiempo transcurrido, desde la fecha en que ocupó la misma, hasta el momento en que la desalojó por orden judicial, el día 3 de julio de 1997, y en la cuantía que se señale en ejecución de sentencia, más los intereses legales, desde la interposición de esta demanda, y al abono de las costas procesales».
- ⊙ Don Felipe presentó escrito contestando a la reconvenición formulada de contrario y tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminó suplicando al Juzgado dicte en su día sentencia por la que estime íntegramente la demanda y desestime íntegramente la reconvenición, imponiendo expresamente las costas del juicio a los demandados por ser preceptivas.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de La Laguna dictó Sentencia en fecha 6 de febrero de 1998 cuyo fallo es como sigue: «Que estimando la demanda inicial de estas actuaciones interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Oliva Fernández, contra doña Estefanía, declarada en rebeldía y contra don Marcos, representado en actuaciones por la Procuradora Sra. Lara Rodríguez, y en su con-

secuencia debo declarar y declaro la obligación de doña Estefanía a responder por evicción frente al demandante de la finca en su día transmitida, y asimismo debo condenar y condeno a los demandados a que abonen a la parte actora como consecuencia del enriquecimiento que injustamente se ha producido a su favor la cantidad de 22.900.000 pesetas, haciéndolo de forma mancomunada; condenando igualmente a dichos demandados a estar y pasar por tales declaraciones, y en consecuencia a abonar la mencionada cantidad, más sus intereses legales a contar desde la fecha de interposición de la demanda. Todo ello con imposición expresa de las costas a la parte demandada vencida en juicio».

- ◉ En grado de apelación la Sec. 3.^a de la AP de Tenerife dictó Sentencia el 22 de mayo de 1999, estimando el recurso y condenando a doña Estefanía a responder por evicción, debiendo abonar al actor el precio de la vivienda al tiempo de la evicción, cifrado en 22.900.000 pesetas, y absolviendo a los demandados de la obligación de reembolsar al actor por enriquecimiento injusto. Se desestima, por otra parte, la pretensión formulada por don Marcos en vía reconvenicional. No se imponen las costas de esta alzada, Las costas devengadas en primera instancia tampoco se imponen expresamente.
- ◉ Don Marcos interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se ataca por el recurrente el pronunciamiento desestimatorio de la demanda reconvenicional formulada en la que pedía ser indemnizado por los daños y perjuicios que le habían sido ocasionados por la ocupación por el demandante-reconvenido del inmueble a que se refiere el litigio.

Consta en autos y así está reconocido, que la casa a que se refiere este litigio, pertenecía, con carácter ganancial, al matrimonio formado por don Marcos y doña Estefanía, matrimonio que fue disuelto por sentencia de divorcio dictada por un Tribunal de Argentina con fecha 30 de abril de 1981, sin que se haya practicado la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta.

Disuelta, pero no liquidada, la sociedad de gananciales, se constituye entre los cónyuges una comunidad de bienes, la comunidad posganancial, sujeta a las normas que rigen la comunidad ordinaria de bienes, artículos 392 y siguientes del Código Civil. Es doctrina reiterada de esta Sala, en interpretación del artículo 394 del Código Civil, la de que cualquiera de los comuneros puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor (Sentencias, entre otras, de 6 de junio de 1997, 3 de marzo de 1998 y 7 de diciembre de 1999).

Dado el carácter común de la repetida vivienda, es claro que la indemnización por los daños y perjuicios causados por la ocupación indebida por tercera persona, correspondería a la comunidad de bienes por lo que su exigencia en juicio habría de

ser hecha por ambos comuneros o por uno de ellos en beneficio de la comunidad.

En el presente caso, la indemnización de daños y perjuicios es pedida por el comunero don Marcos, no en beneficio de la comunidad, sino para sí exclusivamente, como resulta de su demanda reconvenicional, por lo que él mismo carece de legitimación activa para formular reconvenición en los términos en que lo hace.

Como señala la Sentencia de 7 de julio de 2004 es jurisprudencia reiterada la que permite apreciar de oficio la falta de legitimación activa incluso en casación (Sentencias de 4 de julio de 2001, 31 de diciembre de 2001, 15 de octubre de 2002, 10 de octubre de 2002 y 20 de octubre de 2002). Y la Sentencia de 15 de octubre de 2002 declara con una extensa relación de resoluciones de esta Sala (las que concretamente mencionan los recurrentes y, además, las de 30 de julio de 1999, 24 de enero de 1998 y 6 de mayo de 1997) establecen la diferencia entre la legitimación *ad procesum* y la legitimación *ad causam* y expresar que la falta de esta última para promover un proceso, en cuanto afecta al orden público procesal, debe ser examinada de oficio, aunque no haya sido planteada en el período expositivo, ya que los efectos de las normas jurídicas no pueden quedar a voluntad de los particulares de modo que llegaran a ser aplicadas no dándose los supuestos queridos y previstos por el legislador para ello.

Dada la falta de legitimación activa del recurrente para formular su demanda reconvenicional en los términos dichos, se desestima el motivo.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No existe falta de litisconsorcio pasivo necesario porque no se demande al esposo en el procedimiento en el que, en base a un contrato de arrendamiento de obra suscrito por la esposa, la empresa prestadora del servicio reclama el pago a ésta.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Martínez y Pérez Ochoa, SL promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra doña Carina, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, solicitó que se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «Se condene a doña Carina al abono de un principal de 17.132.026 pesetas correspondiente a demasías o mejoras, o en todo caso, se condene al precio que en valoración pericial se determine. II. Se condene a doña Carina al abono de los intereses desde el mismo instante de la presentación de esta demanda. III. Se condene a doña Carina al abono de las costas procesales».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, contestó oponiéndose a la misma, y, formulando a su vez demanda reconvenicional, suplicando al Juzgado que dicte sentencia en su día, condenando al demandado reconvenido, a pagar a mi principal la cantidad de veintiún millones setecientas sesenta y siete mil doscientas cuatro pesetas (21.767.204 pesetas), más los intereses legales y expresa imposición de costas a la misma. En su defecto, y sólo para el caso de que mi representada no fuere absuelta de la demanda principal, declare compensadas las deudas existentes entre ambas partes, en las cantidades concurrentes.
- ⊙ La actora se opuso a la reconvenición, suplicando al Juzgado se dicte sentencia rechazando la reconvenición por no existir constituida la deuda que afirma la parte actora y por la misma razón desestime la compensación con imposición de costas y la estimación de la demanda principal con las correcciones que se han admitido en esta contestación con todo lo demás que en Derecho proceda.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Quintanar de la Orden dictó Sentencia el 21 de abril de 1999 desestimando las excepciones de litisconsorcio pasivo necesario, falta de personalidad en el actor y falta de personalidad en el Procurador del actor, alegadas por doña Carina, y estimando parcialmente la demanda interpuesta por la entidad mercantil Martínez y Pérez Ochoa, SL contra doña Carina condeno a dicha demandada a pagar a la actora la suma de 14.771.312 pesetas, más los intereses legales. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de la demanda. Igualmente desestimó la demanda reconvenicional.
- ⊙ Doña Carina interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Del debate litigioso, la cuestión que nos interesa resaltar está en relación con la excepción de falta de litisconsorcio pasivo esgrimida por doña Carina al no haber sido demandado su esposo teniendo

en cuenta que se encontraban casados en régimen de gananciales. Es decir, la cuestión litigiosa se centra principalmente en la determinación de si, con ocasión del contrato de arrendamiento de obra celebrado entre las partes el 4 de enero de 1994, la demandada adeuda o no a la actora la cantidad indicada en la sentencia recurrida, y si existe o no falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandado don Gonzalo, marido de la litigante pasiva.

El Juzgado rechazó las excepciones deducidas por la demandada, acogió parcialmente la demanda y desestimó la reconvenición, y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia.

El motivo primero del recurso se basa en la infracción del artículo 1385.2 del Código Civil, y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, cuya vulneración está íntima y subsidiariamente relacionada con lo dispuesto en los artículos 120.3 de la Constitución, 372 de la Ley Procesal Civil y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por transgresión de sus contenidos normativos y jurisprudenciales, por cuanto que, según acusa, el Juez *a quo*, en el fundamento de derecho segundo de su sentencia, y la resolución impugnada, por genérica reproducción de aquél, desestiman la excepción planteada de falta de litisconsorcio pasivo necesario, con cobertura en la jurisprudencia que allí se consigna, respecto a que si ambos esposos tuvieron una intervención directa o indirecta en el contrato, la demanda ha de dirigirse, inexcusablemente, frente a los dos, pues lo contrario significa una defectuosa o inadmisibles constitución de la relación jurídica procesal (SSTS de 6 de junio de 1988 y 25 de enero de 1990), pero cuando se postula la eficacia o ineficacia de una relación negocial, basta dirigir la pretensión contra aquél de los cónyuges que haya sido parte en el contrato, sin necesidad de demandar al que no intervino en el mismo (SSTS de 10 de junio y 30 de octubre de 1985, 6 de junio de 1988 y 16 de junio de 1989) con la indicación de que la doctrina jurisprudencial ha ido de esta manera precisando la institución de litisconsorcio pasivo necesario y en esta línea se puede aportar que debe observarse: a) cuando se trata de acciones reales contradictorias o bien tuitivas del dominio de los bienes de naturaleza ganancial; b) disposiciones de los bienes gananciales por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro; y c) cuando se trata de la eficacia o ineficacia de una relación contractual, en la que intervinieron ambos cónyuges; y el caso de autos no responde a ninguno de los supuestos expuestos, por cuanto que la reclamación objeto de la demanda se basa en un contrato suscrito por la sociedad actora con

doña Carina únicamente, por lo que procede la desestimación de la excepción alegada; sin embargo, ha quedado probado en autos que la demandada, al celebrar el contrato de ejecución de obra de 4 de enero de 1989, tenía el estado civil de casada, y se dejó expresa constancia de ello en el referido documento, que fue acompañado a la demanda como documento número 4; además, en el certificado del Registro de la Propiedad de Quintanar de la Orden, aportado al escrito inicial como documento número 3, se describen expresamente las fincas inscritas a favor del matrimonio constituido por doña Carina y don Gonzalo, entre las que se encuentra, indicada con el número 10, la que es objeto de este pleito; por lo que debió aceptarse la excepción que nos ocupa, amén de que la actora pudo subsanar dicho defecto, mediante la ampliación de la demanda, en el acto de la comparecencia del artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no lo hizo como debía, aunque sólo fuera *ad cautelam*— se desestima porque esta Sala, en Sentencia de 14 de febrero de 1984, concerniente a reclamación de cantidad derivada de contrato de obra concertado sólo por el marido, en situación similar a la que nos ocupa a excepción de que en dicho caso el demandado era el esposo, ha declarado que, quien alega esta excepción, fue el contratante y demandado, no pareciendo razonable y equitativo que aduzca un defecto a él imputable y con escasa legitimación para hacerlo; asimismo, la STS de 9 de abril de 1999, en un supuesto en que, como el precedente, el litigante pasivo era el marido, ha sentado que, acreditada la existencia de matrimonio entre el demandado y su esposa, así como el carácter ganancial del bien objeto de la litis, la denuncia de que ésta debía haber sido traída y oída en juicio, se descarta al apreciarse que la relación jurídico-procesal entre los contendientes está bien constituida cuando quien contrató con el marido demanda solamente a éste, tratándose de bien ganancial, no siendo preciso que se demande también a la mujer para establecer el litisconsorcio pasivo necesario.

Desde la mencionada doctrina jurisprudencial, no queda sino manifestar que la relación jurídica procesal está bien constituida y no se incide en falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues la reclamación de la actora se refiere a un acto de administración de bienes gananciales efectuado sólo por la demandada mediante contrato.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No procede acceder a la rescisión por lesión en la liquidación de la sociedad de gananciales, habida cuenta que el actor ha acreditado que, cuando se adjudicó el negocio con la condición de hacer frente a las deudas que existían, pagó las mismas, desvirtuando la alegación efectuada por la parte reconviniente en el sentido de que no se han acreditado la existencia de deudas.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don César interpuso demanda de menor cuantía contra doña Esther, doña Ángela, doña Marta, doña Carmela, y don José Pablo, sobre división común, solicitando que se dictase sentencia por la que: A) Se declarase disuelto el condominio existente entre mi mandante y los demandados sobre la vivienda núm. 30 del Grupo Ciudad Jardín, en Palencia, sita C/Fernando El Magno, descrita en el hecho primero de esta demanda. B) Se condene a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración. C) Y para el caso de que los interesados no vivieren que la referida finca se adjudique de común acuerdo a uno de ellos pagando a los otros la parte del precio correspondiente atendiendo a su cuota de participación en la finca, se resolviese la venta de la misma en pública subasta y repartir el precio que se obtenga entre los condueños en proporción a su cuota. D) Condenando en costas a los demandados.
- ⊙ 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, desestimando íntegramente la demanda, le absolviese de las pretensiones deducidas en la misma, y ello con expresa imposición de las costas al actor. Formulando a su vez reconvenición con el siguiente suplico: «por la que estimando íntegramente la demanda: 1.º Declarase que no se había realizado válida y eficazmente la liquidación de la sociedad legal de gananciales de don Luis Francisco y su esposa doña Esther, y declare la nulidad y/o rescisión por lesión de la cuarta parte de la partición de la herencia del causante don Luis Francisco, incluida la liquidación de la sociedad legal de gananciales de don Luis Francisco y su esposa doña Esther. 2.º Condene a don César a estar y pasar por las citadas declaraciones. 3.º Y, condenase, en todo caso, a don César a que justificase los ingresos y gastos del negocio, y estado o situación económica del negocio de venta de calzados, denominado «Calzados A.», instalado en un local arrendado en Plaza mayor, 10 de Palencia, a la fecha del fallecimiento de don Luis Francisco y hasta la fecha de la realización de la partición, y con posterioridad hasta la fecha en que se proceda a realizar de nuevo la liquidación de la sociedad legal de gananciales y la partición hereditaria, todo ello con la expresa imposición de las costas al actor-reconvenido».
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Palencia dictó Sentencia el 28 de septiembre de 1998 estimando la demanda y desestimando la reconvenición.
- ⊙ En grado de apelación, la AP de Palencia dictó Sentencia el 10 de enero de 2000 desestimando el recurso interpuesto por doña Esther, doña Esther, doña Marta, doña Carmela, y don José Pablo.
- ⊙ Doña Esther, doña Esther, doña Marta, doña Carmela, y don José Pablo interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega el recurrente la infracción del artículo 1073 CC por lesión en más de una cuarta parte. En su fundamentación, se apoya la pretensión de rescisión de la participación en que de los dos bienes hereditarios, el negocio de venta de calzado se adjudicó al actor por entero, a cambio de su compromiso de asumir las deudas del mismo por entero, deudas que, según los recurrentes, no se ha probado que existiesen. Con ello ha obtenido de la herencia una porción evidentemente muy superior a la que le correspondería respecto a sus hermanos, siendo así que heredan a partes iguales.

Este motivo se desestima porque la base en que se apoya no se ha probado, es más, se ha probado lo contrario. Ha quedado incólume en casación ante el fracaso de los motivos siguientes al primero (éste no se refiere a la cuestión), que el actor y renconvenido pagó las deudas del negocio, luego no hay lugar para la queja casacional. Dice

la sentencia recurrida al respecto: «Los demandados reconvinentes han basado sus alegaciones respecto de esta acción en el aspecto relativo a las deudas, entendiendo que al no haberse acreditado las deudas del negocio, la adjudicación del negocio por parte de don César sí le ha reportado un beneficio económico, concretamente por el importe de 7.145.000 pesetas, que fue el valor que se le señaló en la escritura al negocio. La prueba practicada en los autos nos ha demostrado que la realidad no es así, que don César sí que tuvo que hacer frente a diversas deudas».

De nuevo ha de ponerse de relieve la falta en el recurso de motivo o motivos que combatan la apreciación probatoria por el cauce adecuado, y que se insiste en mantener por los recurrentes otras conclusiones fácticas de las de la Audiencia acudiendo a la cita de preceptos sustantivos, como si ello autorizase una revisión de la prueba.

UNIONES DE HECHO

Fijación de una indemnización por enriquecimiento injusto que se concreta en la pérdida de expectativas y abandono de la actividad en beneficio de un conviviente por la dedicación en beneficio del otro.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ En el procedimiento seguido ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 10 de Bilbao, doña Estefanía solicitó la condena a don Pedro Jesús, en virtud de sentencia en la que se declarara disuelta la sociedad constituida entre ambos y se procediera a la liquidación del patrimonio con arreglo al criterio de cuotas iguales, desestimándose la demanda por Sentencia de 22 de julio de 1994 y por la Sec. 5.ª de la AP de Vizcaya en Sentencia de 11 de diciembre de 1995 se desestimó el recurso interpuesto por la demandante, con confirmación de la anterior sentencia apelada.

⊙ Doña Estefanía interpuso demanda de menor cuantía contra don Pedro Jesús solicitando que se dicte sentencia por la que se condene al demandado a pagar a la actora la cantidad en que se ha enriquecido injustamente en daño de mi mandante por los servicios prestados y las prestaciones económicas efectuadas por ella durante la convivencia con el demandado, desde agosto del año 1983 hasta mayo de 1993, que se concretará en atención al volumen de bienes, derechos y beneficios adquiridos en tal período y cuya determinación cuantitativa se hará en ejecución de sentencia, con condena en costas del demandado.

- ⊙ Admitida a trámite la demanda, el demandado contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «... dicte sentencia por la que, estimando la excepción de cosa juzgada declare no haber lugar a pronunciarse sobre el fondo del asunto o, subsidiariamente, y en el supuesto de que no se estimare dicha excepción, desestime, en su integridad, las peticiones articuladas en el escrito de demanda, con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas.»
- ⊙ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 9 de Bilbao dictó Sentencia el 23 de enero de 1998 desestimando la demanda al apreciar la excepción de cosa juzgada respecto del juicio declarativo de menor cuantía seguido bajo el núm. 864/94 en el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 10 de Bilbao, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte demandante.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Vizcaya dictó Sentencia el 5 de octubre de 1999 revocando la sentencia de Instancia y estimando la demanda condenó a don Pedro Jesús a pagarle la cantidad, que se fijará en fase de ejecución, en la que se estime que se ha enriquecido injustamente merced a los servicios a él prestados por aquélla durante el período comprendido entre agosto de 1987 y febrero de 1993, sin que proceda efectuar expresa imposición de las costas derivadas de ambas instancias.»
- ⊙ Don Pedro Jesús interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo se formula por infracción del artículo 359.1.º de la LEC, al no ser la sentencia congruente con el pedimento de la demanda. El recurrente alega que la petición acogida en la sentencia recurrida no se contiene en el escrito de demanda, en el que el enriquecimiento injusto, cuyo importe se reclama, se refería no al mentado esfuerzo personal de la actora, sino al volumen de bienes, derechos y beneficios adquiridos por el demandado durante el período en que perduró su convivencia con la actora.

Esta alegada falta de congruencia no puede estimarse comprobada. Ni por la literalidad del suplico de la demanda, (pretensión fundada en el enriquecimiento injusto), que parcialmente se estima. Ni por ausencia de circunstancias alegadas determinantes, precisamente, de estimación parcial, pues ésta viene determinada por las alegaciones del hecho cuarto de la demanda en el que se presenta y alega el esfuerzo personal de la actora como, al menos, uno de los fundamentos de la pretensión ejercitada. Es decir, en la sentencia recurrida se concede menos de lo solicitado, pero no se concede lo no solicitado. Todo ello excluye la presencia del vicio de incongruencia.

Como expresa el escrito de oposición una gran parte de la prueba interesada por la demandante ha tenido por objeto acreditar que ella, a lo largo de la convivencia con el recurrente, se ocupó de manera

exclusiva de las labores domésticas e, incluso, colaboró en el desarrollo de la actividad profesional del demandado sin percibir retribución alguna. Y en el mismo escrito se reconoce que no se ha acreditado suficientemente la existencia de efectivas aportaciones económicas a la unión extramatrimonial por parte de la demandante.

Los dos siguientes motivos se formulan por infracción de los artículos 1251.2.º y 1252.1.º del Código Civil y jurisprudencia aplicable en cuanto al efecto positivo de la cosa juzgada, al entender la sentencia recurrida que no se produce la excepción de cosa juzgada en la petición de la actora de una compensación por el enriquecimiento injusto por parte del demandado como consecuencia del esfuerzo personal de aquélla al asumir las labores del hogar y colaborar al trabajo de éste y por infracción de los artículos 1251.2.º y 1252.1.º del Código Civil y jurisprudencia aplicable, en cuanto al efecto negativo de la cosa juzgada, al entender la sentencia recurrida que no se produce la excepción de cosa juzgada en la petición de la actora de una compensación por el enriquecimiento injusto por parte del demandado como consecuencia del esfuerzo personal de aquélla al asumir las labores del hogar y colaborar al trabajo de éste.

El recurrente sostiene que en el anterior proceso ya se ventilaron ambas cuestiones, si la demandante había realizado o no las tareas domésticas y si

había o no colaborado en su trabajo; y en definitiva lo que sustenta la acción ejercitada en ambos procedimientos es la convivencia de los litigantes, de manera que la causa de pedir en los dos procesos es la misma.

No puede estimarse que se ha producido la excepción de cosa juzgada determinante de la imposibilidad de pronunciamiento alguno sobre la cuestión planteada en la demanda de la que deriva el presente recurso. En el procedimiento anterior se solicitaba que se declarara disuelta la sociedad constituida entre demandante y demandado con liquidación del patrimonio descrito, a lo que no se dio lugar.

En el presente procedimiento la acción ejercitada y la causa de pedir es diferente, pues no se reclama propiedad de bienes, sino el derecho de la demandada a ser resarcida del empobrecimiento injusto sufrido durante la convivencia mantenida con el recurrente, ya que el patrimonio de este último experimentó un correlativo enriquecimiento. Estos extremos no tuvieron carácter sustancial en el procedimiento resuelto, con la advertencia de que la pretensión actual se funda únicamente en los trabajos domésticos de la demandante y en la colaboración únicamente en la consulta del demandado ubicada en el domicilio que vino constituyendo la residencia habitual de las partes y no en las clínicas donde el recurrente prestaba sus servicios. Estas precisiones aclaran que sobre tales extremos no se pronunció la sentencia del primer procedimiento, por ser ajenos a una pretensión de disolución de sociedad y liquidación de la misma en virtud de las aportaciones a ella de cada uno de los socios, demandante y demandado.

Pese a su aparente claridad tanto el artículo 1252 del Código Civil y como la cosa juzgada presentan tanto en la teoría como en la práctica dificultades insolubles que se traducen en la misma denominación inexacta de presunción atribuida a la cosa juzgada. Por cosa juzgada hay que entender pura y simplemente el objeto del proceso una vez ha sido sometido a juicio jurisdiccional. Pero esta interpretación literal es insuficiente para la comprensión de la cosa juzgada. Lo importante no es tanto que la pretensión haya sido juzgada cuanto los efectos que se producen con motivo del juicio realizado. Aun cuando sea la sentencia la que produce cosa juzgada, ésta está estrechamente ligada al objeto del proceso, por cuyo motivo debe entenderse la cosa juzgada como el principal efecto del proceso.

Especial dificultad ofrece la delimitación del objeto litigioso en las acciones constitutivas cuando la consecuencia jurídica pretendida pueda fundarse en causas diversas de las previstas por la norma. La diferencia entre *causa petendi* radicaba en la dife-

rencia entre los elementos fácticos, que permita afirmar la existencia de una comunidad jurídica, y los que sirven para fundamentar un enriquecimiento injustificado.

Los tres siguientes motivos se formulan al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El cuarto por error de derecho en apreciación de la prueba, que resulta de infracción, por no aplicación, del artículo 1232 del Código Civil, en cuanto dispone que la confesión hace prueba contra su autor. Niega que las labores no tuvieran contrapartida alguna y alude a viajes conjuntos. El quinto por infracción, por aplicación indebida, del artículo 1253 del Código Civil, al presumir que las labores de la demandante no obtuvieron contraprestación alguna. Alude a la convivencia en vivienda propiedad del demandante; inclusión de ésta en la póliza del igualatorio médico-quirúrgico; alta como beneficiaria de asistencia sanitaria en la cartilla de la Seguridad Social; uso de las tarjetas de crédito; y viajes ya aludidos. Y el sexto por infracción por inaplicación de la doctrina jurisprudencial sobre enriquecimiento injusto, que el recurrente manifiesta no acreditada.

Los motivos expuestos no pueden destruir la apreciación probatoria de la sentencia recurrida sobre la causa de pedir fundamentadora del enriquecimiento injusto, que se ha examinado en los motivos anteriores; y, de hecho, se tratan de alegaciones propias de la ejecución de sentencia que en incidente contradictorio ha de fijar definitivamente la cuantía de tal enriquecimiento, cuyas bases repetidamente se han tratado en esta resolución, en virtud de las tenidas en cuenta por la sentencia recurrida, es decir, las labores domésticas y las aportaciones al trabajo del demandante en la clínica sita en la vivienda de convivencia de ambos.

En relación al artículo 1887 del Código Civil, existen declaraciones jurisprudenciales sobre el enriquecimiento injusto que a los efectos de este caso conviene recordar.

El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no sólo cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una disminución del patrimonio (*damnum cessans*). El empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en el sentido de «razón» o «base» suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa —como sostiene

un importante sector doctrinal— que un concepto—válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003).

A falta de una regulación general de la figura del enriquecimiento sin causa en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia la sustenta en el principio general del derecho de que nadie puede enriquecerse injustificadamente a costa de otro creándose, en caso de haber llegado a producirse así aquel beneficio, la obligación de restituir o reparar el patrimonio empobrecido por quien, a costa de él, ha enriquecido el suyo y no cabe remedio reparador preferente, por lo que la acción res-

tauradora basada en la producción de aquel efecto sería subsidiaria de esta otra primaria y habrá de sustentarse en la realidad de los dos presupuestos esenciales ya enunciados —enriquecimiento a causa de un empobrecimiento, en la falta de causa que lo justifique y en la inexistencia de precepto legal que lo imponga—. Esa concepción, que sólo exige una correlación entre tales empobrecimiento y enriquecimiento, puede tener cabida tanto en el supuesto de una relación directa entre ambos interesados o a través de una atribución patrimonial indirecta desde la situación patrimonial de un tercero, siempre que los demás requisitos, incluido el de la subsidiariedad de la medida reparadora, concurran en el supuesto (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2000).

UNIONES DE HECHO

La circunstancia de que un conviviente autorizase a otro a disponer sin limitación alguna de las sumas existentes en una cuenta bancaria de titularidad exclusiva no se considera como un dato que haga pensar en la existencia de una comunidad de pérdidas y ganancias entre ellos, ya que dicha autorización es en sí misma contraria a la idea de constituir un acervo común.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 2006

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Margarita interpuso demanda de menor cuantía contra don Lucio solicitando que se dicte sentencia estimando íntegramente la demanda y en su consecuencia: «1.º) Declarando que ella y el demandado constituyeron durante su convivencia afectiva, desde el mes de agosto de 1978 hasta el 1 de octubre de 1995, ambos inclusive, una comunidad de bienes o sociedad de pérdidas y ganancias al cincuenta por ciento, en la que se incluían todos los ingresos de ambos, y cuyas ganancias beneficiaban a cada uno de los integrantes en un cincuenta por ciento. 2.º) Consecuente a lo anterior, declarando que el efectivo existente en la cuenta abierta en Banco Herrero, Oficina Principal de Avilés, que lleva el número NÚM000, a nombre de don Lucio, hasta el 1 de noviembre de 1995, pertenece por iguales partes a mi poderdante y al demandado, y en la misma proporción, de un cincuenta por ciento a cada uno de ellos, pertenece igualmente el vehículo, marca Mercedes, Modelo 300 TD, ranchera, matrícula WE-...-WW. 3.º) Completando la partición hecha por el dirimente en los autos núm. 175/96 del juzgado núm. 1 de Avilés en el sentido de adicionar a los bienes contemplados en la misma el dinero y vehículo a que se refieren los dos pedimentos anteriores, y aprobando el cuaderno del dirimente en cuanto a la adjudicación a mi poderdante de la casa núm. 21 de El Pedrero, Trasona, Corvera, y adjudicando a don Lucio el dinero y el vehículo a que se refieren los pedimentos anteriores más el dinero que falte para alcanzar en su adjudicación la mitad de lo que asciende el inventario del dirimente más el dinero y automóvil cuya adición —*sic*— se pide. 4.º) Caso de no estimarse este

pedimento, procediendo a dividir el saldo máximo que en 1 de noviembre de 1995, o en fechas anteriores, hubiese en la cuenta indicada más atrás, de la Oficina Principal del Banco Herrero, en Avilés, cuenta núm. NÚM000, a un cincuenta por ciento para cada litigante, y ordenando que se venda en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, el vehículo marca Mercedes, modelo 300 TD, ranchera, matrícula WE-...-WW, repartiéndose al cincuenta por ciento el importe obtenido por el mismo. 5.º) Imponiendo al demandado las costas de este procedimiento».

- ◉ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de don Lucio se contestó la misma, suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dictar Sentencia por la que con íntegra desestimación de la demanda en todos sus pedimentos, se absuelva libremente al demandado, con imposición a la actora de las costas procesales».
- ◉ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Avilés dictó Sentencia el 11 de noviembre de 1988 desestimando la demanda.
- ◉ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Asturias dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto por doña Margarita.
- ◉ Doña Margarita interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Razones de método lógico y de economía procesal aconsejan el estudio y la resolución conjunta de los tres motivos del presente recurso de casación, todos ellos formulados al amparo del ordinal cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la medida en que responden a un mismo planteamiento y suscitan una misma y única cuestión, desde distintos aspectos, cual es la aplicación del régimen de la comunidad de bienes o de la sociedad de gananciales para regular las consecuencias económicas derivadas de la disolución o ruptura de la unión de hecho o convivencia *more uxorio* habida en su día entre los litigantes, atendiendo a la voluntad de éstos de constituir una comunidad de bienes o una sociedad universal de ganancias revelada de *facta concludentia*. A tal efecto se orienta la denuncia casacional, que se concreta en la infracción de los artículos 1344, 1345 y 1346 del Código Civil –motivo primero del recurso– y de la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación analógica del régimen de la comunidad de bienes o del régimen económico-matrimonial de gananciales a las convivencias *more uxorio* –motivos primero y tercero–, y del artículo 1232 del mismo cuerpo legal, por error de derecho en la valoración de la prueba de confesión judicial de la actora, precepto al que se unen los de los artículos 93, 1344 y 1347, también del Código Civil –motivo segundo del recurso–.

La adecuada respuesta a la cuestión suscitada pasa, ante todo, por poner de manifiesto que la jurisprudencia de esta Sala se ha esforzado en destacar que la realidad social que encierra la convivencia a modo marital o las uniones de hecho ha carecido hasta fechas muy recientes de toda consideración jurídica, lo que no significaba que tales uniones fueran contrarias a la ley, ni que la jurisprudencia se desentendiera de ellas. Ésta se ha referido a las mismas como familia natural –Sentencia de 29 de octubre de 1997–, situación de hecho con trascendencia jurídica –Sentencia de 10 de marzo de 1998–, realidad jurídica con efectos jurídicos –Sentencia de 27 de marzo de 2001–, o como realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo –Sentencia de 5 de julio de 2001–. En las Sentencias de 17 de enero de 2003 y de 5 de febrero de 2004, recogiendo la doctrina sentada en anteriores resoluciones, se destaca el carácter alega y ajurídico, que no ilegal o antijurídico, de las uniones de hecho, que producen o pueden producir una serie de efectos con trascendencia jurídica que no son ignorados por el jurista en general, ni por el Juez en particular, y que deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. Y se ha destacado también –Sentencias de 17 de enero de 2003 y de 12 de septiembre de 2005, esta última de Pleno– que se encuentran afectadas por principios de rango constitucional, y en particular, por

la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico –artículo 1.1 de la Constitución– que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para su realidad y efectividad –artículo 9.2 de la Constitución– y justifica, como se precisa en la Sentencia de 12 de septiembre de 2005, que el Título relativo a los derechos y deberes fundamentales tenga como pósito la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás –artículo 10.1 de la Constitución, sin olvidar el principio de igualdad que impide todo trato discriminatorio –artículo 14 de la Constitución– y la expresa protección a la familia –artículo 39.1 de la Constitución–, no sólo la fundada en el matrimonio, sino también en la convivencia *more uxorio*.

Paralelamente a lo anterior, la misma doctrina jurisprudencial, en línea con la del Tribunal Constitucional, se ha preocupado de precisar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio –Sentencia de 12 de septiembre de 2005 y Sentencias del Tribunal Constitucional 184/90 y 222/92, por todas–, aunque una y otra se sitúen dentro del derecho de familia. Aun más: hoy en día –como dice la Sentencia de 12 de septiembre de 2005–, con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias.

Es, pues, consustancial a esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio y a la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra insita en la convivencia *more uxorio* el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por «analogía *legis*» de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la «analogía *iuris*» –como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado–, cuando por *facta concludentia* se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común –Sentencia de 22 de febrero de 2006–.

Debe precisarse sin embargo, alcanzado este punto, que son ya once las Comunidades Autónomas que han regulado legalmente las uniones de hecho en sus distintos aspectos, llegando algunas de ellas a establecer las normas que han de regir las consecuencias económicas de su ruptura. Entre ellas se encuentra la Comunidad Autónoma del Principado

de Asturias, que ha dictado la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables, la cual deja a la autonomía de la voluntad de los convivientes la regulación de las relaciones patrimoniales derivadas de la convivencia –artículo 5–. Dicha Ley, en cualquier caso, no alcanza *ratione tempore* a la unión de hecho formada en su día por los litigantes, disuelta antes de su entrada en vigor.

Pues bien, los tres motivos de consuno estudiados deben ser desestimados.

Y ha de ser así, pues la sentencia recurrida no ha vulnerado los artículos del Código Civil relativos al régimen económico-matrimonial de gananciales que se citan en ellos, ni se ha opuesto a la doctrina jurisprudencial relativa a la aplicación analógica de las normas reguladoras de las comunidades de bienes o del régimen de gananciales. Si no ha aplicado por vía de la analogía tales regímenes es porque no ha apreciado la concurrencia del presupuesto necesario para ello, que no es otro que la evidencia, por medio de *facta concludentia* –y ante la ausencia de pacto expreso–, de la voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común, voluntad que desde luego ha de ser concorde, procedente de los dos miembros de la pareja, y cuya falta deriva aquí de la inexistencia de aquellos hechos concluyentes capaces de evidenciar su presencia. No lo son, desde luego, el mantenimiento en el patrimonio propio de la actora, aquí recurrente, de la vivienda que le fue atribuida en la liquidación de la sociedad conyugal de un anterior matrimonio, sin haberlo aportado al patrimonio formado durante la convivencia con el demandado, ni la autorización concedida por éste para poder disponer sin limitación alguna de las sumas existentes en la cuenta bancaria de la que era titular en exclusiva, pues dicha autorización en sí misma es contraria a la idea de constituir un acervo común, del mismo modo que la facultad para disponer de los fondos bancarios no significa el reconocimiento de la titularidad sobre los mismos.

Y si falta la constancia de la voluntad de constituir un patrimonio común, por ausencia de datos fácticos concluyentes para apreciarla, semejante déficit no puede ser suplido la valoración de la recurrente a partir de los que ofrece en su escrito de recurso, pues se desvirtúa la función casacional, que exige el mayor respeto al componente fáctico de la sentencia recurrida para realizar a partir de ahí la función nomofiláctica que se resume en velar por la correcta aplicación de la norma y por la pureza del Derecho. Y si bien es cierto que uno de los motivos del recurso –el segundo– se destina a denunciar el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal de instancia a la hora de valorar la prueba de confesión judicial de la actora, no menos cierto es que ésta –que, como la jurisprudencia de esta Sala ha declarado con reiteración, no es

superior a los demás medios de prueba (Sentencias de 22 de mayo y 23 de diciembre de 1999, y de 8 de febrero de 2001, y, más recientemente, la de 31 de mayo de 2006)– hace prueba contra su autor en todo aquello que le resulte desfavorable, como dice el artículo 1232 del Código Civil, y que, en cualquier caso, el extremo que la recurrente quiere destacar a partir de las respuestas dadas en la absolución de posiciones –el percibo de una pensión de alimentos en favor de su hija, y no la percepción de una pensión compensatoria de la que ella fuera titular, como apreció la Audiencia Provincial–, tampoco es capaz por sí mismo de nutrir los *facta* de la sentencia recurrida y de suplir el vacío probato-

rio acerca de la voluntad de formar un patrimonio común durante la convivencia al modo marital, pues únicamente permitiría eliminar un elemento de la argumentación del Tribunal de instancia que le ha servido para afirmarse en la idea de la ausencia de la intención de los convivientes de crear un acervo común, pero no coadyuva a ofrecer hechos concluyentes de los que deba derivarse la existencia de esa voluntad común, –cuya carga, no se olvide, corresponde a la demandante, en la medida en que se trata de acreditar los hechos que conforman la base de su pretensión–, por lo que la decisión de la Audiencia debe ser mantenida, y el presente recurso, en fin, desestimado.

SUCESIONES

Nulidad de la partición efectuada por contador-partidor testamentario al haberse realizado fuera de plazo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don José María interpuso demanda de menor cuantía contra doña Rita, doña Rebeca y doña Soledad, solicitando que se dictase sentencia declarando la nulidad, e ineficacia, de las operaciones particionales de la sociedad legal de gananciales que formaron los esposos doña Valentina y don Manuel y de las herencias causadas por éstos practicadas por don Arturo y protocolizadas mediante escritura pública otorgada por éste en Gijón el 5 de enero de 1996 con el núm. 36 del protocolo ante el Notario don José Antonio Beramendi Erice por haber sido realizadas extinguido ya el término o plazo y declarando, la nulidad o ineficacia de cualquier documento y la nulidad o cancelación de todos los asientos o inscripciones del Registro de la Propiedad, en cuanto se opongan a, o contradigan, las anteriores declaraciones.

⊙ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de doña Soledad, doña Rita y doña Rebeca 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 en su día Sentencia por la que se estime la excepción planteada de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y subsidiariamente, se declare la absolución de las demandadas... y todo ello con imposición de las costas al actor...», al tiempo que formulaba reconvencción, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: «... se dicte en su día Sentencia, por la que con estimación de la demanda reconvenccional se acuerde lo siguiente: A) Condenar a don José María a otorgar cuantos documentos públicos o privados fueren necesarios para realizar la liquidación de la sociedad legal de gananciales de sus padres doña Valentina y don Manuel, así como la partición y adjudicación de la herencia de los finados doña Valentina y don Manuel con la misma relación de bienes, la misma forma, proporción y lotes y con la misma valoración que las realizadas

en la escritura pública notarial núm. 36/96 otorgada ante el Notario por don Arturo; y subsidiariamente y para el caso de incumplimiento por parte de don José María, se otorguen de forma subsidiaria dichos documentos por S.S.^a B) Condenar a don José María para el supuesto de que aparecieran nuevas fincas o bienes muebles o inmuebles, o hubiera modificación en las conocidas propiedades de los difuntos doña Valentina y don Manuel, a otorgar cuantos documentos públicos o privados fueren necesarios para realizar la liquidación de la sociedad legal de gananciales, así como la partición y adjudicación de la herencia de los mismos, cumpliendo las disposiciones testamentarias otorgadas por los causantes, y no adjudicando los bienes en pro indiviso entre las reconvinentes y el reconvenido, fijando para el caso de lotes diferentes compensaciones económicas; y subsidiariamente y para el caso de incumplimiento por parte de don José María, se otorguen de forma subsidiaria dichos documentos por S.S.^a C) Se proceda a la entrega de la posesión y desalojo del reconvenido don José María de todas las fincas y bienes inmuebles que sean adjudicadas a las reconvinentes, con abono por el José María (*sic*) de daños y perjuicios en caso de lanzamiento de las mismas y ejecución de la Sentencia. D) Que se fije al reconvenido don José María una renta por la llevanza de las fincas y bienes inmuebles objeto de la herencia, y relacionadas en la escritura notarial otorgada ante Notario, con nombramiento de un Administrador de Fincas Colegiado para la administración de las mismas, y al pago a las reconvinentes doña Soledad, doña Rita y doña Rebeca de su alicuota parte desde la fecha de defunción del último de los causantes don Manuel en fecha 6 de enero de 1993. E) Que se impongan las costas al reconvenido don José María, por su evidente temeridad y mala fe.»

⊙ Dado traslado de la reconvención a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado que «... se dicte sentencia desestimando íntegramente la reconvención, absolviendo de la misma al demandante, con expresa imposición de todas las costas a las reconvinentes.»

⊙ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 4 de Gijón dictó Sentencia con fecha 1 de septiembre de 1998 rechazando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y entrando en el estudio del fondo del caso controvertido, desestimó la demanda interpuesta y estimó parcialmente la demanda reconvenicional se acordó lo siguiente: «A) Condenar a don José María a otorgar cuantos documentos públicos o privados fueren necesarios para realizar la liquidación de la sociedad legal de gananciales de sus padres doña Valentina y don Manuel, así como la partición y adjudicación de la herencia de los finados doña Valentina y don Manuel con la misma relación de bienes, la misma forma, proporción y lotes y con la misma valoración que las realizadas en la escritura pública notarial núm. 36/96 otorgada ante el Notario de Gijón don José Antonio Beramendi Erice por don Arturo; y subsidiariamente y para el caso de incumplimiento por parte de don José María, se otorgaran de forma subsidiaria por el Juzgador. B) Condenar a don José María, para el supuesto de que aparecieran nuevas fincas o bienes muebles o inmuebles, o hubiera modificación en las conocidas propiedad de los difuntos doña Valentina y don Manuel, a otorgar cuantos documentos públicos o privados fueren necesarios para realizar la liquidación de la sociedad legal de gananciales, así como la partición y adjudicación de la herencia de los mismos, cumpliendo las disposiciones testamentarias otorgadas por los causantes, y no adjudicando los bienes en proindiviso entre las reconvinentes y el reconvenido, fijando para el caso de lotes diferentes, compensaciones económicas; y subsidiariamente y para el caso de incumplimiento por parte de don José María, se otorgarán dichos documentos por el Juzgador. C) Condenar a don José María a que haga entrega de la posesión de las fincas y demás bienes inmuebles que han sido adjudicadas a las codemandadas reconvinentes en el cuaderno particional elaborado por el albacea, con desalojo de ellas por el citado don José María, quien deberá satisfacer los daños y perjuicios en caso de lanzamiento de las mismas y ejecución de sentencia. D) Se rechaza lo interesado por las reconvinentes en el apartado “D)” de la reconvención. E) No ha lugar a hacer especial pronunciamiento referente a las costas de la reconvención.»

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Asturias dictó Sentencia el 27 de octubre de 1999 estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don José María y revocando la sentencia del juzgado en cuando estima la reconvencción.
- ⊙ Don José María interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que acordó: 1.º) La nulidad e ineficacia de las operaciones particionales de la sociedad legal de gananciales que formaron los esposos doña Valentina y don Manuel y de las herencias causadas por éstos, practicadas por don Arturo y protocolizadas mediante escritura pública otorgada por éste en Gijón el 5 de enero de 1996 con el núm. 36 del protocolo ante el Notario don José Antonio Beramendi Erice; 2.º) La nulidad o ineficacia de cualquier documento y la nulidad o cancelación de todos los asientos o inscripciones del Registro de la Propiedad en cuanto se opongan o contradigan a ello; y 3.º) Condenamos a las demandadas al pago de las costas de primera instancia, sin especial pronunciamiento sobre las causadas en la apelación y en el presente recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Don José María interpuso juicio declarativo de menor cuantía en ejercicio de la acción de nulidad de partición de herencias contra doña Rita, doña Rebeca y doña Soledad, hijas de su hermano fallecido don Marcos, en relación con la sucesión de los padres de ambos doña Valentina, fallecida el día 18 de noviembre de 1975, y don Manuel, fallecido el día 6 de enero de 1993, interesando que se declarara la nulidad e ineficacia de tales operaciones particionales de la sociedad de gananciales que formaron los citados esposos, padres del actor, y de las herencias causadas por estos, practicadas por el albacea contador-partidor testamentario don Arturo, las que fueron protocolizadas mediante escritura pública otorgada por este en Gijón el 5 de enero de 1996 con el núm. 36 de protocolo ante el Notario don José Antonio Beramendi Erice, por haber sido realizadas dichas operaciones cuando ya se había extinguido el término o plazo del albaeazgo.

Se afirmaba por el demandante que ya con fecha 6 de julio de 1993, el contador-partidor don Arturo tenía conocimiento y había aceptado su designación como albacea de don Manuel, el cual había fallecido el 6 de enero de 1993, bajo testamento otorgado el 31 de enero de 1980 en el que le nombró para tal función señalándole como plazo para llevar a cabo el encargo el legal de un año y su prórroga que había de ser de otro año al no figurar expresamente señalada su duración, por lo que cuando don Arturo realizó las operaciones particionales de la sociedad conyugal formada por los esposos doña Valentina y don Manuel y de las herencias causadas por éstos –cuya protocolización se efectuó el día 5 de enero de 1996– había transcurrido con exceso el

plazo total de dos años que el causante don Manuel le había fijado y concedido.

El primer motivo del recurso se formula al amparo del número 3.º del artículo 1692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil por incongruencia de la sentencia, con infracción de lo dispuesto en el artículo 359 de la citada Ley. Se afirma por la parte recurrente que existe incongruencia *extra petitum* ya que la sentencia impugnada, para justificar la realización por el contador-partidor de las operaciones correspondientes y, en definitiva, el hecho de que se protocolizara la partición dentro de plazo, alude a la concesión por la mayor parte de los herederos de una prórroga tácita al albacea amparada en el texto del artículo 906 del Código Civil, según el cual «los herederos y legatarios podrán, de común acuerdo, prorrogar el plazo del albaeazgo por el tiempo que crean necesario; pero si el acuerdo fuese sólo por mayoría, la prórroga no podrá exceder de un año», lo que no fue objeto de expresa alegación en el escrito de contestación a la demanda. Así dicho año de prórroga se habría sumado al legal y al de la prórroga concedida por el testador, posibilitando que la protocolización de las operaciones particionales en cuanto a la herencia de don Manuel se entendiera realizada dentro de plazo.

La congruencia de las sentencias significa una racional adecuación del fallo a las peticiones de los litigantes y al supuesto fáctico que las sustenta de modo que, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la aportación probatoria, puede el sentenciador construir su juicio crítico del modo que entienda más ajustado, pues lo que en definitiva importa es que los pronunciamientos del fallo tengan eficacia bastante para

dejar resueltos los extremos que fueron materia del debate sin incluir para ello circunstancias de hecho —no valoraciones jurídicas— que pudieran resultar ajenas a lo que las partes han puesto de manifiesto en el proceso. Este supuesto no es el ahora contemplado pues, con independencia del acierto del Tribunal en cuanto a la apreciación de que se hubiere producido una prórroga tácita por los herederos para que el albacea pudiera llevar a cabo el encargo encomendado, es lo cierto que la aquiescencia de dicho herederos a su actuación no sólo se deriva de la forma en que los hechos han quedado planteados ante el Juzgado sino de la propia pretensión de éstos de reconocer validez a las referidas operaciones particionales.

Por otro lado, es conocida, por reiterada, la doctrina jurisprudencial expresiva de la excepcionalidad de que pueda apreciarse una incongruencia —*extra petita*— en el caso cuando se ha dictado sentencia totalmente desestimatoria de la demanda y de la reconvenición (SS de 28 de noviembre de 2005, 5 de enero y 7 de febrero de 2006, entre las más recientes), pues como recuerda la Sentencia de 30 de noviembre de 2005 «la congruencia se refiere a la concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidas en la súplica de los escritos fundamentales del proceso y no a la relación entre los razonamientos que se hagan en los mismos (Sentencias de 30 de abril y 12 de julio de 1991, entre otras muchas)», y como también nos dice la Sentencia de 14 octubre 2005 «el tema de la incongruencia ha de resultar de la comparación de lo postulado en el suplico de la demanda y los términos del fallo combatido, como recogen, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 15 de febrero, 5 de octubre y 14 de diciembre de 1992, 6 de marzo de 1995, 5 de febrero, 30 de marzo, 23 y 31 de julio y 30 de noviembre de 1996, 13 de mayo de 1998, 26 de febrero de 1999 y 22 de septiembre de 2000, y sin que tal exigencia alcance a los razonamientos utilizados por las partes —Sentencias de 30 de abril y 13 de julio de 1991 y 11 de abril de 1995— o a lo razonado por el Tribunal en su fundamentación jurídica —Sentencias de 16 de marzo de 1990 y 12 de septiembre de 2000—».

En suma, el motivo ha de ser rechazado.

A partir de la disconformidad de la parte recurrente con la apreciación de la existencia de una prórroga concedida por los herederos al albacea para llevar a cabo su función en ejercicio de la facultad que a los mismos confiere el artículo 906

del Código Civil, se articulan por la parte recurrente los siguientes motivos por infracción de ley amparados en el ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denunciando la infracción del artículo 1253 (motivo segundo), del 906 (motivo tercero) y del 910 (motivo cuarto), todos del mismo Código Civil.

El artículo 906 del Código Civil dispone que «los herederos y legatarios podrán, de común acuerdo, prorrogar el plazo del albaceazgo por el tiempo que crean necesario; pero si el acuerdo fuese sólo por mayoría, la prórroga no podrá exceder de un año». El propio tenor de la norma lleva a considerar la necesidad de que se trate de un acuerdo expreso al referirse a «común acuerdo» y prever las consecuencias de su adopción sólo por mayoría; y así ha de entenderse fuera de supuestos en que concurran actos verdaderamente concluyentes de los herederos y legatarios que lleven a obtener un juicio de certeza sobre la existencia de tal voluntad. No se ha apreciado así en el caso presente cuando la Audiencia simplemente alude a la conducta posterior de las demandadas, una vez fenecido el plazo, y a la del propio actor al permanecer pasivo aunque el plazo se hubiera extinguido; elementos que de por sí son insuficientes para generar una presunción al amparo del artículo 1253 del Código Civil en el sentido de que inequívocamente existía una intención de prorrogar, la cual habría de fundarse en cualquier caso en datos de mayor consistencia, inexistentes en el caso. De ahí que deban estimarse los indicados motivos por entender que la partición se llevó a cabo una vez fenecido el plazo, habiéndose infringido también el artículo 910 del Código Civil en cuanto se ha reconocido validez a un acto —la partición— viciado de nulidad al haber sido realizada por quien ya no tenía reconocidas las facultades necesarias para ello por haber terminado su función.

La estimación de los anteriores motivos determina que la Sala deba resolver dentro de los términos en que aparece planteado el debate (artículo 1715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), siendo así que al haber sido realizada la partición fuera del plazo legal y de su prórroga se impone declarar su nulidad con las consecuencias inherentes a ello, según postulaba el actor don José María en el suplico de su demanda.

SUCESIONES

La normativa aplicable a los derechos sucesorios del adoptado es la vigente en el momento de fallecimiento y, por tanto, bajo el régimen de la Ley de 1981, el adoptado en forma plena carece de derechos hereditarios respecto de su familia biológica.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Concepción y don Bartolomé presentaron demanda de menor cuantía contra doña Julia solicitando que se dictase sentencia declarando el cese del proindiviso existente entre las partes.
- ⊙ Doña Julia se personó en autos y contestó a la demanda, planteando al mismo tiempo reconvencción en la que solicitaba que se declarase que la misma tiene derecho a suceder a su padre biológico don Juan Carlos, debiendo declararse nulo y sin efecto el auto de declaración de herederos abintestato que respecto de la sucesión de aquél se dictó con fecha 28 de enero de 1988 por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Madrid en los Autos 906/87, de los seguidos ante aquél, debiendo declarar como herederos forzosos de don Juan Carlos por mitad y por partes iguales a don Bartolomé y a doña Julia, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria a favor del cónyuge viudo, siendo nula la escritura pública de partición y adjudicación de herencia otorgada por don Bartolomé y doña Verónica ante el Ilre. Sr. Notario de Madrid, don Blas Piñar López, con fecha 10 de marzo de 1988, declarando nulas y sin efecto las operaciones particionales realizadas, con las consecuencias que se deriven de dicha declaración de nulidad, debiendo dirigirse al Registro de la Propiedad los mandamientos necesarios a fin de que se proceda a la cancelación de las inscripciones con causa en las actuaciones declaradas nulas, manteniendo el resto de los pronunciamientos realizados en la sentencia de instancia.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de San Lorenzo de El Escorial dictó Sentencia el 20 de enero de 1996 estimando parcialmente la demanda y desestimó la reconvencción.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 21.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 23 de junio de 1999 desestimando la demanda y estimando en lo sustancial la reconvencción.
- ⊙ Don Bartolomé interpuso recurso de casación que fue estimando por el juzgado quien confirmó la sentencia del juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Doña Julia formuló demanda reconvenccional contra doña Concepción y don Bartolomé, interesando que se declarara la nulidad del auto de declaración de herederos dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Madrid, con fecha 28 de enero de 1988, en el que se declaraba como único heredero abintestato de don Juan Carlos, fallecido el día 2 de febrero de 1984, a su hijo don Bartolomé, por entender que

siendo hija biológica de éste y de doña Verónica, aun cuando hubiera sido adoptada de forma plena por su tía abuela doña Flora, según escritura de fecha 10 de enero de 1975, tenía derecho a la herencia de su padre biológico.

La Audiencia Provincial, revocando la sentencia del Juzgado, estimó la demanda reconvenccional por entender, en síntesis, que aun cuando la nor-

mativa jurídica vigente en materia de adopción en el momento del fallecimiento mantenía silencio respecto de los derechos sucesorios del adoptado respecto a su familia por naturaleza, existía una cierta relación entre el adoptado y su familia natural derivada de los artículos 176.3.º y 4.º, 177 II, 178.4.º y 179.2.º y a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, que suprimió al artículo 176 del Código Civil (CC), no existía parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante.

1. Motivos del recurso.

Por infringir la Sentencia de 23 de junio de 1999 dictada por la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, aclarada por auto de la misma Sala de 26 de julio de 1999 las normas del ordenamiento jurídico, relativas a los efectos de la adopción en la legislación vigente el 2 de febrero de 1984, concretamente los artículos 108 y 176 párrafos 1.º y 2.º del Código Civil, al no hacer aplicación de los mismos; por errónea interpretación de los artículos 176, párrafos 3.º y 4.º, 178, párrafo 4.º y 179, párrafo 2.º del Código Civil, vigentes el 2 de febrero de 1984, así como de la jurisprudencia de este Alto Tribunal que menciona: Sentencias de 27 de junio de 1987 y de 23 de septiembre y 27 de noviembre de 1992; por infringir la Sentencia recurrida las normas del ordenamiento jurídico, concretamente el artículo 14, especificado en el 39.2 de la Constitución Española, violándolo por no hacer aplicación del principio constitucional de igualdad legal de las filiaciones, discriminando al hijo matrimonial del causante y favoreciendo a la hija biológica de éste en perjuicio de aquél.

En esencia se funda el recurso en que la sentencia impugnada, al reconocer derechos hereditarios de la adoptada plenamente en la familia biológica con arreglo al régimen vigente en 1984, subvierte el principio de absoluta identidad de efectos entre las filiaciones por naturaleza, matrimonial y no matrimonial, y la adoptiva plena introducido por la Ley 11/1981, que modificó el artículo 108 CC y desconoce el principio de desvinculación del adoptado respecto de la familia biológica, que se refleja, en la redacción vigente en el momento del fallecimiento, en el artículo 176 CC, el cual, aunque reintroducido por la Ley 30/1983, es consecuencia del principio de identidad antes reseñado; interpreta los artículos 176.3.º y 4.º, 177 II, 179.2.º, 179.3.º CC y las tres SSTs que cita, deduciendo la consecuencia errónea de que no existe una desvinculación del adoptado respecto de su familia biológica; y provoca una discriminación del recurrente frente a la hija adoptada plenamente, a quien se le vienen a reconocer mayores derechos sucesorios que al hijo por naturaleza.

2. Legislación aplicable por razones de Derecho transitorio.

No existe controversia acerca de la legislación aplicable para resolver la cuestión planteada. Determinando el fallecimiento de una persona la apertura de la sucesión (artículo 657 CC), de la disposición transitoria duodécima del CC se infiere el principio de que los derechos a la herencia se rigen por la legislación vigente en el momento del fallecimiento. La disposición transitoria octava de la Ley 11/1981 se acoge a él, al establecer que las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor dicha ley se regirán por la legislación anterior, y las abiertas después por la nueva ley.

No resulta, en consecuencia, de aplicación, la disposición transitoria octava del CC, que se limita, al referirse a la adopción, a consagrar el principio de aplicación inmediata de la nueva ley a los expedientes de adopción pendientes de tramitación.

No es, pues, de extrañar, que la STS de 23 de septiembre de 1992, en doctrina jurisprudencial ratificada por la STS de 27 de noviembre de 1992 (ambas citadas por la sentencia impugnada) declare que los supuestos hereditarios del adoptado habrán de valorarse a la luz del Derecho que esté vigente en esa fecha del fallecimiento del padre biológico.

En el caso examinado, el fallecimiento del causante tuvo lugar el 2 de febrero de 1984, por lo que las normas aplicables por razones de Derecho transitorio son las vigentes en la expresada fecha.

3. La extensión por la Ley de 1981 a los hijos adoptivos del principio constitucional de no discriminación por razón de nacimiento.

La disposición transitoria de la Ley 11/1981, de 13 mayo, de Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, fue interpretada, desde el punto de vista de su compatibilidad con la Constitución, por la STC 155/1987 en el sentido de que la remisión a la legislación posterior como reguladora de las sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de dicha ley comprende toda la legislación (no sólo la contenida en el Código Civil) de la que en sentido lato forma parte también la Constitución. Se concluye que a partir de su vigencia se consagró en este ámbito el principio de igualdad o no discriminación por razón de la clase de nacimiento proclamado en el artículo 14 refiriéndolo no sólo a la filiación matrimonial o extramatrimonial, sino extendiéndolo también a la adoptiva.

En el mismo sentido la STS de 10 de febrero de 1986 había declarado que en todas las sucesiones abiertas tras la entrada en vigor de la Constitución es aplicable el citado principio.

A la vista de la STC 33/1983, que admitió la constitucionalidad de la distinción de efectos

entre la adopción plena y la adopción menos plena, debe entenderse que la extensión del principio de identidad de filiación a los hijos adoptivos no es consustancial al principio de no discriminación por razones de filiación, pero implica la introducción por el legislador de un criterio de igualación que coloca la situación de éstos bajo la cobertura del principio de igualdad en la aplicación de la ley. La STC 59/1982—seguida por otras posteriores, como la STC 197/2000— declara que el FJ 3 que «para afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma (...) tiene relevancia jurídica es menester demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados. Esta regla o criterio igualatorio puede ser sancionado directamente por la Constitución (por ejemplo, por vía negativa, a través de las interdicciones concretas que se señalan en el artículo 14), arrancar de la Ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del Derecho.»

El criterio legal igualatorio, tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, se plasma en el artículo 108.3, el cual establece que la «filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva (el término plena fue suprimido por Ley 21/1987, de 11 noviembre) surten los mismos efectos conforme a lo dispuesto en este Código». El mismo criterio, en el régimen sucesorio, aparece reflejado en el artículo 807 CC mediante la desaparición de toda referencia a la naturaleza de los vínculos de filiación al establecer que son herederos forzosos «los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes».

La lógica consecuencia de la aplicación de este principio es que las reformas introducidas por Ley 11/1981 en el artículo 108 CC vinieron a establecer la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica. Con ello se superaba claramente el régimen anterior, pues no sólo los dos primeros párrafos del artículo 176 CC (que establecían la igualdad de derechos del adoptado y su parentesco con la familia del adoptante), introducidos por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, no existían en la Ley de 4 de julio de 1970, sino que ésta suprimió el párrafo 174 V de la anterior Ley de 24 de abril de 1958, que establecía que «el adoptado conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza», dando lugar ya entonces a opiniones doctrinales favorables, junto con otras contrarias, a la tesis de que el adoptado perdía sus derechos sucesorios en la familia de origen.

Es cierto que la Ley 30/1981 derogó el artículo 176 CC. Sin embargo, esta derogación no puede ser

interpretada en el sentido de que la Ley 30/1981 pretendió restringir un principio que constituía uno de los aspectos principales del acomodo a la Constitución del régimen legal de paternidad y filiación, pues bien puede decirse, que, proclamada con carácter absoluto la equiparación de la filiación adoptiva a los demás tipos de filiación en el artículo 108, el referido precepto constituía en este aspecto una mera consecuencia, por lo que la derogación de aquél no tenía otros efectos que los inherentes a razones de oportunidad legislativa o si se quiere, como ha dicho algún autor, a la comisión de un «bochornoso error de nuestros legisladores», pronto remediado.

En todo caso, como es bien sabido, y subraya con especial énfasis la parte recurrente, en el momento del fallecimiento del causante el precepto había vuelto a entrar en vigor, pues con el mismo texto de la Ley 11/1981 fue reintroducido por el artículo 5 de la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

En resolución, la equiparación de la filiación entre los nacidos dentro y fuera del matrimonio, que estableció por razones constitucionales la Ley 11/1981 mediante la modificación del CC, se extendió por esta Ley a los hijos adoptivos estableciendo un criterio de identidad o igualación y esto llevaba consigo, como lógica consecuencia, la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptante y la familia biológica—salvo los limitados efectos previstos por la Ley, necesitados de una interpretación restrictiva— y, consiguientemente, la de los derechos hereditarios que aquél pudiera ostentar respecto de ésta.

4. Los vínculos con la familia biológica y su interpretación restrictiva.

Es cierto que, como declara la sentencia impugnada, de la regulación contenida en la modificación del CC introducida por la Ley 11/1981 (hoy en su mayoría derogada) no puede deducirse una desvinculación absoluta y total, es decir, comprensiva de absolutamente todos los aspectos de su regulación, del adoptado con su familia biológica. Y es cierto también que en ningún precepto de la expresada ley se establecía de modo expreso que el adoptado en forma plena no tuviera derechos sucesorios respecto de su familia de origen.

Es de ver, sin embargo, cómo los distintos preceptos a los que sentencia impugnada atribuye el reconocimiento de una vinculación entre el adoptado y su familia congénita tienen un alcance restringido y se justifican por razones de excepción al criterio de igualación entre la filiación adoptiva y las demás o por razones de retórica legislativa fundadas en la voluntad de evitar interpretaciones favorables al mantenimiento de la situación anterior a la entrada en vigor de la Ley 11/1981:

a) La referencia a los parientes por naturaleza que se contiene en el artículo 176.4.º CC no tiene otra finalidad que la de excluirlos del llamamiento en los casos de extinción de la patria potestad correspondiente al adoptante. La mención del parentesco con la familia congénita no implica, pues, reconocimiento de vínculo con ésta, sino el énfasis legal de la nueva regulación en acabar con los expresados vínculos.

b) El artículo 177 II CC admite, obviamente, la posibilidad de la acción de reconocimiento de la filiación biológica por parte del adoptado de manera plena, pero el reconocimiento de ésta, que tiene su justificación en la existencia de causas de extinción de la adopción (como demuestra hoy el hecho de que el precepto se mantenga como uno de los apartados del artículo que regula dichas causas de extinción: artículo 180 CC), carece de virtualidad para sostener la existencia de un vínculo efectivo con dicha familia mientras la adopción plena conserve su vigencia, puesto que expresamente se establece que la filiación biológica así determinada carece de efectos sobre la adopción.

La STS de 27 de junio de 1987, citada en la sentencia recurrida, reconoce, de acuerdo con este precepto, frente a la alegación de la parte recurrente de la carencia del menor de acción e interés para solicitar una declaración de filiación natural que resulta contradictoria con la adoptiva, «la posibilidad de que con posterioridad al hecho de la adopción se determine la naturaleza o familia sanguínea del adoptado», añadiendo «que persiste el lazo preexistente entre el mismo y su familia natural». Sin embargo, debe notarse que: a) la única consecuencia que la STS extrae de esta declaración es la del reconocimiento de la acción de filiación, dada «la posibilidad de que aquel vínculo sea modificado con posterioridad a la adopción, si bien los efectos de tal cambio de *status* familiar no deben afectar a ésta»; b) la sentencia hace la proclamación general de que «la redacción dada al Capítulo V, Título VII, Libro I del Código Civil, relativo a la adopción, por la Ley 7/1970, de 4 de julio, marcó un progreso sobre la de la Ley de 24 de abril de 1958, en cuanto a la separación del adoptado con relación a su familia natural, postura esta mantenida por la redacción actual, dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo»; y c) que el razonamiento en su conjunto tiene un carácter de *obiter dicta* [razonamientos incidentales], puesto que se advierte que se trata de una cuestión nueva extemporáneamente planteada en el recurso de casación.

c) El mismo carácter limitativo del artículo 176.4.º CC, estudiado en el apartado a), debe predicarse del artículo 178 IV CC, puesto que, al establecer que «al adoptado no le serán exigibles

deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza», menciona ciertamente el parentesco con los ascendientes o colaterales por naturaleza, pero lo hace con la única finalidad de excluir los deberes del adoptado con respecto a éstos.

d) El artículo 179.2.º CC, al expresar que los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la ley en la herencia del adoptado (sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812 CC: reserva en favor de los ascendientes de los bienes donados a los descendientes fallecidos sin posteridad), es cierto que no realiza la proclamación inversa en relación con los derechos del adoptado respecto de la familia congénita; pero esto no significa que sea válido aquí el argumento a contrario (por inversión) [siempre peligroso desde el punto de vista de la necesidad de evitar interpretaciones formalistas de la norma ajenas no sólo a la *voluntas legis* (voluntad de la ley), sino también a la lógica material de las instituciones], puesto que la interpretación debe realizarse de acuerdo con el valor complementario que los principios del Derecho tienen respecto de las llamadas reglas de conducta o de corrección. Existiendo de manera tajante en la Ley la proclamación de un principio de igualdad entre la filiación adoptiva y las restantes dotado de un indudable respaldo constitucional, la consecuencia a que debe llegarse es que la omisión del artículo 179.2 CC del predicado inverso no responde a la voluntad de excluir lo que no se regula, sino a la de subrayar lo que en él se expresa: la exclusión de los derechos hereditarios de los parientes por naturaleza respecto del adoptado.

Las SSTS de 23 de septiembre de 1992 y de 27 de noviembre de 1992, también citadas, aplican al argumento a contrario para interpretar el artículo 179.2 CC en la redacción dada por la Ley de 4 de julio de 1970, diciendo que «únicamente en su segundo párrafo, eliminaba de los derechos por ministerio de la ley a los parientes por naturaleza, en la herencia del adoptado, con lo cual, no cabía entender el efecto a la inversa, esto es, que el propio adoptado careciera de derechos en la herencia de los parientes por naturaleza»; pero de las expresadas sentencias no se infiere que esta argumentación sea aplicable a la regulación posterior, inspirada por nuevos principios, puesto que se afirma que «hay que tener en cuenta que como pervive dicho padre biológico y, en la actualidad rige la nueva legalidad de la Ley 11 de noviembre de 1987, con los efectos jurídicos previstos en el artículo 178.1 de cualquier forma, estos derechos supuestos hereditarios habrán de valorarse a la luz del Derecho que esté vigente en esa fecha del fallecimiento del padre biológico».

Por otra parte, también aquí el argumento tiene un valor de *obiter dicta*, puesto que la razón operativa de la desestimación del motivo del recurso radica en que el adoptado pretendía defender sus derechos legitimarios derivados de la supresión del padre biológico cuando no se había abierto aún la sucesión.

5. Consecuencias de la estimación del recurso.

La estimación del recurso de casación con la consiguiente asunción por esta Sala de facultades de instancia conduce, según lo razonado, a la desestimación del recurso de apelación y a la confirmación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

SUCESIONES

La sustitución fideicomisaria condicional a favor de los hijos y descendientes legítimos comprende a los adoptados plenamente según la Ley de 1981, aplicable en el momento en que se cumpla la condición.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Juan otorgó testamento abierto ante notario el 18 de abril de 1962, en el que, entre otras disposiciones, legó a su hermano don Alonso y su esposa doña Natalia el usufructo de determinados bienes, disponiendo que «si el hermano del testador don Alonso dejase hijos o descendientes legítimos los bienes que sean objeto del usufructo vitalicio anteriormente expresado, al fallecimiento del último de los usufructuarios pasarán en pleno dominio a los hijos o estirpes de los mismos dejados por el expresado don Alonso », y caso de que no «dejase hijos o descendientes legítimos», los atribuye al pueblo de Astillero.
- ⊙ Don Juan falleció el 25 de marzo de 1991 sin tener herederos forzosos.
- ⊙ Don Alonso, hermano del causante, adoptó, en forma menos plena, a doña Nieves el 8 de agosto de 1966 y, con los efectos propios de la adopción plena, el 13 de marzo de 1992, una vez fallecido don Juan.
- ⊙ Doña Nieves interpuso demanda contra don Alonso y contra doña Natalia, que se allanaron, y contra el Ayuntamiento de Astillero, en la que, esencialmente, solicitaba que se declare que ostenta la cualidad necesaria para tener la condición de heredera testamentaria de don Juan o, subsidiariamente, que la voluntad última del testador fue considerar a la actora como hija de su hermano y en consecuencia heredera en pleno dominio de los bienes sobre los que constituyó usufructo, una vez fallecidos los usufructuarios.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Santander dictó Sentencia el 30 de mayo de 1997 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Cantabria dictó Sentencia el 15 de julio de 1999, estimando el recurso interpuesto por doña Nieves revocando parcialmente la sentencia del juzgado en el sentido de declarar que la recurrente es hija de don Alonso. La sentencia se funda, en síntesis, en que en la institución de herederos fue hecha a favor de «los hijos o descendientes legítimos» que dejase don Alonso al fallecimiento del último de los usufructuarios, por lo que, aun estando

equiparada a todos los efectos a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (artículo 108 del Código Civil), debe respetarse la voluntad del testador que, al emplear el término «legítimos» en la institución de herederos, designó a quienes fueran hijos consanguíneos y habidos dentro del matrimonio, requisitos legales de los hijos legítimos conforme a la legislación entonces vigente, artículos 108 y siguientes CC.

⊙ Doña Nieves interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien declaró: A) Que doña Nieves es hija de don Alonso. B) Que en consecuencia de lo anterior ostenta la cualidad necesaria para tener la condición de heredera testamentaria de don Juan hermano de don Alonso a tenor de lo expuesto por él mismo en la cláusula segunda punto b) de su último testamento de fecha dieciocho de abril de mil novecientos sesenta y dos, en el caso de cumplirse la circunstancia condicional de sobrevivir a los dos usufructuarios señalados en esta cláusula.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero del recurso considera infringido, por aplicación indebida, el artículo 675 del Código Civil en relación con los artículos 790 y siguientes del mismo cuerpo legal y se funda, en síntesis, en que el testador se refiere de forma genérica a todo tipo de hijos, separadamente de los «descendientes legítimos»; y de las circunstancias del testamento se desprende que la voluntad del testador era incluir a los hijos, a los que estaban equiparados testamentariamente los adoptivos (artículo 772 CC, modificado en 1958) y, además, el testador fue testigo de la proclamación constitucional de la igualdad de los hijos, con independencia de su filiación, y de las reformas legislativas posteriores.

El motivo es estimado por el Tribunal Supremo.

A) La STS de 15 de febrero de 2005 recuerda recientemente la abundante jurisprudencia mediante la que se ha declarado que: a) en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador (SSTS de 1 febrero 1988 y 9 octubre 2003, entre muchas otras); b) la interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria y sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley (SSTS de 14 de mayo de 1996, 30 de enero de 1997, 21 de enero de 2003, 18 de julio de 2005, entre muchas otras); y c) en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto (SSTS de 9 de junio de 1962 y 23 de

septiembre de 1971, 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998, 23 de febrero de 2002, entre otras).

En el mismo sentido, la STS de 28 de septiembre de 2005 declara que «señalan las sentencias de 11 de diciembre de 1992, 27 de febrero de 1997 y de 26 de abril de 1997, y las que ésta cita, que, aunque la investigación de la voluntad del testador, en que consiste la interpretación del testamento, constituye función exclusiva de los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas, cabe un control casacional de la misma, en beneficio de la lógica y del respeto a la propia ley.»

B) No nos hallamos ante una cláusula testamentaria que puede ser considerada contraria a una norma imperativa o prohibitiva, pues la asimilación de los hijos adoptivos a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio no implica que el testador no pueda excluirllos de la sucesión haciendo uso del principio de libre disposición de su patrimonio, siempre que respete los derechos legitimarios. Ni siquiera estamos ante un supuesto de *Drittwirkung*, o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares, dada la prevalencia en esta materia del principio de autonomía de la voluntad.

La determinación de la verdadera intención del testador, que constituye el quicio de la interpretación de los testamentos, exige atenerse en principio a las circunstancias jurídicas y sociales del momento en que el testamento se dictó. Sin embargo, cuando se utilizan conceptos definitorios de carácter genérico y de contenido predominantemente jurídico (que forman parte de las llamadas en la Teoría general del Derecho premisas sistemáticas) la interpretación del concepto no puede hacerse atribuyéndole consecuencias discriminatorias incompatibles con el alcance del concepto del

momento que es aplicado si no consta de manera suficiente que ésta fue la verdadera voluntad del testador (y siempre que la cláusula testamentaria no resulte contraria a una norma imperativa o prohibitiva y deba ser considerada por ello nula), pues es legítimo presumir que el testador no tiene la intención de introducir distinciones que puedan ser consideradas como contrarias a los principios o valores que rigen básicamente en la sociedad; y que al otorgar su última voluntad acepta la evolución natural de las concepciones sociales en sus aspectos fundamentales y las consecuencias inherentes a esta evolución.

C) En efecto, a partir de la interpretación conforme a la Constitución de la disposición transitoria de la Ley 11/1981, de 13 mayo, de Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la STC 155/1987 concluye que a partir de la Constitución se consagró en el ámbito de la filiación el principio de igualdad o no discriminación por razón de la clase de nacimiento (filiación, ya sea matrimonial, extramatrimonial o adoptiva) proclamado en los artículos 14 y 39 de la Constitución (CE).

En el mismo sentido la STS de 10 de febrero de 1986 había declarado que en todas las sucesiones abiertas tras la entrada en vigor de la Constitución es aplicable el citado principio.

A la vista de la STC 33/1983, que admitió la constitucionalidad de la distinción de efectos entre la adopción plena y la adopción menos plena, debe entenderse que la extensión del principio de identidad de filiación a los hijos adoptivos no es consustancial al principio de no discriminación por razones de filiación, pero implica la introducción por el legislador de un criterio de igualdad que coloca la situación de éstos bajo la cobertura del principio de igualdad en la aplicación de la ley. La STC 59/1982 –seguida por otras posteriores, como la STC 197/2000– declara en el FJ 3 que «para afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma (...) tiene relevancia jurídica es menester demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados. Esta regla o criterio igualatorio puede ser sancionado directamente por la Constitución (por ejemplo, por vía negativa, a través de las interdicciones concretas que se señalan en el artículo 14), arrancar de la Ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del Derecho.»

Este principio, tras la reforma del CC de 13 de mayo de 1981, se plasma en el artículo 108.3, el cual establece que la «filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva (el término plena fue suprimido por Ley 21/1987, de 11 noviembre)

surten los mismos efectos conforme a lo dispuesto en este Código». En el régimen sucesorio aparece reflejado en el artículo 807 CC mediante la desaparición de toda referencia a la naturaleza de los vínculos de filiación al establecer que son herederos forzosos «los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes».

A este respecto, la STS de 23 de mayo de 1991 declaró que «[l]os artículos 14 y 39.2.º de la Constitución, no implican una “constitucionalización” de los derechos de los hijos en punto a su igualdad respecto de los padres más que en los que sean de la sangre, sin posible discriminación de sin son *intra* o *extra* matrimoniales como se infiere del párrafo 3 del mismo artículo 39, pero sin que se configure un derecho de igualdad respecto de los adoptivos con relación a la familia del adoptante, pues tan sólo se define ese derecho de orden legítimo en la herencia del padre adoptante, y no por disposición constitucional obviamente, sino a través del artículo 823 del Código Civil según redacción de la Ley de 13 de mayo de 1981».

D) A partir de la modificación legislativa del régimen de filiación, entre otras consecuencias, la jurisprudencia ha sido constante en la equiparación de las referencias genéricas a los hijos o descendientes legítimos efectuadas en actos o contratos de disposición gratuita *inter vivos* o *mortis causa* o con efectos sucesorios como comprensivas de los hijos adoptivos, con la importante distinción de fundarse en la necesidad de evitar la vulneración de principio de igualdad en la aplicación de la ley, cuando la referencia se contiene en un texto legal, o en el hallazgo de la intención presunta del testador o donante, cuando se trata de una disposición testamentaria o de liberalidad:

a) La STS de 6 de febrero de 1997 parte de la absoluta equiparación de los hijos adoptivos a los que no tienen esta condición a efectos de la revocación de las donaciones por supervivencia de hijos afirmando que, fundada esta revocabilidad de la donación en el interés de la familia del donante, este concepto antes de la Constitución era muy restringido y alcanzaba a muy poco más de la familia legítima; desde la vigencia de la Constitución y tras la consecuente reforma del Código Civil por Ley 11/1981, de 13 mayo, el concepto de familia incluye a todos los hijos, sin discriminación por razón de su filiación, incluyendo los adoptivos sin posibilidad de distinción o discriminación.

b) La STS de 22 de junio de 2002, en un supuesto que guarda gran similitud con el aquí examinado, ante el concepto de «descendientes legítimos», utilizado para definir a los fideicomisarios en una sustitución fideicomisaria condicional, considera que no puede aplicarse al concepto de descendientes legítimos la interpretación literal que resulta

del texto de la donación, sino la interpretación que debe darse al concepto de hijo, en el año en que debe aplicarse, 1990, en que se cumple la condición y se purifica la sustitución fideicomisaria.

Conviene advertir, respecto del supuesto planteado en esta sentencia, que, aunque carece de efectos para la resolución del asunto, como advierte la STS de 9 de febrero de 1998 «conviene que se recuerde, a efectos de ilustración, el apartado 3 de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de diciembre de 1986: «los estudios doctrinales realizados acerca de lo que se conoce con el nombre de “pseudo usufructo testamentario” que encarna una auténtica sustitución fideicomisaria han contribuido a deslindar los campos en que se mueven una y otra institución (usufructo y sustitución) así como originado un gran avance en la diferenciación o identificación entre ambas figuras. Pero ello no supone que siempre que se esté ante un usufructo testamentario haya que identificarlo con una sustitución fideicomisaria, cualquiera que puedan ser las analogías que medien entre ambas instituciones, y aunque muchas veces, en la práctica, sea difícil diferenciarlas, siempre resultará que en el usufructo el titular tiene un *ius in re aliena*, con su régimen peculiar, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, con la obligación de conservarlos y con sujeción a un régimen distinto del de usufructuario y, además, porque el testador, cuando desmembra el derecho en usufructo y nuda-propiedad no hace un doble llamamiento sucesivo respecto de la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas, de modo inmediato, las facultades integrantes del derecho».

c) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 14 de julio de 2004), el valor de cuya jurisprudencia no sólo deriva de la ratificación por España del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino también de la referencia en el artículo 10 CE a este tipo de instrumentos internacionales para orientar la interpretación de los derechos fundamentales, considera como exigencia del principio de no discriminación la inclusión en el concepto de hijo de los adoptivos, argumentando que «un niño que ha sido objeto de una adopción (...) se encuentra en la misma situación jurídica que si fuese hijo biológico de sus padres, y ello a todos los efectos: relaciones y consecuencias vinculadas con su vida familiar y derechos patrimoniales derivados de ello». Para ello declara que la cláusula testamentaria debe ser interpretada y aplicada muchos años después de la muerte del testador tras

«profundos cambios tanto en el ámbito social como económico y jurídico», de tal suerte que «el juez no puede ignorar estas nuevas realidades» y debe «conferir a la disposición testamentaria el sentido más conforme con el derecho interno y con el Convenio».

d) Por su parte, la STS de 15 de febrero de 2005 declara que «(...) el testador estableció una sustitución fideicomisaria condicional en la que la condición puesta por el testador es la de tener sucesión (...) resulta evidente que en este caso, la condición de morir sin sucesión se incumplió, porque los dos hermanos José Ignacio y Maite (...) fallecieron con sucesión. La referencia a la sucesión, es por tanto genérica y no se limita a los hijos biológicos que pueda tener el fiduciario, en este caso doña Maite, sino a sus sucesores, de manera que no se puede discriminar tal como pretenden los recurrentes y toda la alegación referida a la aplicación de la disposición transitoria 8.^a de la Ley 11/1981 resulta absolutamente artificiosa y contraria a lo realmente querido por el testador. Esta interpretación está de acuerdo con las Sentencias de esta Sala de 6 de febrero de 1997 y 22 de junio de 2002, que consideran que «no debe hacerse discriminación contra un hijo adoptivo» y la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 14 de julio de 2004, que consideró que la interpretación hecha por los tribunales andorranos de una cláusula testamentaria excluyendo a los hijos adoptivos vulneraba el artículo 14 del Convenio europeo de Derechos humanos, en relación con el artículo 8 del mismo convenio (...).»

E) Pocas dudas pueden, en consecuencia, abrigarse, sobre la interpretación que debe darse al concepto de «hijos o descendientes legítimos» que se emplea en la disposición testamentaria controvertida para evitar las consecuencias de una interpretación discriminatoria por razón de filiación que, a falta de una determinación expresa, no puede considerarse que constituya la verdadera intención de testador y, por ello, adquiere relevancia en relación con el derecho constitucional de igualdad. Al no haberlo entendido así la sentencia de instancia –que mantiene el criterio de atenerse a una interpretación de la expresión utilizada por el testador, con el valor jurídico restrictivo que tenía en el momento en que fue emitida, al margen de las concepciones sociales y de su evolución y, con ello, de la intención presunta del testador– no se atiene a esta interpretación y, por ende, incurre en las infracciones legales que se le reprochan.

SUCESIONES

Donación. Revocación por ingratitud ex artículo 648.1.º del Código Civil. Apropiación de dinero por los esposos demandados. No es preciso que se trate de delito tipificado penalmente, sino conducta reprochable, acciones que pueden ser delictivas.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 2006

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Marta interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra don Fidel y doña Carmela y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que condene a los demandados a estar y pasar por las siguientes declaraciones: 1.ª) Decretar la revocación de la donación efectuada en fecha 21 de mayo de 1996, por mi mandante a favor de los demandados, ante el Notario de Gerona don Luis Sánchez Ibáñez, núm. de protocolo de 1372, por las causas primera y tercera del artículo 648 del Código Civil, así como ordenar la cancelación de la inscripción cuarta en el Registro de la Propiedad núm. cinco de los de Gerona, respecto de la finca 10.459. 2.ª) Condenar a ambos demandados a devolver a mi principal, todas las cantidades que le han sustraído, durante esta época, de la Caixa de Gerona y la Caixa del Penedés y que asciende a cantidad de 20.102.709 pesetas. 3.ª) Intereses desde la presentación de la presente demanda. 4.ª) Costas del presente procedimiento.
- ⊙ Don Fidel y doña Carmela contestaron a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminando suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que estimando la primera excepción invocada sin entrar en el fondo del asunto se desestime la demanda y para el caso de no acogerse la primera excepción, se desestime la demanda entrando en el fondo del asunto por los motivos expuestos en el cuerpo del presente escrito con imposición de costas de acuerdo con lo expuesto con el punto sexto de los fundamentos de derecho.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Gerona dictó Sentencia el 19 de noviembre de 1998 estimando parcialmente la demanda condenando a los demandados a que reintegren a la parte actora la cantidad de 7.000.000 millones de pesetas que se encuentra depositada en la cuenta a plazo fijo de la Caixa Penedés núm. 1422, así como el saldo existente de la cuenta núm. 7061, abierta en la misma entidad dado que en la misma se abonan los intereses de la anterior cuenta. Igualmente condenó a don Fidel a que reintegre la cantidad de 3.645.000 pesetas más los intereses legales desde la reclamación judicial. Por último decretó la revocación parcial de la donación efectuada a favor de don Fidel en fecha 21 de mayo de 1996 ante el Notario de Gerona don Luis Sánchez Ibáñez, núm. de protocolo 1372, por la causa primera del artículo 648 del Código Civil, procediéndose a la cancelación parcial de la inscripción cuarta en el Registro de la Propiedad núm. cinco de los de Gerona, respecto de la finca 10.459 y por lo que se refiere a la mitad indivisa inscrita a favor de don Fidel. Todo ello sin hacer expresa condena en costas.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Girona dictó Sentencia el 20 de diciembre de 1999 estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por doña Marta y desestimando el interpuesto por don Fidel y doña Carmela, revocó la sentencia de instancia en el único sentido de condenar también a don Fidel y doña Carmela a que abonen a la actora la suma de 1.457.709 pesetas, manteniendo en lo restante lo recogido en el fallo de la sentencia impugnada, sin hacer expresa imposición de costas procesales.

⊕ Las partes interpusieron sendos recursos de casación, estimándose por el Tribunal Supremo el formulado por la parte actora en el único sentido de declarar la revocación total por ingratitud de la donación efectuada a favor de don Fidel y doña Carmela el 21 de mayo de 1996, ante el Notario de Girona don Luis Sánchez Ibáñez, núm. de protocolo 1372, procediéndose a la total cancelación de la inscripción cuarta en el Registro de la Propiedad de Girona respecto de la finca núm. 10.459; asimismo, se casa y anula en el sentido de que las costas causadas en segunda instancia y respecto a su recurso de apelación se imponen a los mencionados demandados don Fidel y doña Carmela.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La acción ejercitada por la parte demandante es doble e íntimamente relacionada entre sí: se suplica en la demanda la devolución de unas cantidades que le fueron sustraídas por los demandados y, como consecuencia de ello, la revocación de la donación de una vivienda por ingratitud. La parte demandante era la anciana (contaba 83 años cuando interpuso la demanda) doña Marta y, al fallecer en la instancia, le sustituyó procesalmente don Carlos Jesús, esposo de su hermana Andrea, fallecida anteriormente, a su vez fallecido y sustituido en casación por sus herederos don Narciso y doña Trinidad.

La *quaestio facti* la explican con detalle las sentencias de instancia, contando las relaciones personales entre la demandante doña Marta, su heredero don Carlos Jesús viudo de su hermana Andrea y los demandados, esposos don Fidel y doña Carmela que fueron complicadas y contradichas entre ellos, pero que en casación se reducen a un tema: se ha declarado acreditado –lo cual es inmovible en casación– que los esposos demandados hicieron suyas una serie de cantidades propiedad de doña Marta, actuando don Fidel y éste y su esposa doña Carmela hicieron suya también una cantidad propiedad de aquélla para pago del impuesto de la donación del inmueble de aquélla a éstos; igualmente ambos se apoderaron de la cifra de siete millones de pesetas.

La *quaestio iuris* se concreta a los dos extremos correspondientes a la doble acción ejercitada: la devolución de las cantidades que fueron apropiadas por los demandados y la revocación de la donación por ingratitud conforme a la causa primera del artículo 648 del Código Civil.

En primer lugar es de ver el recurso de casación formulado por la parte demandante en la instancia, en dos motivos al amparo del número 4.º de artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ambos serán estimados.

El primero mantiene la infracción del artículo 648, número 1.º del Código Civil que prevé la revo-

cación de la donación por ingratitud si los donatarios han cometido algún delito contra los bienes del donante, entendiéndose por delito la «conducta socialmente reprobable pero con base en acciones que puedan ser delictivas aunque no formalmente declaradas tales», como dice la Sentencia de 13 de diciembre de 1993 y es constante jurisprudencia que ahora se reitera. Se han declarado probadas una serie de sustracciones o apropiaciones, sin entrar en tipificaciones penales, que cometieron los dos demandados, matrimonio de don Fidel y doña Carmela, si bien ciertamente él actuó en la mayoría de las veces pero la sentencia de instancia, objeto del recurso, de la Audiencia Provincial, después de declarar acreditada la sustracción del dinero de doña Marta por los dos –marido y mujer– para pagar el impuesto de transmisiones de la donación, además de otra apropiación de siete millones de pesetas, por los dos y a ambos les condena a devolverlos, sorprendentemente dispone la revocación de la donación sólo en la mitad que alcanza al marido y no a la mujer, casada en régimen presuntivo en Cataluña de separación de bienes. Lo cual infringe directamente el artículo mencionado del Código Civil. Ambos dispusieron del dinero de la donante, en su beneficio y contra ley y se les condena a devolverlo; por tanto a ambos debe alcanzarse la revocación de la donación, en aplicación de dicha norma.

En cuanto al motivo segundo, también es preciso acogerlo, pues la sentencia de la Audiencia Provincial desestima totalmente el recurso de apelación de la parte demandada y, pese a ello y a lo que ordena el artículo 710, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no la condena en las costas causadas en tal instancia, infringiendo dicha norma.

En consecuencia, asumiendo la instancia esta Sala y resolviendo lo que corresponde dentro de los términos en que aparece planteado el debate, como dispone el artículo 1715.1.3.º de la misma ley, debe ordenarse la total revocación de la donación y condenarse a la parte demandada en las costas causadas en la segunda instancia.

SUCESIONES

Validez del testamento ológrafo inserto en una tarjeta de visita y en una carta que la acompañaba remitidas por el testador desde Francia por correo urgente, dejando sin efecto el testamento notarial anterior.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Pedro, promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre protocolización de testamento ológrafo e impugnación de testamento notarial y adjudicación de la herencia de don Marco Antonio, contra doña Irene, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: «Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y sus copias, y por parte en la representación en que comparece y deja acreditada, se sirva admitirlo, y en su virtud, acuerde el emplazamiento de la demanda, con entrega de la copia de la demanda y documentos, para que se personen y verificado la contesten dentro de tiempo y en legal forma, sustanciándose el presente pleito por todos sus trámites, dictándose por el Juzgado en su día sentencia por la que se declare: A) La protocolización del testamento ológrafo del causante Sr. Marco Antonio, de fecha 17 de febrero de 1994, en favor de don Pedro. B) La revocación e ineficacia del testamento notarial del causante Sr. Marco Antonio, de fecha 4 de diciembre de 1986, en favor de doña Irene. C) La nulidad de todos los documentos públicos y privados de adjudicación de los bienes, derechos y acciones de la herencia de don Marco Antonio que haya otorgado o suscrito la demandada, condenando a la misma a estar y pasar por esta declaración. D) La nulidad de todas las inscripciones de dominio y demás derechos reales, así como cualquiera clase de anotaciones practicadas a favor de la demandada en el Registro de la Propiedad sobre los bienes inmuebles de la herencia del Sr. Marco Antonio, que se relacionan en el hecho sexto de esta demanda, así como de otros que puedan existir y que la demandada deberá poner en conocimiento de esta parte, decretando en consecuencia la cancelación de las mismas. E) Que la demandada es poseedora de mala fe de los bienes, derechos y acciones de toda la herencia que detenta contra derecho, en base a haberse adjudicado la herencia. F) En consecuencia se condene a la demandada a entregar al actor en su condición de heredero testamentario del causante don Marco Antonio, derechos, la totalidad de los inmuebles, muebles, acciones, divisas y bienes dinero pertenecientes a la herencia que, asimismo, estén en su posesión y, cualesquiera otros que resultaren estar en posesión de la expresada demandada de la misma procedencia, restituyendo con ellos en todo caso, sus accesorios y los frutos y devengos producidos y pendientes al tiempo de la interposición de la demanda, así como el valor de todos los bienes, derechos y acciones que hubiese enajenado desde el momento en que entró en posesión de la herencia. G) Se condene a la demandada al pago de todas las costas procesales, por su temeridad y mala fe.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, la contestó oponiéndose a la misma, y, suplicando al Juzgado que se dicte en su día sentencia declarando no haber lugar a protocolizar el supuesto testamento ológrafo por no reunir ninguno de los requisitos que exige la ley y por ende por no haber lugar a las demás peticiones que se hace en el suplico de contrario.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 43 de Madrid dictó Sentencia el 9 de abril de 1997 estimando la demanda.

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 18.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 22 de diciembre de 1999 estimando el recurso y desestimando la demanda.
- ⊙ Don Pedro interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión litigiosa se centra principalmente en la determinación de si la tarjeta de visita y la carta que la acompañaba, remitidas por don Marco Antonio al demandante desde Francia por correo urgente, a cuya capital se había desplazado para el tratamiento facultativo de una gravísima enfermedad, constituían o no testamento ológrafo, y en definitiva, si aquél instituyó heredero a don Pedro, y dejaba sin efecto su anterior testamento notarial, donde la demandada figuraba como heredera exclusiva; el referido don Marco Antonio, de 57 años de edad, natural y vecino de Madrid, falleció en esta ciudad el 22 de enero de 1995.

Los motivos primero y segundo del recurso, ambos con cobertura en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –uno, por interpretación errónea de los artículos 667, 675 e inaplicación de los artículos 676 y 678, todos del Código Civil, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada no ha valorado que la tarjeta de visita, con la carta que la acompañaba, enviada por don Marco Antonio por correo urgente y certificado a don Pedro, constituía un testamento ológrafo, sin embargo se trata de una disposición testamentaria de esta naturaleza; y otro, por infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de 8 de junio de 1918, 27 de diciembre de 1997, 31 de diciembre de 1992, 18 de julio de 1991, 3 de abril de 1965, 21 de febrero de 1962, 4 de noviembre de 1961 y 1 de junio de 1951, relativas al testamento ológrafo y a la interpretación de los actos testamentarios– se estiman por el Tribunal Supremo por las razones que se dicen seguidamente.

Obra en los autos la fotocopia de una carta manuscrita con el siguiente contenido literal: «17.02-94.- 95110 Sannois (Francia) Sr. don Pedro.– Se adjunta una tarjeta de visita, con orden de cambio notarial, del nombre de Irene por el de: Pedro. Fdo: Marco Antonio (sigue una firma) D.N.I. NÚM000 P.D.: Ref. R. Valdés o Araceli Solamillas (99) con recuerdos a ambos–». También, se encuentra en las actuaciones la fotocopia de una tarjeta de visita de Marco Antonio, Ingeniero Industrial, Diplomado en Economía de Empresas, Dpto. Ingeniería, Empresa Nacional del Gas, SA, Avda. de América, 38, Madrid, 2, cuyo texto manuscrito dice textualmente

lo siguiente: «16-02-94.- Sannois-95110; 97 Rue Lte Keiser; Tlf. Mr. Albert Richard (KIKO) -07-33139714 115. Querido Pedro: Dado el adverso y persistente clima, que para mi lesión cardíaca domina en España, me vine a París sin conseguir salir de la gran borrasca. En espera que esto lo podamos comentar con una gran dosis de humor, te anticipo, y disculpa la faena, mi deseo de sustituir el nombre de Irene, por el de Pedro, único testamento notarial –Araceli y R (sigue una firma) con la confianza de que des un aire alegre a eso que don F. de Q. y V. llama “Poderoso Caballero D...”. Las llaves del estratégico pisito, las tiene Estela (Faremec.) quien ha tenido a bien custodiar, a quien agradecerás, y te / me pondrás a su entera disposición.– Recuerdos y un abrazo (sigue una firma)». don Antonio Huerta Trolez, Notario de Madrid, ha dado fe de que ambas fotocopias son reproducción fiel y exacta de sus originales, que tenía a su vista y habían sido cotejados por él. Asimismo, aparece unido a los autos el testimonio del expediente de protocolización de testamento ológrafo de don Marco Antonio, promovido por don Pedro y al que se opuso la representación procesal doña Irene, donde por auto de 22 de mayo de 1995, se acordó su sobreseimiento, dejando a salvo el derecho de las partes para ejercitarlo en el juicio que correspondiera; en dicho expediente figura el dictamen del perito judicial, con la conclusión de que los textos y firmas del testamento ológrafo que se reproduce en los documentos 4, 5 y 6, han sido suscritos por la misma persona que la indubitada perteneciente a don Marco Antonio, con relación de identidad entre sí.

La sentencia recurrida considera que no se puede entender que el documento escrito por don Marco Antonio revele la resuelta intención de disponer de sus bienes por sí mismo y de manera definitiva, sino que es simplemente la exteriorización de un proyecto o deseo a materializar posteriormente y que, en definitiva, no llegó a hacerlo, y ello porque en ningún momento manifiesta disponer de sus bienes o instituir heredero al demandante, sino que pone en su conocimiento, y le anticipa, su deseo de instituirle, anticipación esta y formulación de un deseo, según sus propias palabras, que no puede considerarse intención de disponer de sus bienes

en ese concreto documento, sino en el futuro; y que esa intención no se materializó se deriva claramente de los propios actos del causante que remitió tal tarjeta desde Francia en febrero de 1994 y, tras su regreso a España, no falleció hasta casi un año después, el 22 de enero de 1995, sin acudir, como sería lo propio al notario a realizar por sí mismo lo que, según manifestó, quería efectuar, es decir, cambiar en ese testamento la institución de heredero, siendo así que estaba plenamente capacitado en cuanto a su estado físico para ello como lo acredita el hecho de acudir a una entidad aseguradora a suscribir determinadas pólizas y a una entidad bancaria a sustituir la titularidad en una cuenta corriente para beneficiar a don Pedro, sin que, como era lo lógico de persistir en su intención, compareciera en la notaría a los efectos que el mismo expresó en esa tarjeta, de lo que cabría deducirse que su intención de favorecer al demandante la materializó en esos cambios sin que quisiera llegar a más; pero no sólo ello, sino que dada la capacitación intelectual del causante y sus actos realizados con anterioridad, cabe deducir que era íntegramente conocedor de la forma en que debería redactarse una disposición testamentaria ológrafa, como es de ver al folio 207 de los autos, con lo que si no quería acudir a la notaría, como sí lo hizo a las entidades aseguradora y bancaria, podría haber redactado su voluntad en una forma clara y precisa; que su intención en un determinado momento fue la de modificar la institución de heredero es clara, como se deriva de las declaraciones testificales y a la vista además de la ruptura de relaciones con la demandada, pero lo que no está probado, ni se deriva del documento litigioso ni de sus actos posteriores, es que esa intención la llevara a efecto, de modo y manera que mostrando en la tan citada tarjeta de visita un simple deseo que anticipa en su conocimiento al demandante, no puede entenderse que en ella se efectuara una disposición testamentaria definitiva, el *animus testandi in actu*, que la jurisprudencia, con la base legal manifestada, establece.

Esta Sala no acepta la argumentación de la sentencia recurrida, y considera que incide en manifiesto error. La finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador –que es la manifestada en el momento en que realizó el acto de disposición, es decir, en el instante del otorgamiento del testamento (aparte de otras, SSTTS de 29 de diciembre de 1997 y 23 de enero de 2001)–, sin que el intérprete pueda verse constreñido por las declaraciones o por las palabras, sino que su objetivo ha de ser la de descubrir dicha intención, que prevalece sobre aquéllas porque constituye el fin de la hermenéutica testamentaria, según establece el artículo 675 del Código Civil y ha sido recogido por la doctrina jurisprudencial concerniente a este precepto (entre otras, SSTTS

de 9 de marzo de 1984, 9 de junio de 1987, 3 de noviembre de 1989, 26 de abril de 1997, 18 de julio de 1998, 24 de mayo de 2002, 21 de enero de 2003, 18 de julio y 28 de septiembre de 2005).

Entre los medios de interpretación testamentaria se encuentran primordialmente los siguientes: el elemento literal o gramatical, del que procede partir según el propio artículo 675 y, además, con la presunción de que las palabras utilizadas por el testador reproducen fielmente su voluntad (STS de 18 de julio de 2005); los elementos sistemático, lógico y finalista, empleados de forma conjunta o combinada, sobre la base de la consideración del testamento como unidad (STS de 31 de diciembre de 1992); los elementos de prueba extrínsecos, que son admitidos por las doctrinas científica y jurisprudencial (entre otras, SSTTS de 29 de diciembre de 1997, 18 de julio de 1998, 24 de mayo de 2002 y 21 de enero de 2003), ya sean coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario.

Interpretado el manuscrito de don Marco Antonio de 16 de febrero de 1994, obrante en la tarjeta de visita, conforme a los criterios recién mencionados, y, principalmente, según los elementos literal o gramatical y de prueba extrínsecos, esta Sala considera la existencia de la voluntad real en éste de la disposición de todos sus bienes para después de su muerte a favor de don Pedro, lo que se confirma con el propio texto de la carta de 17 de febrero de 1994, amén de que aparecen acreditados en las actuaciones los hechos de la ruptura, desde tiempo atrás, de las relaciones sentimentales habidas entre el firmante de esos documentos y doña Irene; el conocimiento que de su última voluntad han tenido varios de los testigos que declararon en el proceso; el cambio de titularidad de la cuenta corriente abierta en la Sucursal número 496 del Banco Central Hispano con el número 4369/1, realizado después de su regreso de París, con la sustitución del nombre de la demandada, determinado conjuntamente con el del fallecido en la misma, por el de don Pedro; la contratación de dos pólizas en la entidad «Mapfre Vida, SA» por don Marco Antonio, asimismo a su vuelta de París, en que nombraba beneficiario a don Pedro; y la amistad que desde la infancia unía a uno y otro.

En la tarjeta de visita se utiliza la expresión «mi deseo de sustituir», y, según el Diccionario de la Lengua Española, el vocablo «desear» significa «aspirar con vehemencia al conocimiento, posesión o disfrute de una cosa» o «anhelar que acontezca o deje de acontecer un suceso», y la palabra «deseo» expresa el «movimiento enérgico de la voluntad hacia el conocimiento, posesión o disfrute de una cosa»; para el Diccionario de Uso del Español, de María Moliner, «desear» es «tender con el pensamiento al logro o realización de algo que propor-

cionaría alegría o pondría fin a un padecimiento o malestar», y «deseo» entre otras acepciones, quiere decir «intención» o «interés»; lo que representa una actitud similar a «voluntad», de la que es sinónima y, en la práctica, es utilizada a veces, en este sentido, en testamentos notariales.

Además, la circunstancia de que don Marco Antonio no acudiera a la notaría para otorgar nuevo testamento con la nominación del actor como

heredero, configurada como trascendental para la sentencia de apelación desde el regreso de aquél a Madrid, no era precisa en este caso, en virtud de que el negocio jurídico formal determinado en la tarjeta de visita se había canalizado de acuerdo con las normas prescritas en el Código Civil para el testamento ológrafo (artículo 688 del Código Civil) y el testador no tenía que validar su voluntad mediante otro testamento notarial.

SUCESIONES

Nulidad, por simulación absoluta al no haber existido precio, de la compraventa efectuada por el padre a favor de la hija del segundo matrimonio al perjudicar a la legítima de los hijos del primer matrimonio.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2006

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Donato falleció con testamento abierto en el que legaba a su esposa, doña Rosa, el tercio de libre disposición e instituyó herederos en el resto (la legítima larga) a sus hijos por partes iguales: los cuatro habidos de su primer matrimonio, don Baltasar, don Jaime, doña María Esther y don José Ángel y los dos de su segundo matrimonio, doña Eva y don José Daniel.
- ⊙ Don Baltasar, don Jaime, doña María Esther y don José Ángel interpusieron demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra doña Rosa, don José Daniel y doña Eva solicitando que se dictase sentencia por la que, a fin de integrar la herencia de don Donato, se declaren nulos cuantos actos dispositivos se hayan efectuado por el mismo y los demandados, contra la ley y en perjuicio de los derechos testamentarios de mis mandantes y en concreto: 1.º se declare la nulidad de la venta a doña Eva de la mitad indivisa de la vivienda sita en Albacete, CALLE0000 núm. NÚM0000, cuya mitad indivisa o el valor de la misma al tiempo del fallecimiento del causante integrará su herencia, sin perjuicio de los abonos o reintegros que procedan entre coherederos. 2.º Se declare la nulidad de la disposición patrimonial del causante para la adquisición de la mitad de la vivienda sita en Albacete, calle Jiménez de Córdoba, con entrada por Callejón de las Portadas núm. 7. Obligando en consecuencia al heredero don José Daniel a reintegrar a la masa de la herencia, el valor, al tiempo del fallecimiento del causante, de la mitad de dicha vivienda. Sin perjuicio de los abonos o reintegros que procedan entre coherederos. 3.º Se declare la nulidad de las disposiciones dinerarias efectuadas por el causante o los demandados en detrimento del haber hereditario, y en concreto la que se refleja en el documento núm. 7 acompañado en la porción correspondiente a la herencia. El importe de cuyas disposiciones, más sus intereses legales, integrará asimismo la herencia del mencionado causante. Con declaración de nulidad de cuantas inscripciones registrales procedan y de los actos derivados del que adolezca de nulidad. Condenando a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones y por los efectos que de las mismas deriven. Todo ello con expresa imposición de las costas de este procedimiento.
- ⊙ Doña Rosa y doña Eva y don José Daniel contestaron a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación y terminaron suplicando al Juzgado dictase

sentencia por la que desestimando de plano la demanda se les absuelva de todos y cada uno de los pedimentos deducidos por la contraparte, con expresa imposición de las costas causadas a la actora.

⊙ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 7 de Albacete dictó Sentencia el 4 de febrero de 1999 desestimando la demanda por considerar que los demandantes «no han podido acreditar dichas simulaciones, no habiendo podido enervar o desvirtuar la presunción de existencia y licitud de la causa de los contratos...»

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la Audiencia Provincial de Albacete dictó sentencia con fecha 2 de noviembre de 1999 estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de los demandantes revocando la sentencia de instancia y declarando: a) la nulidad por simulación de la venta de la parte indivisa en favor de Eva de la vivienda sita en Albacete, CALLE 000 13, su valor al tiempo del fallecimiento del causante, sin perjuicio de los abonos y reintegros, y b) la nulidad por simulada de la parte indivisa de la finca en favor de José Daniel, y la citada finca radicada en Albacete, calle Jiménez de Córdoba, con entrada por Callejón de las Portadas, 7, y su reintegro de su valor al fallecimiento del causante, sin perjuicio de los reintegros y abonos. Sin costas en ambas instancias. Entendió la Audiencia Provincial que ambos «actos dispositivos inciden en la simulación postulada al no verificarse entrega del precio para llegar a definirlo como compraventa» por lo que estimó la demanda y declaró la nulidad, por simulación, de ambos actos dispositivos y sus consiguientes adquisiciones de los pisos.

⊙ Doña Rosa y doña Eva y don José Daniel interpusieron recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo que desestimó la demanda interpuesta por la representación procesal de don Baltasar, don Jaime, doña María Esther y don José Ángel, respecto a la declaración de nulidad de la disposición patrimonial del causante para la adquisición de la mitad de la vivienda por don José Daniel; es decir, lo que la sentencia recurrida declara es la nulidad por simulada de la parte indivisa de la finca en favor de don José Daniel. Se mantiene el resto de la sentencia recurrida.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El planteamiento de la pretensión de los actores (hijos del primer matrimonio) es muy concreto: nulidad de una compraventa a doña Eva y nulidad de disposición dineraria a favor de don José Daniel por la que éste compró un piso; en ambos casos siempre se trata de la mitad indivisa, ya que es la mitad de gananciales del causante. Dicha pretensión se basa en que, según su posición, el causante dejó sin contenido su propia herencia al haber vendido simuladamente un piso a su hija del segundo matrimonio, doña Eva y haber comprado con dinero propio otro piso a nombre de su hijo don José Daniel, todo ello atentando directamente el principio de intangibilidad de la legítima, en perjuicio de los cuatro hijos, demandantes, habidos del primer matrimonio.

El recurso de casación que formulan los demandados contiene cinco motivos, debiendo distinguirse los que se refieren al piso comprado por doña Eva a sus padres y los que se refieren al comprado por don José Daniel a terceras personas no demandadas. A la primera de las pretensiones, nulidad de

la compraventa del piso por doña Eva y, el tiempo, la segunda de aquéllas, nulidad de la disposición patrimonial del causante para la adquisición del piso por su hermano don José Daniel, se refieren los motivos segundo, tercero y quinto. A la segunda, tan sólo a ella, de las pretensiones, se refieren los motivos primero y cuarto.

En cuanto a estos últimos, procede comenzar por ellos pues se van a estimar, por lo que carecerá de interés el estudio relativo a este tema de los demás motivos. Se debe estimar el motivo primero, formulado al amparo del número 3.^o del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 359 de la misma ley, por incongruencia de la sentencia de instancia. Es verdaderamente incongruente: en la demanda se razona que el causante le dio el dinero a su hijo don José Daniel y éste compró el piso, por lo que se postula la nulidad de tal disposición patrimonial en virtud de la cual compró el piso a terceros y así se expresa literalmente en el suplico de la demanda; en la sentencia recurrida no se declara tal nulidad,

sino «la nulidad por simulada de la parte indivisa de la finca en favor de don José Daniel...», es decir, de la adquisición por un contrato de compraventa cuyos vendedores no han sido demandados. Así, tal declaración no sólo es incongruente por no haber sido pedida, sino tampoco podía hacerse al afectar a quien no fue parte. Ciertamente, en los razonamientos –fundamentos de derecho– que llegan a tal fallo, se confunden constantemente las adquisiciones de la hermana doña Eva y la de su hermano, don José Daniel; la primera sí compró el piso a sus padres y el segundo no, sino que lo compró él a terceros. La primera se alega que es compraventa simulada y la segunda se alega que compró con dinero de los padres: las pretensiones son distintas y la sentencia las mezcla llegando al fallo que cae en incongruencia.

Al estimar el motivo comprendido en el primer inciso del número 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil esta Sala asume la instancia, tal como dispone el artículo 1715.1. 3.º de la misma ley y resuelve lo que corresponde dentro de los términos en que aparece planteado el debate, sin necesidad del examen de cualquier otro motivo que se refiera a tal pretensión. Y al asumir la instancia, no aparece prueba alguna, ni una sola, de que el padre haya entregado el dinero al hijo para comprar el piso; siempre referido a la mitad ganancial, por supuesto. Tampoco aparece declaración alguna en la sentencia de instancia, de que se haya acreditado tal disposición patrimonial por el causante, en perjuicio de los derechos legitimarios de los hermanos demandantes.

Por lo cual, se desestima la demanda en relación con la disposición patrimonial relativa al codemandado don José Daniel.

En cuanto a los motivos casación relativos a ambas pretensiones, tan sólo cabe referirse a la de nulidad de la compraventa –la mitad, por mor de la comunidad de gananciales existente entre el causante y su esposa, hoy viuda– por simulación absoluta al carecer de precio. Se trata de la compraventa que, como compradora, celebró la hija doña Eva, de un piso.

Hay que partir de que la sentencia de instancia declara probada la ausencia de precio y lo razona (en el primer párrafo del fundamento cuarto), cuya fundamentación en casos de simulación negocial nunca es por prueba directa, sino por indicios o por presunciones. Así, en el presente caso destaca una serie de indicios que, unido a la facilidad de la hija compradora de haber probado que pagó el precio, llevan a la declaración de la prueba «al no verificarse entrega de precio». La jurisprudencia ha reiterado una y otra vez que es facultad del Juzgador de instancia la estimación de los elementos de hecho

sobre los que se basa la declaración de falsedad de la causa y que la simulación es una cuestión de hecho, que se revela por pruebas indiciarias y que su apreciación probatoria ha de ser mantenida en casación (Sentencias de 31 de diciembre de 1999, 6 de junio de 2000, 17 de febrero de 2005, 20 de octubre de 2005, que citan numerosas sentencias anteriores).

Consecuencia de ello, los motivos casación relativos a la nulidad de la compraventa de la mitad indivisa por doña Eva, necesariamente se desestiman por incidir en la cuestión de hecho, inamovible en casación.

El motivo segundo, porque, al amparo del número 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cita como infringido el artículo 359 de la misma ley, por incongruencia «genérica» y en el desarrollo del motivo se limita a destacar la falta de pruebas respecto a los indicios de los que la Audiencia Provincial llega a la conclusión fáctica de la simulación absoluta, lo cual nada tiene que ver con la congruencia, que es la adecuada relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, como anteriormente se ha puesto de relieve respecto a la compraventa de su hermano don José Daniel.

El motivo tercero, porque, al amparo del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cita como infringido el artículo 1214 del Código Civil sobre la doctrina de la carga de la prueba. No se ha infringido dicha doctrina del *onus probandi*; siempre se ha dicho que «el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de la prueba» y en este caso no se ha producido tal falta. Se ha practicado prueba y, tal como ha destacado la jurisprudencia que antes se ha relacionado, de unos hechos indiciarios se ha constatado que no se ha verificado la entrega del precio. Distinto es el caso evidente de que si la compradora demandada prueba que sí pagó precio –prueba que está dentro de su disponibilidad– se anulan aquellos que indicios. Pero no se ha producido esta prueba ni infringido aquella doctrina.

El motivo quinto, porque, al amparo del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cita como infringido el artículo 1277 del Código Civil que proclama la presunción de existencia y licitud de la causa del negocio jurídico. Pero en el presente caso, esta presunción *iuris tantum* se ha destruido por la prueba indiciaria a que se ha hecho referencia. Y no se puede, como se ha dicho y repetido, cuestionar la situación fáctica que ha declarado acreditada la sentencia de instancia por una serie de indicios, única prueba que normalmente cabe para apreciar la situación fáctica que fundamenta la situación jurídica.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

No se decreta la nulidad del matrimonio ya que si bien la esposa era extranjera y se encontraba ilegalmente en nuestro país, existen signos evidentes de la existencia del consentimiento: período de noviazgo, reconocimiento del esposo de tres hijos de aquélla, dilatado período de convivencia normal, compra de un inmueble y de un vehículo en común.

AP PONTEVEDRA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Jaime Carrera Ibarzabal

La nulidad del matrimonio se solicitaba en la demanda reconvenional, con amparo en los artículos 45 y 73.1.º del Código Civil referidos a la nulidad del matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial y alegaba al respecto el demandante reconvenional, que la actora, de nacionalidad guineana y residente ilegal en España, habría urdido en colaboración con el ahora reconviniente, «la formalización del negocio jurídico matrimonial como modo de consecución de la regularización de su situación personal en territorio español».

Efectivamente, como recuerda la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1996, el problema de los llamados matrimonios de complacencia es un fenómeno común en los países sometidos a fuerte inmigración y es que, mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio sino que se pretende bajo el ropaje de esta institución y generalmente bajo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos especialmente de facilitar la entrada, regularizar la estancia en territorio nacional o de obtener más fácilmente la nacionalidad del otro cónyuge aparente; tal matrimonio de complacencia es sin duda nulo en nuestro ordenamiento por falta de consentimiento matrimonial.

Ahora bien, en orden a la demostración de la simulación o reserva mental, por tratarse de un hecho interno que pertenece a la esfera íntima y reservada de los interesados, su justificación requiere el tener que acudir a la prueba de carácter presuntivo del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la base de la valoración de los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la celebración del matrimonio en cuestión y es que, a tal efecto, ha de seguirse el criterio coincidente con el sostenido con reiteración por la jurisprudencia a propósito de la simulación contractual, que habrá

de ser constatada de ordinario acudiendo a indicios o presunciones para alcanzar la certeza moral de la inexistencia del contrato impugnado, siempre que tales indicios y presunciones resulten de toda evidencia y estén en desacuerdo con las pautas de un prudente criterio, ya que en otro caso debe prevalecer la voluntad declarada.

Aplicando tales parámetros a la situación de hecho que se contempla en la presente litis, frente al único dato que aporta el reconviniente que podría entenderse como favorable a sustentar la declaración de consentimiento matrimonial viciado (la condición de extranjera de la actora reconvenida y su residencia ilegal en España), concurren otros factores de valoración necesaria que apuntan en sentido interpretativo absolutamente contrario y que la sentencia de instancia relaciona con detalle y claridad: existencia de un período de noviazgo; decisión de contraer matrimonio adoptada en forma no súbita o repentina; reconocimiento por el ahora recurrente de tres hijos de la esposa, un año y medio después de contraer matrimonio (noviembre de 1999); dilatado período de convivencia matrimonial normal (desde abril de 1998, fecha de celebración del matrimonio, hasta finales de 2003); adquisición por el matrimonio, sometido al régimen de la sociedad legal de gananciales, de una vivienda, a través de un préstamo hipotecario; compra de un vehículo haciendo constar en la Jefatura Provincial de Tráfico la titularidad dominical de la esposa y, en fin, ruptura del matrimonio a partir de la conducta del esposo que motiva denuncias por malos tratos. En definitiva la síntesis valorativa de tales hechos indiciarios, lleva a excluir la conclusión que el recurrente pretende, es decir, que los cónyuges, en el momento de contraer matrimonio, persiguieran otra finalidad distinta a las que le son propias a la institución matrimonial. Y, en tal sentido, debe confirmarse la resolución impugnada.

PATRIA POTESTAD

Privación de la patria potestad dado que el padre no puede pretender ahora, de forma sorpresiva, una intervención decisiva en la vida de los hijos que apenas reconocerán en el recurrente la figura paterna, faltos por lo tanto de la necesaria conexión afectiva, y obligar a la madre que ha tenido que educar y hacer crecer a sus hijos con la ausencia del otro progenitor, a contar con éste para cuestiones que aquél desconoce absolutamente, en la crianza de los hijos.

AP PONTEVEDRA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Menéndez Estébanez

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda de divorcio y, por lo que ahora interesa, atribuye la patria potestad de los dos hijos menores habidos en el matrimonio a la madre, privándose por lo tanto de la patria potestad al padre, y fijando a cargo de éste alimentos a favor de sus hijos por importe de 240 euros mensuales (120 euros por cada hijo). Ambos pronunciamientos son impugnados por el demandado alegando que no ha incumplido gravemente sus obligaciones y que el mantenimiento de su patria potestad no es perjudicial sino beneficiosa para sus hijos, debiendo interpretarse el artículo 170 CC de forma restrictiva. Así como que debe fijarse un régimen de visitas para el recurrente y sus hijos. Por otro lado interesa que, atendiendo a sus ingresos y gastos, se rebaje la pensión alimenticia a la cantidad de 200 euros mensuales.

Como señala la STS de 10 de noviembre de 2005, sea desde la perspectiva de la interpretación restrictiva del precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio y 18 de octubre de 1996, entre otras), sea desde la exigencia de una interpretación que atienda prioritariamente al interés del menor, (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996, entre otras), postulados ambos no incompatibles, la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000) imputable de alguna forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basados en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo.

Así en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1996 se declara que la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual, supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada.

E igualmente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1996 se declara que el artículo 170 del Código Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma.

Por su parte la STS 23 mayo 2005 hace referencia a un conjunto de preceptos legales que sustentan tales medidas, como son, en principio, el artículo 170, en relación con el 154, ambos del CC (aquél, en su actual redacción dada por la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, para atemperarlo a sus principios), y también en esta Ley Orgánica, artículos 2 y 11, y a través de su aplicación interna por la vía del artículo 39.2 CE, que se remite a los Acuerdos Internacionales sobre Protección de los Derechos del Menor, en los artículos 3.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las NNUU, el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España.

Son de destacar, para su aplicación al caso, estos últimos preceptos, diciendo así el primero de ellos que, «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán una consideración primordial a que a lo que se atenderá será el interés superior del niño»; y el 9.1, dice, a su vez, que los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, añadiendo que, no obstante «esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño».

Atendiendo a la doctrina jurisprudencial expuesta resulta claro que el incumplimiento grave de las obligaciones inherentes a la patria potestad pueden llevar a su privación cuando así se revele de interés para el menor. Y tal incumplimiento se aprecia en el supuesto enjuiciado, siendo un supuesto similar al recogido en la STS de 11 de octubre de 2004, si bien es cierto que en el supuesto de hecho de ésta la desatención del padre hacia los hijos había sido durante seis años, sin ayuda económica alguna, y no consta que existiera la distancia entre los lugares de residencia que se dan en el presente caso.

No se ha practicado más prueba que el interrogatorio de la demandante. Pero en su recurso la parte apelante, a pesar de que propone prueba en segunda instancia con fundamento en su situación de rebeldía, ninguna prueba propone sobre este particular, de forma que, de sus propias alegaciones se desprende que, desde hace años, concretamente desde finales del año 2002, y ya hemos entrado en el año 2007, no ha contribuido prácticamente al sostenimiento económico de sus hijos menores de edad, a pesar de que el recurrente cuenta, al menos, con ingresos laborales estables. A ello debe añadirse el desinterés del padre por el cuidado y educación de sus hijos cuando han transcurrido años sin que el recurrente haya tenido relación alguna con ellos. No consta prueba alguna de que la apelada obstaculizara algún intento del recurrente. En tal dilatado tiempo un verdadero interés se habría puesto en evidencia a través, si hubiera sido necesario, de las correspondientes acciones judiciales, lo que no ha ocurrido. En esta situación la lejanía física de los lugares de residencia de padre e hijos es realmente un impedimento para una relación normal, pero no puede servir en modo alguno para justificar el absoluto desinterés del recurrente.

Todo ello, como señala la STS de 11 de octubre de 2004, hace necesario declarar que el padre ha incumplido gravísimamente sus deberes familiares.

Ello pudiera sustentar hacerle acreedor a la privación por vía de sanción de la patria potestad que comparte hasta ahora con la madre de sus hijos, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 170 del Código Civil. Si bien, se estima que en el presente caso aún cuando casi inapreciable, en alguna ocasión contribuyó económicamente, y se ha molestado en intentar defender la relación con los hijos mediante la interposición de este recurso, lo que evidencia un ánimo de intentar reconducir la situación. Ello atenúa el injustificable comportamiento del recurrente, y en aplicación de los principios antes expuestos, no llegar a la privación de la patria potestad, con todo lo que ello implica, pero sí a la suspensión de aquélla en aplicación de lo dispuesto en el artículo 158 CC, pues no se puede pretender ahora, de forma sorpresiva, una intervención decisiva en la vida de los hijos que apenas reconocerán en el recurrente la figura paterna, faltos por lo tanto de la necesaria conexión afectiva, y obligar a la madre que ha tenido que educar y hacer crecer a sus hijos con la ausencia del otro progenitor, a contar con éste para cuestiones que aquél desconoce absolutamente, en la crianza de los hijos, todo lo cual repercutiría negativamente en su desarrollo. De forma que, más que una sanción al progenitor incumplidor, implica una medida de protección de los niños, que debe ser adoptada en su beneficio, y mantenerse en tanto no se acredite otra situación que haga aconsejable el levantamiento de la medida.

De esta forma se da trascendencia jurídica a la situación de hecho en la que cómodamente se había instalado el padre que no ejercía la patria potestad, acordando su suspensión. Por otro lado, no procede, por ahora, un régimen de visitas que, podrá acordarse en ejecución de sentencia cuando exista un informe favorable de los peritos adscritos a los Tribunales en esta materia, por haber recuperado la debida y conveniente relación paterno-filial, y se encuentre cumpliendo puntualmente las obligaciones de mantenimiento de sus hijos fijadas en la resolución judicial.

Nada de lo cual impedirá en el futuro que, en beneficio o interés de los hijos, puedan los Tribunales acordar el alzamiento de la suspensión cuando también se prevé la recuperación de la patria potestad, cuando hubieren cesado las causas que motivaron la privación (artículo 170.2 del Código Civil). Así como interesar el derecho a relacionarse con sus hijos, a pesar incluso de tal suspensión en el ejercicio (artículo 160 CC) cuando se acredite debidamente el beneficio que para los menores puede tener reiniciar la relación con su padre, cuando, dada su edad, y el tiempo de ausencia de relación, en la actualidad puede resultar casi un extraño.

PATRIA POTESTAD

Se acuerda que la patria potestad respecto a la hija común sea ejercida exclusivamente por la madre ante la ausencia e imposibilidad del progenitor privado de libertad.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

En la actualidad, en la presente causa de divorcio es de observar, que en la práctica no se ha desarrollado el régimen de comunicación, visitas y compañía, estableciendo por este Tribunal en la sentencia dictada en el rollo de apelación de la recaída en la causa de separación.

En fecha 2 de febrero de 2006 se ha emitido informe sobre la situación personal y procesal del demandado don Gabriel, por parte del Centre Penitenciari Quatre Camins de la Secretaria de Servicios Penitenciarios del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. Tras el inicio de determinadas salidas del Centro Penitenciario, por parte del demandado, sin observarse incidencias dignas de mención, durante el año 2005 y 2006, como consecuencia de haber pasado al tercer grado penitenciario, fue objeto de regresión al segundo grado penitenciario, ante la apreciación de dependencia a drogas y sustancias estupefacientes, dando positivo de cocaína y por consumo de benzodiazepinas. La regresión al segundo grado penitenciario fue motivada por la conducta reiterada e incompatible, desde un punto médico, del demandado, que no justificaba la confianza que el tercer grado supone, y fue adoptada como medida de parar el proceso de consumo actual de sustancias tóxicas, para así disminuir los riesgos que ello supone.

Las circunstancias, ahora concurrentes en el proceso de divorcio, aconsejan que el ejercicio de la patria potestad de la hija común, sea desarrollado en forma exclusiva por la madre, tal como se ha acordado en la sentencia de divorcio, objeto de la presente apelación, ante la ausencia e imposibilidad del progenitor privado de libertad, y en base a las prescripciones del artículo 156.4 del Código Civil y 137.3 del Código de Familia de Catalunya.

También procede, en interés de la menor, que escasamente se ha relacionado con su padre, la suspensión del régimen de visitas, establecido por este Tribunal en la causa de separación matrimonial, ante la inviabilidad de llevarse a cabo, por cambio de las circunstancias concurrentes, ya referenciadas, siendo inadecuado, por la edad de la niña y escasa relación afectiva de la misma con su padre, que acuda al Centro Penitenciario al objeto de facilitar la comunicación paterno-filial, al no ser lugar adecuado para el desarrollo de la relación entre ambos.

Todo ello sin perjuicio de que por cambio de las circunstancias ahora concurrentes, pueda instarse por el progenitor la modificación de las medidas adoptadas en la causa de divorcio, sobre el ejercicio exclusivo de las funciones de la patria potestad y la suspensión del régimen de visitas.

PATRIA POTESTAD

Aunque se atribuye a los abuelos la custodia de los menores no procede otorgarles las funciones de la patria potestad al no haberse acordado la privación de la misma a su madre.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

En cuanto al pronunciamiento de la sentencia, que el Ministerio Fiscal recurre, relativo a la atribución a los abuelos de la patria potestad del menor, va a tener mejor acogida en esta alzada procedimental.

La patria potestad se configura como una función establecida en beneficio de los menores, que se reconoce a los progenitores y que está en función de la protección, educación y formación integral de

los hijos, cuyo interés siempre es prevalente en la relación paterno-filial.

El ejercicio de la patria potestad es función primaria del padre y de la madre, de forma conjunta, que en caso de ausencia de convivencia de los mismos, por crisis matrimonial o de la pareja o por ausencia de uno de ellos, como en el presente caso, por el fallecimiento del padre, puede ser ejercida o delegada a favor de uno solo de ellos, de mutuo acuerdo, o que ante la existencia de controversia, puede el juez atribuir las funciones a uno u otro de los progenitores; pero, mientras subsista la patria potestad su delegación a terceros es una posibilidad desconocida en nuestro derecho, remarcando el artículo 133 del Código de Familia, que la potestad del padre y de la madre se ejerce «personalmente», excluyendo por tanto la posibilidad de su delegación a terceros, configurando la legislación vigente otras instituciones jurídicas, como son la tutela o la adopción, para el caso de imposibilidad del ejercicio por los progenitores.

Todo ello implica que, aun cuando se admita que en determinadas situaciones puedan los padres encomendar el cuidado de los hijos a terceras personas, como ha ocurrido en el caso de autos respecto de los abuelos paternos, la transferencia los mismos del contenido jurídico de las funciones derivada de la patria potestad, no pueden ser delegadas válida-

mente sin que concurra, bien la declaración judicial de privación de la patria potestad de la madre, con la posibilidad de constituir la tutela ordinaria en legal forma a favor de los hoy actores, abuelos paternos del menor, o bien la asunción por la Entidad Pública que tenga conferida la protección de los menores, de la tutela administrativa, *ex lege*, que implica la suspensión de la patria potestad, y la transferencia de su ejercicio a las instituciones que la administración designe en procedimiento reglado sustanciado al efecto.

Se deriva de las anteriores consideraciones la inadmisibilidad de la asunción por los abuelos paternos, de las facultades que comprende la potestad parental, previstas en los artículos 143 y siguientes que el Código de Familia reserva a los titulares de la patria potestad, es decir, a padre o a la madre, o de quienes legalmente les suplan con base en las resoluciones administrativas o judiciales que el principio de seguridad jurídica exige.

Otra cosa es que la parte actora hubiese ejercitado la acción de privación de la patria potestad contra la parte demandada, madre del menor, para lo que está legitimada, y hubiese solicitado la constitución a su favor de la tutela, pero no habiéndolo hecho, sólo corresponde atribuirles la guarda y custodia, como pretendían en su demanda.

GUARDA Y CUSTODIA

La prueba traída a los autos refleja con la debida claridad la situación de riesgo en que el menor se encontraba cuando se confió a su padre la custodia. La madre tiende a una inhibición, dejación y permisividad con su hijo que va en perjuicio del mismo, ofreciendo el padre un estilo de características más integradoras.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Acin Garos

Recorre la demandada la sentencia que, estimando la demanda de modificación de medidas instada por quien fue su pareja de hecho, don Franco, deja sin efecto el régimen de guarda y custodia, visitas y alimentos que estipularon en el convenio regulador de su separación, aprobado por Sentencia de 18 de marzo de 2003 (autos 156/03), atribuyendo al actor la guarda y custodia de Pedro Jesús, el hijo común, y fijando el nuevo régimen de visitas –fines de semana alternos sin pernocta, desde las 10,30 a las 20,30 horas del sábado y el domingo, con autorización a cualquiera de las partes a que solicite el recurso al Punto de Encuentro de Familia para la realización

de las entregas y recogidas en caso de conflicto o desacuerdo en este punto– y la pensión a cargo de la Sra. Rosa –100 euros mensuales, actualizables–. Dice la recurrente que tiene iguales condiciones y aptitudes que el apelado para hacerse cargo de su hijo, como lo hizo hasta que el auto dictado el 7 de abril de 2006 en el incidente de medidas cautelares núm. 433/06 atribuyó provisionalmente a aquél la guardia y custodia del menor, no habiendo sufrido alteración las circunstancias que presidieron la firma del convenio de la separación, lo que el actor –dice– no ha probado, no habiendo dado tampoco explicación ninguna sobre su propio entorno.

La prueba traída a los autos –denuncias de 18 de marzo de 2006 de doña Esther, de 17 y 18 de junio de 2006 del actor, informe del Colegio «La Concepción» de 21 de marzo de 2006, del «Servicio de Psiquiatría y Toxicomanía» de 7 de marzo de 2006 y del Gabinete Psico-social adscrito al Juzgado, en autos 433/06 y en este procedimiento– refleja con la debida claridad la situación de riesgo en que el menor se encontraba cuando el auto de 7 de abril de 2006 confió a su padre su guarda y custodia, remediando así, con el carácter provisional con que la medida se adoptó, la situación provocada por la alteración de aquellas circunstancias que con mayor o menor acierto y/o conciencia de la situación los progenitores valoraron al firmar el convenio regulador de la separación. En todo caso, si hubiese que superar eventuales vacíos y/o deficiencias de la prueba ofrecida, lo que resulta indudable es que la controversia sometida a decisión afecta a la custodia de un menor, actualmente de 5 años de edad, implicado en la ruptura convivencial de sus padres, situación en la que, por encima de cualquier principio procesal o sustantivo, ha de prevalecer el criterio fundamental del *favor filii* (artículo 39 CE, artículos 2 y 11.22 de la Ley Orgánica 1/1996 y artículos 92 y 94 del Código Civil), directriz en la que el Juez de instancia ha acordado sobre la modificación instada con la debida motivación y total acierto. Como se dice, y señala v.gr. la SAP Madrid de 27 de noviembre de 2001, en casos en los que, como aquí sucede,

están en juego los intereses afectantes a la prole, «no tienen aplicación estrictamente rigurosa los condicionantes que, respecto de la posible modificación de medidas, recogen los artículos 90 y 91, *in fine*, del Código Civil, pues si el superior interés del menor demanda en un momento determinado una medida de protección del mismo, su adopción judicial no puede supeditarse, al contrario de lo que acaece en otros supuestos que no afectan a un menor, a la concurrencia y acreditación rigurosa de una alteración sustancial de los factores que determinaron el establecimiento de la medida que ahora se intenta cambiar, cualitativa o cuantitativamente». Supuesto lo cual, resulta decisivo el informe de la Psicóloga adscrita al Juzgado de familia, que remitiéndose al elaborado en autos 433/06, tras destacar las diferencias existentes entre los respectivos estilos educativos de uno y otro progenitor –la madre tiende a una inhibición, dejación y permisividad con su hijo, ofreciendo el padre un estilo de características más integradoras– y las características negativas del materno, pone de relieve los satisfactorios resultados que las medidas modificadas han reportado al menor y concluye que la remodificación de las mismas, con vuelta a la convivencia con la madre y su entorno, condicionaría negativamente todas las posibilidades de desarrollo del menor, recomendando, en función de un desarrollo del menor en las mejores condiciones posibles, que no se establezcan modificaciones en sus condiciones cotidianas de vida.

GUARDA Y CUSTODIA

Atribución de la custodia compartida consistente en que los lunes y martes el menor estará con la madre, los miércoles y jueves con el padre y los fines de semana de forma alterna con cada uno de ellos, al igual que los períodos vacacionales, debiendo asumir cada uno de los progenitores la manutención durante el período que están con el menor.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enric Anglada Fors

La correcta solución de la problemática debatida en el presente recurso de apelación, pasa por la fijación de una serie de hechos y datos nuevos, posteriores al dictado de la sentencia de instancia y que son realmente trascendentes para resolver adecuadamente los efectos de la separación conyugal que son objeto de controversia, tales como:

a) El acuerdo parcial de mediación, que ha determinado la efectiva resolución de dos de los motivos de apelación formulados por el demandado,

esto es, los relativos al uso de la vivienda familiar y a la división de la cosa común (folio 53 del rollo de apelación) y que ha conllevado a la efectiva adjudicación de aquélla a favor del Sr. Lucas, habiéndose otorgado la escritura pública de cesión de la mitad indivisa de la Sra. Araceli el pasado día 7 de febrero de 2007.

b) La promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, sobre modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de

separación y divorcio, que contiene una regulación específica acerca de la custodia compartida, la cual no había entrado en vigor en el momento de interponerse la apelación que ahora nos ocupa.

c) El resultado de la prueba practicada en esta alzada y singularmente de la exploración judicial del hijo de los litigantes Lorenzo, quien, ante los componentes del Tribunal y del Ministerio Fiscal, manifestó, con absoluta convicción, su voluntad y deseo de compartir, por un igual, el tiempo de convivencia con su padre y con su madre (folio 41 del rollo).

1. Sentado lo precedente, es de constatar que los motivos de apelación, tras desistir del primero de ellos, atinente al quebrantamiento de normas esenciales del procedimiento determinantes de nulidad, han quedado reducidos y centrados sólo en tres de ellos, los referentes a la guarda de los menores, el régimen de visitas del progenitor no custodio para con sus hijos y la pensión alimenticia a favor de aquéllos y a cargo de éste.

2. Realizado este breve preámbulo, es de reseñar, con carácter previo, vistos los alegatos revocatorios del apelante y la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que la primordial cuestión controvertida en esta alzada, sigue siendo la de la guarda de los hijos, pero ajustada más a la posibilidad de que el Tribunal acuerde una custodia compartida y no exclusivamente una guarda y custodia a favor del padre, como había establecido en su día el auto de medidas provisionales y pretendía éste en la instancia, con fundamento tanto en la normativa regulada en la mentada Ley y en concreto en lo dispuesto en el artículo 92.8, del Código Civil, como en la exploración del hijo de los litigantes Lorenzo.

1. Planteada así la problemática litigiosa en esta segunda instancia, es de señalar, que la nueva normativa regulada en el Código Civil –el Codi de Família catalán no contempla de forma expresa la denominada custodia compartida, pero tampoco la excluye [artículo 76.a), «i també, si és el cas»], aunque el proyecto de Codi Civil de Catalunya sí que recoge el denominado plan de parentalidad (artículo 233.9) y como contenido del mismo se refiere al lugar donde vivirán los hijos, las modalidades de las relaciones en los períodos de tiempo en que los progenitores no tengan la guarda, la forma de ejercer sus responsabilidades y tomar decisiones, las tareas que ejercerá cada uno y el tiempo que tendrán que dedicarle–, no contiene una definición expresa de tal institución, si bien, se puede afirmar, al respecto, que cuando se alude a la custodia compartida, nos estamos refiriendo a un sistema de alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres, o sea, cuando se resuelve sobre la custodia, lo que

se está decidiendo es con qué progenitor vivirá el niño en cada momento. A tal efecto, el artículo 92.8 del Código Civil, en su redacción actual, dispone que, de forma excepcional y aun cuando no se den los presupuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal –cuyo carácter vinculante se contempla en la tramitación parlamentaria como una garantía más establecida en beneficio del niño/a/os/as–, podrá acordar la guarda y custodia compartida, con fundamento en que de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor/de los menores –p.º del *favor filii* o del *favor minoris*–. Su regulación viene motivada, porque en la sociedad actual, la dinámica de algunas familias empieza a ser distinta, toda vez que, factores tales como el acceso de la mujer al mercado laboral, y los cambios en determinadas pautas de educación, están provocando que cada vez más, los padres tengan una intervención mayor en el cuidado diario de sus hijos y se produzca en muchos supuestos una coparticipación en el cuidado, asistencia y educación de los menores. Finalmente, no pueden dejarse de observar y tener en cuenta los criterios propuestos en el mencionado Proyecto del Código Civil catalán, para acordar la custodia compartida, pues el artículo 233.10, en la regulación de las uniones estables de pareja, hace una remisión a los preceptos que sistematizan estas materias en la ruptura matrimonial, y en concreto al artículo 234.9, que contempla, tanto la aptitud y la disponibilidad de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes y cooperar con el otro para garantizar la máxima estabilidad del hijo o hija, como los deseos expresados por el hijo o hija mayor de 12 años o menor si tiene suficiente juicio, cuanto la viabilidad de la guarda compartida teniendo en cuenta la ubicación de los respectivos domicilios de los progenitores, los horarios y actividades del hijo o hija, los horarios y actividades de los progenitores y sus medios económicos.

2. Expuesto lo anterior, será de sentar y expresar cuáles son las ventajas e inconvenientes de la institución conocida como custodia compartida. Así, empezando por estos últimos, es de destacar como tales, la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores. En cuanto a sus ventajas o beneficios, realmente, son mayores y superiores a aquéllos, ya que con la custodia compartida: a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia

que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc., c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; f) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; g) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.

3. Pasando al análisis del caso concreto que aquí nos ocupa, es de sentar, siguiendo los dictados del Ministerio Fiscal —que actúa en interés de los menores— expuestos en el acto de la vista de la apelación, tras informar favorablemente acerca de la custodia compartida solicitada por el padre de los niños, una vez ha detallado las distintas ventajas e inconvenientes propios y específicos del supuesto de autos, que son altamente superiores aquéllas frente a éstos, pues si bien pueden existir dudas por la falta de acuerdos y de consenso en el quehacer cotidiano, no hay que olvidar, ni ignorar, que la conflictividad que puede comportar la disparidad de criterios educativos y de estilos de vida de los dos progenitores también puede perjudicar al menor/a los menores en un sistema de custodia exclusiva, y lo cierto es que con la custodia compartida se producen grandes beneficios para los hijos en el presente caso, máxime cuando ya se ha llevado a término una alternancia en la guarda de éstos, al haberla ostentado el padre durante 13

meses consecutivos, desde el dictado del auto de medidas provisionales hasta la fecha de la sentencia aquí apelada, de fecha 31 de enero de 2005, en la que se otorgó la guarda y custodia a la madre, quien la sigue teniendo desde entonces, esto es, hace 24 meses, que el transcurso del tiempo y el hecho de haber accedido ambos progenitores a someterse a mediación ha limado en gran manera las asperezas y acritudes habidas al principio de la ruptura de la convivencia, hasta el punto de que los dos padres, que se implican mucho en el cuidado y educación de sus hijos, comparten tutorías en el colegio en donde éstos cursan sus estudios, a cuyo lugar han acudido prácticamente a diario para poderse comunicar con ellos, sin poder obviar, asimismo, que los dos progenitores gozan de capacitación y aptitud suficiente y adecuada para ostentar la custodia de sus hijos, tal como se colige del informe del SATAV —el cual se valora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 348 de la LEC—, y que, aunque residan en dos localidades distintas, la escuela de los menores se halla a una distancia intermedia entre las dos poblaciones, en las cuales los dos niños están plenamente arraigados, tanto en el ámbito familiar, como en el social, al haber vivido con anterioridad en los dos sitios, siendo sus referentes altamente positivos en los dos entornos, aparte de que en los supuestos de custodia compartida resulta prioritario para los menores la presencia de las dos figuras parentales, dado que les ofrece tranquilidad, antes que la estabilidad o inamovilidad del espacio físico en donde vienen desarrollando su vida, en cuyas dos casas, además, tienen todos los enseres y objetos que precisan, y así lo señaló y puntualizó el hijo de los litigantes, Lorenzo, en la prueba de exploración practicada por los miembros del Tribunal, quien, tras expresar que ha venido a tal acto acompañado de su padre y de su madre —lo que no deja de ser una muestra de entendimiento y cordialidad entre ambos— y que su hermana va al mismo colegio que él, en donde tiene muchos amigos, manifestó, en varias ocasiones, que si bien vive con la madre le gustaría estar y permanecer más tiempo con el padre, y preguntado cuál era su propuesta amplia-toria, explicitó con detalle la equiparación de días con uno y con otro progenitor (*vide* folio 41 del rollo de apelación), hasta el extremo que su deseo no es otro que el de estar el mismo tiempo con su madre que con su padre, lo cual viene a coincidir precisamente, como se ha indicado al principio de la presente resolución, con la finalidad y naturaleza de la custodia compartida, esto es, la alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres.

4. Llegados a este extremo, es de concluir afirmando que, en el supuesto de autos, habiendo el Ministerio Fiscal informado en el acto de la vista

de la apelación a favor de la custodia compartida, se cumple el presupuesto procesal, de pertinente aplicación, previsto en el artículo 92.8 del Código Civil, y, por tanto, el Tribunal estima que debe acordarse la guarda y custodia compartida de los dos hijos de los progenitores hoy en litigio a favor de éstos, en el bien entendido que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior, tanto de Lorenzo –cuyo deseo es palmario–, como de Laura, pues, aparte de que debe procurarse no separar a los hermanos, lo que el sistema de custodia compartida potencia que así sea, dada la convivencia conjunta de cada uno de ellos en las estancias ya sea con uno o con otro progenitor, para la niña –que cuenta en la actualidad con 7 años y casi 9 meses de edad– su hermano mayor, Lorenzo –de 13 años y casi 4 meses de edad– es un referente importante en todos los aspectos de su vida.

5. En definitiva, se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida de ambos hijos con cada uno de sus progenitores, si bien el Tribunal, atendida a la edad de Laura y a lo expresado con sumo detalle por el hijo Lorenzo en la prueba de exploración judicial, considera que no es conveniente ni aconsejable estimar la petición del Ministerio Fiscal de que se fije aquélla por semanas alternas, sino por días de la semana y partiendo la misma, ya que así se asegura una regularidad en la vida de los niños de forma que determinadas actividades las vincularán con las estancias en casa del padre o en casa de la madre, creando referencias fijas y, eso sí, alternándose los fines de semana. Por ello se establece el siguiente régimen de custodia compartida: lunes y martes con la madre, y miércoles y jueves con el padre, siempre con pernocta en casa de cada uno de los progenitores, el cual deberá acompañar a la mañana siguiente a los niños al colegio en donde cursan sus estudios, así como los fines de semana –que abarcarán desde el viernes a la salida de la

escuela hasta el lunes a la entrada de la misma– con la debida alternancia, o sea, un fin de semana con cada progenitor –y por ello la recogida de los niños el viernes y su llevanza el lunes al colegio, deberá realizarse por quien de los dos le corresponda el concreto fin de semana–. Asimismo se mantiene el pronunciamiento concerniente a que las vacaciones escolares de los hijos, en los períodos de Navidad, Semana Santa y verano sean disfrutadas por mitad entre ambos progenitores, correspondiendo, salvo acuerdo en otro sentido, a la madre elegir el período en que los niños estén en su compañía, en los años pares, y al padre, en los años impares.

1. El sistema de guarda y custodia compartida acordado por el Tribunal, deja sin contenido y convierte en innecesario el segundo motivo de la apelación, el referente al régimen de visitas de los hijos con el progenitor no custodio, dado que no se da en el presente supuesto tal situación, al tener ambos el calificativo de progenitores custodios, por compartir, por mitad, el tiempo de estancia con sus hijos.

2. Tampoco se estima adecuado hacer un pronunciamiento específico y distinto del lógico y coherente en situaciones como la que ahora nos ocupa, respecto de la medida dimanante de la separación conyugal relativa a los alimentos de los hijos –artículo 259 del Codi de Família–, pues, si bien es cierto que los ingresos de la madre son superiores a los de padre, no lo es menos que aquélla, tras el acuerdo de mediación alcanzado, tiene mayores gastos que éste, como se colige de la documentación aportada al acto de la vista del recurso (folios 79 al 86), por lo que se establece que cada progenitor deberá soportar y sufragar los gastos de manutención de su hijos cuando permanezcan con él y en cuanto a los demás gastos de los niños deberán ser satisfechos por mitad entre ambos padres.

GUARDA Y CUSTODIA

Dados los antecedentes de drogodependencia se atribuye la custodia a la tía de la menor acordándose que la patria potestad se ejerza compartidamente por la tía y la madre.

AP BARCELONA, SEC. 12.^ª, SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

La apelante, en la alegación segunda del escrito formalizando el recurso de apelación aduce, en esencia, que «por lo que se refiere a la atribución

de la patria potestad compartida entre la madre y la tía paterna del menor, esta parte entiende que la Sentencia no indica ningún motivo por el que

la Sra. Maribel no pueda ejercer la patria potestad de manera exclusiva...», que «la madre carece de impedimento alguno para desempeñar el cuidado de su hijo y asumir plenamente la guarda y custodia del menor...», que «establece un régimen de visitas totalmente restrictivo...» y que «la cantidad de 100 euros mensuales fijada por la sentencia es la adecuada a los gastos del menor, habida cuenta también de la pensión de orfandad que percibe. Pero es evidente que si se reestructuran las relaciones materno-filiales y el menor quedara bajo la guarda y custodia de la madre, mi representada no debería abonar cantidad alguna».

La Sentencia recurrida, en contra de lo alegado por la apelante, tiene en cuenta los informes obrantes en las actuaciones sobre los antecedentes de drogodependencia de la madre y las recomendaciones que se efectúan en los mismos sobre la conveniencia de que la guarda y custodia del menor la siga ostentando la tía paterna que es la que desde que el menor, nacido en fecha 3 de agosto de 1996, contaba con escasos meses de edad, seis meses según la demandante-apelada señala en su escrito de demanda o dieciocho meses según manifestó el Letrado de la demandada-apelada en el informe de la vista celebrada en la instancia, y ante la muerte del padre del mismo, la viene ostentando hasta la actualidad, y, atendidos, precisamente, dichos informes, razonando acertadamente respecto a la jurisprudencia sobre la interpretación restrictiva respecto a la privación de la patria potestad, que era lo postulado en la demanda, acordó que la siga ostentando la madre junto con la tía materna.

Y es que tiene dicho la jurisprudencia, en relación a las normas del Código Civil, que «la patria potestad de la prole actúa como derecho inherente de la paternidad y maternidad y en nuestro ámbito tiene indudable carácter de función tutelar que la configura como institución en favor de los hijos, así lo dice el referido artículo 154, y lo tiene declarado la jurisprudencia desde antiguo (Sentencias de 28 de octubre de 1891, 25 de junio de 1923, 3 de marzo de 1950, 18 de febrero de 1969 y 9 de marzo de 1984), así como las más recientes (Sentencias de 23 de julio de 1987, 30 de abril de 1991, 18 de octubre de 1996 y 5 de marzo de 1998). La protección a cargo de la familia, que impone la condición de menor, conforme declara el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966) y que refiere el artículo 39.3 de la Constitución, en su vertiente obligatoria de derecho-función, llevó al legislador a la procura de un ejercicio correcto de la patria potestad, y evitar que pudiera resultar contrario a los intereses de los hijos, por ello el artículo 170 del Código Civil establece que se pueda privar total o parcialmente de su potestad a los progenitores mediante sentencia

civil, que ha de fundarse en incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, lo que ha de presentarse plenamente probado (Sentencia de 6 de julio de 1996). Se trata de una declaración genérica al no precisar el Código las conductas determinantes de tal sanción, por lo que los Tribunales, en cada caso concreto, han de decidir el alcance de los incumplimientos, midiendo su gravedad y también su reiteración», (STS de 9 de julio de 2002).

Del contenido del artículo 136 del Código de Familia sobre la privación de la potestad que, como el artículo 133 del mismo texto legal prevé, constituye una función inexcusable, se colige que la privación de la potestad ha de ser objeto de interpretación restrictiva, siendo necesario para adoptar una medida tan drástica y trascendente que concurren circunstancias excepcionales (incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, conforme al artículo 136 del Código de Familia) que así lo aconsejen, siempre en interés y beneficio del menor que es el interés que debe ser protegido, teniendo en cuenta, además, que dicha medida, no supone una sanción indefinida como se deriva de que el propio artículo 136.2 del Código de Familia prevé que «la autoridad judicial debe acordar, en beneficio e interés de los hijos, la recuperación de la titularidad de la potestad cuando haya cesado la causa que había motivado su privación», empleando en dicho apartado relativo a la recuperación de la patria potestad la forma imperativa «debe» al contrario de la facultativa «pueden» empleada en el apartado 1, referente a la privación de la potestad, lo que supone, como señala la jurisprudencia que «la privación de la patria potestad, total o parcial, no constituye una sanción perpetua, sino condicionada (tampoco necesariamente) a la persistencia de la causa que la motivó,» (STS de 12 de julio de 2004), y que «con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses»(STS de 24 de abril de 2000,)), que es lo que se hace en la Sentencia de instancia, proteger los intereses del menor mediante la atribución del ejercicio conjunto de la patria potestad sobre el menor a la tía materna y a la madre, como se salvaguarda también con la atribución de la guarda y custodia del menor a la tía paterna, como en el brillante informe en la vista celebrada en la Sala interesó el Ministerio Fiscal, respecto a lo que se deriva la necesidad de mantener tal medida no sólo de los informes obrantes en las actuaciones anteriores a ser dictada la Sentencia y que

en la misma se valoran sino también del informe del Equipo de Asesoramiento Técnico Civil, de fecha 29 de septiembre de 2006, que concluye que el vínculo materno-filial no está suficientemente consolidado, necesitando de más tiempo para la aceptación de la figura materna y para la adaptación del menor a la nueva situación familiar, que se encuentra contaminada por la pugna de las dos partes y, principalmente, por la no aceptación del referente custodio de la figura materna, así pues, dada la reciente extensión de las visitas materno-filiales, y las relaciones expresadas por el menor últimamente, se considera importantísimo respetar el ritmo de Claudio, que ha de ser paulatino. No se valora necesario, pues, ampliar las visitas que se están efectuando actualmente (cuatro horas quincenales), al menos hasta que la vinculación entre madre e hijo no se haya solidificado. Se considera importantísimo, además y como garantía para el cumplimiento de las visitas, que éstas se continúen realizando dentro del Punt de Trobada, al menos hasta que el menor pueda aceptar con confianza el contacto con la madre en el exterior; la tía paterna pueda tolerar la presencia de la figura materna en la vida de su sobrino; y la madre disponga de

los medios y estrategias necesarios para canalizar el malestar emocional y pueda reconducir, sin el soporte profesional del Punt de Trobada, las posibles resistencias expresadas por su hijo. Asimismo, sería bueno que tanto el menor, como la tía paterna y la madre sigan vinculados a un espacio de soporte psicológico, y también se infiere la necesidad de confirmar con la guarda la tía del informe sobre la intervención realizada por los Servicios Sociales de fecha 26 de octubre de 2006 que obra en el rollo, por lo que, en definitiva, al no poder considerarse de los dictámenes obrantes en las actuaciones la conveniencia del ejercicio exclusivo de la patria potestad por la madre, ni que a la misma sea atribuida la guarda y custodia, sino que la misma ha de permanecer ostentándola la tía como se infiere de las conclusiones de dicho informe del Equipo de Asesoramiento Técnico Civil y del de intervención realizada por los Servicios Sociales, al estar también suficientemente garantizada la necesaria relación materno-filial mediante el establecimiento del régimen de visitas establecido que, aunque restrictivo, se adecua al preferente interés del menor atendida la situación actual, procede la desestimación del recurso de apelación.

GUARDA Y CUSTODIA

No procede otorgar la custodia compartida ya que si bien las partes han sabido ir organizándose en el reparto del tiempo del menor, de manera que tres o cuatro tardes a la semana está con su padre y el resto de las tardes con su madre, no ha quedado acreditado que en otros temas, como el sistema económico, hayan podido llegar a acuerdos.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

En cuanto a la guarda y custodia compartida que solicita el recurrente respecto de los hijos comunes, debe tenerse en cuenta que, tal como ha dicho esta Sala en diversas sentencias, es una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro.

Como ha puesto de manifiesto la psicología especializada, no tiene nada que ver la custodia compartida, basada en la coparentalidad responsable, con la custodia por períodos repartidos, caso al que se refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 4/2001, de 15 de enero, puesto que el contenido semántico del verbo repartir es muy distinto del de compartir.

En muchos de los casos, confluyen otros conflictos en relación con las reivindicaciones de las partes sobre la vivienda, pago de alimentos o pensiones o liquidaciones del patrimonio común.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, en su artículo 92, se establece que el Juez ha de indagar la idoneidad

de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda en el caso concreto. Deben ponderarse, entre otras, las circunstancias de carácter objetivo para acordar la modalidad de custodia más adecuada al menor en concreto. Así, deben analizarse la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; el aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente, procurando la continuidad en el entorno; las relaciones con la familia extensa, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio; cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; el rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; la garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores, en su caso; la constancia de que queda deslindada la idoneidad de la custodia, con el interés por la obtención de réditos materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción o ahorro de pensiones.

En el caso de autos si bien las partes han sabido ir organizándose en el reparto del tiempo del menor, de manera que tres o cuatro tardes a la semana Luis Manuel está con su padre y el resto de las tardes con su madre, no ha quedado acreditado que en otros temas, como el sistema económico, hayan podido llegar a acuerdos. Es importante que para poder atribuir de forma compartida la guarda y custodia, las partes puedan llegar a acuerdos, sobre todo en temas de tan escasa importancia como quien asume el pago de los regalos de las fiestas de cumpleaños a las que acudirá el menor, cosa que no ha ocurrido en el presente caso, tal como quedó acreditado en el acto de la Vista, pues en otro caso, la necesaria estabilidad y equilibrio que compartir la guarda del menor precisa se vería alterada constantemente.

Por tanto esta Sala considera adecuado el sistema de guarda y custodia que ha fijado la sentencia, así como el amplio régimen de visitas paterno-filial asimismo acordado, por lo que debe desestimarse el recurso planteado.

GUARDA Y CUSTODIA

El que la madre haya impedido la relación paterno-filial no es causa para el cambio de custodia, puesto que el padre no solicitó dicho cambio y además ha quedado constatado el fuerte enfrentamiento existente entre los progenitores.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

Alega la apelante (motivo primero) que «si bien es cierto que la atribución de la guarda y custodia de un menor se trata de una medida de *ius cogens* o derecho imperativo, es más cierto que la atribución de la misma al progenitor que no la desea ni la solicita en el pleito, sino que peticiona que sea atribuida al otro progenitor, debe ser una medida del todo excepcional y fundamentada en hechos graves e indubitados que desaconsejen totalmente la convivencia del menor con el progenitor propuesto por ambas partes. Lo cual no ocurre en el presente supuesto», y le asiste razón respecto a dicha alegación.

Y es que, si bien la juzgadora *a quo* fundamenta su decisión sobre la guarda y custodia en que, según se razona en el Fundamento de Derecho Segundo

tras valorar los documentos e informes obrantes en autos, «no ha sido practicada ninguna prueba que aconseje que el menor no mantenga contacto con el padre a través de un régimen de visitas estándar y, por el contrario, del conjunto de la prueba practicada y teniendo en cuenta especialmente el informe pericial de 27 de abril de 2006 elaborado por el Equip d'Assessorament Tècnic Civil ha quedado demostrado que la madre, con su modo de actuar y proceder, acabará convirtiendo a padre e hijo en extraños y en modo alguno contribuye a garantizar un desarrollo armónico de los afectos del menor siendo perjudicial para éste, como se pone de relieve en el informe pericial, la inestabilidad emocional de la madre (que precisa atención psicológica) pues dicha inestabilidad le impide ofrecer a su hijo un entorno saludable», la Sala no comparte dicha

valoración de la prueba que aconseje acordar una medida tan drástica cual es el cambio de la guarda y custodia del menor, Juan Ignacio, nacido en fecha 7 de marzo de 2003, fruto de la relación no matrimonial entre su progenitores, que desde dicha fecha ha permanecido en compañía de la madre.

Ello por cuanto se concluye en dicho informe del Equipo de Asesoramiento Técnico Civil, en sus valoraciones, que de las intervenciones realizadas a lo largo del estudio se valora que en la actualidad tanto el Sr. Luis Francisco como la Sra. Montserrat tienen una relación basada en el conflicto y en la no preservación del menor en el mismo, que ambos progenitores tienen un posicionamiento muy rígido que dificulta el bienestar del menor, con lo que, no es sólo la madre la que tiene un posicionamiento que influye en el menor y dificulta su bienestar, sino también el padre que, no debe olvidarse, no solicitó para sí la guarda y custodia, y las dificultades que, según se derivan del repetido informe, la madre puede poner al normal desarrollo del régimen de visitas tienen su corrección mediante el procedimiento de ejecución correspondiente, que permita preservar la figura paterna, sin necesidad de acordar una medida tan radical como la que supone el cambio de la guarda y custodia, que no viene tampoco justificada por el hecho de que la madre presente una serie de «rasgos» emocionales que hagan pensar que necesita atención psicológica para poder elaborar el dolor de determinadas pérdidas que le han producido mucho sufrimiento y que a fecha de hoy se percibe que no las ha podido trabajar, con la consecuencia de que este malestar se traslada al menor que, dada su corta edad, no dispone de los recursos necesarios para poder afrontar la separación de los padres de una forma sana, dado el alto contenido de elementos negativos expresados por parte de la madre sobre el padre, según se dice también en el informe, que igualmente señala que

se observa una inestabilidad a nivel emocional en la Sra. Montserrat que convendría ser tratada desde los servicios más apropiados del territorio para poder ofrecer un entorno saludable al menor, falta de entorno saludable que, por el contrario, no se desprende del contenido que en el mismo informe se señala respecto a las coordinaciones telefónicas con la Sra. Consuelo, tutora de P5, que señala que desde el colegio no han detectado ningún signo extraño en el menor, al que describe como un niño sociable, movido, y que le agrada jugar de forma impulsiva pero sin «rasgos» agresivos, y con la Sra. Sonia, psicóloga del CDIAP de l'Hospitalet, que igualmente observa que Juan Ignacio es un niño inteligente, muy capaz y con recurso, no obstante al lado de la madre hace un posado triste, sin que haya detectado alguna sintomatología extraña en el menor, por lo que, si se tiene en cuenta, además, que la madre cuenta con una hija habida de un matrimonio anterior, que dicha hija a la fecha del informe contaba con 20 años y vive, junto con la madre y el menor, en casa de la abuela materna, no puede considerarse que dicho ambiente no sea saludable para el menor, sino que lo que puede resultar perjudicial para el mismo es la no preservación del menor por ambos progenitores del conflicto entre ellos, y, respecto a la madre durante el tiempo transcurrido desde el cese de la convivencia, el hecho de no facilitar las relaciones paterno-filiales que queda dicho que encuentran su solución mediante la correspondiente ejecución de lo acordado al respecto, por lo que, en definitiva, procede la estimación del recurso de apelación y revocar la Sentencia de instancia en cuanto a la atribución de la guarda y custodia y, como consecuencia de ello, establecer un régimen de visitas paterno-filial así como la cantidad que por el concepto de alimentos del hijo corresponde satisfacer al padre.

RÉGIMEN DE VISITAS

Fijación de un régimen de visitas restringido cuando inexplicablemente el padre, sin causa justificada, no mantiene relación con sus hijos.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Fuentes Candelas

La sentencia apelada, entre otros pronunciamientos, estableció a favor del padre demandante y respecto de sus hijos menores un régimen limitado de visitas: de dos horas los martes y los jueves de

cada semana; los fines de semana 2.º y 4.º de cada mes: tres horas los sábados y otras tres los domingos; en el Centro Fonseca (Punto de Encuentro); y sin la presencia de la pareja de aquél. Recurre en

apelación el padre pretendiendo un régimen más amplio y habitual de tres horas los martes y jueves; tres fines de semana alternos al mes desde la tarde del viernes a la del domingo; días de Semana Santa y Navidad; y un mes de verano; pudiendo estar con los hijos en su casa y sin excluir a su pareja. Los argumentos tratan de establecer que la sentencia apelada culpabiliza solamente al padre y que el régimen sentenciado impide una normal relación paterno-filial y familiar, así como con otra hermana, no habiendo motivos para excluir a su pareja sentimental en un modo de orden de alejamiento. La parte apelada argumentó en contra del recurso y en apoyo de la sentencia. Debemos estimar parcialmente el recurso de apelación.

Los motivos de la sentencia para establecer un régimen tan limitado son los concretamente especificados en su Fundamento de Derecho 3.º.b), en relación al 2.º El más importante es la «inexplicable postura del interpelado, quien desde noviembre de 2005 y sin causa justificada no mantiene relación con sus hijos», como así acreditan los informes del Centro Fonseca. Más aún: de los términos del debate procesal y de tales informes se llega a la conclusión de que tan prolongado contacto desde entonces hasta la actualidad (el último informe es de octubre 2006 y no consta reanudación de las visitas), es por la disconformidad del ahora apelante con el régimen anterior y todavía más con el sentenciado en primera instancia. Y esto se vuelve necesariamente en su contra, pues exige renovados

esfuerzos de reconstrucción de la confianza y las relaciones rotas o suspendidas durante todo ese tiempo respecto de los niños. Precisamente por esto la solución más adecuada al caso no parece que sea limitar las visitas indefinidamente, perpetuando una situación que debiera ser excepcional, sin previsión ni medida de progresividad de los contactos u otras tendentes a lograr aquel objetivo. Por otra parte, si bien es verdad que José Luis y su madre se oponen a la presencia de doña Estefanía, por reprocharle ser la causante de la ruptura matrimonial e incluso así se incluyó en el convenio aprobado en la anterior sentencia de separación, no lo es menos que han pasado ya cuatro años y no hay prueba psicológica o de otro tipo que aconseje el alejamiento durante las visitas, al menos después de un tiempo prudencial de reanudación de los contactos padre-hijos. Los antecedentes y las circunstancias del caso desaconsejan, pues, una modificación radical y brusca de la situación equiparable al habitual de relaciones distintas, resultando más prudente partir de lo sentenciado con lo demás que diremos. Por todo ello, el Tribunal considera que, si bien no cabe acceder a lo que pide el apelante en su recurso, sí debe introducir ciertas previsiones o cambios en las visitas sentenciadas, según concretaremos en el Fallo de la presente sentencia, por creerlo de utilidad al objeto de normalizar y potenciar las relaciones con la ayuda e intermediación profesional del Centro de Encuentro.

RÉGIMEN DE VISITAS

Dado que la madre se ha trasladado de domicilio a una localidad con mayor población y más oportunidades laborales con el fin de buscar empleo y poder subvertir a sus necesidades económicas, lo que significa que no ha sido un traslado caprichoso, el lugar donde el padre debe recoger y entregar al hijo menor para ejercitar y cumplir el régimen de visitas es el domicilio en que reside la madre.

AP ZAMORA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Jesús García Garzón

Al residir el padre y la madre en localidades distantes entre sí, si bien en un primer momento la madre residía en el domicilio familiar situado en la misma población donde reside el padre, es obvio que para ejercitar el derecho de visitas semanalmente uno de los progenitores o ambos deben desplazarse con el hijo para que el beneficiario del derecho de visitas pueda ejercitar su derecho y cumplir su obligación.

Dado que la madre se ha trasladado de domicilio a una localidad con mayor población y más oportunidades laborales con el fin de buscar empleo y poder subvertir a sus necesidades económicas, lo que significa que no ha sido un traslado caprichoso, el lugar donde el padre debe recoger y entregar al hijo menor para ejercitar y cumplir el régimen de visitas es el domicilio en que reside la madre, a quien se

ha asignado la guarda y custodia, pues así figura en la sentencia, atendiendo a la edad del niño –cinco años– y las condiciones económicas de la madre.

Ciertamente cabe que la profesión del padre, transportista, y la distancia entre el lugar en que residen el padre y la madre puedan dificultar al demandado el ejercicio y cumplimiento del derecho de visitas, pero debe prevalecer por encima de todo el interés y beneficio del menor y parece más adecuado a ese beneficio primordial que sea el padre el que sacrifique parte de su tiempo para recoger y entregar al hijo, al menos durante estos primeros años que dure el régimen de visitas.

Por otra parte, para acceder a la petición del recurrente, bien como principal, obligando a la madre a desplazarse con su hijo a la localidad de residencia del padre todos los fines de semana para

entregarlo al padre y recogerlo al final del tiempo de visitas, bien como subsidiaria, de que el padre realice un viaje al domicilio materno para recogerlo y la madre otro para reintegrarlo a su domicilio, atendiendo a la distancia entre ambas poblaciones, sólo parece viable si la madre tuviera permiso de conducir y vehículo para realizar el viaje, extremos estos que no han quedado acreditados en autos, pues la utilización de medios de transporte público, cuando no existen viajes directos entre las poblaciones en que residen el padre y la madre, entrañaría un claro trastorno para la educación y estabilidad del hijo que vería cómo más de la mitad del fin de semana, entendido éste desde el viernes al domingo, estaría viajando en medios de transporte público y esperando en estaciones de autobuses o ferrocarril.

RÉGIMEN DE VISITAS

Habiendo sido una decisión voluntaria de la madre el cambio de domicilio a una ciudad muy distante de donde estuvo el último domicilio familiar, se acuerda que ella asuma el 50% del costo del viaje del menor, no existiendo obstáculo para que el menor, de 7 años, viaje solo en avión.

AP HUESCA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Angos Ullate

Habida cuenta de la distancia que media entre Jaca, en donde la demandada vive con el menor, y Chiclana de la Frontera –Cádiz–, lugar de residencia del demandante, debemos favorecer al máximo el contacto del niño con el padre, tal como hemos hecho en casos similares (Sentencias de 29 de julio de 2005, 2 de noviembre de 2006 y 30 de noviembre de 2006). Por ello, siempre dando prevalencia al interés superior del menor (artículos 90.92.8, 94 y 103.1.ª del Código Civil y 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–, tal como corrobora la jurisprudencia –Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996 y 12 de julio de 2004), nos parece adecuada la solicitud formulada por el actor en su recurso– inferior en el tiempo a la petición articulada subsidiariamente en la súplica de la demanda– y extender el régimen de visitas a la mitad de las vacaciones escolares de verano, cuya duración supera el mes de duración, como es notorio. Además, la demandada solicitó en la vista que al padre le fuera concedida la mitad de las vacaciones –a lo que el Ministerio Fiscal no se

opuso–, por lo que no entendemos que la sentencia no admita una petición aceptada por todas las partes. Asimismo, sin que sea visto ningún tipo de reproche personal, debemos tener en cuenta que la situación objeto de análisis ha sido producida objetivamente por la propia decisión de la madre de trasladarse a Jaca desde Melilla, la ciudad en que ambos progenitores residían hasta 2005. Por todo ello, procede estimar el recurso del demandante, si bien con las aclaraciones que se dirán en la parte dispositiva sobre la duración de los dos períodos en que las vacaciones de verano deben ser distribuidas.

En cuanto al recurso de la demandada, no es cierto que la sentencia haya acordado un régimen de visitas no solicitado por ninguna parte, a tenor de las peticiones subsidiarias contenidas en la súplica de la demanda. A mayor abundamiento, el artículo 158 del Código Civil (modificado por las Leyes Orgánicas 1/1996 y 9/2002) dispone que el juez, incluso de oficio, puede, entre otros extremos, acordar las disposiciones que considere oportunas a fin de evitar perjuicios al hijo.

Los dos primeros apartados del *petitum* del recurso ahora examinado pretenden que se declare, por una parte, que corresponde sólo al actor la obligación de recoger al niño –a la salida del colegio en Jaca– y de entregarlo –en el punto de encuentro de Jaca–; y, por otro, que se prohíba expresamente que el menor viaje solo en avión o en cualquier otro medio de transporte. De este modo, a diferencia de lo decidido en primera instancia, sería el padre el único que debería ejecutar en persona y asumir económicamente los traslados en cumplimiento del régimen de visitas. Sin embargo, no podemos asumir tal solución porque sería gravar, de la manera indicada, a un solo progenitor en beneficio de quien voluntariamente, como hemos dicho, ha decidido trasladarse a un lugar tan lejano de la residencia familiar originaria. Con relación a la segunda de las pretensiones indicadas, no ha quedado demostrado que al niño, ahora ya con siete años de edad, le produzca ansiedad viajar solo, sobre todo en avión, aparte de que tal problema en ningún caso podría liberar a la madre de contribuir personalmente a que su hijo se trasladara hasta Chiclana, de acuerdo con el criterio anticipado.

Otra cosa distinta son los números de viajes. La sentencia viene a permitir que el régimen de visitas se extienda a la totalidad de los fines de semana y puentes con solo que el padre lo comunique a la madre con quince días de antelación. Esto es difícil que ocurra, dado el coste económico y personal que supondría para el padre, e incluso para la madre, pues, según la sentencia, tiene que asumir hasta la mitad de los primeros veinticuatro traslados, pero no deja de ser una circunstancia a valorar de forma negativa, pues hipotéticamente es posible tan elevado número de trayectos. También nos parece perjudicial para el niño –cuyo interés es siempre prevalente, como hemos indicado– que pueda estar

vijando fines de semana alternos hasta un punto tan lejano, pues supondría un traslado el viernes y otro el domingo durante muchas ocasiones a lo largo del año, con el consiguiente esfuerzo personal para él. Por todo ello, de oficio, conforme al citado artículo 158.4.º del Código Civil, debemos limitar a quince el número de fines de semana y puentes, de forma que, contando otros tres viajes por las vacaciones de navidad, semana santa y verano, el niño sólo va a tener que desplazarse hasta Chiclana dieciocho veces al año.

Sobre la base de todo ello, nos parece adecuado que la madre sufrague la mitad de los viajes correspondientes a los fines de semana, puentes y vacaciones, tal como dispone la sentencia apelada. La extinción de la pensión compensatoria por el transcurso del plazo establecido en el convenio regulador de separación no demuestra sino que las partes asumieron que la esposa podía desarrollar un trabajo remunerado, tal como decía expresamente el propio convenio. Por otro lado, hemos de valorar a tales efectos que el demandante satisface una sustancial pensión de alimentos, el 20% de su sueldo, incluyendo las pagas extraordinarias, lo que, por ejemplo, supuso 306'48 euros el mes de enero de 2006. No obstante, habida cuenta del límite establecido en el anterior apartado, lo expuesto implica la estimación del recurso de la demandada, pues no debe contribuir a un máximo de doce traslados anuales ordinarios más tres por las vacaciones, según la sentencia de primer grado, sino sólo a nueve en total. Asimismo, nos parece beneficioso para el menor que sea la señora Lopeña la que traslade a su hijo hasta el aeropuerto de Zaragoza cuando el padre desee hacer uso del avión como medio de transporte, en los términos indicados en la sentencia impugnada.

RÉGIMEN DE VISITAS

Es comprensible la preocupación que muestra la madre por el hecho de que el padre pueda llevarse a su hija fuera de España, al ser natural del estado de Israel donde vivió con la familia, pero debe tenerse en cuenta que actualmente vive con su mujer e hijos en España y que tiene un trabajo fijo, lo que minimiza dicho riesgo, siendo procedente la fijación del régimen de visitas y su desarrollo fuera del punto de encuentro.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ignacio Álvarez Sánchez

Al venir desarrollándose el régimen de visitas en el Punto de Encuentro Familiar de Oviedo esta Sala

acordó dirigirse al Equipo Psicosocial adscrito al mismo a fin de que emitiera un informe sobre el

desarrollo del régimen de visitas. Se aportaron 3 informes que había realizado dicho equipo en fecha 6 de agosto de 2006, 15 de noviembre de 2006 y 12 de enero de 2007 en los que se reflejaba cuál era la relación de la menor con su padre y cómo se desarrollaban las visitas, y en el primero de ellos se expresa que la niña ve al padre como persona desconocida, pero no muestra signos especiales de vinculación con él; en el segundo que el padre ha mostrado habilidades parentales necesarias para atender los cuidados de la menor pero que la niña acude poco motivada al encuentro con su padre, no observándose signos especiales de vinculación con él y, en el último, de 12 de enero del corriente año, más completo y detallado se reconoce que para la elaboración de los anteriores se habían mantenido escasas conversaciones con el padre sobre la relación con su hija y se observa que la niña se muestra tranquila, charla y juega con su padre, le da un beso y abandona contenta las instalaciones, lo que revela que como consecuencia de las visitas las relaciones paternofiliales van mejorando. Incluso cuando se produjeron las primeras visitas y el padre era casi un desconocido para su hija el Equipo Psicosocial ya recomendaba que no se llevaran a cabo en el centro y que, al menos durante parte de ellas, se permitiera al padre salir con su hija fuera de él. Ahora, tras contestar a lo solicitado por esta Sala, se insiste en la conveniencia de que las visitas duren tres horas, que se recoja a la niña

en el PEF y se devuelva al mismo pero que puedan relacionarse fuera de él, y estas consideraciones las comparte esta Sala, pues como indican los estudios científicos, es conveniente facilitar, en lo posible, la relación entre los hijos y sus progenitores pues ello redundará un beneficio de aquéllos. En consecuencia ha de acogerse este motivo del recurso para fijar el régimen de visitas antes indicado; sin que sea necesario ampliarlo más, como pretende el padre de la menor, tanto porque esa comunicación paternofilial ha de ir aumentándose paulatinamente y no de forma brusca, pues ello podría resultar contraproducente, como porque dado el lugar de residencia del padre del menor y la necesidad de desplazarse hasta Oviedo sería muy difícil de cumplir el régimen que pretende.

Comprende esta Sala la preocupación que muestra la madre por el hecho de que el padre pueda llevarse a su hija fuera de España, al ser natural de estado de Israel donde vivió con la familia, pero debe tenerse en cuenta que actualmente vive con su mujer e hijos en España y que tiene un trabajo fijo, lo que minimiza dicho riesgo. Esta circunstancia además, no puede llevar a limitar de manera importante la relación del padre con su hija, que, si se desarrolla con normalidad, sin duda va a ser beneficiosa para ésta. No obstante, y para dificultar que esa situación llegue a producirse se acuerda que el padre deje su pasaporte en el PFF y lo recoja cuando reintegre a la niña al mismo.

RÉGIMEN DE VISITAS

La sentencia de primera instancia ha pretendido adecuar a las circunstancias laborales del actor, que es guardia urbano, los períodos y horarios de comunicación de la niña con el mismo, y establece un sistema de preavisos y notificaciones de cambios de turnos en el servicio, que es criticado por ambos litigantes y que no se acepta por la Audiencia Provincial puesto que las medidas legislativas adoptadas para conciliar la vida familiar y laboral, deben ser hechas valer por los progenitores frente a sus empleadores.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Pascual Ortuño Muñoz

La sentencia dictada en primera instancia, que ha decretado el divorcio de los litigantes a instancias del esposo y ha fijado las medidas transcritas en los antecedentes, es objeto de impugnación en virtud del recurso interpuesto por la parte demandada, al que se adherido la representación de la parte acto-

ra, que también impugna determinados aspectos de la resolución referidos al régimen de visitas y comunicación paterno-filial.

Los pronunciamientos que son objeto de impugnación, (por las dos partes), se circunscriben a la determinación del régimen de visitas.

La sentencia de primera instancia ha pretendido adecuar a las circunstancias laborales del actor, que es guardia urbano, los períodos y horarios de comunicación de la niña con el mismo, y establece un sistema de preavisos y notificaciones de cambios de turnos en el servicio, que es criticado por ambos litigantes. La demandada invoca la incongruencia respecto a lo solicitado por las partes, y tacha la distribución realizada de imprecisa, inadecuada y fuente de conflictos, mientras que el actor se opone a las pretensiones de la recurrente, pero impugna determinados aspectos de la concreción de las visitas, por cuanto también considera que pueden ser causa de disputas y desencuentros.

Las circunstancias personales de ambos litigantes, así como las de la hija menor, alegadas por las dos partes, han sido objeto de consideración ponderada por la sentencia de primera instancia, que ha pretendido implantar unas medidas razonables, para lo que ha partido de la circunstancia del cambio de residencia del actor, que tras la consolidación de la ruptura dejó de vivir en Santa Coloma de Gramanet, y se ha establecido en la ciudad de Vic.

La hija menor, Carlota, nacida el 24 de junio de 1996, está próxima a cumplir ya los 11 años de edad, y el proceso de ruptura entre sus progenitores lo ha vivido adaptándose a las circunstancias de los mismos. De hecho no consta que en la fase de ejecución de sentencia hubiese una especial problemática pese a que, entonces, el hoy actor era miembro de los cuerpos de seguridad de la Generalitat de Cataluña y, en consecuencia, sus horarios y disponibilidades eran más complicados que en la actualidad, por cuanto ejerce como guardia urbano en una ciudad de más reducidas dimensiones y, lógicamente, con una mayor previsibilidad en los servicios que ha de desempeñar.

En este sentido la incongruencia que invoca la parte recurrente carece de fundamento alguno. Las medidas que han de adoptarse en relación con los hijos, han de estar presididas por el superior interés del menor, tal como establece el artículo 82.2 del Código de Familia. Los tribunales no están vinculados con las pretensiones de las partes, sino que han de examinar si las medidas propuestas por uno y otro, aun en los casos de mutuo acuerdo, dan protección suficiente a las necesidades del menor.

No obstante lo anterior, especialmente en casos como el de autos, en el que la distancia geográfica de los domicilios paterno y materno impide un contacto más frecuente y por el beneficio del hijo, y los horarios laborales de uno y otro están sometidos

turnos y eventuales cambios (la madre trabaja como enfermera), ambos progenitores han de procurar el mayor grado de consenso posible entre los mismos para introducir criterios de flexibilidad en relación con la tenencia de la niña, de tal forma que puedan compartir las responsabilidades respecto de la misma de forma satisfactoria. Se ha de tener en cuenta que la menor padece el síndrome de Asper, lo que determina que precise una mayor dedicación tanto del padre como de la madre, y de un mayor refuerzo afectivo por parte de ambos, que no es posible garantizarle con los criterios rígidos que los recurrentes reclaman que se impongan.

Las dos partes solicitan determinación e inmutabilidad en las fechas y calendarios de las visitas, y concreción en los horarios de recogida y reintegro de la menor, anunciando ambas problemas, controversias y litigios si no son establecidos, cuando lo que la hija común necesita es, precisamente, lo contrario, es decir, un mayor esfuerzo de los dos progenitores por establecer vías de diálogo y entendimiento que posibiliten una actuación cooperadora en beneficio e interés de la menor.

En consecuencia con lo anterior, procede fijar como criterio prevalente los acuerdos que en cada momento puedan alcanzar las partes bien por sí mismos, con ayuda de sus letrados o en proceso de mediación familiar.

De forma subsidiaria, se ha de mantener el de la sentencia, pero concretando que en defecto de acuerdo, el padre tendrá a la menor durante el curso escolar el primer fin de semana de cada mes, desde las 19 horas del viernes a las 21 del domingo, más la mitad de las vacaciones de semana santa y navidad y un mes en el verano (de los de julio y agosto). Corresponderá al padre el primer período en los años pares, y el segundo en los impares. Las horas de recogida y de retorno de la hija al domicilio materno, serán las anteriormente establecidas, es decir, las 19 y las 21 horas, respectivamente. No es preciso la introducción de fórmulas flexibles adicionales a las que se refiere el párrafo anterior, puesto que, en cualquier caso, la atención de la hija es obligación prioritaria, y las medidas legislativas adoptadas para conciliar la vida familiar y laboral, deben ser hechas valer por los progenitores frente a sus empleadores, para que les adapten sus horarios y turnos a los cuidados que deben prestar a su hija.

RÉGIMEN DE VISITAS

En cuanto al contacto telefónico diario que solicita el demandado, debe tenerse en cuenta la conflictividad existente entre las partes, de manera que parece más adecuado en este momento no autorizarlo, pues el amplio régimen de visitas fijado permite que las relaciones entre padre e hijas se afiance sin necesidad de la interferencia que implicarían las llamadas telefónicas diarias en la intimidad del hogar.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

En cuanto al contacto telefónico diario que solicita el demandado, debe tenerse en cuenta la conflictividad existente entre las partes, de manera que parece más adecuado en este momento no autorizarlo, pues el amplio régimen de visitas fijado permite que las relaciones entre padre e hijas se afiance sin necesidad de la interferencia que implicarían las llamadas telefónicas diarias en la intimidad del hogar de la madre y de las menores. Y ello sin perjuicio de que así puedan las partes acordarlo si, tras realizar la terapia aconsejada por la psicóloga doña Nuria del Centro de Salud

Mental al que acuden las menores, pueden llegar a éste y otros acuerdos sobre temas relativos a las hijas comunes, que en los sucesivos años deberán las partes plantearse, y que deben ser consensuados, consiguiendo con ello llegar a un clima de tranquilidad y normalidad en las relaciones, que sin duda beneficiará al equilibrio y armonía a que tienen derecho las hijas comunes, pudiendo con ello tener ahora una infancia, y después una adolescencia y madurez equilibrada y exenta de traumas de inimaginables dimensiones en este momento.

RÉGIMEN DE VISITAS

En tanto dure la vigencia de la orden de alejamiento y el padre no pueda desplazarse al domicilio materno, la recogida y entrega de los menores será efectuada por una persona designada por la madre, tal como ha establecido la sentencia, y no por una persona elegida por el padre.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

El interés prevalente en toda situación de conflicto familiar es el de los hijos, de acuerdo con el principio de mayor beneficio del menor que debe imperar este tipo de procedimientos, por lo que a pesar de ser conveniente establecer un régimen de comunicación paterno-filial lo más amplio posible, no deben ser obviadas en cada caso concreto, las circunstancias y hechos trascendentes si existieran, a la hora de fijar el régimen de visitas a adoptar o en su caso, modificar, teniendo en cuenta la edad de los menores y su relación con el progenitor no custodio.

Siendo correcto el reparto del tiempo de las menores, tal como ha sido establecido por el Juzgador *a quo*, esta Sala considera que a fin de que

el padre pueda tener un mayor tiempo consigo a las menores, y además se eviten los contactos entre las partes, dada la orden de alejamiento vigente entre las partes y conflictividad que existe entre ellos, el régimen de visitas puede ser ampliado de manera que los fines de semana que las hijas deban permanecer con su padre, serán recogidas los viernes en el colegio, lo que posibilita la reciente Sentencia de fecha 1 de febrero de 2007 de la Sección 20.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, y acompañadas nuevamente al centro escolar los lunes, o siguiente día lectivo, ampliándose por tanto, en el caso de «puentes» cuando con él deban permanecer.

Se mantiene la estancia de una tarde intersemanal con el padre, pero ampliándola con pernocta,

de manera que el padre recogerá a las menores a la hora de salida del colegio o actividad extraescolar, el martes y las acompañará al siguiente día lectivo, tras pernoctar en el domicilio paterno.

En tanto dure la vigencia de la orden de alejamiento, y el padre no pueda desplazarse al domicilio materno, en los períodos vacacionales a recoger y acompañar a las menores, éstas serán llevadas al domicilio paterno por una persona designada por la madre, tal como ha establecido la sentencia, y no por una persona elegida por el padre, como pretende en su recurso. No debemos olvidar que la madre es la víctima de los dos delitos de malos tratos en el ámbito

familiar, por los que ha sido condenado el demandado por tanto es ella quien debe decidir quién debe recoger a las menores en su domicilio y llevarlas a casa del padre para el cumplimiento de las visitas, evitando problemas que se producirían si el padre eligiera a personas que no fueran del agrado de la actora, tanto para acercarse al domicilio de ésta, como para el acompañamiento de unas menores de 6 y 4 años de edad en este momento. Hasta ahora la persona que ha hecho tal acompañamiento ha sido elegida por la Sra. Trinidad sin que se haya producido problema alguno por esta elección, de manera que debe confirmarse este extremo de la sentencia.

VIVIENDA FAMILIAR

La atribución del uso de un vehículo no viene comprendida entre los efectos que deben establecerse en caso de nulidad, separación o divorcio.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Alavedra Farrando

Y, finalmente resta por analizar el motivo de apelación deducido por ambas partes referido a la atribución del uso del vehículo marca SEAT, modelo Alhambra, con matrícula....-HLX.

La sentencia recurrida atribuye el uso a ambos, fijando su uso en los años pares al actor y en los impares a la demandada. La esposa solicita el uso para sí en base al convenio regulador de la separación, y por el esposo se solicita el uso permanente y exclusivo al ser el vehículo de su propiedad.

La atribución del uso de un vehículo no viene comprendido entre los efectos que deben establecerse en caso de nulidad, separación o divorcio, así es de ver en el artículo 76 del Codi de Família,

que únicamente se refiere en atribución del uso a la vivienda familiar y, si es el caso, de otras residencias, pero no a vehículos. En este sentido, es de observar que en la sentencia de separación de mutuo acuerdo se recoge parte del convenio regulador, y así el punto undécimo del convenio referido al uso del vehículo no se recoge en la sentencia (folios 71 y siguientes), lo que aparece conforme al meritado artículo 76 CF, por lo que, y en base al mismo, no procede en sede del presente procedimiento de divorcio hacer atribución del uso del vehículo, y, por tanto, deberá estarse a la titularidad del mismo, en los derechos que otorga. Lo que supone, estimación en parte del recurso del esposo, al estar a la propiedad, y desestimación del recurso de la esposa.

VIVIENDA FAMILIAR

Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar al quedar acreditado que la ex esposa convive maritalmente con un tercero en el mismo, no siendo obstáculo que el uso se atribuyera también al hijo que hoy cuenta con dieciséis años de edad.

AP ALMERÍA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Benito Gálvez Acosta

Respecto al motivo relativo al domicilio familiar donde vive el menor en compañía de la madre debe

partirse de las siguientes premisas, actora y demandado pusieron fin a su convivencia matrimonial

mediante Sentencia de separación dictada el 5 de Marzo de 2001, estableciendo, entre otros extremos, que la esposa continuaría junto con el hijo del matrimonio en el que fuese domicilio conyugal, sito en la calle ..., de Almería, ello sin perjuicio de la titularidad conjunta de dicha vivienda por ambos padres y de que el préstamo hipotecario que la grava sea satisfecho al 50% por cada uno de ellos. En la actualidad el menor tiene dieciséis años y convive con su madre en dicho domicilio; y el actor, alegando que doña Catalina vive maritalmente con otro hombre y posee recursos económicos suficientes, solicita la modificación de las medidas concernientes al uso del piso en los términos expuestos en su contestación a la demanda, primero, y reiterados en su escrito de recurso, después.

No puede ocultarse que el pacto por el que se atribuyó a la esposa y al hijo que en su compañía quedaba el uso y disfrute del que hasta entonces había sido hogar familiar venía directamente condicionado tanto por el hecho de que tal atribución resultaba más favorable al citado hijo, como por la propia situación personal de los cónyuges al tiempo de su separación; esto es, que con el establecimiento de la medida quiso darse la respuesta más adecuada al conflicto surgido de la ruptura matrimonial, sin atender a otros elementos de convicción que los que la realidad familiar ofrecía: a) unos esposos separados, b) un hijo de su matrimonio, y c) un piso-vivienda común-ganancial.

Ahora bien, si la evolución de los acontecimientos ha venido a trastocar semejante estado de cosas, introduciendo en escena a una tercera persona, don Antonio, con quien doña Catalina ha iniciado una relación sentimental estable, hasta el punto de hacer con él vida marital en el mencionado piso, como la propia demandada reconoce en confesión en el acto de Juicio, resulta innegable que se ha producido una esencial modificación de las circunstancias que en su momento fueron tomadas en cuenta para el establecimiento de la medida

atributiva del uso del tan reiterado piso (artículo 91, último inciso, del CC), ya que, de no entenderlo así, habría que admitir como lógico lo que a todas luces nos parece inadmisibles por absurdo, esto es, que de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, común y ganancial asignada a una esposa separada y al hijo de su matrimonio para la protección de su más favorable interés, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, cotitular de la vivienda. Y es que, en definitiva, si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo Ortuño es que, consumando la liquidación de gananciales que a la disolución provocada por la sentencia de separación o divorcio debe ordinariamente suceder, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando.

Lo dicho, como se ve, ni afecta a la medida relativa a la custodia del hijo menor del matrimonio, que no hay razón para modificar, ni implica tampoco la atribución al marido de la vivienda debatida, para lo cual no habría ninguna razón válida, sino que significa, sin más que el interesado podrá instar en cualquier momento la liquidación del inmueble común que constituyó el domicilio familiar, solicitando su venta para la equitativa distribución del precio, o conviniendo la adjudicación a uno de los cotitulares, con la correspondiente compensación a favor del otro. Esto conjuga perfectamente los derechos del menor, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia del menor, y el principio que impide el enriquecimiento y abuso de derecho. Debemos además añadir que la sustancial mejora de la situación económica de la madre desde la separación hasta el momento presente, perfectamente acreditada en autos, le hace capaz de hacer frente a la adquisición de otra vivienda o de la mitad de la que tiene junto con el recurrente si a este acuerdo llegaran.

VIVIENDA FAMILIAR

Imposibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar ya que por voluntad de ambos cónyuges perdió el carácter de familiar y se halla en la actualidad en posesión de terceros de buena fe en base a un contrato de arrendamiento.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Alavedra Farrando

En relación al primer motivo de apelación, sobre la petición de atribución del uso de la vivienda conyu-

gal, debe confirmarse la correcta conclusión a que arriba la Juez de la instancia.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la apelante abandonó voluntariamente la vivienda familiar, y era conocedora que la misma fue puesta en arrendamiento a favor de terceros, haciendo referencia a un supuesto pacto, no probado, de que le daría el esposo parte del alquiler. Por lo que, la vivienda por voluntad de ambos cónyuges perdió el carácter de vivienda conyugal, y se halla en la actualidad en posesión de terceros de buena fe en

base a un contrato de arrendamiento consentido por la misma apelante, por lo que la petición que se hace vía reconvencción resulta extemporánea. Y, aún en el supuesto de acudir a lo dispuesto en el artículo 83.2.b) del Codi de Família tampoco consta acreditada una mayor necesidad, atendido la comparativa de ingresos y gastos de ambas partes, que pasamos a analizar en estudio de la petición de la pensión compensatoria.

VIVIENDA FAMILIAR

Los gastos ordinarios de la vivienda serán abonados por quien ostenta el uso de la misma (gastos ordinarios de comunidad de propietarios, agua, gas, electricidad, teléfono, etc.) y los gastos extraordinarios (impuestos como IBI, etc., y gastos de reparaciones extraordinarios) por el o los propietarios.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

Recurren ambas partes la sentencia de primera instancia, solicitando la Sra. María Ángeles se establezca la obligación del demandado de pagar además de la mitad de la hipoteca que grava el domicilio familiar, el IBI y gastos extraordinarios de la comunidad de propietarios, tal como ha fijado la sentencia, que asuma asimismo la mitad de los gastos ordinarios de comunidad de propietarios; que como contribución a los alimentos de la hija común satisfaga la cifra de 400 euros al mes, en lugar de los 200 euros que ha fijado la sentencia; y asimismo se eleve a 400 euros mensuales su pensión compensatoria, en lugar de los 200 euros que la misma resolución ha establecido. El Sr. Carlos Ramón recurre asimismo la sentencia y solicita que no se fije pensión compensatoria, y/o subsidiariamente se limite temporalmente.

El criterio que este Tribunal ha venido manteniendo respecto de los gastos de la vivienda, y que

se ha de reiterar en el presente caso, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 7 y 46 de la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, es el que los gastos ordinarios de la vivienda serán abonados por quien ostenta el uso de la vivienda conyugal (gastos ordinarios de comunidad de propietarios, agua, gas, electricidad, teléfono, etc.) por ser una repercusión de los gastos del uso ordinario del inmueble, que no deben ser soportados por quien no tiene atribuido tal uso de la vivienda, y los gastos extraordinarios (impuestos como IBI, etc. y gastos de reparaciones extraordinarias) por el o los propietarios, por afectar éstos a la propiedad. Siendo éste el criterio aplicado por la Juzgadora de primera instancia, debe confirmarse con desestimación del recurso de la Sra. María Ángeles.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Ha quedado demostrado que la hija ha venido desarrollando unos trabajos por los que cobraba lógicamente una retribución, si bien éstos tuvieron lugar de forma esporádica y no estable, con lo que obtiene un dinero extra, pero de ninguna manera ello puede ser considerado como haber logrado una independencia económica.

AP A CORUÑA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Pena

Por último se solicita la extinción de la pensión por alimentos para su hija Esther por hallarse ya traba-

jando percibiendo por ello una remuneración que le permite hacer frente a sus necesidades, a lo que se

opone la parte apelada por alegar que se encuentra cursando estudios en Santiago, y solamente cuando se produzcan las condiciones establecidas en el artículo 152 del Código Civil o bien cuando alcance su independencia económica, se case o emancipe del domicilio familiar, el progenitor podrá limitar o eliminar la pensión alimenticia.

Del resultado de la prueba practicada ha quedado demostrado que dicha hija, si ha venido desarrollando unos trabajos por lo que cobraba lógicamente una retribución, si bien éstos tuvieron lugar de forma esporádica y de forma no estable, lo que no le garantiza una estabilidad ni laboral ni económica, sino que tales trabajos como con frecuencia realiza en la actualidad gran parte de la juventud, lo llevan a cabo para obtener unos ingresos, que son

de escasa cuantía y durante un período de tiempo corto, con lo que obtienen un dinero extra, pero de ninguna manera ello puede ser considerado como haber logrado una independencia económica, por lo que tal petición de extinción debe ser denegada, incluso su reducción, toda vez que se ha demostrado que dicha hija cursa estudios en Santiago, lo que produce una serie de gastos a los que debe contribuir su progenitor, lo que no quiere decir que pasado un tiempo prudencial y cumplida por su hija una edad, sin haber concluido dichos estudios o sin haberse colocado, habiéndolo intentado, pues de todos es conocida la dificultad de acceder al mundo laboral, pueda solicitar nuevamente dicha petición, pero en el caso presente por las circunstancias que concurren, debe ser desestimado en este extremo el recurso.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Consta acreditado que dejó sus estudios en 1.º de ESO y trabajó durante un período largo de tiempo, reconociendo que vivió de forma independiente de la madre al menos durante unos ocho meses, percibiendo durante ese tiempo un salario mayor a los emolumentos del padre, y si bien es cierto que en la actualidad se encuentra en situación de desempleo y convive con la madre, concurre causa para extinguir la pensión establecida en la sentencia de separación.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Miguel Fernández Montells y Fernández

La sentencia de instancia deja sin efecto la pensión fijada en su día de pensión compensatoria y de cargas familiares por alimentos de los tres hijos comunes, y mantiene la de alimentos establecida en favor de la hija menor de las partes litigantes en la cuantía de 100 euros mensuales, más la mitad de los gastos extraordinarios. Es claro, que la circunstancia de haber alcanzado aquéllos la mayoría de edad, no implica por sí solo la concurrencia de un supuesto legal de extinción de la prestación alimenticia, cuando no se acredite que gocen o hubiesen gozado de independencia económica.

Debemos de distinguir, como así hizo el Juez *a quo*, entre la fijada para la hija menor de edad, Ariadna, y la reclamada a favor de los hijos mayores de edad. Como ya hemos dicho en repetidas ocasiones, en principio los hijos mayores de edad, si conviven en el domicilio familiar y sin independencia económica, también tendrán derecho a la percepción de alimentos, conforme al artículo 93.2 del Código Civil, y ello porque dicha prestación sigue teniendo la consideración de cargas fami-

liares. Igualándose así en este precepto el trato legal dado a los hijos menores y a los mayores de edad, que por su carencia de medios económicos propios de vida y convivencia con el progenitor, se encuentran en la misma situación que los hijos menores de edad. Y si bien es cierto que cesa la obligación del obligado a dar alimentos cuando el alimentista demuestra una falta de diligencia en el trabajo o en su falta de predisposición para acceder al mercado laboral, que incluso es equiparable la desidia en los estudios por parte del hijo, que son las razones que alega el progenitor, y admite el juzgador de instancia para extinguir la pensión alimenticia a su favor, por cuanto el hijo Ángel Daniel consta acreditado que dejó sus estudios en 1.º de ESO y trabajó durante período largo de tiempo, tal como consta del informe de vida laboral aportado a los autos como prueba documental, reconociendo que vivió de forma independiente de la madre al menos durante unos ocho meses, percibiendo durante ese tiempo un salario mayor a los emolumentos del padre, y si bien es cierto en la actualidad se encuentra en situación de desem-

pleo y convive con la madre, concurre causa para extinguir la pensión establecida en la sentencia de separación matrimonial al haber gozado de esa previa independencia económica. Otro tanto cabe decir respecto de la hija Teresa, que dejó sus estudios en 1.º de ESO, quien en la actualidad tiene 22 años, mostrando una clara falta de diligencia en buscar trabajo, no tiene interés en continuar sus

estudios ni predisposición de trabajar, en definitiva para conseguir su independencia económica, lo que es causa suficiente para declarar la extinción de la pensión de alimentos a su favor, como así se acuerda en la sentencia apelada. Sin perjuicio del ejercicio de las acciones que estos últimos personalmente les pudieran corresponder por alimentos entre parientes (artículos 142 y siguientes del CC).

PENSIÓN ALIMENTICIA

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.

AP CIUDAD REAL, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Luis Casero Linares

Se insta por la parte demandante, padre de la demandada, la modificación de la pensión por alimentos otorgada a la demandada al entender que se han modificado las circunstancias con las que se determinó, al haber obtenido su hija una beca de desplazamiento que cubre parte de sus necesidades, por lo que la pensión concedida de 240 euros mensuales solicita que se reduzca a 130 euros.

Las circunstancias que determinaron el establecimiento de una pensión alimenticia se mantienen en la actualidad, en tanto que la hija del demandante sigue cursando estudios en la Facultad de Ciencias del Mar en Cádiz. Lo que se afirma por el demandante que se ha modificado son las necesidades de la misma, en tanto que con la beca obtenida se debe reducir el montante de pensión al haberse reducido las necesidades de la alimentista.

Siendo cierta la obtención de la beca, también lo es que estamos ante circunstancias coyunturales que suponen una ayuda pública al estudio que debe servir, no para aminorar la ya reducida pensión que se le abona por su padre, sino para mejorar las condiciones de vida y posibilidades de complementar la formación académica con vistas a una mejor cualificación y, por tanto, posibilidades profesionales futuras.

No existe razón, por tanto, para aminorar la pensión alimenticia, pues ni estamos ante una sustancial mejora en la fortuna de la alimentista, ya que no hay sino que leer las sentencias que la establecen para ver que en la misma se partió de necesidades mínimas íntimamente relacionadas con los estudios, ni ha surgido ninguna desproporción en orden a la capacidad del padre, tema que ni tan siquiera se alega.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Demanda interpuesta por los padres con la finalidad de fijar la cuantía de la pensión alimenticia del hijo que aún continúa residiendo en el domicilio familiar, y ello en base a la relación conflictiva que ambos padres mantienen con aquél.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Piñol Rodríguez

Se plantea por los actores en base a la relación conflictiva con su hijo recurrente se fije por el juzgado el importe de los alimentos a que tiene derecho y

así dar por cumplida su obligación de alimentos para con ese hijo, incluyendo, con independencia de esa cantidad, la habitación en el domicilio fami-

liar. La sentencia, tras ponderar las circunstancias, fija la cantidad de 150 euros mensuales, además como gastos extraordinarios deberán contribuir a los gastos de matrícula de carrera superior o universitaria y con 150 euros anuales, previa justificación en concepto de libros y material escolar; para el establecimiento de estas cantidades se ha tenido presente la situación económica de la unidad familiar, que son los ingresos que aporta el padre y que deben servir para atender a la esposa y a los otros dos hijos del matrimonio; se delimita correctamente qué debe atender el hijo con esas cantidades, que se denominan necesidades subsidiarias y básicas,

cuando las mismas sean rechazadas por el hijo; en el recurso se pretende el aumento de las cantidades concedidas, lo cual no puede acogerse, cuando el hijo va a continuar viviendo en el domicilio familiar, utilizando los servicios comunes de la familia, incluso de alimentación si le gusta lo que se decide cada día y atendiendo a los ingresos del padre, sin que para fijar esa pensión deba tenerse presente una cantidad depositada en el banco cuando la fijada es proporcional, suficiente y generosa para cumplir las necesidades indispensables que comprenden los alimentos.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Habiéndose insertado el hijo en el mercado laboral, la circunstancia de que continúe con su formación no es motivo para que siga vigente la pensión alimenticia que se fijó en el procedimiento matrimonial.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

En el presente caso ha quedado acreditado que el hijo común Luis Ángel de veinte años de edad en este momento, está estudiando en el IES de la población de Sitges un ciclo de formación de grado medio, de duración anual, cuyo coste asciende a 226'12 euros anuales de matrícula, y 30 euros por ocho meses del curso escolar, en concepto de comedor. Asimismo consta que ha estado dado de alta en varias empresas, y en concreto en la última «Escatri, SA» ha trabajado dado de alta en la seguridad social durante 238 días, permaneciendo de alta cuando se hizo la consulta el 20 de febrero de 2006 (F. 152 de las actuaciones), sin que consten los ingresos que perciba por este trabajo, correspondiendo a la demandada la carga de tal prueba, pues la doctrina jurisprudencial sentada entre otras, en Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 1991 y artículo 217 LEC sobre la facilidad probatoria, que proclama que debe distribuirse la carga de la prueba de ordinario, atribuyendo a cada parte la que, según la experiencia, suele estar más próxima a ella, y en este sentido a cada litigante le corresponde la prueba de lo que, conforme a la razón y la experiencia, es más fácil de probar para ella que para la parte contraria, siendo de resaltar que la falta de colaboración de la Sra. Maite que no

aportó la debida acreditación de los ingresos del hijo común, que con ella convive Luis Ángel, no puede perjudicar al actor.

Es evidente pues, que el hijo común ha ingresado en el mundo laboral, pues consta que ha sido contratado en una empresa 78 días, y la permanencia en una misma empresa durante 238 días, implica la estabilidad laboral que demuestra su ingreso en el mundo laboral, lo que no es incompatible con la continuidad de su formación, tal como ha hecho en este caso Luis Ángel, que tras dejar de estudiar en 3.º o 4.º de ESO, según reconoció la demandada en su interrogatorio, cuando tenía 16 o 17 años, ha vuelto a matricularse en el IES de Sitges en un ciclo de formación de grado medio de duración anual, sin que, al estar incorporado al mundo laboral, deba el padre seguir soportando el coste de esta formación adicional, por lo que debe dejarse sin efecto su obligación de pago de pensión alimenticia a favor del hijo, sin perjuicio de que éste por derecho propio, pueda reclamar alimentos a ambos progenitores si se considerara necesitado de ellos, a través del procedimiento correspondiente.

Se estima por tanto este motivo del recurso.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Observando la tendencia del 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, procede fijar que la actualización anual de la pensión se efectuará conforme el IPC fijado por el INE para Cataluña.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

En cuanto al recurso de la Sra. Inés sobre el criterio de actualización de la pensión alimenticia del hijo común que la sentencia de primera instancia ha establecido sea de acuerdo al IPC fijado por el INE para el conjunto nacional, solicita que se adecue al que se establezca anualmente para la Comunidad Autónoma de Cataluña, debe tenerse en cuenta que la actualización de las pensiones tiene por finalidad garantizar que la pensión fijada no pierda poder

adquisitivo. Observando la tendencia del alza del IPC de Cataluña y del conjunto nacional, se puede constatar que en Cataluña el IPC aumenta en mayor medida por lo que, atendiendo a que tanto el menor, beneficiario de la pensión, como quienes deben contribuir a su pensión viven en Cataluña, procede estimar el recurso de la Sra. Inés y fijar que la actualización anual de la pensión se efectuará conforme el IPC fijado por el INE para Cataluña.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede reducir la pensión alimenticia ya que el documento aportado con la demanda, referido a cuentas de resultados, ha sido confeccionado unilateralmente por el demandante, sin que demuestre, en forma unívoca, la situación económica de la empresa, la cual tan sólo puede ser analizada con el examen de los Libros de Comercio y Balances del ente social.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

En el Convenio regulador de medidas del divorcio, aprobado por sentencia de 21 de octubre de 2003, se paccionó la constitución de una pensión de alimentos en favor de los dos hijos del matrimonio de seiscientos euros mensuales. Se hizo constar, a efectos de una posible modificación de futuro, que tal importe de la prestación alimenticia se había determinado en función de las circunstancias económico-laborales de los cónyuges, y en concreto teniendo en cuenta los ingresos netos del progenitor, del orden de mil ochocientos euros mensuales, pagas extraordinarias aparte, y de novecientos setenta y tres euros mensuales la madre.

Se convino, asimismo, que habiendo cesado el esposo en su actividad laboral, y pasando a situación de desempleo durante dos años, se mantendrían las pensiones alimenticias, dado al mantenimiento de su capacidad o poder adquisitivo, por consecuencia

de la indemnización recibida por la consecuencia del despido improcedente.

Las razones que se aducen en la actualidad, en sede del proceso de modificación de medidas de divorcio, incoado dos años y cuatro meses después del dictado de la sentencia de divorcio, respecto a la disminución de la capacidad económica del alimentante, que ha de motivar la reducción de la pensión alimenticia en favor de sus hijos, han de ser también desatendidas jurisdiccionalmente en la presente alzada procedimental.

El actor ha venido atendiendo el pago de las pensiones alimenticias de sus hijos, desde la fecha de la sentencia de divorcio, facilitando tales obligaciones la indemnización por despido que recibió de la empresa en la que prestaba servicios laborales, ascendente a la suma de 25.568 euros, y por las prestaciones derivadas del desempleo.

Antes de la culminación de la percepción del subsidio de desempleo, el demandante, al objeto de obtener ingresos económicos para atender sus propias necesidades y las derivadas del Convenio regulador frente a sus hijos, constituyó junto a su hermano la entidad C. SL, mediante la oportuna escritura pública de 25 de febrero de 2005, dedicada al negocio de carnicería y despiece de productos y derivados.

La marcha económica de tal ente social, con cuyos rendimientos vive el actor, atiende las pensiones de alimentos de sus hijos, el gasto derivado del alquiler de su vivienda de 725'50 euros y demás obligaciones crediticias, resulta evidentemente superior a la que refiere la demanda, en donde se expresa la resultancia de un saldo negativo en el ejercicio de 2005. El documento número doce de los aportados con la demanda, referido a cuentas de resultados, ha sido confeccionado unilateralmente por el demandante, sin que demuestre, en forma unívoca, la situación económica de la empresa, la cual tan sólo hubiera sido justificada con el examen de los Libros de Comercio y Balances del ente social.

El demandante debió de capitalizar debidamente la indemnización por despido que recibió, y el montante dinerario derivado de la mitad del importe de la venta de la segunda residencia de las partes, para así atender las obligaciones alimenticias de sus hijos, en forma preferente a cualquier otra obligación o dispendio, no resultando creíble, que pueda mantener su nivel de vida y de asunción de obligaciones, con la cantidad que dice percibir, de 285'43 euros mensuales, derivadas de devolución de cotizaciones que como autónomo ingresa en la Seguridad Social, con abono trimestral con cargo a las prestaciones de desempleo.

Por todas y cada una de las consideraciones dichas y las contenidas en la sentencia apelada, y entendiéndose además que el aumento de la capacidad económica de la demandada no ha sido tan sustancial para reducir la contribución económica alimenticia del padre para con los hijos, procede desestimar, tal como también se ha efectuado en primera instancia, la pretensión de disminución de la cuantía de los alimentos.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Al faltar el consentimiento previo del padre respecto a los gastos extraordinarios se reduce la cuantía por la que se despachó ejecución.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 29 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

En la demanda rectora del procedimiento ejecutivo del que la presente alzada trae causa, la actora interesó la ejecución de la Sentencia de fecha 23 de julio de 2004 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Barcelona, en la que, tras declarar la separación del matrimonio de los ahora litigantes, se aprobó el convenio regulador de los efectos de la misma y en el que las partes convinieron, en lo que aquí importa, «que los gastos extraordinarios generados por los menores, serán satisfechos al 50% entre ambos progenitores, teniendo en cuenta que se considerarán gastos extraordinarios todos aquellos gastos médicos o quirúrgicos que no estén cubiertos por la póliza de seguro médico familiar, ni por la Seguridad Social, y también los correspondientes a clases complementarias que fueren precisas. En todo caso, dichos gastos deberán ser pactados previa y expresamente por ambos progenitores para obligar al pago de la parte correspondiente», que es lo que es objeto

de solicitud de ejecución, la cantidad de 3.836,42 euros por los gastos extraordinarios del ejercicio 2004/2005 y la cantidad de 3.314,41 euros por gastos extraordinarios de 2005/2006, más 69,30 euros por el IPC adeudado y 75 euros por gastos de colegio, y habiéndose despachado ejecución y opuesto el ejecutado alegando que asume el pago de 140,30 euros no obstante no haber sido informado de los gastos de colegio por importe de 75 euros, y respecto a la cantidad reclamada correspondiente al 50% de los gastos extraordinarios, en esencia, que no concurre el requisito del consentimiento previo, cuya oposición, una vez formulada alegaciones por la ejecutante, fue estimada parcialmente mediante el referenciado Auto resolutorio del procedimiento ejecutivo que acuerda seguir adelante la ejecución por la cantidad de 140,30 euros y contra el que interpone recurso de apelación la demandante-ejecutante en solicitud de lo que queda dicho en el precedente Fundamento de Derecho.

Al tratarse, en el caso de autos, de la ejecución de una sentencia, por tanto, de un título que lleva aparejada ejecución en virtud de lo que prevé el artículo 517.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe tenerse en cuenta la disposición legal contenida en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme a la cual «las sentencias se ejecutarán en sus propios términos», con la que se trata de dar cumplimiento a la obligación de «cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales» que prevé el artículo 118 de la Constitución Española, basta tener en cuenta lo aprobado, según lo convenido, en cuanto a los gastos extraordinarios, que ha quedado trascrito, para que proceda la desestimación del recurso de apelación.

Y ello por cuanto, sin perjuicio de que del contenido de la solicitud dirigida a la Sala, que ha quedado transcrita en el precedente Fundamento de Derecho, se infiere que la propia apelante no está del todo segura del consentimiento prestado por el ahora apelado respecto a los que convinieron como gastos extraordinarios de los hijos, entre los que se incluyen «los correspondientes a clases complementarias que fueren precisas», correspondientes al curso 2004-2005, no puede considerarse la concurrencia del consentimiento previo del ahora apelado en cuanto a los gastos extraordinarios del curso 2005-2006 por la sola remisión de un burofax con la conminación de tenerlo por conforme si no contestaba, ya que con independencia de valorarse positivamente el silencio atendidos los casos y las circunstancias, sobre todo cuando se trata de gastos extraordinarios de los hijos menores que originados de manera súbita e imprevista incluso sea necesaria su realización aún la ausencia de consentimiento previo del progenitor no custodio por cuanto no es

dable supeditar el superior interés de los menores a la concurrencia del mismo cuando la urgencia en hacer frente al hecho originador del gasto haga que no se pueda esperar, y aún no corresponder la fecha del mismo a un mes anterior a la interposición de la demanda ejecutiva, como aduce el apelado en su escrito oponiéndose al recurso de apelación, sin embargo, si se constata de su contenido que los gastos a los que se hacen referencia, entre otros, de clases de tenis, con no constar probado no sólo que se trate de clases complementarias sino que, además, «fueren precisas», se señala en dicho burofax, de fecha 19 de octubre de 2005, entregado en la misma fecha, que «se corresponde a Cuota desde septiembre a diciembre 2005», esto es, anteriores a la emisión misma del burofax, con lo que difícilmente pudo prestar su consentimiento previo el ahora apelado, o como convinieron los ahora litigantes «pactados previa y expresamente», como dada la fecha del burofax y hacer referencia el resto de conceptos a clases de apoyo de la profesora Regine, Clases de piano y Clases en Can Caralleu, que ha de presumirse que se hubieron de concertar por la ahora apelante antes del inicio del curso escolar, que se inicia en septiembre, difícilmente puede colegirse que hubieran sido pactadas «previa y expresamente» con el Sr. Aurelio, como el material de tenis que en el burofax también se señala que incluso se dice «comprados en el Corte Inglés», con lo que antes del pacto previo y expreso convenido la Sra. Alejandra ya las había adquirido y, al no poder considerarse como gastos extraordinarios los «libros y todo el material escolar necesario exigido por el Colegio» que también se señala en el tan repetido burofax, procede, en definitiva, como queda dicho, la desestimación del recurso de apelación.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Fijación de un límite temporal de siete años para percibir la pensión compensatoria que se fijó sin límite alguno en el convenio regulador, teniendo en cuenta que ambos trabajan y el matrimonio se prolongó sólo durante siete años.

AP LEÓN, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Pilar Robles García

Es un hecho irrefutable que don Luis Alberto y doña Olga, en pleno uso de sus facultades mentales y perfectos conocedores de sus respectivas situaciones económicas (trabajo, ingresos, propiedades) de forma libre y voluntaria, suscribieron con fecha 9 de

enero de 2004, convenio regulador de separación matrimonial, aprobado judicialmente en Sentencia de separación de fecha 15 de marzo de 2004, en el que se fijaba en la estipulación tercera «En concepto de pensión compensatoria por desequilibrio

económico recogida en el artículo 97 del C. Civil la cantidad de 500,00 euros» a favor de doña Olga. Es igualmente cierto que los ingresos del recurrente en aquellos momentos eran bastante superiores a los de doña Olga, pues destinado en Nueva York tenía unos ingresos de 7.804,74 euros, con una retención de 525,37 euros, mientras que doña Olga como funcionaria del SACYL tenía una nómina de unos 1.560,00 euros, y que el posterior cambio de destino a Bruselas aunque le ha supuesto una disminución temporal de sus ingresos, no conlleva una equiparación de las situaciones económicas de ambos litigantes, a pesar de que doña Olga sea propietaria de dos inmuebles, propiedades que ya existían al tiempo de la separación, por lo que realmente no se puede apreciar que se haya producido una modificación relevante y sustancial en la situación económica del cónyuge obligado a abonar la pensión, que permita acordar la supresión de la pensión compensatoria, ni la reducción de la misma.

Ahora bien la pensión compensatoria no puede ser tomada como una renta vitalicia, como un derecho de por vida derivado del matrimonio, cualquiera que haya sido el tiempo de duración del mismo, sino que debe y puede acordarse una delimitación temporal en función de las circunstancias que concurren en cada caso concreto, en esta línea se manifiesta la más reciente doctrina científica y jurisprudencia de las AAPP que viene sentando la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del artículo 97 del CC. La ley no prohíbe la temporalización, y tras la redacción dada a este artículo tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se refuerza la tesis de que la pensión compensatoria a favor del cónyuge no es una especie

de renta derivada del matrimonio sino un derecho relativo, condicional, circunstancial y limitado en el tiempo, salvo casos excepcionales, concepción esta que parte de la idea de que, roto el vínculo matrimonial, ambos cónyuges deben procurarse dentro de sus respectivas posibilidades un medio de vida autónomo atendiendo a sus concretas circunstancias.

Para determinar la temporalidad no obstante, deben respetarse las circunstancias concretas de cada caso, siendo factores a tomar en cuenta entre otros la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos, trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional y examinando las circunstancias que concurren en el presente supuesto, en el que si bien en el convenio regulador no se acuerda la temporalidad de la pensión tampoco se excluyó, teniendo en cuenta que don Luis Alberto y doña Olga contrajeron matrimonio el 18 de octubre de 1992, y que como ambos reconocen en el convenio regulador, cuando se firma el mismo el 9 de enero 2004, llevan separados desde hace más de cinco años, de lo que se deduce que la duración efectiva del matrimonio ha sido de unos siete años, que ambos cuentan con sus respectivos trabajos y que la esposa dispone de otros bienes, de los que en futuro de proponérselo podrá obtener nuevos ingresos, ponderando sobre todo la duración del matrimonio, la edad de la esposa, parece adecuado limitar temporalmente la pensión compensatoria, estableciendo el derecho a percibirla durante un tiempo equivalente al período de duración del matrimonio, es decir durante siete años, a contar desde la fecha de la sentencia de separación, 15 de marzo de 2004, por lo que el derecho a percibir la pensión compensatoria por parte de doña Olga se extinguirá el 14 de marzo de 2011.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La pensión compensatoria se establece en 1/3 de los ingresos netos del esposo, esto es, 1.300 euros al mes, sin límite temporal dada la duración del matrimonio y la edad de la esposa.

AP A CORUÑA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ramón Sánchez Herrero

Se discute en esta alzada el alcance e importe de la pensión compensatoria establecida a favor de doña Julieta, en cuantía de 1.800 euros al mes. A la hora de establecer esa suma, se ha tenido en cuenta el

importante patrimonio ganancial, ya repartido parcialmente (se habla en la demanda de una primera vivienda, dos segundas residencias, en Sanxenxo y Torrevieja, tres plazas de garaje y un local en

Santiago, y dos pisos a construir en esta ciudad, a cambio de una permuta, habiendo recibido la demandante 84.000 euros por la liquidación de los saldos bancarios), la cualificación del esposo, médico traumatólogo, con unos ingresos de unos 7.000 euros al mes, y unos gastos mensuales de unos 2.000 euros, así como de la falta de cualificación profesional de la esposa, con unos gastos fijos de 650 euros al mes.

El Sr. Juan Pedro ha mostrado su disconformidad, aludiendo a que carece de vivienda propia en Santiago, pues en la que vivía el matrimonio se adjudicó su uso a doña Julieta, lo que le obliga a pagar 390 euros mensuales de alquiler, a lo que hay que sumar 434 euros de alquiler de un piso para consulta, 471 que abona a una auxiliar de clínica que le ayude, 86 de una plaza de garaje y 200 de suministros médicos (1.581 euros), a lo que habría que añadir los gastos relativos al hijo que aún estudia; que no gana 7.000 euros al mes, sino aproximadamente 3.500, y que sus ingresos vienen disminuyendo por razón de enfermedad. Por ello insiste en que no se fije pensión compensatoria, o en todo caso que se haga en la suma de 400 euros al mes.

Al impugnar el recurso, la Sra. Julieta insiste en que el recurrente percibe más de 7.000 euros al mes, tal como resultaría del dietario cuyas copias se unieron a las medidas provisionales —y que no se han unido a este procedimiento—, que retuvo 2.000 euros en la liquidación efectuada, para cubrir así gastos del hijo citado, que tiene un crédito contra Rodolfo de 241.000 euros, que por la permuta posee un 66% de las dos viviendas, y que la enfermedad ya es anterior a estas fechas y por ello no es previsible una disminución de ingresos.

En cuanto a los ingresos que percibe el Sr. Juan Pedro, en el Auto dictado en sede de medidas provisionales, la juzgadora señaló que de la sanidad pública y conciertos con entidades o mutuas privadas, se aproximaban a 3.600 euros al mes, concluyendo que respecto a pacientes privados no asegurados, la cifra percibida debía ser semejante a la anterior. Aunque no contamos con las copias del dietario, tampoco consta que en la citada resolución se hubiera atendido al mismo, y no es posible determinar con exactitud que los importes

procedentes de ambas actividades sean semejantes, ya que el demandado trabaja por la mañana en la sanidad pública, y por la tarde debe compartir el tiempo de consulta, que no dura más allá de las 20,00 horas según el informe de detectives, atendiendo a los pacientes provenientes de aseguradoras, y los que acuden en régimen privado, si bien hay que tener en cuenta que los ingresos de éstos son superiores que los otros. Por ello nos parece más factible establecer la mitad de la cantidad que obtiene de las otras dos procedencias, esto es, 1.800 euros al mes, por lo que la suma total ascendería a 5.400 euros al mes. En cuanto a los gastos, se admiten los relacionados con anterioridad, salvo los de garaje, lo que hace unos gastos fijos de 1.500 euros al mes. La diferencia, 3.900 euros mensuales con los que hacer frente a otro tipo de gastos, incluidos los del hijo. Por su parte, la actora sólo tiene gastos, evaluados en 650 euros al mes. La diferencia de situación producida por la ruptura del vínculo matrimonial es evidente, y procede establecer una pensión compensatoria, computando también el tiempo que ha durado el matrimonio (1977-2005), la dedicación de la madre a la atención del esposo y los dos hijos mientras duró, y el patrimonio ganancial. Respecto de éste, no se comprende por qué se fija en el 66% la participación del Sr. Juan Pedro en los dos futuros pisos provenientes de la permuta, pues de la escritura no resulta. El crédito contra el Sr. Rodolfo determinará en su caso un futuro ingreso, en un momento que no podrá suponer un desequilibrio patrimonial pues la apelada no habrá disfrutado durante el matrimonio de ese dinero. Tampoco se atiende a la alegada enfermedad del Sr. Juan Pedro, pues ésta ya es anterior a la separación de hecho, y los ingresos se han computado atendiendo ya a ese padecimiento.

Atendiendo a la situación descrita, es conveniente reducir la cantidad establecida en la resolución apelada, teniendo en cuenta la situación de ambos y la reducción de ingresos que se ha indicado, por lo que se establece en 1/3 de los ingresos netos del Sr. Casal, esto es, 1.300 euros al mes, sin límite temporal dada la duración del matrimonio y la edad de la esposa.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Lo único que ha quedado demostrado a través de la prueba practicada es la existencia de una relación sentimental de la recurrida con otra persona pero no la convivencia *more uxorio*, de forma estable, permanente, mas allá del noviazgo y a modo de matrimonio, ante lo cual debe decaer cualquier pretensión extintiva o denegatoria del derecho a percibir una pensión compensatoria.

AP A CORUÑA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Pena

Dos son las causas alegadas por el recurrente para sostener la extinción de la pensión compensatoria establecida a favor de su esposa; respecto a que convive con otro hombre, ciertamente el artículo 101 del Código Civil establece como causa de extinción de la pensión que configura el artículo 97 del mismo cuerpo legal el que la persona tenga derecho a ella vive maritalmente con otra persona; si bien esa expresión «convivencia marital» requiere necesariamente una cohabitación de carácter estable y permanente, que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar *de facto* es decir, una convivencia *more uxorio*, lo que exige las notas de habitualidad y estabilidad propias del matrimonio. Precepto cuya finalidad no es la de sancionar comportamientos contrarios a determinadas pautas ético-sociales, sino que obedece a la consideración lógica de que debe quedar sin efecto una ayuda económica basada en una relación conyugal anterior, cuando el beneficiario ha logrado rehacer su vida, ya sea mediante un matrimonio ulterior, o ya en virtud del establecimiento de una nueva relación de pareja similar. Incluso algunas Audiencias, han venido interpretando, que para la extinción de la pensión compensatoria no es suficiente acreditar

la existencia de relaciones amorosas aisladas más o menos frecuentes, incluso aunque de ellas se derivara el nacimiento de un hijo, sino que es preciso acreditar una convivencia *more uxorio* es decir una convivencia de pareja estable semejante a la convivencia marital.

En el caso presente, lo único que ha quedado demostrado a través de la prueba practicada, es la existencia de una relación sentimental de la recurrida con otra persona pero no la convivencia *more uxorio*, pues del exceso seguimiento efectuado por el detective, ha visto que salían juntos de la vivienda, incluso a primeras horas de la mañana, pero ello acredita la existencia de una relación sentimental, por otra parte no negada, pero no la convivencia exigida; por lo que hay que concluir que no hay prueba suficiente que acredite la convivencia exigida en estos casos, para lo cual se necesitaría una cumplida prueba de que la apelada se halla conviviendo con otra persona, de forma estable, permanente, mas allá del noviazgo y a modo de matrimonio, con exclusión de toda relación de noviazgo, ante lo cual debe decaer cualquier pretensión extintiva o denegatoria del derecho a percibir una pensión compensatoria.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No se fija pensión compensatoria al no haber sido solicitada por la esposa por vía reconventional, no pudiendo atenderse la alegación de que al solicitar el esposo en la demanda la no fijación de la pensión ya se introdujo en el proceso la cuestión referente a la fijación o no de dicha pensión.

AP PONTEVEDRA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Celso Joaquín Montenegro Vieitez

Centra su recurso la esposa apelante en las consecuencias económicas derivadas de la disolución por divorcio del matrimonio, especialmente en la

cuestión atinente a la pensión compensatoria que, según su entender, ha de abonarle mensualmente su esposo por importe de 200 euros «en tanto no

se restablezca su salud y ejerza un trabajo efectivo».

Tal pedimento, sin embargo, ha de ser rechazado por la razón ya apuntada por la Juzgadora *a quo* en la sentencia apelada en su fundamento tercero (si bien posteriormente, y a fin de satisfacer al máximo el derecho a la tutela judicial efectiva, lo resolvió entrando en el fondo del punto litigioso), esto es, la necesidad de que la petición fuese introducida como objeto del proceso a través de la pertinente reconvencción. El artículo 770.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil no ofrece duda alguna al respecto de su exigencia, cuando prescribe que «sólo se admitirá la reconvencción cuando (...) el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio», lo que implica la aplicación de las normas generales sobre aquélla contenidas en el artículo 406 de la ley procesal, particularmente en su número tercero, relativo a su forma, y la que excluye la formulada implícitamente. Hemos de recordar que la reconvencción es una demanda nueva y autónoma, acción contraria e independiente que ejercita el demandado contra el actor en el procedimiento iniciado por éste, o, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de abril de 1992, «nueva pretensión que se acumula por el demandado a un proceso en curso, o, lo que

es lo mismo, una demanda nueva, que se valorará por separado ... aunque se tramite en un mismo juicio que la demanda principal». Al no haber la esposa apelante introducido su pretensión a debate en la debida forma, con el pertinente traslado al actor a fin de contestarla, no podemos entrar a resolver sobre la misma, pues ello conllevaría una evidente infracción de las normas procesales con la consiguiente indefensión que se acarrearía al aquí apelado, quien no habría podido contradecir debidamente aquélla. Por ello no podemos compartir el argumento de la recurrente de que «fue el propio demandante quien ya en la demanda introdujo el debate de la pensión compensatoria y solicitó en ella como medida específica que a nuestra patrocinada no se le concediera cantidad alguna (por tal concepto)», pues obvio resulta que con tal comportamiento el actor no hacía sino adelantarse a una posible respuesta de su esposa en esa dirección, pero no introdujo la cuestión a debate en el seno del proceso, pues para eso se exigía el ejercicio de la acción por la interesada, de forma expresa, presentando (y para ello está prevista específicamente en el artículo 770) la demanda reconvenccional cumplimentando sus requisitos formales, de la cual, reiteramos, habría además que dársele traslado al demandante para formalizar su respuesta a la nueva pretensión. No dándose aquí tal circunstancia, el motivo del recurso ha de ser rechazado.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Reducción de la pensión compensatoria al haber dejado el esposo de realizar la actividad de transportista que desarrollaba junto a su profesión de bombero.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

En la demanda que dio curso a la relación jurídicoprocesal se solicitó por la parte accionante don Casimiro, la reducción de la pensión compensatoria reconocida en favor de la esposa en la causa de separación, luego mantenida en la posterior de divorcio, por consecuencia de la disminución de la capacidad económica del obligado.

Al tiempo de la constitución de la pensión compensatoria por desequilibrio económico del artículo 97 del Código Civil, el esposo percibía una remuneración derivada de su actividad como bombero, además de desarrollar como trabajador autónomo las funciones de transportista. Así se apreció en la

sentencia recaída en el rollo de apelación derivado de la impugnación de la sentencia de separación, que fue dictada por esta misma Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Tales circunstancias personales se observaron también en la posterior sentencia de divorcio, lo que motivó el mantenimiento de la pensión compensatoria en favor de la esposa, la cual se encontraba afecta por una declaración de invalidez permanente absoluta.

En la actualidad, y en el presente proceso de modificación de medidas de divorcio, no se observa mejora alguna en la situación económica de la

beneficiaria de la pensión compensatoria, al seguir en estado de incapacidad permanente absoluta para el desarrollo de cualquier actividad laboral, percibiendo una prestación del orden de 575 euros mensuales. En cambio sí se aprecia, tras la valoración de las pruebas practicadas, que el accionante ha dejado de desarrollar la actividad de transportista, con la consecuencia de dejar de percibir ingresos derivados de la misma, que en el año 2000 motivó una facturación del orden de 4.545.315 pesetas. Ahora tan sólo recibe su remuneración por su profesión de bombero, que le reporta unos ingresos de 1.797,08 euros mensuales netos, más dos pagas extraordinarias, atendiendo junto a su nueva pareja los gastos derivados de la adquisición de vivienda y las propias necesidades familiares.

La Juzgadora *a quo*, considerando la referenciada disminución de haberes del obligado al pago de la pensión compensatoria por desequilibrio económico, ha determinado la procedencia de reducir la cuantía de la prestación hasta la suma de 200 euros mensuales, estimando la pretensión deducida en la demanda, criterio jurisdiccional, que no obstante ser objeto de específica impugnación en el recurso de apelación de la demanda, consideramos aquilatao a derecho, por la alteración de las circunstancias concurrentes al tiempo de la separación y divorcio, lo que conduce a la procedencia de la reducción de la cuantía de la pensión compensatoria, en base a haber pasado el obligado a peor fortuna, y con fundamento en el artículo 84.3 del Código de Familia de Catalunya.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La situación de desequilibrio no se produce como consecuencia de la ruptura matrimonial sino de la acción ilícita del apelante que le sitúa en la posición actual, habiendo ingresado en prisión, pero sin que sea la ruptura la consecuencia de su situación económica.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Alavedra Farrando

La pensión compensatoria del artículo 84 Codi de Família, primer motivo de apelación, tiene su causa en la debilitación económica que puede sufrir uno de los cónyuges a consecuencia del divorcio o de la separación respecto a la situación o *status* que mantenía constante el vínculo, atendiendo a las circunstancias que se expresan el apartado segundo de dicho precepto.

Es de resaltar de dicho precepto que requiere que la debilitación económica sea «consecuencia» del divorcio o de la separación, y como bien indica el Juez de la instancia, en este caso la debilitación económica del apelante se produce «consecuencia» de la comisión de un delito de malversación de fondos públicos, en condena en procedimiento del Tribunal de Jurado núm. 18/02 procedente del Juzgado de Instrucción núm. 23 de Barcelona, en hechos declarados probados en dicha sentencia por conformidad del acusado, de descubierto en el manejo de fondos públicos, dejando de ingresar al Tesoro Público, apoderándose de ésta, la cantidad de 8.242.279 pesetas más otros 4.362.803 pesetas, haciendo referencia en los hechos probados que el acusado no ha ingresado las cantidades de las que ilícitamente se apoderó; y, ello en la administración

de lotería de que era titular el aquí apelante, en la calle Berlín de Barcelona. Consecuencia de ello, es la pérdida de la titularidad de dicha administración de lotería; mientras que la esposa mantiene la titularidad y explotación de la administración de lotería sita en la calle Numancia. De dichos hechos resulta que la situación de desequilibrio se produce no consecuencia de la ruptura matrimonial sino de la acción ilícita del apelante que le sitúa en la posición actual, habiendo ingresado en prisión, pero sin que sea la ruptura la consecuencia de la situación económica del apelante. Pero además de ello, tampoco queda acreditado la existencia de una debilitación económica frente a su esposa, si partimos de que actualmente el apelante, que se halla en el tercer grado, tiene un trabajo nocturno con unos ingresos de 660 euros mensuales, mientras que la esposa si bien explota la administración de lotería de su titularidad, de la comparecencia en procedimiento de ejecución de títulos judiciales resulta que aparece una deuda de la misma y el apelante, relatando otra serie de deudas, que si bien no precisa, debe tenerse en cuenta como hecho cierto que el actual domicilio familiar es de alquiler, debido a que, como se indica por el esposo en la contestación a la demanda, la anterior vivienda familiar se subastó por deudas

contraídas en otra administración de loterías de la que se le retiró la licencia. En definitiva, de las actuaciones, por más que partamos como alega el apelante de la situación en el momento del cese de la convivencia, que se produce con su ingreso en

prisión, tampoco de la situación de ambos cónyuges puede considerarse la existencia de un desequilibrio cierto, siendo al peticionario de la pensión que le correspondía la carga de la prueba en la debida aplicación del artículo 217.2 de la LEC.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La herencia del causante, transmitida a la accionante, tiene posibilidad y entidad suficiente para obtener rendimientos con los que satisfacer la pensión compensatoria, por lo que se desestima la pretensión del cese o extinción de la misma.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La demandante en el presente proceso declarativo ordinario, doña Victoria, que ostenta la condición de heredera del difunto don Carlos María, obligado a la satisfacción de una pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de la que fue su esposa doña Angelina, en virtud de Convenio regulador de la separación matrimonial aprobado por sentencia de quince de septiembre de 1997, ha deducido una acción personal tendente a la extinción de la pensión compensatoria, en base a las prescripciones legales del artículo 86.2 del Código de Familia de Cataluña, por consecuencia de la insuficiente rentabilidad de la herencia para hacer frente a la prestación de referencia. Se ha aducido también en la fase expositiva del proceso, y ahora en la presente alzada procedimental, la mejora en la situación de la demandada, esposa del obitado, y favorecida por la constitución de la pensión compensatoria, al recibir en la actualidad una pensión de viudedad del orden de 374,20 euros, además de tener la propiedad del 50%, junto a la accionante, que ostenta la otra mitad, de un terreno en Torresana, edificado en parte, que ha aumentado considerablemente de valor por la situación del mercado.

La prestación así deducida en la demanda rectora del proceso, ha sido desestimada en la sentencia definitiva de la relación jurídico-procesal, habiéndose recurrido en apelación, reproduciéndose en esta alzada procedimental, en la formulación escrita del recurso, los mismos alegatos fácticos y jurídicos ya esgrimidos en la fase expositiva del proceso del primer orden jurisdiccional, por lo que la cognición de este Tribunal habrá de versar sobre la totalidad de la cuestión controvertida.

El artículo 101, párrafo segundo, del Código Civil, determina que, tras la muerte del deudor

de la pensión compensatoria, sus herederos pueden pedir su reducción o supresión, si el caudal hereditario no pudiere satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a los derechos legitimarios, con lo que el precepto viene a disponer que puede consumirse el capital de la herencia en el pago de la pensión compensatoria por desequilibrio económico, mientras no se perjudiquen las legítimas. El artículo 86.2 del Código de Familia de Cataluña, aplicable al caso de autos por la vecindad civil catalana de las partes, establece cosa distinta, pues si bien determina la posibilidad de extinguir o reducir la pensión compensatoria, en el caso del óbito del obligado, es preciso que los herederos acrediten la insuficiente rentabilidad de los bienes de la herencia para atender el pago de la prestación de referencia. En el supuesto de la legislación civil catalana ha de estarse a si las rentas que puedan producir los bienes hereditarios son suficientes para atender la pensión compensatoria. En el bien entendido sentido de que ha de tratarse de una rentabilidad posible o potencial, pues nos parece claro que no resultaría legítimo que los herederos mantuviesen improductivo el caudal hereditario y, de ese modo, como las rentas serían escasas o nulas, hubiese de reducirse o extinguirse la prestación de referencia.

La interpretación así efectuada del artículo 86.2 del Código de Familia de Cataluña, ya fue determinada en sentencia de esta misma Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de octubre de 2004. Este alcance interpretativo del precepto señalado también fue compartido en la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de octubre de 2005.

Sentada tal necesaria previsión, para resolver la cuestión controvertida, ha de precisarse que en

cuanto a los bienes que constituyen la herencia del causante, su heredera, accionante en el presente proceso, que ha aceptado la herencia a beneficio de inventario, según documento público que obra en las actuaciones, ostenta la nuda propiedad de una tercera parte indivisa de la finca descrita en el inventario de bienes del causante, ubicada en Tarrassa, con frente a la calle de San Honorato, tal bien hereditario no es susceptible de producir ninguna rentabilidad a la heredera accionante, pues corresponde a quien ostente la condición de usufructuario la percepción de los frutos derivados del inmueble.

En lo que respecta a la otra finca descrita en el inventario de bienes de la herencia, en la escritura de aceptación de la misma, referida a la mitad indivisa de una porción de terreno edificable, sito en el término de Terrassa, partida o paraje de Torrebonica o Torresana, con frente a la CALLE000, NÚM000, hoy NÚM001, que ocupa una superficie de ciento sesenta y ocho metros cuadrados, tiene una edificación sobre ella, cuya declaración de obra nueva está pendiente de efectuarse, la demandada tiene la participación del 50% en la propiedad de tal finca urbana. En la citada parcela o porción de terreno se ubica la construcción de una edificación, según consta en el Convenio regulador de la separación, compuesta de planta baja, planta primer piso, planta segundo piso, planta tercer piso y cubierta.

La citada finca urbana, cuya declaración de obra nueva todavía estaba pendiente en el tiempo de la escritura pública de aceptación de herencia, es compartida en su titularidad, en un 50% por las partes aquí accionantes. Ello determina que tenga una rentabilidad posible o potencial, desde el momento que puede instarse la división de la

cosa común, conforme a las prescripciones de los artículos 400 y siguientes del Código Civil. Si se trata de edificio susceptible de adjudicación por pisos o plantas la división podrá efectuarse mediante la adjudicación de plantas o pisos independientes, con elementos comunes anejos, en la forma prevista en el artículo 401, en relación con el 396, ambos del Código Civil. En este supuesto la accionante goza de una posibilidad potencial de obtener frutos derivados del arrendamiento de su parte en la división.

En el supuesto de que se considere la finca urbana como indivisible, en el procedimiento de división de la comunidad de bienes, puede también convenir la autora, con la otra partícipe en la propiedad, adjudicarse la total finca, indemnizando a la otra parte, en la forma prevista en el artículo 404 del Código Civil, lo que constituye también una posibilidad potencial de la obtención, después del procedimiento divisorio, de la pertinente rentabilidad por la obtención de frutos, para atender la pensión compensatoria constituida en favor de la demandada en la causa de separación de su matrimonio.

En su consecuencia entendemos que la herencia del causante, transmitida a la accionante, tiene posibilidad y entidad suficiente para obtener rendimientos para satisfacer la pensión compensatoria de la demandada, en relación con la finca urbana de Terrassa, en el barrio de Torresana, ya definida, por lo que resulta desestimable la pretensión del cese o extinción de la pensión compensatoria establecida en favor de la demandada, al no concurrir los presupuestos del artículo 86.2 del Código de Familia de Cataluña.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La mejora en el patrimonio de la esposa como consecuencia de una óptima rentabilidad es causa para la extinción de la pensión compensatoria.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Alavedra Farrando

Sentado lo que antecede, en estudio del caso que nos ocupa, consideramos procede estimar el recurso deducido por el esposo, con extinción de la pensión compensatoria, lo que conllevará el decaimiento del recurso deducido por la esposa.

Debemos partir de que la pensión compensatoria fue determinada en Sentencia de separación dictada en fecha 7 de diciembre de 1992 (folios 7 y siguientes) aprobando el convenio de mutuo acuerdo presentado por las partes; la presente demanda

de modificación de medidas se presenta el 15 de febrero de 2006; es decir, casi 14 años después de la fijación de la pensión compensatoria en 100.000 pesetas mensuales, debiendo analizar si en dicho período de tiempo puede ya concluirse que la pensión ha operado en su función reparadora del desequilibrio, «se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente» (STS de 28 de abril de 2005), «no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, ..., ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la *perpetuatio* de un *modus vivendi*, o a un derecho de nivelación de patrimonios» (STS de 28 de abril de 2005); es decir, ni debe partirse de una pensión vitalicia ni que la misma tenga por finalidad el equilibrio perpetuo de nivel de vida entre deudor y acreedor de la pensión.

Pues bien, respecto a la situación actual, transcurridos casi 14 años, resulta, que en primer término participamos de la consideración del Juez de la instancia sobre el domicilio familiar y plaza de aparcamiento adyacente sitios en la calle Betania de Barcelona, pues de común acuerdo entre las partes en convenio posterior aprobado igualmente por sentencia judicial se resuelve adjudicar a la esposa, Sentencia de fecha 6 de abril de 1999 (folios 58 y siguientes), por lo que fue derivado de convenio con adjudicaciones recíprocas manteniendo la pensión. Con lo que no cabe hablar en este punto de modificación de circunstancias.

Más discrepamos en relación a la vivienda sita en la calle Travessera de Les Corts y la plaza de aparcamiento en la calle Taquígrafo Garriga,

adquirida por la esposa tras la ruptura matrimonial, adquiridas parte por el importe de siete millones de pesetas resultantes de la liquidación de un fondo de inversión que se recoge en el primer convenio (pacto 4.ª-folio 14 de las actuaciones), y parte mediante un préstamo hipotecario, en importe de 2.391.250 pesetas.

La diferencia, y consiguiente mejora de fortuna entendemos existe en cuanto de siete millones de pesetas que le correspondió en la liquidación del fondo de inversión en el momento de la separación, actualmente tiene una vivienda en la en la calle Travessera de Les Corts y una plaza de aparcamiento en la calle Taquígrafo Garriga de Barcelona, por lo que sí que se ha producido un incremento patrimonial importante, en atención al precio actual de aquéllas, y, se ha debido a la actividad de la esposa, actividad inversora que le ha conllevado una importante plusvalía, que supera los siete millones tenidos en cuenta al tiempo del cese de la convivencia que conllevó la fijación de la pensión; debiendo tener en cuenta que la mejora de fortuna no tiene por qué derivar necesariamente de la actividad laboral, sino que puede proceder de otras fuentes, como una óptima inversión, que aquí nos ocupa, que igualmente supone mejora de fortuna, y debe valorarse, y en este caso, por tanto, puede obtener una rentabilidad de ambos bienes inmuebles, siendo que tiene vivienda propia y distinta de aquélla, rentabilidad superior a la que pudiere darle los siete millones de pesetas del convenio.

CONVENIO REGULADOR

El procedimiento de modificación de medidas no es el adecuado para solicitar la nulidad del convenio regulador.

AP LEÓN, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Pilar Robles García

Como primer motivo del recurso de apelación se alega la indebida inadmisión de la pretensión relativa a la nulidad del convenio regulador de divorcio en lo referente al establecimiento de la pensión compensatoria a favor de la esposa, con infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución.

Pretensión que esta Sala estima ha de ser rechazada, pues el procedimiento en el que nos encontramos, incidente de modificación de medidas,

no es el adecuado para entrar a examinar si dicho convenio es nulo, como se alega, por haber existido error invalidante en la fijación de la pensión compensatoria a favor de la esposa.

El convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia suscrito de mutuo acuerdo entre los cónyuges con la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, que una vez aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de

22 de abril de 1997 señala «En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como *conditio iuris*, determinante de su eficacia jurídica. En consecuencia, los acuerdos alcanzados por las partes, ya sean dentro o fuera del proceso, deben ser tomados en consideración como manifestación de su voluntad, como negocio jurídico bilateral que obliga a los que a él se someten, siempre y cuando no vulnere lo dispuesto en el referido artículo 1255 del Código Civil y no sea contrario a los intereses de los hijos menores de edad».

El convenio regulador, como cualquier otro negocio jurídico obviamente puede ser impugnado por vicios de consentimiento, pero no en el procedimiento específico de modificación de medidas, cuya única finalidad es la revisión de las medidas prefijadas, cuando concurre el requisito de la variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta, a la hora de establecer las mismas, siendo el cauce adecuado para plantear los posibles vicios de consentimiento, la vía del juicio ordinario, en el que dentro de su amplio marco probatorio se podrán dilucidar cuestiones como la ahora alegada, por ello la nulidad pretendida por la parte recurrente en su caso deberá plantearse a través del procedimiento declarativo correspondiente, siendo por tanto acertada la decisión de la Jugadora de instancia de no entrar a conocer sobre tal petición, omisión que por los motivos expuestos, no puede considerarse que vulnere el derecho que asiste a la parte recurrente a la tutela judicial efectiva.

La doctrina que sobre el particular ha ido perfilando la Jurisprudencia, viene poniendo de relieve que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una resolución fundada en derecho que aparezca suficientemente motivada, exigencia de motivación que aspira a hacer patente el some-

timiento del Juez a la Ley o, más ampliamente, al ordenamiento jurídico, y a lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial, a la par que facilita el control de la sentencia por los Tribunales superiores, operando, por lo tanto, como garantía o elemento preventivo de la arbitrariedad (SSTC 32/96, que cita las SSTC 159/89, 109/9222/, 94 y 28/94 y también STS de 20 de marzo de 1997); matizando la misma doctrina que la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas, que las partes puedan tener sobre la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones, que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla, o razón causal del fallo (SSTC 28/94 153/95 y 32/96, STS de 20 de marzo de 1997, que cita las anteriores).

En el presente caso, la sentencia recurrida está suficientemente motivada, en ella se concreta con argumentos jurídicos suficientes los motivos por lo que estima que la pretensión de nulidad del convenio regulador no puede ser examinada en el procedimiento especial en el que no encontramos, circunstancia que motiva el que no se entre a conocer de la acción ejercitada por el actor en tal sentido, conclusión a la que igualmente se llega en esta alzada después de examinar los argumentos aducidos por el recurrente lo que a su vez conlleva el que deba ser asimismo rechazado el segundo de los motivos aducidos en el recurso, a través del que se pretende que el convenio regulador se anule en lo referente a la pensión compensatoria por la existencia de un error invalidante.

CUESTIONES PROCESALES

La abuela paterna no es parte en el presente proceso matrimonial, por lo que, en base a las prescripciones de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, la petición del establecimiento del régimen de visitas entre nietos y abuelos, ha de suscitarse en el pertinente juicio verbal.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La pretensión formulada por vía reconvenzional por la parte demandada, relativa al establecimiento

de un régimen de visitas de la menor con su abuela paterna, aceptada en la sentencia de primera ins-

tancia, ha de ser desestimada en la presente alzada procedimental.

La abuela paterna no es parte en el presente proceso matrimonial, por lo que, en base a las prescripciones de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de relaciones familiares de los nietos con sus abuelos, la petición del establecimiento del régimen de visitas entre nietos y abuelos, ha de suscitarse en el pertinente juicio verbal, por quien desee intentar tal derecho, tal como previene el apartado 1 del artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al añadir el ordinal 12.º la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, en el que se

explicita, que las demandas que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil, se sustanciarán por el cauce del juicio verbal, con las peculiaridades dispuestas en el Capítulo I del Título I del Libro IV de la LEC.

En su consecuencia resulta inadecuada la vía seguida en el presente proceso de divorcio, para solicitar la comunicación de la nieta con su abuela, la cual dejamos sin efecto, sin perjuicio de que pueda ésta deducir su pretensión por el cauce procesal señalado.

En este sentido procede tutelar la pretensión impugnatoria de la accionante, sobre tal pronunciamiento de la sentencia de primera instancia.

CUESTIONES PROCESALES

El Juzgador de instancia tiene la facultad discrecional para dirigir el procedimiento y dar lugar al trámite de conclusiones si lo considera necesario para resolver las cuestiones controvertidas, lo que no ha ocurrido en este caso, sin que tal omisión pueda considerarse que ha producido indefensión a la parte recurrente.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

Sobre la infracción procesal alegada por el recurrente, referida a que no se le dio trámite de conclusiones en la Vista celebrada ni tampoco tras la práctica de diligencias finales, 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 practican 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 previs-

tas 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».

Por todo ello esta pretensión del recurrente debe ser desatendida, dada la facultad discrecional de la Jueza *a quo* para dirigir el procedimiento, y dar lugar al trámite de conclusiones si lo considera necesario para resolver las cuestiones controvertidas, lo que no ha ocurrido en este caso, y sin que tal omisión pueda considerarse que ha producido indefensión a la parte recurrente que ha tenido oportunidad de valorar las pruebas practicadas en su recurso, por lo que debe desestimarse este motivo de la apelación.

CUESTIONES PROCESALES

En el presente caso es claro que la parte actora ha provocado el proceso de modificación de forma innecesaria, generando un coste económico a la contraparte, que no tiene por qué asumir, siendo por tanto procedente la condena en costas.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Alavedra Farrando

Y, respecto a la petición subsidiaria de no imposición de costas de la instancia, se alega no ser habitual en materia de familia y por tener ingresos la contraparte que antes no tenía; lo que como hemos visto, esto último, no es así, por lo que debe rechazarse dicha alegación.

Debemos señalar que las costas cuyo origen se encuentran en el derecho romano, reconociéndose en tiempos de Claudio, que, aun contra la ley, había la costumbre de retribuir a los abogados, y en los de Nerón se impuso el retribuirlos como cosa obligatoria; pasando por el derecho canónico en que las costas tuvieron siempre carácter penal como freno que evitara pleitos, actualmente en nuestro derecho se recoge como regla general el principio *victus victoris* o criterio del vencimiento objetivo, si bien el actual artículo 394 LEC en atención a «serias dudas de hecho o de derecho» permite excepciones a la regla general, pudiendo entender de manera que

cuando el vencido no ha provocado el proceso no habrá de pagar las costas y que, al contrario, cuando el vencedor, ha causado, con su actuación, el planteamiento del litigio, no habrá lugar a la imposición de costas, más en el presente caso es claro que la parte actora ha provocado el proceso de forma innecesaria, generando un coste económico a la contraparte, que no tiene por qué asumir, cuando de mutuo acuerdo, y en reiteradas ocasiones no existía disputa sobre la pensión de los menores; siendo que la ley no recoge la salvedad de no imponer costas en los procesos de familia, en que si bien puede atenderse en muchos casos a «serias dudas de hecho o de derecho», en el presente caso no se dan las mismas, por lo que debe partirse de la recta aplicación de dicho precepto, no en su excepción, entendiéndose correcta la conclusión a que arriba el Juez de la instancia de «absolutamente infundada su pretensión de modificación de medidas», por lo que debe de desestimarse dicho motivo de apelación.

CUESTIONES PROCESALES

No procede revocar la decisión del Juzgador de la instancia de remitir a la Agencia Tributaria testimonio de parte del proceso.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Alavedra Farrando

En relación a la petición de que se revoque la decisión del Juzgador de la instancia de remitir a la Agencia Tributaria testimonio de parte del proceso de la instancia, amén de que ya se ha remitido, debemos indicar que se trata de una competen-

cia del juzgador de la instancia, que procede de conformidad a lo dispuesto en el artículo 94.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, Ley General Tributaria, sin que a este Tribunal le competa poder dejar sin efecto dicha decisión.

CUESTIONES PROCESALES

Como el procedimiento se inició a instancias del esposo con el consentimiento de la esposa, el desistimiento que pueda efectuar aquélla después de haberse ratificado en el divorcio y en el convenio regulador es intrascendente.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, AUTO DE 20 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

Contra el Auto dictado en fecha 17 de marzo de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cerdanyola del Vallés en los autos registrados con el núm. 314/2005 sobre separación matrimonial instada por don Andrés con el consentimiento de doña Angelina, que sobresee el proceso, interpone recurso de apelación el Sr. Andrés en solicitud de que «estimando íntegramente las pretensiones de esta parte y el recurso presentado, acuerde la nulidad del auto dictado, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a ser dictado, ordenando al Tribunal dictar Sentencia decretando el divorcio y aprobando el convenio suscrito o, de considerar el Tribunal que algún apartado del convenio no puede ser aprobado, que requiera para que las partes presenten nuevo convenio o adopte las medidas que considere oportunas; subsidiariamente, de considerar la Sala que procede dictar Sentencia en el procedimiento, interesa se conceda el divorcio y se apruebe el convenio firmado y ratificado por los cónyuges, dejando el derecho de las partes para modificar las medidas fijadas mediante el correspondiente procedimiento de modificación», a cuyo recurso de apelación se oponen tanto la Sra. Angelina como el Ministerio Fiscal.

En la demanda origen del procedimiento en la instancia se interesó por el Sr. Andrés, con el consentimiento de la Sra. Angelina, la separación del matrimonio por los mismos en su día contraído y se aportaba el correspondiente convenio regulador de los efectos de la separación, y una vez efectuado el apoderamiento por el actor y ratificado ambos esposos en el convenio acompañado fue admitida a trámite por Auto de fecha 13 de junio de 2005, y por providencia de la misma fecha, ante la existencia de hija menor de edad, se dio traslado al Ministerio Fiscal que informó mediante escrito de fecha 30 de noviembre de 2005 en el sentido de oponerse a la aprobación del convenio en lo que afectaba al interés de la menor, habiendo presentado en fecha 14 de septiembre anterior el actor escrito en solicitud de que «se dicte Sentencia decretando el divorcio» y, por su parte, la Sra. Angelina compareció en el Juzgado al efecto de otorgar apoderamiento *apud acta* y en fecha 27 de octubre del mismo año presentó escrito en el que solicita al Juzgado que «tenga

por realizadas las manifestaciones y la renuncia que obran en el cuerpo del mismo, procediendo a tener por formalizado el desistimiento de esta parte de las pretensiones perseguidas y al archivo del presente procedimiento sin imposición de costas a ninguna de las partes», a cuya pretensión, dado traslado, se opuso el Sr. Andrés e informó que «no se opone» el Ministerio Fiscal, dictándose por el Juzgado el Auto que es objeto del recurso de apelación.

Y basta tener en cuenta que, aunque con consentimiento de la esposa por cuanto es una de las modalidades que tanto de la separación como del divorcio contempla nuestro ordenamiento jurídico, el proceso se inicia no a instancia de la Sra. Angelina, sino en virtud de demanda interpuesta por el Sr. Andrés, con lo que el actor y, por tanto, aquél al que el precepto legal (artículo 20 LEC) faculta para desistir es él, ahora apelante, y no la demandada no obstante el consentimiento que a la interposición de la demanda acompañando el correspondiente convenio suscrito por los cónyuges haya prestado la esposa, que puede, libremente, ratificarse o no en su contenido a presencia judicial, pero sin que le sea dable a la parte demandada desistir de la prosecución del procedimiento, sin perjuicio, claro está, de que en el proceso declarativo correspondiente pueda la misma ejercitar la acción pertinente tendente a declarar la nulidad de todas o algunas de las cláusulas del convenio ya ratificado por haber sido suscrito existiendo vicio en el consentimiento, que es esto último, vicio en el consentimiento, lo que alega en su referenciado escrito en el que, impropia, manifiesta que desiste del procedimiento cuando en el mismo no ostentaba la situación procesal de demandante, sino la de demandada que es la que, en su caso, debe prestar su conformidad al desistimiento pretendido por el actor como el artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé, y no al revés como se ha hecho en el caso contemplado, por lo que, en definitiva, procede la estimación del recurso de apelación, con la consecuencia no de declarar la nulidad de dicho auto como postula el apelante por cuanto no se le ha causado indefensión sino de su revocación y acordar que el procedimiento siga su curso conforme a la previsión legal contenida en el artículo 777 de dicho texto legal.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Suspensión de la ejecución en la que la madre interesa la entrega del menor cuando el mismo lleva más de tres años con el padre y está en trámite un procedimiento de modificación de medidas en el que éste pide la custodia.

AP LEÓN, SEC. 2.ª, AUTO DE 8 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Alberto Francisco Álvarez Rodríguez

Consta en el presente caso que desde la separación de hecho de los padres y desde hace ya más de tres años, quizás ya cerca de cuatro, sin que dispongamos de datos para ser más precisos, el pequeño Iván vive con su padre, así como que está en trámite un procedimiento de modificación de medidas planteado por éste para recuperar la custodia legal de su hijo, que la madre biológica ha demorado en exceso la petición de ejecución de la sentencia de separación en un pronunciamiento en el que el transcurso del tiempo puede provocar cambios en las circunstancias y llegar a desaconsejar lo tiempo antes decidido.

Por supuesto, este Tribunal no está en condiciones de afirmar que así haya sido en el presente caso, pues se carece de toda clase de datos para ello; mas los principios que rigen en la materia y a que aludíamos al principio del Fundamento le exigen altas dosis de prudencia para evitar el perjuicio del niño, y siendo así que es mucho el tiempo que lleva

con su padre, que está en trámite un procedimiento de modificación de medidas y que aquél vive en León y la madre en Almería, se está en el caso de suspender el curso de las actuaciones, como si de una prejudicialidad civil del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se tratara, mientras se resuelve sobre la custodia del hijo de los litigantes en aquel procedimiento. Solución que se estima más adecuada que la adoptada por el Juzgado de Primera Instancia de estimar una oposición a la ejecución despachada que no tiene encaje en el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que los motivos de oposición, tanto procesales como de fondo, aparecen tasados, y que elimina el inconveniente de qué hacer si fracasan las pretensiones del padre en el procedimiento de modificación de medidas, pues la Ley parte de la existencia de un único procedimiento de ejecución para cada sentencia y estimada la oposición en el inicialmente planteado, problemático parece pudiera aquél volver a plantearse.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La pensión por alimentos no puede ser compensada sin perjuicio de que se reclame por parte del progenitor que se ha hecho cargo de la totalidad de los gastos extraordinarios la cuota pertinente.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, AUTO DE 13 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arque Bescos

La parte apelante en su recurso (artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) impugna el Auto recurrido en cuanto a que no ha tenido por compensado el importe de la pensión alimenticia correspondiente al mes de octubre de 2006 mediante el abono de los recibos núm. 002799 y 002800 por 320 euros por gastos de odontólogo más los 40 euros consignados, disponiéndose la devolución de otros 40 euros por ingresos de más en relación con los excesos de consignación de

los meses de agosto y septiembre de 2006, en su recurso considera el apelante que los gastos han sido debidos por la inobservancia por la progenitora custodia de los hábitos de profilaxis bucodental de las hijas y subsidiariamente le correspondería únicamente abonar la cantidad de 200 euros por haber abonado la totalidad de los gastos extraordinarios (320 euros).

No prospera el recurso.

No consta acreditado que los hábitos de la progenitora custodia en relación a la higiene de sus hijos sean incorrectos.

Se trata de gastos extraordinarios que *a priori* deberán ser abonados por mitad por ambos progenitores (medida sexta de la Sentencia de 30 de julio de 2004).

La pensión por alimentos no puede ser compensada sin perjuicio de que se reclame por

parte del progenitor que se ha hecho cargo de la totalidad de los gastos extraordinarios la cuota pertinente.

Respecto a las consignaciones practicadas ha de estarse a lo dispuesto en el auto recurrido dándole el destino que se indica sin perjuicio de la salvedad que en el mismo se contiene, y su repercusión final en la cantidad adeudada.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se acuerda la obligación de reintegro de las pensiones de los meses de enero a abril de 2005 sin que sea procedente, en el caso de autos, la aplicación de la doctrina del carácter consumible de los alimentos, ante la mala fe de los demandados, que sabedores de la extinción del débito alimenticio procedieron a recibir su montante.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La pensión de alimentos establecida en sentencia de 20 de diciembre de 1996, en favor de descendiente nacido de una relación extramatrimonial, y a cargo de su progenitor, fue declarada extinguida en resolución recaída en proceso de modificación de medidas, el 1 de diciembre de 2003, al haber accedido el alimentista al mercado laboral y gozar de plena independencia económica. La sentencia que declaró la extinción de la prestación alimenticia fue confirmada por la dictada en rollo de apelación, por este mismo Tribunal de la Audiencia Provincial de Barcelona, el 1 de diciembre de 2004.

La sentencia de la Audiencia Provincial fue notificada al alimentista y madre del mismo, partes del proceso de modificación de medidas, el 13 de diciembre de 2004 adquiriendo la pertinente firmeza.

Por diversos avatares no imputables al alimentista, que expresó ante el Juzgado en forma documentada se oficiase a la Seguridad Social para que dejase sin efecto la retención de la pensión de jubilación para atender la obligación alimenticia, la prestación de alimentos fue satisfecha en los

meses de enero a abril de 2005, cuando ya se había consolidado por sentencia firme la extinción de la misma por causa legal, sin que los codemandados del proceso de modificación de medidas procediesen a la devolución de las pensiones indebidamente recibidas, cuando eran sabedores del cese del débito alimenticio, y que en consecuencia no tenían derecho a su percibo, produciendo una situación de enriquecimiento injusto, que ha de ser corregido mediante la obligación de reintegro de las pensiones de los meses de enero a abril de 2005 sin que sea procedente, en el caso de autos, la aplicación de la doctrina del carácter consumible de los alimentos, ante la mala fe de los demandados, que sabedores de la extinción del débito alimenticio procedieron a recibir su montante, tras la declaración de firmeza de la sentencia que puso fin a la pensión, aprovechando la tardanza producida para oficiar a la Seguridad Social, con la finalidad de dejar sin efecto la retención de la pensión de jubilación del alimentante, acordada para asegurar la satisfacción del débito derivado de los alimentos.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Procede confirmar la resolución de la instancia que desestima la demanda ejecutiva partiendo de la independencia económica de los hijos, lo que debe confirmarse, pues estimar lo contrario motivaría una situación de enriquecimiento injusto a favor del acreedor y en contra de la persona obligada al pago, situación que resulta contraria al principio general contenido en el artículo 7 del Código Civil.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 5 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Alavedra Farrando

En estudio de la presente, entendemos que procede confirmar la resolución de la instancia que desestima la demanda ejecutiva partiendo de la independencia económica de los hijos, lo que debe confirmarse pues estimar lo contrario motivaría una situación de enriquecimiento injusto a favor del acreedor y en contra de la persona obligada al pago, situación que resulta contraria al principio general contenido en el artículo 7 del Código Civil al constituir abuso de derecho que no puede merecer amparo ante los tribunales, conforme indica el Tribunal Supremo «El principio general de la buena fe, determinado en el artículo 7.1 del Código Civil, el cual, según tiene declarado esta Sala, constituye una noción omnicomprendensiva como equivalente al ejercicio o cumplimiento de los derechos de acuerdo con la propia conciencia contrastada debidamente por los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia, de cuyas notas sobresale que se trata de una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, que se coherente con el fuero interno o conciencia del ejerciente y, por último, que se apruebe o sea conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad (STS de 14 de mayo de 2002, en cita de la STS de 11 de mayo de 1992)».

Y, ello aplicable a la pensión de alimentos de los hijos, se advierte de forma indubitada en el presente caso que ya tienen independencia económica, por lo que instar la ejecución por la madre de actualización de pensiones a las que los hijos no tienen derecho

aparece contraria al principio de buena fe, siendo que la buena fe, y los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia a que alude el Tribunal Supremo en las sentencias citadas, exigirían por honestidad y ética la innecesariedad de deducir litigios cuando la evidencia determina la independencia económica de los hijos, es decir, ni proceso de modificación ni ejecución, pues aun cuando ciertamente como se alega el proceso de modificación de medidas es el que debería haberse interpuesto, la honestidad y ética aplicado a la convivencia social aún en parejas disueltas en que existen unos hijos, distorsiona la buena relación que fuere predicable pudiere mantenerse tras la ruptura en interés de los hijos ante el ejercicio de acciones contrarias al principio de la buena fe.

Y, en el presente caso, es de observar, que incluso se pretende combatir la claridad de incursión en el mundo laboral que resulta del informe de vida laboral lo que debe rechazarse, e igualmente resulta dicha independencia de la vista pública celebrada, en el desconocimiento de la hoy recurrente desde cuando trabajan los dos hijos, y respecto de las hijas, declara que una de ellas hace dos años que no vive en casa, y un año antes de ello ya trabajaba de arquitecta, y la otra trabaja desde mayo de 2005, pero como base para mantener el abono de la pensión dice que le financia el teléfono móvil y el seguro médico, lo que obviamente no es base suficiente para mantener la petición; debiendo desestimar dichos motivos de apelación.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Ineficacia de la causa de oposición formulada por el esposo en cuanto a que el IBI debe abonarse con los fondos de una cuenta común.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 20 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

En el Convenio regulador de la separación matrimonial, aprobado por Sentencia de 15 de enero

de 2004, se estipuló en el pacto cuarto que, el IBI afectante al inmueble que constituía el domicilio

familiar, fuese sufragado por mitad entre ambos esposos.

En demanda de proceso de ejecución de la sentencia de separación, interpuesta por la esposa doña Beatriz, se reclamó la satisfacción del referido impuesto de la vivienda y de plaza de aparcamiento, aduciendo el ejecutado don Leonardo, en la fase procesal de la oposición al despacho de la vía ejecutiva, la existencia de cuenta corriente común de las partes, en la que se dejaron en depósito cantidad suficiente para hacer efectivo el pago del IBI. Tal alegato cabe encuadrarlo en la causa o motivo de oposición a la ejecución, referida al pago o cumplimiento de la obligación, contenida en el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La causa de oposición así formulada ha de ser plenamente desatendida, por cuanto ni en el Convenio regulador de la separación matrimonial, ni fuera del ámbito del mismo, se encuentra documentado el acuerdo que refiere el ejecutado. En la cláusula sexta del Convenio regulador se determinó que, respecto de las cuentas corrientes y disposiciones a plazo, que ostentaban ambos cónyuges, habían sido repartidas y liquidadas con anterioridad a la firma del Convenio.

En consecuencia carece de sentido el alegato del ejecutado sobre el cumplimiento o pago de la obligación del IBI afectante a la vivienda familiar y plaza de aparcamiento.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Deducción de la cantidad por la que se despachó ejecución de las mensualidades correspondientes a los meses en que el hijo estuvo conviviendo con el progenitor no custodio.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, AUTO DE 16 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

En cuanto a la solicitud de que no siga la ejecución adelante por las cantidades correspondientes al período de tiempo en que el hijo convivió con el padre y fue alimentado exclusivamente por el mismo, hecho este que se deriva acreditado tanto de la demanda de oposición a la ejecución como del escrito de alegaciones a la misma presentado por la Sra. Blanca, de los que se infiere la conformidad entre los progenitores, el recurso debe prosperar.

Y ello por cuanto, no obstante no haberse procedido a la modificación de la medida a través del procedimiento legalmente establecido al respecto y no venir obligada la madre a pagar durante el mismo pensión alimenticia determinada, no obstante lo que queda dicho en cuanto a la misma atendidas las necesidades del hijo y las posibilidades de los padres, sin embargo, es lo cierto que el acreedor de la pensión alimentaria lo es el hijo a cuyo favor se establece, que será administrada por el progenitor con el que convive, sin

que sea dable que no habiendo convivido el hijo con la madre durante determinado tiempo en el que, con consentimiento de ambos progenitores, convivió con el padre y, por tanto, no habiendo supuesto ningún desembolso económico para la misma, habiéndose hecho cargo el padre de hacer frente a los gastos necesarios para la subsistencia de aquél, incluida la vivienda, durante dicho período de tiempo comprendido entre noviembre de 2002 y agosto de 2003, deba recibir una cantidad que no se establece para ella sino para atender unas necesidades, las del hijo, que han sido suficientemente cubiertas por el padre durante el tiempo que convivió con él, lo que supondría un enriquecimiento injusto de la ahora apelada por cuanto conllevaría la minoración del patrimonio del recurrente en una determinada cantidad sin causa justa para ello por cuanto queda dicho que ambos progenitores se mostraron conformes en que, durante el período de tiempo señalado, el hijo conviviera con el padre.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Denegación de la ampliación a la ejecución solicitada respecto a las pensiones devengadas desde la solicitud de medidas previas al no constar en la sentencia dicha retroactividad.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 28 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La demanda que dio curso al proceso de ejecución del Auto de medidas previas de 23 de febrero de 2006, tenía por objeto la reclamación de pensiones alimenticias del hijo común de las partes, desde el mes de marzo a mayo de 2006, por importe de quinientos cuarenta y dos euros mensuales.

Por Auto de 1 de junio de 2006 se acordó el despacho de la ejecución del indicado título judicial. Antes de la notificación de las actuaciones al ejecutado, la parte instante del proceso de ejecución solicitó al Juzgado que conocía del mismo, la ampliación de la ejecución respecto a las cantidades devengadas desde el mes de octubre de 2005, en cuyo momento histórico se presentó la solicitud de medidas previas, hasta el mes de mayo de 2006. La pretensión de ampliación de la ejecución estuvo basada en el efecto retroactivo de los alimentos desde la reclamación judicial, según las prescripciones del artículo 262 del Código de Familia de Catalunya.

La denegación de la ampliación solicitada, del proceso de ejecución, por parte del órgano judicial conocedor del mismo, ha de ser plenamente confirmada en esta resolución dictada en sede del rollo de apelación incoado.

Es cierto que a instancia de parte e incluso de oficio, cabe la concesión de efecto retroactivo del devengo de las pensiones de alimentos de los menores, en los procedimientos de medidas previas, provisionales, e incluso en los principales de separación y divorcio, en base al carácter imperativo del artículo 262 del Código de Familia de Catalunya, pudiéndose pues fijar la toma de efectos del adeudo alimenticio desde la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial.

Es preciso, no obstante, que conste en la resolución de tales procesos matrimoniales, tal efecto retroactivo, a los efectos de que así se contenga en el título judicial que se pretende ejecutar, pues tanto las sentencias de condena firmes, como el resto de las resoluciones judiciales que lleven aparejada ejecución, por constituir título ejecutivo del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han de tener reflejado en su contenido el alcance de las pensiones alimenticias, pues la demanda ejecutiva

que se presente, al amparo del artículo 549 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de contener la cantidad que se reclame conforme al artículo 575 de tal Ley procedimental, en concepto de capital e intereses.

Si se cumplimentan tales formalidades es cuando el ejecutado puede oponerse a la ejecución, por motivo de fondo, alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, en base al artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece además otras causas o motivos de oposición.

De aceptarse la tesis de la ejecutante, aquí parte recurrente, que considera factible el despacho de la ejecución por cantidades no contenidas en el título ejecutivo, aplicando el efecto retroactivo a las pensiones alimenticias, podría darse el insólito caso de que quien venía obligado al pago de las pensiones desde el título ejecutivo que contenga tal obligación, atendido parcialmente los devengos del débito alimenticio, se viese sorprendido por el inicio de un proceso de ejecución, en cuya demanda se solicitan cantidades anteriores a las pensiones señaladas en la resolución judicial, creándose una verdadera inseguridad jurídica.

Por lo explicitado, y por el mandato contenido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, que determina que las sentencias y resoluciones judiciales han de ser ejecutadas en sus propios términos, no procede entender ampliable la ejecución despachada en base al título judicial del Auto de medidas previas, a las pensiones de alimentos de fecha anterior al título judicial base del despacho de la vía ejecutiva, y en concreto por las devengadas desde la fecha de la solicitud de tales medidas hasta la del dictado del Auto resolutorio de las mismas.

Al entenderlo así, también la fundamentación jurídica del auto apelado, procede la plena confirmación del mismo, sin hacer especial declaración de condena de las costas procesales del recurso, dada la no personación del ejecutado, y en su consecuencia la falta de actuaciones procedimentales generadoras de costas procesales.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Inclusión en el activo de la sociedad de gananciales del inmueble a pesar de que la esposa renunciase a su parte, puesto que dicha renuncia estaba motivada exclusivamente por la necesidad de adquirir otra vivienda de promoción pública, lo que previamente exigía renunciar a la parte de la adquirida en las mismas condiciones.

AP ZAMORA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Jesús García Garzón

La representación del demandado interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia con fundamento en tres motivos: 1.º Infracción por inaplicación del artículo 6.2 del Código Civil, al no haber estimado que la renuncia presentada por la demandante ante la Junta de Castilla y León cumple los requisitos legales previstos en el artículo 6.2 del Código Civil; 2.º Infracción del principio general del derecho que veda ir contra los actos propios, cuyo motivo, si no prosperase el anterior, sería inútil pues se basa en que existe incompatibilidad entre la conducta de la demandante al renunciar a la parte de la vivienda que pudiera corresponderle y su pretensión actual de que se reconozca su derecho de propiedad sobre la vivienda; 3.º Error en la valoración de la prueba al estimar que hubo conducta fraudulenta del demandado al transmitir por donación la vivienda ganancial a su hija cuando ya se había presentado la demanda incluyendo como ganancial la vivienda donada posteriormente, debiendo excluir del pasivo del inventario de la sociedad de gananciales las partidas incluidas en la sentencia objeto de este recurso.

El primero de los motivos y el segundo de los motivos, que es una consecuencia del primero, pues si se estima que no hubo renuncia válida y eficaz de la demandante a la parte del bien inmueble ganancial obviamente no existe ninguna incompatibilidad con su postura posterior incluyendo en el activo de la sociedad de gananciales el bien inmueble controvertido, se estudian y resuelven conjuntamente, debiendo decaer ambos.

Una vez que la parte demandada y recurrente ha admitido que efectivamente el bien inmueble objeto de controversia, vivienda de promoción pública núm. 04 del Grupo Capuchinos, sita en la calle Cermeño núm. 1.º B, de Toro (Zamora), fue ganancial cuando se compró en el año 1995, la cuestión objeto de debate radica en la validez, eficacia y alcance del escrito de renuncia presentado por la demandante ante la Junta de Castilla y León con fecha 12 de abril de 2004, pues, mientras que el demandado estima que fue una renuncia válida y eficaz, abdicativa, en cuanto la demandante hacía dejación de un derecho incorporado al patrimonio

de la renunciante, la parte demandante sostiene que la renuncia se hizo con el exclusivo fin de, ante la situación de separación matrimonial, en que el uso y disfrute de la vivienda adquirida había sido concedido al esposo y sus hijas, poder adquirir otra vivienda de promoción oficial dejando de pagar un alquiler, pues si figuraba como titular de otra vivienda de promoción oficial no le concederían otra de las mismas características.

Pues bien, definida la renuncia de los derechos como declaración unilateral de voluntad por cuya virtud una persona abandona la titularidad de un derecho subjetivo o cualquier otra situación de poder reconocida a su favor en el ordenamiento jurídico, por lo que al tratarse de un negocio jurídico requiere la concurrencia de los elementos esenciales de cualquier negocio jurídico: libre consentimiento, la causa y el objeto, si bien la renuncia puede ser expresa o tácita, es preciso que sea clara, terminante e inequívoca, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de ella misma, sin que sea posible deducirla de expresiones equívocas o dudosas.

De donde se infiere que, si bien es cierto que en el escrito, firmado y cuya firma y contenido son reconocidos por la demandante, se expresa que la demandante renuncia a la parte que le correspondía en la citada vivienda, refiriéndose a la vivienda de Protección Oficial adquirida en el año 1995, pues se ha adjudicado el uso y disfrute a su marido en la sentencia de separación que acompaña con el escrito de renuncia, no es menos cierto que del contenido del escrito en conjunción con los actos anteriores y posteriores al citado escrito de renuncia no se deduce que la renuncia fuera terminante e inequívoca y reveladora de la expresión indiscutible de la voluntad de renunciar de la renunciante.

En primer lugar, porque no parece lógico que la demandante renuncie sin contraprestación alguna a la parte que le correspondía de la vivienda en la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que si bien es cierto que desde el mes de marzo de 2002 se dejaron de pagar los recibos de los plazos del precio de la compraventa, no es menos cierto que hasta dicho mes se habían pagado los recibos vencidos de

los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, aparte de algunos del año 2002, alrededor de 77 recibos, aparte de un anticipo, por lo que el renunciar a la cuota que le correspondía en la liquidación sobre dicha vivienda implicaba renunciar a la parte del precio pagado, que sin duda alguna era ganancial, como ha reconocido el demandado. Tampoco tenía sentido entender que la demandante renunciaba a su parte en la liquidación del citado bien inmueble, como contrapartida por renunciar al pago de las cuotas aplazadas y, en su caso, de los gastos que ocasionase el piso, al haberse concedido el uso y disfrute al marido, pues lógicamente, aparte que al ser un bien ganancial ella tenía una cuota abstracta sobre la mitad de dicho bien, cuando se liquidase dicho bien al liquidar la sociedad de gananciales ella tendría derecho a la mitad, sin perjuicio de que se descontase del activo el importe de las deudas pagadas por su esposo o terceras personas para amortizar el piso. En cualquier caso, aparte que nunca perdería la parte del precio pagada hasta el momento en que se produce la separación y el impago de las cuotas, dado que los pisos se revalorizan con el paso del tiempo, más que el dinero, siempre sería más beneficioso para la demandante conservar la su cuota abstracta sobre el citado bien ganancial hasta que se liquidase la sociedad de gananciales, aunque hubiese que descontar del valor del inmueble las cuotas impagadas y los intereses.

En segundo lugar, porque la explicación que da la demandante para presentar el escrito de renuncia está perfectamente justificada ya que efectivamente, según se deduce de los autos y del proceso de modificación de medidas visto por esta Sala el mismo día

que se ha visto este recurso, el uso y disfrute de la vivienda fue adjudicado al esposo y la hijas comunes, lo que significa que ella debió alquilar una vivienda al tener que dejar el domicilio familiar, habiendo quedado demostrado que efectivamente adquirió en régimen de copropiedad con su hermano otra vivienda por la que paga una cuota mensual de más de quinientos euros, por lo que, independientemente que al estar en situación de separación matrimonial, según cierta sentencia de un Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, pudiera solicitar otra vivienda de promoción pública, en principio, era incompatible con la vivienda adquirida durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

Así pues, debemos interpretar que la renuncia a la cuota sobre el bien ganancial no fue terminante e inequívoca, sino que estaba motivada exclusivamente por la necesidad de adquirir otra vivienda de promoción pública, lo que exigía renunciar a la parte de la adquirida en las mismas condiciones.

El tercero de los motivos, dado que no pretende un pronunciamiento sobre dicha cuestión, pues no figura en el fallo de la sentencia pronunciamiento alguno sobre la posible nulidad de la donación, dado que no era una pretensión de la demanda ni de la contestación, debe decaer, si bien, puesto que se refiere a la transmisión que hizo el padre, mediante donación, a sus hijas del bien ganancial, y dicha transmisión no ha sido impugnada por la parte, pues no eran parte en el proceso las donatarias, es evidente que sobra en la sentencia de instancia un razonamiento que no conduce a ningún pronunciamiento.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El mobiliario de la habitación de matrimonio que se adquirió dos días antes de la celebración de la boda tiene la consideración de ganancial al tratarse de unos bienes adquiridos para el matrimonio con dinero regalado a ambos cónyuges.

AP PONTEVEDRA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Romero Costas

En relación al mobiliario de la factura al f. 30 de Muebles Mendoza relativa a la habitación de matrimonio que se entiende ha de excluirse por ser adquisición privativa del Sr. Juan Francisco al resultar de 2 días antes de la celebración de la boda, no puede entenderse atendible tal argumento, pues la proximidad de las fechas unida al tipo y destino de los bienes (dormitorio conyugal), señalan en la dirección de ser un bien adquirido para el matrimonio con dinero regalado a ambos cónyuges a tal

fin, habiéndole dado éstos carácter ganancial, pues lo que no puede admitirse es que siendo de 2 días antes de la boda se obvie probar en forma el origen privativo del dinero en su adquisición, para lo que no es suficiente el que la factura esté a nombre de uno u otro cónyuge, y luego, de modo contradictorio en la vista, se sostenga por el Sr. Juan Francisco que se adquirió con dinero de su tío por simple manifestación.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Siendo la finca ganancial, se declara que la construcción realizada también tiene tal carácter, sin perjuicio de que se reconozca un crédito a favor del esposo por el importe de parte de las obras de edificación que costó con dinero privativo.

AP PONTEVEDRA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Juan Gutiérrez Rodríguez-Moldes

Como primer bien del activo del inventario de la sociedad de gananciales litigiosa se incluye la «finca rústica Eido de Abaixo con casa en proporción de ... privativa ... ganancial».

Se entiende que la finca rústica en sí misma es ganancial en su totalidad, pues así resulta de la escritura otorgada el 23 de diciembre de 1997 (f. 32 ss) en la que se declara privativa del marido pero éste la aporta a la sociedad de gananciales, al igual que sucede con otros bienes no controvertidos.

La discusión se refiere a la casa construida sobre esa finca, al parecer todavía no terminada por falta de licencia y carente de documentación, lo que dificulta la determinación del período en que se realizaron las obras de construcción.

El matrimonio se celebró en el año 1996, el día 20 de enero, y si bien se reconoce una convivencia anterior, ésta es la fecha en que empieza la sociedad de gananciales, conforme al artículo 1345 CC.

Mantiene el marido que la construcción comenzó unos años antes del matrimonio si bien también continuó durante el mismo, en una proporción de ... y ... que es lo que acepta la sentencia apelada, en base a la prueba practicada en este juicio. Porque aunque no se aporta documentación sobre esas obras, comparecen varios testigos que trabajaron en esas obras y las describen como de larga duración, una parte antes de 1996 y otra después.

Esta prueba, aunque sólo testifical, se contradice con la pretensión de la esposa de ser toda la construcción posterior a la celebración del matrimonio. Ni en el juicio ni tampoco en el recurso consigue la esposa acreditar que sea posterior toda la obra de la casa.

Desde el punto de vista fáctico se confirma por tanto la sentencia apelada en base a la prueba practicada en juicio, porque no puede deducirse otra conclusión de las declaraciones de los testigos, en función de las especiales características de este tipo de casas que se construyen en varias fases a lo largo de varios años y con omisión de todos los trámites administrativos. En el fondo ambas partes reconocen este hecho, como también coinciden en su convivencia anterior al matrimonio, fase en la

que también se construye la casa litigiosa pero en ese momento sin consecuencias en una sociedad de gananciales que todavía no existe.

Esta situación de hecho de alguna forma se confirma con el contenido de la escritura de aportación de bienes a la sociedad conyugal otorgada el 23 de diciembre de 1997. Es evidente que conforme a aquella prueba testifical, en esta fecha (casi dos años después del matrimonio) la construcción ya estaba avanzada y sin embargo no se hace ninguna alusión a ella en la descripción de la finca 1, a diferencia de lo que se hace con la otra casa que ocupa la finca 2 y que precisamente por ello se declara también ganancial. La no inclusión en esta escritura parece reforzar la naturaleza no ganancial de la casa litigiosa.

Se rechaza este primer argumento de la esposa, pero en cambio tiene razón desde el punto de vista jurídico.

Partiendo de la reconocida naturaleza ganancial de la finca 1 y del hecho probado de haberse construido sobre ella una casa todavía sin concluir, es aplicable lo dispuesto por el artículo 1359 CC (olvidado por la sentencia apelada): «las edificaciones ... que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho».

La finca es ganancial y lo ha de ser también la construcción levantada sobre ella, en aplicación de la regla general de accesión de inmuebles que recoge de forma expresa este artículo.

No es la accesión invertida que contrapone la parte apelada y que se apoyaría en el antiguo artículo 1404 CC, ya derogado, sino el principio general de la accesión conforme al cual lo construido sigue al suelo (artículos 358 y siguientes CC).

En consecuencia, ha de estimarse el recurso en el sentido de declarar además la naturaleza ganancial de la casa construida sobre la finca 1, Eido de Abaixo, al igual que se ha reconocido a ésta.

Pero, también conforme al artículo 1359 CC con reembolso del valor satisfecho, en este caso la aportación privativa del marido a la construcción

de la casa, que se ha fijado en las tres cuartas partes del total.

Así ha de reconocerse también en el inventario de bienes.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Habiéndose acreditado que los padres de la esposa hicieron transferencias a la cuenta bancaria de los cónyuges, procede incluir en el pasivo de la sociedad una deuda por el valor de las mismas, ya que el *animus donandi* no se presume.

AP LEÓN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Ángel Peñín del Palacio

Siendo el único motivo del recurso el relativo a si la cantidad de 3.500.000 pesetas, que la esposa dice recibieron de su padre durante el matrimonio a título de préstamo sin interés, fue en tal concepto, debiendo figurar por tanto en el pasivo del inventario de los bienes de la sociedad de gananciales, o si por contra, como sostiene don Baltasar, se ha tratado en su caso de una donación a favor del matrimonio, o bien a favor únicamente de doña Guadalupe, no debiendo formar parte dicha cantidad del pasivo del inventario ganancial. La sentencia de instancia que como decimos se inclina por la tesis de la esposa, es recurrida en apelación por el señor Baltasar, y planteado en los anteriores términos el recurso, hay que decir que obra en autos una certificación de Caja España al folio 109 de los autos, haciendo constar que 1.000.000 fueron abonados por transferencia desde una cuenta de don José Pedro, padre de doña Guadalupe, a favor de otra cuenta de titularidad de ambos cónyuges, y también 2.500.000 pesetas posteriormente, deduciéndose del oficio remitido por el Juzgado y confirmado por la citada entidad bancaria, que la primera de las transferencias tuvo lugar en fecha 10 de diciembre de 1998, y la segunda en fecha 9 de agosto de 2001, es decir todavía vigente el matrimonio. Contamos también con el testimonio de don José Pedro en el acto del juicio que afirma que les prestó al matrimonio las citadas cantidades, aclarando que la primera, le manifestaron que la querían emplear en la compra de un coche, y la segunda en la compra de la vivienda, existiendo en los autos coincidencia entre las fechas de dichas entregas y las adquisiciones referidas, tanto del vehículo como de la vivienda

del matrimonio. Alega el apelante que en la fecha de la primera entrega, por importe de un millón de pesetas, aún no estaba él como titular de la cuenta a la que se transfirió, y aportó en el recurso una certificación de Caja España en tal sentido, sin embargo dicha documental no puede tomarse en ninguna consideración al no haber sido admitido en el proceso por extemporánea. Resulta por lo tanto que la única certificación bancaria, objeto de valoración, es la emitida por Caja España al folio 109 de los autos, y de la que resulta que el matrimonio era titular de la cuenta, en la que don José Pedro efectuó la transferencia de las dos cantidades señaladas, por un importe total de 3.500.000 pesetas. Siendo así que el *animus donandi* no se presume, debiendo ser probado por quien lo alega, y en tal sentido se expresan las SSTS de 20 de octubre de 1992 y de 12 de noviembre de 1997, entre otras, resultando que en el caso de autos también ocurre que se eligen unas transferencias bancarias, cuyo medio hace que quede probada la entrega del dinero, no existiendo en autos ningún otro dato objetivo que haga pensar que dicha entrega se llevó a cabo a título gratuito, como alega el apelante al admitir en su caso, dicha posibilidad, y por contra todo indica que dicha entrega lo fue en concepto de préstamo sin interés, habiendo llegado igualmente a dicha conclusión la juzgadora *a quo*, quien ha valorado la prueba bajo los principios de la inmediación y de la libre valoración, y sólo podría revisar este Tribunal en caso de falta de motivación o si las razones utilizadas en la apelada, se considerasen ilógicas o absurdas, y que no es el caso de autos.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Si bien es cierto que las distintas facturas aportadas figuran extendidas a nombre de la madre de la esposa, ello no es suficiente como para presumir que fueron pagadas con dinero perteneciente a los padres de la apelante, dado que el pago fue realizado en efectivo. Cuestión distinta sería si hubiesen sido domiciliadas en cuenta bancaria, en cuyo caso se conocería la procedencia del dinero y la condición de pago no arrojaría duda alguna para su inclusión en el pasivo de la sociedad de gananciales.

AP A CORUÑA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Leonor Castro Calvo

Bajo el apartado 6 de la documental, (6.1, 6.2 y 6.3), se relacionan según describe el letrado apelante diversas facturas que señala han sido pagadas por los padres de su cliente, de lo que deduce que al redundar en beneficio de la sociedad de gananciales deben ser incluidos en el pasivo del inventario. La juez de grado señala que del conjunto de las facturas aportadas tan sólo cabe predicar tal afirmación, con relación a la emitida por Electrodomésticos Caamaño, dado que figura cargada en la cuenta corriente de doña Amanda y su madre, no constando el origen del pago de las restantes, lo cual junto con la consideración de que no cabe presumir que en su caso, los pagos efectuados por los padres de la esposa hayan de ser considerados como donación a la hija y no como liberalidad al matrimonio, lleva a la juzgadora a la desestimación de la pretensión.

La apelante argumenta en defensa de sus pretensiones que las facturas anteriores aportadas como documental núm. 6, han de contraponerse a las aportadas como documental núm. 5 y que figuran extendidas a nombre de ambos cónyuges,

deduciendo de esa diferente titularidad la naturaleza privativa o ganancial del bien.

Ha de confirmarse la solución adoptada en la sentencia, en la medida en que si bien es cierto que las distintas facturas aportadas figuran extendidas a nombre de doña Amanda, ello no es suficiente como para presumir que fueron pagadas con dinero perteneciente a los padres de la apelante, dado que pago fue realizado en efectivo. Cuestión distinta sería si hubiesen sido domiciliadas en cuenta bancaria, en cuyo caso se conocería la procedencia del dinero y la condición del pago no arrojaría duda alguna.

La argumentación elaborada por la apelante a fin de justificar su alegato es inaceptable por superficial, toda vez que las facturas se pueden extender a nombre de una persona u otra arbitrariamente a solicitud del interesado, sin que ello sea garantía del origen del capital con que se pagan. Abunda en la decisión adoptada la circunstancia acreditada de que el esposo trabajó embarcado, lo cual justificaría que las facturas se emitiesen a nombre de la esposa.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Al no haberse hecho referencia en la propuesta de inventario que acompañó a su solicitud a los rendimientos del trabajo del esposo, sin que tampoco los incluyese en el activo en la comparecencia de inventario, no puede solicitar su inclusión en el juicio verbal seguido para resolver las discrepancias en el inventario.

AP PONTEVEDRA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Jaime Carrera Ibarzabal

Tampoco puede prosperar la denuncia de infracción del artículo 809.2, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto dispone que «la

sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas...», entendiéndose, por tanto, que la sentencia de instancia incurre en incongruencia o misiva.

El artículo 808 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, previene que la solicitud de formación de inventario deberá acompañarse de una propuesta en la que, con la debida separación, se harán constar las diferentes partidas que deban incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil, acompañando también a la solicitud los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta.

Por su lado el artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a la formación de inventario, destaca que en el día y hora señalados procederá el Secretario Judicial, con los cónyuges, a formar el inventario de la comunidad matrimonial, sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil para el régimen matrimonial de que se trate. Y en el núm. 2, el mismo precepto dispone que si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, se citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

Desde luego, la parte aquí recurrente, no incluyó en la propuesta de inventario que acompa-

ñó a su solicitud, referencia alguna a los rendimientos del trabajo del esposo. Y aunque sería dudosa su temporaneidad, lo cierto es que tampoco formalizó pretensión alguna al respecto en la comparecencia para la formación de inventario. Y siendo así, que conforme a lo prevenido en el artículo 809.2 ya citado, el juicio verbal solamente se sigue para resolver la controversia que pudiere surgir acerca de la inclusión o exclusión de algún concreto concepto, tras aquella comparecencia, lo que comporta que no puedan introducirse cuestiones distintas en el mismo, es igualmente cierto que ni siquiera en la fase de alegaciones del juicio el actor hizo alusión al tema. Por consiguiente, siendo verdad que la sentencia debe resolver sobre las cuestiones suscitadas, tal expresión debe entenderse, lógica y rectamente, en el sentido de aquellas cuestiones que fueren oportunamente suscitadas, es decir, en los concretos períodos de alegaciones que la Ley de Enjuiciamiento Civil brinda a las partes litigantes. Y no habiéndolo hecho así el ahora recurrente, su pretensión no solamente no debía ser atendida, sino ni siquiera abordada, por extemporánea.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Las partidas contenidas en el pasivo de la sociedad de gananciales no están afectas por el instituto de la prescripción como pretende el esposo dado que no se trata en este proceso de la reclamación de las mismas.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

Las partidas contenidas en el pasivo de la sociedad de gananciales no están afectas por el instituto de la prescripción como pretende el demandante recurrente, dado que no se trata en este proceso de la reclamación, vía acción personal, de determinados créditos vencidos, líquidos y exigibles, para poder

aplicar los plazos prescriptivos legales, sino de un procedimiento de formación de inventario de la sociedad de gananciales, para proceder luego a la fase de liquidación, en el que no cabe observar tal instituto de la prescripción.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Ampliación del régimen de visitas a los fines de semana alternos para que el menor que está en acogimiento residencial mantenga una relación afectiva con la madre y sus hermanos.

AP TERUEL, SEC. 1.ª, AUTO DE 7 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Fermín Francisco Hernández Gironella

Es objeto único de impugnación en el presente recurso la extensión del régimen de visitas de la

menor respecto a su domicilio familiar, estimando el auto recurrido que éste ha de ser de un fin de

semana al mes, sin perjuicio de su ampliación posterior, mientras que la recurrente, madre biológica de la menor, entiende que ha de extenderse a todos los fines de semana. Por su parte el Ministerio Fiscal estima que el régimen de visitas puede ampliarse a los fines de semana alternos, aun cuando se opone a que se extienda a todos los fines de semana, ya que ello supondría un obstáculo a la menor para poder alcanzar los logros que pretende.

Los informes técnicos obrantes en las actuaciones ponen de relieve, de una parte, la necesidad de que la menor reanude las visitas periódicas al domicilio familiar con el fin de mantener la relación afectiva con su madre y hermanos, que es muy buena, y despojar a la menor de la angustia y ansiedad que le produce la separación, y de otra el obstáculo que este entorno familiar supone para

que la menor pueda alcanzar las metas educativas que se pretenden, habida cuenta además que el hecho de tener un nuevo hermano le abocaría a adquirir nuevas responsabilidades que afianzarían unos patrones de relación con sus hermanos menores, poco adecuados a su edad. Ponderando por tanto ambos factores, y teniendo en cuenta tanto la legítima pretensión de la madre de tener en su compañía a su hija menor durante el mayor tiempo posible, como el interés de ésta, y el informe del Ministerio Fiscal, así como el tiempo ya transcurrido desde que se dictó la resolución objeto de recurso, se estima procedente estimar en parte el recurso interpuesto, y ampliar a los fines de semana alternos el régimen de las visitas de la menor al domicilio familiar, respecto al acordado en el auto recurrido, que tan sólo contemplaba un fin de semana al mes.

UNIONES DE HECHO

Aun cuando se reconoce que ha existido entre las partes una convivencia *more uxorio* y que han explotado un negocio común (escuela de Tenis) no se reconoce la existencia de una comunidad respecto a los bienes adquiridos durante la convivencia, si bien, se concede a la conviviente una indemnización de 40.000 euros por el enriquecimiento injusto que le ha ocasionado el cese de la convivencia.

AP MÁLAGA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Torrecillas Cabrera

El segundo motivo por el que se impugna la sentencia es por la infracción de las normas que regulan la comunidad de bienes, así como la jurisprudencia que lo interpreta; sobre este particular es preciso poner de manifiesto que la acción entablada por la actora tiene su fundamento fáctico en que entre ambos litigantes ha existido una convivencia durante casi 10 años en los que tanto los ingresos como los gastos los han venido compartiendo y que sin embargo al extinguirse dicha convivencia prácticamente todos los bienes adquiridos durante dicho espacio de tiempo o se encuentran a nombre del demandado, o es él que dispone materialmente de ellos; sobre las liquidaciones de patrimonio consecuencia de la convivencia *more uxorio*, la STS de 17 de enero de 2003, mantiene que «Sobre la convivencia *more uxorio*, la doctrina ha elaborado numerosos estudios en la época actual, ... La legislación ha permanecido ajena a este tema, Lo que, respecto a la normativa, ha declarado reiteradamente esta Sala es que no es aplicable a la unión

de hecho la regulación del régimen económico matrimonial (Sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997). Aplicando los principios generales del Derecho, ha declarado la atribución de vivienda familiar a la conviviente más débil (Sentencia de 10 de marzo de 1998) y, recientemente, ha aplicado por analogía la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil (Sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002). En definitiva, no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicado por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil (Sentencias de 10 de marzo de 1998, cuyo párrafo ha sido transcrito y 27 de marzo de 2001). La cuestión que con más frecuencia se ha planteado a esta Sala, es decir, el supuesto más conflictivo, es la disolución o ruptura de la convivencia y la reclamación del perjudicado frente a la situación

injusta en que queda ... se le ha reparado acudiendo a distintas soluciones: estimando que se ha producido una responsabilidad extracontractual (Sentencia de 16 de diciembre de 1996), o un enriquecimiento injusto (Sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001), o concediendo una pensión compensatoria (Sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002) o apreciando la existencia de una comunidad de bienes (Sentencias de 18 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997). En el caso presente, no se estima necesario acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales (artículo 393, segundo párrafo, Código Civil), pues ello sería tanto como imponer a una convivencia *more uxorio* la normativa de una comunidad de gananciales o más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial (ni tampoco es ésta la solución que han dado las leyes de las Comunidades Autónomas que se han dictado sobre este tema) y presuponer una comunidad convencional (que no incidental) que nunca las partes quisieron establecer. Lo cual no significa –siempre en relación con el caso presente– llegar al absurdo de entender que una de las partes –la mujer, en este caso y en todos los que han llegado a esta Sala– deba quedar desprotegida, sino que se evita el perjuicio injusto que sufriría, acudiendo a soluciones jurídicas que, si no están expresamente recogidas en el Derecho positivo, derivan de los principios generales ... no puede admitirse la posición de la sentencia de instancia que le niega todo derecho (“atribución patrimonial común” dice como conclusión) a la mujer, cuya ruptura de convivencia le ha sido imputada. No se aprecia, como se ha dicho, la existencia de una comunidad, sino que se otorga a la demandante –la mujer, perjudicada– la indemnización correspondiente a la ruptura de la convivencia, evitando así el perjuicio injusto –sin causa– que ha sufrido. Lo cual se relaciona con la institución, que es expresión de un principio general del Derecho, del enriquecimiento injusto».

En base a dicha doctrina jurisprudencial, es evidente que no puede considerarse, sin más, que se haya constituido un condominio indistinto entre los convivientes *more uxorio*, de todos los bienes adquiridos durante dicha convivencia, por dicha circunstancia; sino todo lo más, surge un derecho a indemnización por enriquecimiento sin causa en el que pudo haber incurrido el demandado, si se demuestra que como consecuencia de haber contribuido la actora de algún modo, el demandado ha visto incrementado su patrimonio, mientras que por el contrario el patrimonio de la demandante ha permanecido invariable pese al trabajo que ha venido desarrollando durante todo este tiempo, no obstante lo cual, como se ha señalado anteriormente la convivencia puede generar un derecho de

indemnización en la parte más desfavorecida por la ruptura de la larga convivencia, y la misma puede ser reconocida en sentencia por la propia Sala aun cuando no hubiera sido reclamada de forma expresa bajo dicha argumentación, sino como la de extinción del condominio, pues como se ha indicado anteriormente el TS en la sentencia anteriormente transcrita ha declarado que «Esta Sala ha entendido (en Sentencias de 16 de diciembre de 1996 y 27 de marzo de 2001) que no es cambio de *causa petendi* que daría lugar a incongruencia, la variación del punto de vista jurídico cuando se parte de los mismos hechos y se respeta el suplico, aunque se acuda a la institución del enriquecimiento injusto».

Sentado lo anterior es preciso examinar si realmente se ha producido una convivencia, durante qué período de tiempo y si durante el mismo han venido funcionando como una sola economía; y lo cierto es que ha quedado acreditado en primer lugar dicha convivencia, que aunque originariamente negada por el recurrente, sin embargo ahora acepta, pero con un espacio de tiempo menor; no obstante lo cual, la sentencia de instancia llega a la conclusión de que la misma duró desde el mes de agosto de 1992 hasta el 3 de julio de 2002 en base a la abundante prueba testifical practicada en las actuaciones, pronunciamiento que mantiene la Sala por cuanto que no se especifica ni acreditada con prueba concreta que demuestre el error del juzgador; dicha convivencia tuvo lugar, según se demuestra con la documental aportada con la demanda (fotocopias del permiso de residencia del demandado y del pasaporte de la actora que se aportan como documentos núms. 3 y 4, así como resto de documentos aportados hasta el 7) en un piso alquilado a nombre de la actora en la Urbanización la Nogalera de Torremolinos por el que mensualmente se pagaba la suma de 439 euros con cargo a la cuenta corriente que la actora mantiene en la oficina que Unicaja tiene en la Avda. Palma de Mallorca de Torremolinos (documento núm. 2 bis), teniendo, así mismo la actora domiciliada el pago de su seguro de enfermedad suscrito con Sanitas (documento núm. 2) en la cuenta corriente del demandado (documento núm. 1 A), y en la que además se cargaban otros gastos de la pareja, tales como seguro del vehículo de la actora o el pago de una plaza de parking; así mismo y a través de la documental practicada en el juicio se acredita que la actora era cotitular de una tarjeta Amercian Expres de la que el titular era el demandado y la cuenta en la que se cargaban las compras era en una cuenta corriente del actor; es decir, cada uno de ellos mantenía su propia cuenta corriente pero en cierto modo equilibraban los gastos de dicha convivencia, evidentemente los gastos particulares de cada uno de ellos como ropas, etc., se hacían con cargo a su propia cuenta corriente. Respecto de los ingresos de

ambos, está acreditado que procedían del Club de Tenis denominado Academia de Tenis M., que dicho Club se creó una vez iniciada la convivencia de pareja y que aunque la regentaba el recurrente, sin embargo, confortase al conjunto de pruebas practicadas en las actuaciones, en las que se incluyen las testificales de la asesora fiscal o la recepcionista del Parador, queda acreditado que el negocio era común de ambos contendientes, aunque la actora ingresaba en su propia cuenta corriente de Unicaja los ingresos procedentes de sus propias clases; de hecho aunque para el recurrente la actora tan sólo prestaba servicios de gerente, sin embargo, según la prueba testifical de doña Isabel Márquez Barrionuevo, que era la asesora fiscal y laboral del demandado durante los últimos años, la Academia de Tenis fue montada y gestionada por ambos, aunque los beneficios se ingresaban en cuenta que el demandado tenía en el Banco Popular y que los ingresos procedentes de tal actividad quien los declaraba a Hacienda era él; así mismo queda acreditado que los ingresos que se producen en la cuenta corriente de la actora provienen exclusivamente de los pagos realizados por los alumnos a los que ella daba clases, sin que ninguno de dichos ingresos provengan de un sueldo del Club de Tenis como gerente o con cualquier otra categoría profesional, por lo que es evidente que sí, como mínimo, se reconoce en el propio recurso aquella cualidad y en la contestación a la demanda como «una colaboración mercantil», así como que con la testifical se acredita que ella era el *alma mater* del Club porque era la que lo organizaba y llevaba la contabilidad y documentación y toda la dirección, es evidente que no todo el beneficio procedente del Club se lo puede embolsar en exclusiva el titular del mismo (el recurrente), pues si se ha venido aprovechando de las cualidades de la actora para el buen funcionamiento del mismo y en base a dicha relación de pareja ni le ha abonado salario ni siquiera participación en beneficios, es evidente que ello le ha generado al actor un enriquecimiento sin causa, puesto que quien ha contribuido a proporcionarlo ha sido la actora, la que por el contrario ha dejado de percibir dicho beneficio, pues sólo cobraba de los alumnos a los que ella le daba clase, no del resto de ingresos del Club, por lo que a tenor de la doctrina jurisprudencia reflejada en el Tercer Fundamento de Derecho dicha situación ha de generar una indemnización a favor de la actora, puesto que no se ha acreditado que pese a dicha actividad la actora tenga patrimonio alguno, mientras que por el contrario, sí se ha acreditado que el demandado cuenta con el patrimonio que se indica en la sentencia de instancia.

Evidentemente, para determinar la indemnización puede hacerse o bien mediante la fórmula de calcular el patrimonio del actor antes de iniciarse la convivencia y el existente después de concluida

la misma, que es el método seguido por el Juzgado de Instancia, cálculo que salvo en que hay que reconocer que el actor vendió en diciembre de 1999 una parcela adquirida en el año 1989 en Alhaurín de la Torre en la suma de 1.800.000 pesetas, para entregar a cuenta de la vivienda adquirida en Costacolina, sin embargo como no aporta copia de la escritura de venta de la parcela y como ni siquiera se especifica en lugar alguno el importe percibido por la misma, hay que concluir que aunque hay que suponer que lo vendió por un precio superior al pago diez años antes, se ignora la suma por la que se vendió la misma y en consecuencia la cantidad que a cargo de tales ingresos entregó para la compra de la referida vivienda, lo que hace imposible su determinación, el resto de bienes que sirven a la sentencia de instancia para determinar el montante común del patrimonio del actor debe de mantenerse al no contenerse en el recurso datos ni argumentos suficientes como para reducir el importe de la indemnización reconocida salvo el error aritmético de aumentar en 300 euros el valor de los relojes; pero dicha indemnización también puede calcularse por medio de la participación de la actora en los beneficios del Club de Tenis, pues dado que se ha reconocido por la asesora fiscal del demandado que sus ingresos procedían de forma exclusiva del negocio de la Escuela de Tenis, y que conforme a la prueba practicada se ha revelado como un negocio común, es evidente que la actora tiene derecho a participar de dicho beneficio mediante una indemnización en concepto de enriquecimiento sin causa del actor. La sentencia de instancia calcula dicha indemnización en base a un condominio, que como se ha indicado no existe, y para ello tienen en cuenta el saldo en las cuentas corrientes, acciones, propiedades inmobiliarias e incluso material deportivo y los relojes y fija la cantidad a reconocer al dividir el importe de dicho patrimonio entre ambos; lo correcto sería dividir los ingresos declarados en el IRPF del demandado durante todo ese tiempo, habida cuenta de que como se deja sentado anteriormente dichos ingresos procedían en exclusiva del Club de Tenis y el mismo era un negocio compartido por ambos convivientes, no obstante lo cual, tan sólo constan en las actuaciones las declaraciones correspondientes a los años 2000, 2001 y 2002, con unos rendimientos netos declarados de 3.866.411 pesetas, 19.050 euros y 18.270 euros, además, de este último año tan sólo podría computarse la mitad, desconociéndose cuáles han sido los ingresos que ha tenido en los años anteriores pero que hay que suponer similares; a su vez, hay que tener en cuenta que de esos beneficios, la actora ya habría cobrado parte al abonarle sus alumnos directamente sus emolumentos por las clases que ella impartía, mientras que no se habrían excluido los ingresos que hubieran podido proceder

de las clases impartidas por él; luego tampoco tendría derecho a la mitad de aquellas sumas, sino algo menos; señalando la Sala prudencialmente la suma de 5.000 euros anuales, luego es evidente que como el desempeño de actividad mercantil en la Escuela de Tenis no ha durado durante todo el tiempo que ha durado la relación de pareja, sino que según se deduce del conjunto de la prueba practicada en las actuaciones, ha permanecido durante unos 8 años, la suma que finalmente habría que reconocer en la sentencia debería de fijarse en 40.000 euros, cantidad inferior a la fijada en la sentencia y que en

consecuencia es la que debe de fijarse definitivamente, admitiendo en parte el recurso y revocando la sentencia en el sentido de reducir el importe de la suma finalmente reconocida a dicha cantidad.

Dicha suma debe de generar el interés legal desde la interposición de la demanda, y no desde la fecha de la sentencia, por cuanto que dicha suma le ha ido perteneciendo a la demandante desde que se ha ido generando, produciendo la sentencia tan sólo el reconocimiento de un derecho ya generado anteriormente, por lo que este motivo del recurso ha de ser desestimado.

UNIONES DE HECHO

En la adopción de la medida de atribución del uso del domicilio familiar han de ser aplicadas las prescripciones del artículo 83 del CF, aun cuando se trate de uniones de pareja estable, dado que en defecto de regulación legal específica en la Ley Catalana 10/1998, de 13 de julio, procede la aplicación analógica de la materia propia de la regulación del uso del domicilio familiar, tal como viene considerando este Tribunal en diversas resoluciones dictadas al efecto.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

En la adopción de la medida de atribución del uso del domicilio familiar han de ser aplicadas las prescripciones del artículo 83 del Código de Familia de Cataluña, aun cuando se trate de uniones de pareja estable, dado que en defecto de regulación legal específica en la Ley Catalana 10/1998, de 13 de julio, procede la aplicación analógica de la materia propia de la regulación del uso del domicilio familiar, tal como viene considerando este Tribunal en diversas resoluciones dictadas al efecto.

En el caso de autos, en que concurre la circunstancia de haber tenido la pareja de hecho una des-

endiente, llamada Helena, nacida el 17 de marzo de 2000, en defecto de acuerdo de los progenitores sobre la atribución del uso del domicilio familiar, el mismo ha de ser concedido en favor del progenitor que tenga atribuida la guarda y custodia del descendiente o descendientes, mientras dure la misma, tal como determina expresamente el artículo 83.2.a) del Código de Familia de Cataluña. En su consecuencia resulta inadecuada la limitación temporal señalada en la sentencia apelada, al determinar, tan sólo, una duración del uso por plazo de seis años desde el dictado de la sentencia.

OTRAS CUESTIONES

Estimación de la demanda interpuesta por los padres frente al hijo para el cumplimiento del contrato de renta vitalicia, sin que sea atendida la causa de oposición alegada por el hijo de haber dejado de explotar el negocio que constituyó el objeto de aquel contrato.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

En el proceso declarativo del primer orden jurisdiccional, suscitado por el cauce procedimental del

juicio verbal de los artículos 437 y siguientes, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los demandantes don

Ernesto y su consorte doña Almudena, formularon una acción personal, frente a su descendiente don Abelardo, tendente a exigir el cumplimiento del contrato de renta vitalicia celebrado entre las partes el 20 de diciembre de 1994, ante el adeudo de las pensiones estipuladas.

El demandado, en la fase procedimental de la contestación a la demanda en el acto de la vista, a la que se refiere el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, adujo *prima facie* la falta de capacidad para comparecer en juicio de la coaccionante doña Almudena, por padecer una demencia degenerativa. Además, y como cuestiones de fondo alegó: la nulidad del contrato de renta vitalicia ante el carácter abusivo de las estipulaciones contenidas en el mismo; la novación extintiva del contrato por acuerdo de las partes; el cese de la prestación alimenticia paccionada en el contrato por la mejora de la situación económica de los alimentistas y la disminución de la fortuna del obligado; subsidiariamente postuló la reducción de la cuantía de la prestación de alimentos.

La excepción procesal deducida, traducida en la falta de legitimación activa *ad processum* de la coaccionante, y los alegatos sobre las cuestiones de fondo, ya relatadas, fueron plenamente desestimados en la sentencia definitiva que puso fin a la relación jurídico-procesal, la cual amparó jurisdiccionalmente la pretensión aducida en la demanda rectora del proceso, condenando al demandado al abono de las pensiones alimenticias reclamadas, derivadas del incumplimiento del contrato de renta vitalicia y obligándolo al pago de las siguientes pensiones con las actualizaciones pactadas en tal contrato.

La sentencia referenciada ha sido recurrida en apelación por la parte demandada, la cual expresó en la formulación de su recurso los mismos alegatos ya deducidos en la fase expositiva del proceso de la primera instancia, lo que determina que la cognición de este Tribunal habrá de extenderse a todas las cuestiones planteadas en la primera instancia, en aras de la congruencia de la presente sentencia contra las pretensiones impugnatorias formuladas contra la dictada en el primer orden jurisdiccional.

El fecha 20 de diciembre de 1994 las partes aquí litigantes, mediante el otorgamiento de escritura pública notarial, formalizaron un contrato de renta vitalicia de los artículos 1802 y siguientes del Código Civil. El objeto del contrato fue la cesión o transferencia por parte de don Ernesto de la totalidad de los derechos y obligaciones derivadas de la titularidad de un negocio de carpintería metálica y reparación de maquinaria que se desarrollaba en un local comercial, ubicado en

Hospitalet de Llobregat, en favor de su hijo don Abelardo, a cambio de obligarse el cesionario al pago de una pensión alimenticia del orden de tres millones seiscientos mil pesetas anuales, a razón de trescientas mil pesetas mensuales, desde el día 1 de abril de 1995.

La expresada pensión, constituida en favor de los padres del obligado por el contrato, sería revisable anualmente en atención al índice de precios al consumo del Instituto Nacional de Estadística.

La pensión a la que se obligaba don Abelardo, se entendía contraída por tiempo indefinido, mientras viviesen los perceptores de la misma don Ernesto y doña Almudena.

En base a tal tipología contractual, propia de la renta vitalicia, perfeccionada entre las partes litigantes, se deduce acción por los beneficiarios de la pensión, ante el incumplimiento del pago de la misma, producido desde junio de 2003, hasta la actualidad, y solicitando se concretase el aumento por las actualizaciones derivadas del índice de precios al consumo del Instituto Nacional de Estadística.

La primera excepción esgrimida por el demandado, referida a la falta de legitimación activa *ad processum* de la coaccionante doña Almudena, ha de ser plenamente desatendida.

En base a las prescripciones del artículo 7.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tan sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos.

La alegada demencia degenerativa que se aduce que padece la coaccionante meritada, no ha motivado hasta ahora una sentencia firme que declare la incapacidad de la misma, tal como proclama el artículo 199 del Código Civil.

En su consecuencia hay que entender que la referenciada se encuentra en el pleno ejercicio de sus derechos civiles para ser sujeto de la relación jurídico-procesal.

La pretensión anulatoria del contrato de renta vitalicia suscrito entre las partes, solicitada por el demandado, ante el aducido carácter abusivo de las estipulaciones establecidas en la escritura pública de su formalización, también merece ser rechazada.

El objeto contenido en el contrato, propio del tipo contractual del artículo 1802 del Código Civil, fue determinado por las partes en base al principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, sin que se aprecie ser contrario a la ley, a la moral ni al orden público.

Tampoco se observa, ante la falta de acreditación efectiva, que concurriese en la perfección del contrato cualquiera de los vicios de la voluntad

del artículo 1265 del Código Civil para anular el consentimiento del demandado.

Las estipulaciones del contrato de renta vitalicia celebrado *inter partes*, son las propias de tal tipo contractual, que tiene un carácter consensual, oneroso, sinalagmático y aleatorio, siendo pues incierta la duración del pago de la renta o pensión, por cuanto responde al tiempo exacto que durará la vida de los beneficiarios, tomándose ello como módulo para medir la duración de la situación jurídica de la renta vitalicia. Es pues esencial tal elemento de la aleatoriedad, aunque la doctrina dice que debe darse lo que se denomina equivalencia del riesgo entre las partes, en el momento de la estipulación del negocio, es decir que ambas deben tener igual posibilidad de pérdida o ganancia a la conclusión del contrato (STS de 18 de enero de 1996).

Tales caracteres y exigencias del contrato de renta vitalicia concurren en el caso enjuiciado, pues depende del azar tanto el tiempo de su eficacia (durante la vida de los pensionistas), como el del número de rentas a pagar y, por lo tanto, si los pensionistas fallecen pronto, no puede decirse que haya en tal circunstancia enriquecimiento injusto (STS de 9 de febrero de 1990), y si la vida de los mismos se prolonga en el tiempo, haciendo también duradera la obligación del abono de la renta vitalicia, tampoco puede aceptarse el alegato de la excesiva gravosidad de la prestación del contrato por parte del obligado a la satisfacción de la pensión.

El cesionario de la titularidad del negocio de carpintería metálica y de reparación de maquinaria, ha venido desarrollando la explotación del mismo, desde la fecha de su transferencia por la celebración del contrato de renta vitalicia, el 1 de enero de 1995, hasta el cese de tal actividad, al dedicarse ahora a otras de naturaleza distinta, viniendo satisfaciendo la renta vitalicia hasta el 16 de mayo de 2003, es decir por un período de ocho años.

Del clausulado del contrato no se deduce, ante la falta de estipulación al efecto, que la obligación del pago de la renta se condicionaba al mantenimiento de la explotación del negocio de carpintería metálica, cedido en el contrato, sino que *a sensu contrario* se concreta en sus convenciones, la naturaleza vitalicia de la renta o pensión a satisfacer,

sin estar sujeta su percepción a la continuidad del negocio, cuya titularidad fue transferida a cambio del pago de la renta vitalicia.

Por lo explicitado procede no acceder a la solicitud de nulidad del contrato de renta vitalicia celebrado entre las partes al no concurrir causa objetiva que conduzca a su ineficacia jurídica.

La novación del contrato, de carácter extintiva, por el acuerdo sostenido entre el obligado a la satisfacción de la renta y la beneficiaria de la misma doña Almudena, no se ha acreditado en el proceso, además deben tenerse en cuenta que aun siendo ello así, no podría afectar al otro receptor de la pensión o renta vitalicia, pues la misma fue constituida en favor de ambos padres, y no ya en forma mancomunada sino solidaria.

En su consecuencia ha de decaer el argumento del demandado, relativo a la cesación extintiva del contrato de renta vitalicia.

Finalmente, y en lo que respecta a la extinción de la pensión o renta alimenticia, señalada así en el contrato, por la consecuencia de la disminución de la capacidad patrimonial del obligado, y por la mejora de fortuna de los beneficiarios de la prestación, merece también ser plenamente desatendida.

En el caso enjuiciado no se trata de cuestión referida a los alimentos entre parientes, obligación legal regulada en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, sino de vínculo jurídico devenido de un título contractual de renta vitalicia de los artículos 1802 y siguientes del Código Civil, es decir de una estipulación contractual propia, que si bien constituye una variante paccionada de prestación alimenticia, a la que se refiere el artículo 153 del Código Civil, no es susceptible de que sean de aplicación todas las prescripciones de los alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, y en concreto las causas de extinción y de modificación de su cuantía establecidas en tales preceptos sustantivos, pues tales aspectos, solicitados en forma principal y subsidiaria por el demandado, aquí parte recurrente, son incompatibles con la propia naturaleza del contrato de renta vitalicia, lo que deviene en la no prosperabilidad de tales pretensiones (STS de 2 de octubre de 1992).

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 del 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 C. Familia, 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

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, mas 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.

GUARDA Y CUSTODIA

Concesión de la custodia de las hijas al padre en base a la convivencia homosexual de la madre.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA N.º 9 DE MURCIA, AUTO DE 6 DE JUNIO DE 2007

Magistrado: Ilmo. Sr. don Fernando Ferrín Calamita

Se coloca a este juzgador en el difícil trance de decidir sobre la custodia de las menores Marina y M.ª Soledad, al reclamar ambos progenitores la custodia exclusiva. Entiendo que no debería ser así. Como en muchos otros países de nuestro entorno (Francia, Italia, Holanda, Suecia, EEUU), debería existir una Ley de Mediación Familiar Obligatoria, y la custodia compartida debería ser la regla general, y la custodia monoparental la excepción, cuando se demuestre que hay justa causa para no asignarla a los dos. Desde la CE 1978 y sus artículos 10 (de interpretación de los Tratados y Acuerdos Internacionales) y 14 (igualdad ante la Ley, sin que pueda producirse discriminación por razón de sexo), y más tarde con la modificación del artículo 159 CC por Ley 11/1990, de 15 de octubre (que venía a atribuir la custodia automática de los menores de siete años a la madre, precisamente en desarrollo del principio de no discriminación por razón de sexo), hay que atender sin más al interés del menor (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU de 1989, artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, y artículos 92, 156, 158, 159 y 160 CC), sin otorgar prevalencia a ninguno de los progenitores. Y hay sentencias de la denominada jurisprudencia menor que vienen a decir que estando ambos progenitores capacitados para asumir la custodia no hace falta prueba psicológica o del Gabinete adscrito al Juzgado.

En la comparecencia de medidas provisionales del pasado día 29 de mayo tanto el Fiscal como el Letrado de la actora parecían partir de la regla antigua e inconstitucional de atribuir a favor de la madre una especie de presunción *iuris tantum* de que ella es la más idónea para asumir la custodia de las hijas, mayores por ende de siete años, de modo que es el padre el que tendría que destruir esa pre-

sunción demostrando que él es un buen progenitor, que se ocupaba de las menores, de sus estudios, etc. No se trata de eso. Se trata de que, a no mediar prueba en contrario, ambos están capacitados para asumir la custodia de las menores. Lo han estado durante casi doce años de convivencia matrimonial, y ahora no cabe decir que el padre no lo está. Es más, la propia esposa reconoce en su entrevista con la psicóloga que su marido está igualmente capacitado para asumir la custodia de las hijas. Y el interés de las menores exige por regla general unas relaciones fluidas con ambos progenitores, a no mediar causa grave que aconseje otra cosa.

Se dice que con la actual normativa en la materia, Ley 15/2005 de reforma del CC en materia de separación y divorcio (conocida como «ley del divorcio-express o del divorcio-repudio») no hay que entrar en la causa de divorcio, sino sólo en las medidas, ya que el divorcio según su Exposición de Motivos viene configurado como un derecho de la personalidad (ii) como el derecho de todo cónyuge a no permanecer ligado por más tiempo al otro (¿por qué no se concede verbigracia la misma opción de desligarse de la obligación hipotecaria respecto de la entidad financiera, que nos tiene atados a la mayoría de los españoles veinte o treinta años, llevándose un porcentaje importante de nuestros ingresos?) Estoy de acuerdo en que desde 1981 no hay inocentes ni culpables. Precisamente la atribución a uno solo de los progenitores de la custodia favorece el que se entre a veces en la causa de divorcio. Ahí está la Ley de Violencia de Género (sobre cuyo ajuste a la CE está pendiente de pronunciarse el TC) y el sinnúmero de falsas denuncias de mujeres que está produciendo, contra las que por ende no se procede cuando la denuncia se archiva, en tanto que al marido se le coloca al borde del abismo, de perder todo aquello por lo que

ha luchado en la vida, y para que se lo piense se le hace pasar uno o dos días en los calabozos, antes de que se le tome declaración. Si son ciertos los malos tratos, adelante y dureza en la sanción punitiva, pero lo que no puede ser es lo que está pasando, y que ha denunciado entre otros la Jueza Decana de Barcelona.

No se ha de entrar pues en la causa de la ruptura, a menos que salga a relucir y ésta perjudique a las menores. La condición de toxicómano, pederasta, prostituta, pertenencia de uno de los progenitores a una secta satánica, etc., entiendo que afecta negativamente a los hijos, al igual que una relación heterosexual del progenitor custodio puede perjudicar a los menores y servir de base para un cambio de custodia (sobre ello hay abundante jurisprudencia menor); pues lo mismo la de homosexual. Esta última, de acreditarse debidamente, podría dar lugar incluso a la nulidad del matrimonio por error en las cualidades esenciales del otro contrayente (artículo 73.4 CC), ya que requisito esencial del matrimonio «tradicional», el que ha venido imperando desde tiempo inmemorial hasta la desafortunada y, posiblemente, inconstitucional reforma del artículo 44 CC, la misma clase de matrimonio que hace casi doce años contrajeron en forma canónica los litigantes, es la heterosexualidad, de tal manera que su ausencia, por la existencia de una orientación homosexual, puede inducir al error esencial en el otro contrayente y constituirse en un vicio del consentimiento que conlleve la nulidad matrimonial. ¿Por qué la condición homosexual perjudica a los hijos? Pues, en definitiva, y como decía el demandado, porque los hijos tienen derecho a un padre y a una madre, no a dos madres o a dos padres. Los más prestigiosos especialistas así lo determinan. No hace falta siquiera para ello ser especialista: el sentido común (que a veces es el menos común de los sentidos) así lo dice. El hombre y la mujer son complementarios entre sí. Dos mujeres o dos hombres, no.

No se trata de que los menores presencien un acto sexual o que vean que su progenitor se tumba en la misma cama a dormir con otra persona del mismo sexo como si de dos hermanas se tratara, o que la condición homosexual no influya en una dejación de funciones parentales. Influye, y mucho. Es el ambiente homosexual el que perjudica a los menores, y que aumenta sensiblemente el riesgo de que éstos también lo sean. Los hijos menores tienen derecho a una protección integral (artículo 39 CE), y el artículo 154 CC comprende entre los deberes de los padres el de procurar a sus hijos una formación integral. Esa formación integral es imposible que se la dé un progenitor homosexual, por mucho respeto que me merezcan las personas homosexuales, pero aquí prevalece el interés del menor. El

Convenio Europeo sobre Derechos del Niño de 1989 obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. Toda persona mayor de edad es capaz de autodeterminarse libremente, pero los hijos menores de edad tienen también sus derechos, y en el conflicto prevalecen éstos. No en vano le han traído al mundo y deben hacer de él una persona feliz, de modo que el día de mañana pueda elegir libremente, y no de forma condicionada.

Si he permitido en la comparecencia, por tanto, entrar en la causa de divorcio (contra las continuas protestas del Letrado de la actora) ha sido, no porque civilmente la actora no sea libre (que lo es, evidentemente) de tener las relaciones que quiera y con quien quiera, sino por la influencia que esa relación pudiera tener en las menores. También un progenitor es libre de cambiar su residencia a donde tuviere por conveniente (artículo 19 CE), pero si eso perjudica a los menores pierde la custodia.

En esta fase inicial, y apreciando conforme a las reglas de la sana crítica las pruebas practicadas en la comparecencia, hay suficientes indicios de que es cierto lo alegado por el demandado, es decir, que la relación se rompió en noviembre de 2006 por una relación homosexual mantenida en la propia vivienda familiar por la actora con una tercera persona que ha depuesto como testigo, cuando las menores estaban durmiendo en la habitación de al lado, y el demandado en otra, pues ambas habían salido y al ver que tardaban en regresar, se acostó en otra cama. El esposo conocía lo que él creía que era una mera amistad, y sabía que la mujer iba a venir a pasar la noche a su casa, ignorando que había algo más que una mera amistad.

La conducta de la actora en esta litis no es coherente, y ha entrado en contradicciones con la testigo doña M.^a Ana. No había desavenencias graves en el matrimonio hasta que el demandado las sorprendió *in fraganti* en una habitación de la casa. La relación era espléndida, vino a decir doña Luisa. La conducta del demandado, por el contrario, guarda armonía y es en todo momento coherente: sólo busca el interés de las menores. Es lógico que en estos momentos sufra una situación de desconcierto y rabia, y que no acepte ni comprenda la situación. Cualquier cónyuge en su situación estaría así.

En cuanto al informe de la psicóloga, resulta sectario, incompleto (la nueva relación de la actora está en la consulta cuando entrevistó a ésta y no la

entrevista a ella; no llama a los abuelos paternos y maternos, ni a la tía materna, que parece ser que están todos del lado del padre, y no por la urgencia del caso, sino por cuestiones crematísticas); aporta un resumen de las entrevistas y pruebas practicadas, pero no los documentos, materiales y elementos a que se refiere el artículo 336.2 LEC e incoherente, pues viene a decir en una escala de 9 (rebajado a 8 en la comparecencia) sobre lo que la esposa manipula y falta a la verdad, mientras que el esposo es sincero, y, sorprendentemente, llega a la conclusión, no se sabe por qué, de que es la madre la más idónea para asumir la custodia de las menores, cuando por los dibujos M.^a Soledad se inclina por el padre y Marina por la madre. Dice (la psicóloga) que es que se la pidió que se decantara por alguno de los progenitores. No es cierto. Aunque eso fuera así, si de su estudio se desprende que ambos son idóneos, así lo tenía que haber manifestado. Ella misma vino a decir a preguntas más que quizá la mejor solución sea una custodia compartida, aunque en estos momentos es difícil por lo reciente de la ruptura. Aunque así sea. Las medidas judiciales tienen una vocación de permanencia, salvo cambio sustancial y sobrevenido de circunstancias, y esa fase inicial de «divorcio emocional» se supera. Entre las ventajas de una custodia compartida está precisamente el que favorece la superación de los conflictos, por cuanto obliga a mantener un diálogo abierto entre los progenitores que conllevaría una disminución de la tensión y conflicto existente entre ellos.

El caso es que ambos progenitores están en similares circunstancias personales, laborales y de ingresos.

La actora se negó a la custodia compartida, oponiendo así una especie de derecho de veto, avalado por el Fiscal, inaceptable e inconstitucional, sabedora de que estadísticamente prácticamente seguro que se llevaba la custodia de las hijas. El artículo 92.8 CC es claramente inconstitucional por vulnerar el artículo 117 CC. Así lo ha venido a decir el CGPJ, y entre las Conclusiones de los Encuentros de Jueces de familia en noviembre de 2005 se viene a decir que «En cuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el Ministerio Fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del juez. No obstante, se estima que sería conveniente que, por reforma legislativa, se supri-

miera el requisito de que el informe del fiscal tenga que ser favorable, y se diera una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley dice que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo.

Yo entiendo que el Juez no puede sustituir al legislador. Mientras esté vigente tal precepto sustantivo, cuya redacción definitiva fue fruto de un error en la votación en el Congreso del grupo gobernante, ha de acatarse o plantear la cuestión de inconstitucionalidad, facultad esta de la que quizá haga uso en su momento. Pero ahora han de regularse provisionalmente y sin demora las consecuencias de la ruptura matrimonial.

Considero en definitiva que, como mínimo y de entrada, si se considera que la condición u orientación sexual (como eufemísticamente ahora se llama) no influye en la educación de las hijas, lo que procedería sería una custodia compartida, en la que las menores permanecieran en el domicilio familiar, donde tienen su ambiente y su Colegio, y los padres se fueran turnando en la custodia de forma alternativa y por períodos de tiempo más o menos largos.

Como ello no lo puedo acordar, al estar atado de pies y manos por la reforma de julio de 2005, por no haberla pedido nadie, contrariando principios elementales de Derecho de familia a los que alude verbigracia la STC de 15 de enero de 2001 (en esta materia no rige el principio de rogación o instancia de parte ni el de congruencia, de modo que el Juez puede dar la custodia a quien no la ha pedido, o, habiéndola pedido los dos, a un tercero o a la Entidad Pública, sea cual sea el informe del Fiscal; pero, con la nueva reforma, vuelvo a repetir, no puedo atribuir la custodia a los dos en un proceso contencioso del artículo 770 LEC como en el que nos encontramos), y considerando que la orientación homosexual de uno de los progenitores sí influye negativamente en la educación y crecimiento armónico de las hijas, creo que el interés de las hijas aconseja atribuir la custodia al padre de Marina y M.^a Soledad. La STC de 1 de abril de 1984, en un caso similar, implícitamente admite la influencia negativa del progenitor homosexual en la educación de la prole, aunque viene a otorgar el amparo dado que la sentencia de la Audiencia Provincial no daba tal condición por terminantemente probada, por lo que no se había desvirtuado la presunción de inocencia, que también rige en esta materia. En esta fase inicial, sin perjuicio del resultado de la vista principal, se considera suficientemente acreditado el perjuicio para las hijas que se deriva de la relación que la madre mantiene con una tercera persona, y que lógicamente no se limita a un hecho aislado (lo sucedido en el

domicilio familiar en noviembre pasado), ya que se mantiene en el tiempo, yendo los fines de semana al domicilio de esa tercera persona con las hijas. La madre tendrá que elegir entre sus hijas o la nueva pareja.

Finalmente, existe jurisprudencia menor y resoluciones de la DGRN en el sentido de que si bien en principio es la sentencia firme la que *ex lege* produce la disolución de la sociedad de gananciales (artículos 95 y 1392 CC), en los supuestos de ruptura fáctica de la convivencia conyugal libremente

consentida con anterioridad a la demanda, nada obsta a retrotraer los efectos al momento del cese convivencial (SAP Madrid, Sección 22.ª, de 4 de noviembre de 2005). No constando en este caso la fecha concreta del cese, se estará a la fecha de presentación de la demanda. El Encargado del Registro Civil no puede sin exlmitarse, ha dicho recientemente la DGRN, entrar a calificar esta medida acordada por un Juez en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

GUARDA Y CUSTODIA

Cambio de guarda y custodia a favor del padre una vez constatada la continua obstaculización de la madre para que padre e hija se relacionen, suspendiéndose al mismo tiempo por espacio de seis meses las visitas con la madre y la familia materna. Dada la fobia que sufre la menor a estar con el padre, transitoriamente y durante un mes, la menor convivirá en el domicilio de los abuelos paternos.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA N.º 4 DE MANRESA, SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Eloína González Orviz

En cuanto a las medidas o efectos civiles que toda sentencia de disolución por divorcio ha de llevar conforme a lo establecido en los artículos 76 y siguientes del Código de Familia y 91 y siguientes Código Civil, hemos de significar que como cuestiones controvertidas figuran en primer lugar las personales relativas a la atribución de la guarda y custodia, régimen de comunicaciones y visitas respecto de la hija menor Carmen habida cuenta de los incumplimientos de la madre en cuanto a las visitas establecidas a favor del padre y en segundo término, el cargo y cuantía de de la pensión alimenticia a cargo del progenitor no custodio, aun cuando esta segunda cuestión no se ha mostrado relevante para las partes, centrándose la totalidad del debate en la pugna por la guarda y custodia.

1) Por lo que se refiere a la principal de las pretensiones controvertidas: Atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores es necesario diferenciar varias cuestiones:

Evolución histórica y situación actual de los contactos entre padre e hija:

En este punto hemos de partir de una situación anterior en el tiempo que fijaremos en el acuerdo a que llegaron los padres para cumplir el régimen de

visitas establecido por auto de 20 de enero de 2004, dictado en la pieza de medidas cautelares coetáneas en el proceso de separación (documento 3 de la demanda) acuerdos que homologaría el Juzgado por auto de fecha 3 de mayo de 2004, (documento 6 de la demanda). La lectura de los referidos acuerdos judicialmente homologados, ya deja entrever (por lo minucioso de su exposición en cuanto a días, horas y lugares) la complejidad práctica de las visitas entre padre e hija.

Las denuncias aportadas por la actora como documentos 7 a 15 de su demanda ante los Mossos de Esquadra fechada la primera a 1 de febrero de 2004 y la última a 4 de julio de 2004 vienen a corroborar que, ni antes de los acuerdos señalados, ni después de los mismos y pese a la minuciosidad descrita en ellos, se pudo dar lugar a un cumplimiento normal del régimen de visitas.

Este hecho de la falta de contactos entre padre e hija también tuvo su reflejo en la sentencia de separación matrimonial dictada por este Juzgado de fecha 17 de junio de 2005, en la que en el Fundamento de derecho quinto se expresa por el Juzgador que «la actora deniega al padre la comunicación con su hija por los malos tratos realizados

por el mismo contra la menor, en los informes médicos obrantes en autos que desaconsejan la citada comunicación y finalmente en la negativa de la menor a comunicarse con su padre...», concluyendo el Juzgador en el mismo fundamento «que las manifestaciones de la menor, recogidas en los citados informes en las que refiere temor hacia su padre no están objetivamente justificadas, pues aunque se ha relatado como causa que puede motivar el rechazo de la hija hacia el padre genéricos e inespecíficos incidentes de violencia concretamente presuntas agresiones tanto físicas como psíquicas del padre hacia la madre y la hija en modo alguno aparecen éstas concretadas ni han sido extrañamente objeto de denuncia en ninguna ocasión, sin que hayan sido acreditadas por medio de prueba concluyente alguna», estableciéndose en dicha sentencia un régimen progresivo para una adecuada adaptación de la menor, inicialmente en presencia de psicólogos, exhortando el Juzgador a que los padres llegasen a un acuerdo en materia tan delicada y en beneficio de la menor animándoles a evitar judicializar estos temas. Asimismo en el fallo de la sentencia se percibe a la madre de 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.

A resultados de la sentencia de separación y en cumplimiento del fallo que permitía a las partes designar de mutuo acuerdo un psicólogo ante el cual debían desarrollarse las visitas se acabó designando al doctor Donato quien aceptó el cargo al 1 de febrero de 2006 y comenzó su intervención el 11 de febrero de 2006, con el resultado de que a pesar de su intervención, no se han podido reanudar los contactos: «Hasta el momento presente y transcurridos tres meses desde el inicio de las sesiones terapéuticas desarrolladas una vez por semana, no se ha podido conseguir el paso inicial de obtener una respuesta correcta por parte de la menor que nos facilite el acceso a los objetivos siguientes que favorezcan la relación entre la niña y su padre» (documento 19 de la demanda de la actora).

La conclusión objetiva, que es además un hecho indiscutido, porque es asumido por las propias partes, es la de que prácticamente desde la separación entre los cónyuges, cuando Carmen contaba cuatro años y medio de edad, la relación entre padre e hija quedó cortada, y que todos los intentos porque la misma se normalizase o restableciese desde tal fecha han resultado infructuosos, como demuestra no sólo lo ya relatado, sino las declaraciones de todos los especialistas médicos que han visitado a la niña, incluido el propio doctor Carlos Ramón que es el psiquiatra infantil encargado de su tratamiento durante 3 años (declaración judicial en calidad

de testigo perito en el día del juicio), coincidiendo todos los peritos médicos en una cuestión cual es la de que Carmen sufre un problema relacional o una fobia hacia su padre.

Esta falta de relación y fobia también ha podido ser constatada personalmente por esta Juzgadora en la diligencia judicial de exploración de la menor practicada a presencia de la Sra. Secretaria del Juzgado.

Tras notificarse a la madre el auto de fecha 5 de diciembre de 2004 concediendo la custodia al padre son innumerables los esfuerzos del padre para que se procediera al cumplimiento de lo acordado de forma voluntaria y así queda acreditado en los burofax que aportó como más documental al juicio (documentos 29, 31, 33 y 36, entre otros).

El artículo 94 del Código Civil establece que «el progenitor que no tenga consigo a los hijos gozará del derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho que podrá limitar o suspender si se dieran circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.»

De esta regulación se infiere que el derecho de visitas regulado en el citado artículo 94, en concordancia con los artículos 154 y siguientes del mismo texto legal, no es un propio y verdadero derecho, sino un complejo de derechos-deberes cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también las necesidades afectivas y educativas de los hijos en aras de un desarrollo armónico y equilibrado.

Por ello el derecho de visitas es un derecho de contenido puramente afectivo que autoriza a un titular a expresar o manifestar hacia otra persona sus sentimientos exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin, derecho que puede encuadrarse entre los de la personalidad y que se fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación familiar entre visitante y visitado. Se trata de un derecho claramente subordinado al interés del menor y así está recogido en las declaraciones pragmáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia: Declaración de los Derechos del niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 1959, Resolución del Consejo Económico y social de las Naciones Unidas de 29 de mayo de 1967, y Convención del Consejo de Europa de 1980 sobre Reconocimiento y ejecución de Decisiones en materia de Guarda de Niños, por ser dicho interés el más valioso y necesitado de protección y es concedido al margen y por encima de los motivos que dieron lugar a la

separación entre el visitador y el titular de la guarda del menor. Y es que el *ius visitandi* cumple una evidente función familiar, pues quiere la ley que, aunque la familia atraviesa una crisis, se cumplan en la medida de lo posible, los fines asignados al núcleo familiar, entre ellos el del pleno desarrollo de la personalidad de sus miembros.

En efecto el denominado *ius visitandi* —dice la SAP Madrid 8 de noviembre de 2002— que regula en el contexto de la crisis matrimonial sometida a regulación judicial, el artículo 94 CC tiene, entre otras, la finalidad de paliar las nocivas consecuencias que para un menor conlleva, por sí sola, la ruptura de la convivencia de sus progenitores, al privársela, sin culpa suya, de la presencia en su vida cotidiana de una de dichas figuras, de ineludible referencia en orden al desarrollo y formación, en sus diversos aspectos, de quien se encuentra en una etapa crucial de su vida.

En definitiva debemos resaltar que el principio básico que debe presidir las resoluciones judiciales en esta materia no es otro que el bien, la protección o incluso, la simple conveniencia de los hijos, especialmente cuando se encuentran en los primeros años de su vida, en los que empiezan a consolidar afectos y rechazos así como su personalidad consciente, un carácter y, en definitiva, toda la serie de cualidades morales y espirituales que van a ir conformando su personalidad individualizadora frente a los demás miembros de la sociedad en la que se integraría. Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12 de julio de 2004.

Y es por ello que el propio artículo 94 CC admite la posibilidad de limitar o suspender el derecho del progenitor a visitar a los hijos que no tenga consigo en el caso de que incumpliera grave y reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial o se diesen circunstancias que así lo aconseje, pero como el derecho de visitas no viene establecido exclusivamente a favor del progenitor sino también en beneficio de los hijos al constituir, dice la SAP Castellón de 25 de febrero de 1993, la continuación o reanudación de la relación paterno-filial, evitando la ruptura, por falta de concurrencia de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos, lo que conlleva, ciertamente, que la limitación o suspensión del mismo debe verse con desfavor y sentido restrictivo, justificándose sólo cuando exista un peligro concreto y real para la salud psíquica, física o moral del hijo. En esta dirección la SAP Tenerife de 16 de octubre de 1990 puntualiza que la supresión de tal derecho de visitas debe adoptarse con especial moderación y cautela, pues puede suponer además de un castigo para el padre o madre incumplidor, una sanción para los hijos, convirtiéndose aquéllos en la verdaderos perjudicados cuando la adopción de toda resolución sobre ellos

debe buscar su beneficio (SSTS de 26 de enero de 1974, 2 de mayo de 1983, 19 de octubre de 1992 y 21 de julio de 1993) por todo lo cual es preciso que la suspensión o limitación de tal derecho se acuerde con las debidas garantías y luego de haber dado oportunidad de proponer prueba al respecto, y siempre ante la evidencia de un incumplimiento no sólo grave y reiterado, sino además injustificado y de la suficiente entidad para justificar una medida de tal trascendencia.

En el presente caso y con relación al padre, ni en el momento de la separación entre los progenitores, ni después, a la fecha de la sentencia de separación se avistó ningún riesgo en ese sentido ya que durante ese período de casi dos años se estableció por el Juzgado un régimen de visitas, respecto del que, hasta los propios esposos (incluida la madre) participaron de su concreción (documentos 5 y 6 de la demanda). Nadie de la familia materna o paterna, la propia madre, terceros, centro escolar o profesionales médicos denunciaron ante los organismos competentes de modo serio, ninguna suerte de maltrato físico o psíquico sobre la menor por parte del padre, ni tampoco sobre la propia madre, antes al contrario, la práctica totalidad de los doctores que han intervenido en este procedimiento, cuyas declaraciones e informes tendremos ocasión de valorar, aconsejaron antes y aconsejan ahora esos contactos y trabajar para conseguir una relación normalizada entre padre e hija, en consecuencia se concluye que ningún riesgo existía para la niña por dichos contactos con el padre (la madre en prueba de interrogatorio declara que ella no ha dicho nada de que estuviera mal con su padre); sin embargo todas las pruebas objetivas llevan a concluir a esta Juzgadora que tanto la menor como su padre fueron privados de ese derecho fundamental a la relación ya que no se ha probado durante todos estos años la existencia de algún hecho grave que la impidiera, porque los maltratos o abusos fueron insinuados *a posteriori* durante los procesos judiciales —que no probados, tal y como expresa la sentencia de separación— cuando de ser graves, deberían haber sido combatidos por la madre y como mínimo, con igual vigor que la negativa a las visitas, lo que no ha sido, así no sirviendo tampoco y por lo mismo, insinuaciones más o menos subjetivas acerca de conductas inadecuadas del padre respecto a la educación de la hija, vertidas *a posteriori* y presenciadas por la madre (interrogatorio de la demandada). Tampoco los profesionales que a lo largo de estos años han visitado o tratado a la menor han considerado la posibilidad de poner sus afirmaciones en conocimiento de la autoridad judicial, lo que lleva a pensar que las mismas no revestían la veracidad o seriedad necesaria.

2) Condiciones objetivas de los padres para ostentar la custodia.

El padre Jesús Miguel es médico de profesión y mediante un informe médico incorporado a los autos, que no ha sido cuestionado por la contraparte y que en consecuencia hace prueba plena acompañado como documento 4 de la demanda suscrito por la Psicóloga clínica Joana Romagosa Valls acredita que es una persona de personalidad normal y en consecuencia, si ello es así, estaría plenamente capacitado no sólo para tener comunicaciones con la niña sino para desarrollar también las tareas de la custodia de su hija Carmen. Este mismo informe aparece en el ramo de prueba de la demandada como documento 7, en el que también se añade el mismo estudio realizado a la Sra. Nuria por la psicóloga clínica Inmaculada.

En el mismo sentido y respecto del padre se expresa el reciente informe psiquiátrico emitido en fecha 20 de abril de 2007 por los doctores Estela y Octavio acompañado como más documental 22 al acto de juicio en el que por tales doctores se concluye que el Sr. Jesús Miguel puede hacerse perfecto cargo de la custodia de su hija.

La madre también presenta una personalidad normal y es quien ha venido desarrollando las tareas de custodia de su hija hasta el momento presente, hacemos referencia al documento 7 de la demandada ya citado, así como al informe del doctor José Augusto de fecha 30 de octubre de 2006.

Ante dos progenitores de personalidad normal y en un proceso de separación en el que se adjudica la guarda y custodia a uno de ellos, en este caso a la madre, una de las obligaciones principales del progenitor custodio es facilitar las visitas entre la hija y el padre, lo que no ha sucedido en el presente proceso y ello por cuanto:

La separación se produce cuando la niña cuenta cuatro años de edad, sin que hasta esa fecha se haya interpuesto ninguna denuncia por maltrato físico o psíquico de parte del padre a la menor o a la esposa y pese a ello resulta hartamente probado que se han obstaculizado las visitas del padre.

En los escasos contactos producidos entre padre e hija posteriores a la separación casi siempre han estado presentes terceras personas que no han observado ningún tipo de agresión de parte del padre hacia la menor (fundamento de derecho quinto de la sentencia de separación) y pese a ello se han obstaculizado las visitas del padre.

La niña con el paso del tiempo desde la separación, en vez de aminorar la fobia hacia el padre, pese a estar en permanente tratamiento psiquiátrico para superar esta fobia y pese a no tener prácticamente contacto con él, no sólo no ha disminuido la fobia frente al mismo, sino que la

ha aumentado lo cual no resulta muy coherente, siendo ello explicado en el dictamen, del doctor Carlos Daniel quien describe situaciones de ciertas personas maltratadas o abusadas que son capaces de recordar situaciones agradables con su maltratador o abusador, lo que no sucede en los casos de problemas relacionales de alienación parental.

3) Dictado auto de medidas provisionales que cambia la custodia a favor del padre en fecha 5 de diciembre de 2006, la madre –progenitor custodio– para eludir el cumplimiento del mismo, se oculta con la menor, impidiendo que se produzca no sólo la comunicación de la menor con el padre, sino que se dé cumplimiento a la resolución judicial lo que ha propiciado la apertura de diligencias previas para la investigación de tales hechos que se siguen en este mismo Juzgado.

La conclusión de todo lo expuesto ante la situación descrita, por sí sola ya autoriza legalmente a ratificar el referido auto de medidas cambiando la custodia a favor del padre puesto que ello es lo prevenido por el artículo 776.3 de la LEC «El incumplimiento reiterado 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». Se entiende por incumplimiento reiterado ante la falta de precisión legal el que sucede más de una vez.

Resulta evidente y probado que la madre desde el inicio de la separación ha estado permanentemente obstaculizando dicha comunicación y que no han sido dos veces, sino muchísimas más las que el padre se ha visto privado de la misma.

Esta más que permanente obstaculización revela que la madre no hace lo que dice, esto es que –pese a sus afirmaciones verbales (la madre declara en prueba de interrogatorio y a lo largo de sus escritos que siempre ha querido colaborar con las visitas)– ha demostrado reiterativamente con sus hechos precisamente lo contrario, esto es ser renuente a una normalidad en la relación entre el padre y la hija, lo que es prueba de no saber o no querer cumplir sus obligaciones de custodia y parentales, sin cuestionarse como dice el doctor Donato en su informe, las decisiones de la menor, ya que la madre se ampara en que es la niña la que no quiere estar con el padre. Pensemos que la menor tiene 8 años y que cuando comenzó el proceso tenía cuatro. A esas edades los padres y las madres no pueden ceder en la autoridad que como madre o padre les corresponden, autoridad que deben ejercer con cariño, constancia y tesón, fomentando en los hijos no un rechazo hacia el otro progenitor, sino alentando respeto y amor hacia el mismo con independencia de la situación de separación entre ellos, lo que al no producirse aquí llevan a esta Juzgadora a considerar que el proble-

ma de Judith va más allá de un estado de ansiedad o una fobia que tenga que ver sólo con hechos acaecidos antes de la separación de sus padres, y sin que para darse cuenta de ello haya que acudir siquiera a la teoría del «falso conciliador» expresada en el informe don Carlos Daniel (documento 21 de la demanda).

En edades como las de Carmen los menores no pueden decidir, entre otras razones porque no tienen madurez ni capacidad para ello, por eso son inimputables penalmente, por eso carecen de capacidad civil plena y por eso sus padres suplen esa falta de capacidad con su responsabilidad propia. En este sentido la SAP de Barcelona de 15 de julio de 2004 indica que «Una niña de 11 años tiene que hacer aquello que sus padres le manden y no es bueno que se le transmita la idea de que ella puede hacer, pura y simplemente, lo que quiera. No se nos oculta, evidentemente, que ante el empeño de la menor pueden surgir dificultades (sobre todo si encuentra algún respaldo materno) y que puede resultar conveniente, para ir superando la situación, que el régimen de visitas se flexibilice y que se realice de forma progresiva. Pero, como posición de principio, hay que mantener el fijado por el Juzgado, porque no hay razón alguna para que la niña no se relacione con su padre y, si ahora la relación se interrumpe, sabemos por experiencia que en el futuro resultará más difícil restablecerla».

Otro de los indicios de la falta de cumplimiento de las obligaciones de custodia es que la menor no está asistiendo al colegio desde la notificación del auto de medidas (más documental 38 y 39 consistente en certificados de la Escuela Vedruna de Manresa). Se aduce el hecho de que siente fobia escolar derivada de que la menor piensa (exploración judicial) que el padre vendrá a buscarla al centro escolar y se la llevará. Este temor, concluye esta Juzgadora sólo puede ser inducido desde el ámbito familiar que ejerce la custodia, con dejación grave de una de las principales responsabilidades de la misma, nada menos que la de educar a los hijos, puesto que el padre al no tener ningún contacto con la hija, mal puede infundirle ese sentimiento. No creemos ni tampoco se ha acreditado en el proceso pese a que la madre en el interrogatorio haya declarado que el padre presionaba a la directora del centro para llevarse a la niña y de ahí su fobia escolar, que la dirección del centro escolar o las profesoras hayan infundido ese tipo de temores en niños de 5 a 8 años y la única conclusión es que ese temor se alienta desde la madre.

En base a estos hechos probados y objetivos (falta de cumplir con el régimen de visitas y absentismo escolar) se ampara esta Juzgadora y no sólo en las declaraciones de los peritos Donato, Héctor y Carlos Daniel para concluir y declarar

que el ejercicio de la custodia por la madre no está contribuyendo a una buena educación a futuro de la menor, educación que no sólo repercutirá en la propia menor, sino en todo el conjunto social, ya que se constata que la menor está viviendo una situación relacional patológica e insana. A todo ello se une el incumplimiento de la resolución judicial de cambio de custodia por parte de la madre, que como expone la doctora Estela, el doctor Donato y don Carlos Daniel lo que alienta en la menor es un ejemplo de elusión de las responsabilidades frente a las circunstancias de la vida, en vez de fomentar el cumplimiento de las mismas, lo que supone un pésimo entendimiento de lo que ha de ser la formación del menor que precisamente debe orientarse al cumplimiento de los deberes.

Estas razones amparan también la confirmación del cambio de custodia que ya se decretó en medidas provisionales.

4) De las conclusiones médicas en torno al trastorno padecido por Carmen.

Y decimos que la ley ampara un cambio de custodia en tales circunstancias sin más motivos y ello sería así sin mayor cuestionamiento sino fuera porque la tensión vivida en este concreto caso no sólo por los progenitores, sino lo que es más grave por la propia menor Carmen —que cuenta 8 años de edad— sobre quien se ha trasladado un conflicto absolutamente desmesurado e impropio para ella, obligan a esta Juzgadora, en beneficio de los intereses de la niña a entrar a analizar qué es lo más conveniente en este momento para solucionar no sólo la falta de comunicación entre padre e hija (que ha quedado sobradamente probada) y que ha sido provocada, fomentada o auspiciada por la madre y la familia materna, sino también cual es la mejor solución para que la niña supere la fobia, rechazo o aversión que siente hacia su propio padre, trastornos estos últimos en la que los peritos médicos que han participado en este proceso son prácticamente unánimes.

Porque esta cuestión no es baladí para una correcta resolución del caso, expondré la respuesta judicial concluida a raíz de las periciales médicas que han sido aportadas a este juicio de divorcio y las valoraciones y aclaraciones de los peritos que han comparecido al acto del juicio. Téngase en cuenta a este respecto que la nueva LEC autoriza al Juzgador a aceptar o rechazar el resultado de una pericial sobre otra, sea ésta de parte o de las llamadas de oficio. En el presente caso tres de los informes médicos Carlos Daniel, Estela y Donato se acercan en mayor medida a las posiciones del padre y otros tres doctores (los informes de don José Augusto y doctora Julia), así como la declaración testifical pericial don Carlos Ramón se acercan más a las pretensiones de la madre.

Analizada la prueba pericial en su conjunto tanto de una lectura atenta de los dictámenes y addendas como de las declaraciones en el juicio, los seis médicos que asisten al juicio, coinciden en una cuestión: Carmen siente fobia, animadversión o temor hacia su padre, ése es un dato objetivo incuestionable para todos los peritos, Así Donato indica en su informe que «se está otorgando a la menor una voluntad de decisión en una situación en la que entendemos que más que sus propias apreciaciones hay temores personales de la madre y su familia y una actitud de rechazo hacia el Sr. Jesús Miguel que impregna todo el proceso; el informe de José Augusto señala que «en el estudio practicado se aprecia ... ansiedad hacia la figura paterna (padre biológico). Hostilidad verbal y encubierta hacia el padre biológico ... presenta un alto nivel de ansiedad y rechazo franco y fóbico al padre...» y en su addenda de 18 de diciembre de 2006 recoge que «...el malestar relacional existente entre Carmen y su padre se ha estructurado en la actualidad en una actitud fóbica...», don Carlos Daniel concluye que «existe suficiente evidencia documental que avala la compatibilidad de la sintomatología presente en Carmen con un síndrome de alienación parental de tipo severo», el informe de los doctores Octavio y Estela de fecha 12 de abril de 2007 alude a «la actitud de rechazo de Carmen hacia su padre está condicionada por la actitud de rechazo y resentimiento mantenida por la madre y los familiares maternos hacia el Sr. Jesús Miguel...» y don Carlos Ramón en el acto del juicio habla más que de fobia de ansiedad que puede llevar a la fobia.

Discrepan los peritos en el origen de la fobia, temor o animadversión ya que don Carlos Ramón la atribuye a que el padre maltrataba a la madre y la niña se sentía amenazada, que el psiquiatra José Augusto también atribuye en sus informes la fobia a «...una vivencia traumática de la relación con su padre biológico, ligado a las experiencias anteriores que ha tenido con él», lo que según aclara en el acto del juicio, cita no porque sean conclusiones suyas porque alguien lo ha citado previamente en otros documentos, que Julia atribuye también a vivencias negativas de la niña con el padre, que Donato atribuye a la influencia de la madre y al entorno familiar materno sobre la niña «... la tranquilidad del grupo familiar materno pasaría por la erradicación de su vida y la de la niña de cualquier contacto con el Sr. Jesús Miguel y ello queda de manifiesto tanto en su actitud como en los comentarios que se realizan sin atender al hecho del empobrecimiento que para la menor puede suponer el hecho de crecer en ausencia de una figura paterna existente ..., que Carlos Daniel atribuye al síndrome de alienación parental que padece Carmen en la que la madre es el elemento alienador y que la doctora Estela achaca también

a la influencia negativa de la madre «actitud de rechazo y resentimiento mantenida por la madre y los familiares maternos».

En relación al origen de la fobia de la menor, esta Juzgadora acoge sin género de duda la posición de los doctores Estela, Carlos Daniel y Donato (designado judicialmente), por encima de la posición de doña Julia (designada judicialmente), José Augusto y Carlos Ramón porque estos tres doctores basan sus conclusiones partiendo de datos de una supuesta violencia intrafamiliar, lejanos ya en el tiempo y que nunca han resultado probados ni judicial, ni científicamente, mientras que los tres primeros se amparan en unas observaciones de la conducta de la niña en tiempo presente y en el desarrollo de los acontecimientos durante estos 4 años, sin partir de datos no constatados ni probados como son los maltratos, que evidentemente condicionan, si son tenidos en cuenta, todas las conclusiones ulteriores.

No puede decirse que el perito judicial Sr. Donato no describa con lujo de detalles la situación vivida en su consulta en presente «La respuesta de Carmen tiene un componente claro de poca espontaneidad y un componente histeriforme importante...» El propio informe del doctor José Augusto revela en el estudio practicado «presiones ambientales frente a las cuales muestra una actitud defensiva, deseos regresivos a nivel familiar». Las presiones ambientales sólo pueden venir de la esfera materna, pues el padre no está en el mundo de la menor para ejercerlas; «Posible trauma sobre los 6 años de edad...» Carmen ya no estaba con su padre desde los cuatro años y medio.

En cuanto al llamado Síndrome de alienación parental puesto de relieve por el doctor Carlos Daniel y sobre el que en buena medida ha girado este pleito esta Juzgadora debe señalar lo siguiente:

Ninguno de los peritos desconoce la existencia del llamado síndrome de alienación parental y al ser preguntados en la sala así se pone de manifiesto, ya que si bien el doctor José Augusto, que es el más contrario a admitirlo, declara que la descripción del síndrome no está aceptada por la clasificación de la OMS como enfermedad, ni tampoco él como psiquiatra la considera, declarando que a su juicio no existe este síndrome, como tampoco existe el síndrome de acoso sexual, acaba reconociendo finalmente a preguntas del letrado de la actora desconocer que este síndrome tuviera tanta importancia viniendo a reconocer implícitamente que no puede desconocerlo. En el mismo sentido don Carlos Ramón especialista en psiquiatría infantil declara que este síndrome no está reconocido por la comunidad científica.

El resto de doctores reconocen la existencia de este síndrome que ha sido profundamente explicado por el doctor Carlos Daniel, tanto en su informe obrante en los autos, como en las explicaciones aportadas en el acto del juicio. Doña Julia también lo reconoce, si bien aclara que, a su juicio, en casos de violencia doméstica no opera y así se recoge en su informe.

Considera esta Juzgadora que no ha de negarse *a priori* existencia a un síndrome descrito y profundamente estudiado fuera de nuestras fronteras y que al no ser considerado como una enfermedad sino como un problema relacional quizás por eso aún no se encuentre en la clasificación de la OMS, lo que también podría ocurrir por ir esta organización necesariamente por detrás de la realidad en el reconocimiento de una nueva patología –un desarrollo lógico por otra parte de los avances de la ciencia–. Este síndrome es descrito por quienes lo han estudiado como un problema relacional, y paradójicamente así lo consideran también los doctores que lo niegan como el doctor José Augusto quien dice textualmente en juicio que «estos problemas relacionales no tienen especificidad» o don Carlos Ramón quien en juicio describe lo que es el SAP. No corresponde a esta Juzgadora entrar ni adelantarse a los reconocimientos de las más altas autoridades médicas, ni tampoco –por no ser su oficio– entrar en la discusión entre doctores en la pugna por la existencia de ese descrito síndrome, del que a raíz de documentarse sobre el mismo es cierto que ha hallado algunos detractores, sin embargo sí quiere poner de manifiesto que existe una Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 13 de julio de 2000 en el que se condena en el caso Esholz contra Alemania (demanda 25735/94) al Estado Alemán a pagar a uno de sus ciudadanos que no vio a su hija durante casi diez años una indemnización. En las demandas sucesivas el demandante alegó la existencia del síndrome de alienación parental. Ésa es una sentencia que esta Juzgadora ni puede ni debe desconocer.

En consecuencia se admiten como más científicas las tesis de los doctores referidos porque parten de la existencia de un problema relacional entre hijos y progenitores en procesos de separación (que por otra parte todos los doctores admiten) y ese problema de relación entre el padre y la hija se acerca más en su diagnóstico a las posturas de quienes defiende la existencia científica de este Síndrome al que el doctor Carlos Daniel, según consta en la causa, ha dedicado muchas horas de trabajo y estudio.

Dicho esto y en cuanto a si Carmen padece o no dicho síndrome o una fobia grande que es lo que afirma el doctor José Augusto padece la niña y que dice poder solucionar con unos encuentros

esporádicos semanales, porque es el sistema se aplica en el Vall de Hebrón o ni siquiera fobia, a juicio don Carlos Ramón, quien manifiesta que no hay fobia en Carmen sino un estado de ansiedad que puede llevar a la fobia, entiende esta Juzgadora del conjunto de la prueba practicada, entre la que se incluye la exploración judicial, que el estado de Carmen encaja más en la situación descrita por el doctor Carlos Daniel que en la descrita por el resto de doctores:

La menor describe ciertos maltratos del padre sobre los que la madre nunca ha denunciado ni se han aportado ninguna suerte de pruebas que mínimamente los sustenten en este ni en otro proceso. La descripción de algún comportamiento educacional considerado inadecuado por la madre era conocido por ella ya que en prueba de interrogatorio declaró que ella estaba presente cuando el padre mostraba a la niña libros de anatomía.

La menor sigue expresando una fuerte oposición a relacionarse con el padre a pesar de la falta de contactos con el mismo en los últimos años y a pesar de estar en permanente tratamiento con el psiquiatra infantil don Carlos Ramón el cual reconoce en juicio que ha fracasado en su terapia.

Rechazo hacia el padre, (esto lo dice el propio don Carlos Ramón), ese rechazo es una posición que incluso se proyecta sobre los terceros (episodio narrado por el doctor Donato en su informe y relativo a la primera visita con la niña).

Defensa a ultranza, constatada en prueba de exploración, de la figura materna y la familia materna, incluido el actual compañero sentimental de la madre a quien la niña llama papá con absoluta negación del padre, hasta el extremo de referirse al padre como Jesús Miguel.

En consecuencia llamémosle síndrome de alienación parental, fobia o ansiedad, los síntomas que ha podido constatar esta juzgadora en la niña son los anteriores.

5) De la solución al conflicto

Aún debemos hacer referencia a una última cuestión y es que en este momento procesal, no sólo del proceso judicial, sino del proceso relacional entre padre e hija, tras el dictado del auto de medidas que acordó el cambio de custodia en enero de 2006 no cabe ninguna otra alternativa puesto que todo ha fracasado.

El propio don Carlos Ramón al que esta Juzgadora ha prestado una especial atención en su declaración y no podía ser de otro modo al ser el doctor que viene tratando personalmente a Carmen durante casi tres años, declara que reconoce que ha fracasado en sus intentos de reconducir la situación, una situación que según su propia

versión parecería sencilla de tratar, puesto que a su juicio lo que padece Carmen son cuadros de ansiedad, luego si él dice que ha fracasado en una situación que ni siquiera es de fobia o de síndrome de alienación parental, durante un período relativamente largo de tratamiento, todo lleva a pensar que el método para poner remedio a esta situación no es el suyo, sino es el indicado por los doctores Carlos Daniel, Donato y Héctor, quienes coinciden en pronosticar que el hecho de que Carmen permanezca bajo la custodia de la madre no contribuirá a solucionar el problema, sino antes al contrario a agravarlo y que ello constituye un maltrato para la propia menor.

Por lo mismo debe descartarse en este caso la solución de los encuentros esporádicos semanales con el padre referidos por el doctor José Augusto, porque ello ya se viene intentando sin éxito desde hace más de tres años. No cuestionamos el resultado de otros casos que se traten en la Vall de Hebrón y que conduzcan a buenos resultados, lo que sí afirmamos es que en este concreto caso eso ya se ha intentado y no ha funcionado. Mucho menos admisible a estas alturas es la solución de evitar las visitas con el padre hasta la resolución del estrés emocional que también propone el doctor José Augusto, alargando *in fine* el problema.

En consecuencia, probado que la niña padece cuando menos una fobia severa a su padre, sino un denominado síndrome de alienación parental, probado que la recomendación de todos los médicos es que ha de acercarse progresivamente a su padre para restablecer la relación, ya que si bien el doctor José Augusto propone en su informe de 30 de octubre de 2006 evitar las visitas, acaba hablando en el acto del juicio de esos contactos esporádicos semanales esa solución probado, que la causa directa de la falta de ese restablecimiento es el constante incumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre, resultando más que probable que la causa de sus temores al padre y al colegio vengan infundidos por el círculo materno, quien bien por alienación directa, por negligencia o por falta del mínimo esmero en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia ha incumplido sistemáticamente sus obligaciones de fomentar un sano contacto entre padre e hija se hace necesaria para la protección y el interés de la menor proceder

a la remoción de la custodia, otorgando la misma al padre a quien corresponderá a partir de la notificación de la sentencia hacerse cargo de las decisiones ordinarias que afecten a la menor.

No obstante y con el ánimo de que la situación de traspaso de esta custodia resulte lo menos traumática posible y para un acercamiento progresivo al padre (que es en definitiva lo que recomiendan todos los doctores incluido el propio doctor Carlos Daniel que propone que en un primer momento la menor no conviva con el padre) se dispone que la menor pase a residir en un domicilio neutro, considerándose adecuado el ofrecido por la parte actora de los abuelos paternos, en dicho domicilio residirá la menor durante al menos un mes, pudiendo el padre acudir al mismo a visitar a la hija para retomar los contactos en horarios que no perjudiquen las actividades escolares de la menor y sin pernocta del padre en ningún caso durante ese primer mes, recomendándose al padre un acercamiento progresivo en las referidas visitas a casa de sus padres.

La niña deberá seguir tratamiento con un especialista que será designado por el Juzgado para que realice una evaluación continuada del estado de la menor, a menos que los padres se pongan de acuerdo en designar al doctor Donato que ya tuvo un inicial contacto con la niña para el seguimiento o a un tercer médico de la confianza de ambos, dejando al superior criterio de este profesional médico la frecuencia de las visitas que debe mantener con la menor semanales o mensuales para lograr el objetivo pretendido.

Transcurrido el primer mes en esas condiciones y tras la emisión de un dictamen médico sobre la evaluación de la nueva situación y el estado de la menor se decidirá sobre la conveniencia de que la menor se traslade a residir al domicilio del padre.

Durante un período mínimo de 6 meses la menor no mantendrá ningún tipo de contacto con la madre ni la familia materna respecto de quienes se suspende el régimen de visitas. Transcurrido ese período y a la vista del informe del profesional médico designado se podrá proceder a la recuperación gradual de las mismas.

GUARDA Y CUSTODIA

Estimación de la demanda de modificación de medidas y atribución al padre de la custodia de la hija al constatarse pericialmente que la menor, manipulada por su madre, padece el síndrome de alienación parental, siendo necesario corregir su inadecuado estado físico. Para normalizar las relaciones con el entorno paterno se suspenden las visitas entre la madre y la hija durante cuatro meses.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA N.º 12 DE PALMA DE MALLORCA, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2007

Magistrado: Ilmo. Sr. don Joaquín María Andrés Joven

Primero.— Formulada por la representación del Sr. don Manuel demanda en solicitud de modificación del régimen de guarda y custodia, visitas y pensión alimenticia que fue establecido por la sentencia dictada por este mismo Juzgado en fecha 9 de julio de 2009 (autos 343/02) respecto de la menor Susana nacida en fecha 17 de noviembre de 1995 y cuya custodia ostenta la madre de la menor, doña María, y formulada por la representación de la mencionada Sra. doña María demanda reconventional con la pretensión de que se modifique únicamente el régimen de visitas en su día instaurado a favor del padre, hoy actor, para con la referida menor Susana, la adecuada resolución de la cuestión planteada, precisa de recordar que la modificación de las medidas adoptadas en el ámbito de cualquiera de los procedimientos de familia, ya sean de separación o divorcio, ya sean de aquellos que versen exclusivamente sobre la custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, y con independencia asimismo de que tales medidas hayan sido determinadas por acuerdo de los litigantes, como sucede en el presente supuesto, o establecidas judicialmente, requiere de la sustancial alteración de las circunstancias existentes al tiempo de adoptarse aquéllas, tal y como exigen el artículo 775.1 de la vigente LEC y los artículos 90, y 91 del CC. Se precisa por consiguiente, que la situación existente al tiempo de fijarse dichas medidas y anterior al correspondiente pronunciamiento judicial haya sufrido con posterioridad al mismo tales cambios, que razones de justicia tenidas en cuenta por el legislador, exijan el cambio de las mismas, adecuando su contenido a las alteraciones devenidas posteriormente, las cuales habrán de ser en el ulterior proceso de modificación de medidas que se sustancie, los hechos constitutivos en que fundamente su pretensión quien solicita el cambio.

Segundo.— Aplicando la doctrina expuesta en el precedente fundamento jurídico al supuesto de autos, y tras el oportuno examen de la extensa

prueba practicada y obrante en los mismos, es lo cierto que, a juicio de quien ahora resuelve, aparece procedente estimar esencialmente la pretensión formulada por el Sr. don Manuel en su escrito inicial de demanda, y ello, por cuanto, tal pronunciamiento aparece, en el momento actual, como el más beneficioso para la menor Susana, conforme a los razonamientos que se expondrán a continuación debiendo tenerse presente en todo caso que es preciso valorar las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto que nos ocupa teniendo siempre en cuenta el mayor interés de la hija común, principio elemental, inspirador de cualquier medida atinente a los hijos, y que determina que su interés deba prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus progenitores, siendo ésta una auténtica pauta de conducta inamovible contenida en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en la Constitución Española (artículo 39), en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92, 93, 94, 103, 154, 158 y 170) y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que tanto en su rólulo como en su articulado antepone expresamente el interés superior del menor a todo otro interés legítimo concurrente.

Tercero.— Sentado lo que antecede y con anterioridad a pasar a examinar pormenorizadamente la concreta prueba llevada a cabo en el presente expediente de modificación de medidas, se estima adecuado realizar en primer término una relación desde luego no exhaustiva pero sí significativa de diversos acontecimientos que han tenido lugar desde que en fecha 15 de abril de 2002 se interpuso por la representación del Sr. don Manuel la demanda en la que se solicitaba la determinación del oportuno régimen de guarda y custodia, visitas y pensión alimenticia de la menor Susana —previamente no obstante ya había tenido lugar un expediente en solicitud de adopción de medidas provisionales previas a la interposición de la

citada demanda que se siguieron bajo el número de autos 1311/01 de este mismo órgano judicial— y que se consideran de interés para comprender en mejor manera la situación que se ha desarrollado en el núcleo familiar hasta llegar a adoptarse por este Tribunal las medidas que se referirán en el fallo de esta resolución, y que son consecuencia de entenderse por el mismo que durante los aproximadamente seis años transcurridos desde el cese de la convivencia de los litigantes y los más de cinco años de enfrentamientos continuados entre éstos, la hoy demandada Sra. doña María ha llevado a cabo un proceso continuado de manipulación afectiva de su hija Patricia con el fin de que la relación entre ésta y su padre se viera notoriamente afectada y no se desarrollase adecuadamente, a pesar de los diferentes intentos de aquél y de este juzgado para tratar de «normalizar» esa relación.

Cuarto.— Como se ha indicado, en fecha 15 de abril de 2002 se interpone por el Sr. don Manuel, que entonces tenía distinta dirección letrada de la que tiene actualmente, demanda en solicitud de adopción de medidas de guarda y custodia, visitas y pensión alimenticia de la menor adscrito al Juzgado para determinar la situación de la menor refiriendo expresamente asimismo que en el Colegio al que asistía la niña, que por entonces era el Colegio de la Purísima le permitían visitar a la menor, concededores de la situación existente. Al contestar a la demanda formulada la mencionada Sra. doña María expresaba que el padre se había ocupado poco de la niña constante la convivencia y que ésa fue la razón de que en el auto resolutorio de las medidas provisionales previas a la demanda se acordara un régimen de visitas ciertamente limitado del padre para con la hija, imputando además al padre una dependencia del alcohol y una adicción a las drogas que ha reiterado sin el más mínimo sustento probatorio —excepción hecha de alguna testifical como la de su propia hermana en este último proceso— a lo largo de todas las actuaciones. En ese mismo expediente la representación del hoy demandante ya aportó un informe emitido por la psicóloga Sra. doña Carmen relativo a la menor Patricia, y en el cual se terminaba aconsejando:

«Que Patricia pueda ver a su padre con libertad y permiso de la madre ya que dada la edad que tiene requiere del afecto paterno tanto como del materno...» y «Que cesen las peleas los conflictos y las amenazas que surgen entre sus padres y que

acaban teniendo como consecuencia el hecho de quitarle a Patricia el derecho de estar con su padre» previniendo que de no ser así, ello «dará como consecuencia un desarrollo de personalidad para Patricia basado en la culpa, la inseguridad, el temor y el miedo...»

Sorprendentemente y no obstante la conflictividad existente en el acto de juicio celebrado en el referido expediente en fecha 5 de julio de 2002 las partes refirieron a este Juzgador que tras muchas conversaciones habían alcanzado un completo acuerdo respecto de las pretensiones deducidas en el mismo el cual tras referirlo verbalmente y ser ratificado por ambos progenitores fue aprobado por sentencia de fecha 9 de julio de 2002, determinándose que sería la madre doña María quien tendría la custodia de su hija, y que el padre disfrutaría de un régimen de visitas que sería ampliado gradualmente.

Quinto.— Sin embargo y a pesar de que podía pensarse el acuerdo alcanzado no pacificó en modo alguno la relación entre los distintos miembros del núcleo familiar y ya en fecha 24 de septiembre de 2002, esto es tan sólo poco más de dos meses después de alcanzarse el acuerdo se iniciaron los problemas de ejecución del acuerdo suscrito y que de una manera más o menos intensa, se han prolongado a lo largo de estos casi cinco años. En ese primer escrito, la dirección letrada de la madre, interesaba que se requiriera al padre para que le comunicara los viajes que realizara con la niña fuera de la Isla —al haber estado en Barcelona sin su conocimiento previo— le posibilitara contactar telefónicamente con la niña cuando la menor estuviera con él y por último que llevara a la niña a la actividad extraescolar de gimnasia rítmica que aquélla realizaba desde años atrás. El padre contestó a dicho escrito, pidiendo disculpas sobre el traslado de la menor fuera de la Isla sin notificarlo previamente, afirmando que no era verdad que no dejara hablar a la niña con su madre pero que lo que no aceptaba era que la madre «controlara» a la niña, cuando estaba con él, señalando que la niña llevaba a cabo demasiadas horas de gimnasia a la semana y que era preciso llevar a cabo una terapia para alcanzar el bienestar de la niña. Tras algún otro escrito más presentado por una y otra representación, este Tribunal acordó la celebración de una comparecencia en fecha 13 de noviembre de 2002 y tras haber sido oídos en ella ambos progenitores sobre los extremos controvertidos se dictó auto en fecha 4 de diciembre de ese mismo año en virtud del cual se fijaba una franja de una hora diaria durante la cual el progenitor que no tuviera ese día a la niña podría comunicarse con ella y rechazando realizar las entregas y recogidas de la hija común en las dependencias del Punt de Trobada como había solicitado el Sr. don Manuel

por cuanto tras el período vacacional de Navidad se modificaba el régimen de visitas vigente y los encuentros entre los litigantes serían ya mínimos.

Sexto.— A partir de esta fecha son muy numerosos los incidentes acaecidos entre los progenitores con ocasión del ejercicio del régimen de visitas, y múltiples también los escritos presentados ante este juzgador, si bien a los efectos que interesan en este procedimiento y con el fin de no resultar excesivamente prolijo en su enumeración cabe destacar, que los problemas derivados de la autorización de la comunicación telefónica del progenitor que no tuviera consigo ese día a la niña fue una fuente inagotable de conflictos durante todo el año 2003 hasta que por auto de fecha 3 de abril de 2004 y a la vista de lo acontecido, se suspendió tal medida, la cual, lejos de beneficiar a Patricia, como consecuencia del proceder de sus progenitores le había perjudicado. Asimismo y tras esta suspensión, se reiteraron los escritos en los que se señalaba que la madre insultaba al padre con ocasión de la entrega y recogida de la niña, se permitió que el padre acudiera con la niña a una psicóloga que le ayudara a relacionarse con la niña, dada la situación que se estaba creando, extremo este que fue recurrido por la dirección letrada de la Sra. doña María, aparecieron los primeros problemas de salud de Patricia coincidiendo con aquellos días en los que tenía que ir con su padre y que se intensificarían en el año 2004 —y que tras lo actuado en la continuación del acto de juicio efectuada el pasado día 10 de mayo, puede concluirse que no eran sino evidentes reacciones psicósomáticas de Patricia ante la «obligación» de irse con su padre configuradas como un estado previo de la situación en la que actualmente se encuentra la menor. Como consecuencia de ese devenir de acontecimientos se acordó la realización de un informe pericial psicológico que fue emitido por la entonces psicóloga adscrita a los órganos judiciales de Familia, doña Sara, quien tras la realización de las actuaciones que son de ver en la metodología del citado informe, señalaba por ejemplo que no existía la menor evidencia de que el Sr. don Manuel Jaume fuera consumidor de cocaína y/o de alcohol tal y como afirmaba la madre, y que si bien Patricia «verbalizaba» su deseo de no querer ir con su padre una vez superado el bloqueo que la misma presentaba se podía constatar que la relación con él era en el fondo «buena y satisfactoria» para ella pues se siente «querida y comprendida, escuchada y no presionada». Continuaba el informe estableciendo que «Hasta aquí todo está bien, pero el conflicto surge desde el momento en el que ella se siente que si transmite algo de esto, está traicionando a su madre y a su hermano, con los que está estrechamente ligada y es por ello por lo que tiene que rechazar a su padre para poder sentirse bien y sin presiones, y sobre todo tranquila».

Al realizar la valoración del informe y sus conclusiones, la psicóloga señalaba que «el estado psíquico actual de la menor no es el adecuado para una niña de su edad». «A pesar de todo lo alegado y sucedido a lo largo de los meses precedentes la valoración que Patricia hace y siente de la relación con su padre es positiva y muy satisfactoria, para ella, lo cual debería poder expresar libremente a su madre, sin pensar que la está traicionando tanto a ella como a su hermano y esto es algo que sólo su madre podrá lograr» —lo que desde luego a la vista de los acontecimientos posteriores ni siquiera ha intentado—. El informe finalizaba, proponiendo un nuevo régimen de visitas del padre para con la hija común y refiriendo que «No se ha detectado ningún elemento negativo en el tiempo que la menor pasa con su padre» y que «en estos momentos Patricia necesita relacionarse libremente con su padre para poder fortalecer el vínculo con él pero necesita contar con todo el apoyo por parte de su madre» —con el que desde luego no ha contado, antes bien al contrario, a tenor de lo relatado por los informes psicológicos emitidos en estos autos por la psicóloga Sra. Doña Mar y por el psicólogo adscrito a este tribunal—.

Séptimo.— Tras dar traslado a las partes del resultado del meritado informe se dictó auto en fecha 3 de abril de 2004 en el que se determinaba la necesidad de que ambos progenitores se pusieran en contacto con el Centro de Mediación al que previamente ya habían acudido para reanudar las sesiones de Trabajo que habían interrumpido, se modificaba el régimen de visitas del padre para con Patricia, tratando de evitar al máximo los contactos entre su padre y su madre, se disponía expresamente —y ante los numerosos problemas habidos y las faltas escolares de la niña en martes o jueves que debía recogerla el padre— que en el caso de que la niña se hallara enferma o en el de que por cualquiera otra causa no hubiera ido al Centro escolar, el padre debería recuperar los días «perdidos» y por último y como con anterioridad se ha indicado, se suspendía el contacto telefónico de cualquiera de los progenitores con la menor cuando aquella se halle en compañía del otro.

Desde esa fecha, no se ha vuelto a modificar el régimen de visitas del padre para con la hija común y si bien con menor intensidad, al menos en lo que hace referencia al número de escritos presentados por los litigantes, se han continuado sucediendo incidentes de diferente entidad en el transcurso del régimen de visitas y especialmente en la entrega y recogida de Patricia, —debe de recordarse que desde el precitado auto de fecha 3 de abril de 2004 tales actuaciones se ha efectuado en las dependencias de la Guardia Civil en Lluçmajor, no estimándose prudente modificar dicho lugar, a pesar de los

reiterados intentos realizados en este sentido por la representación de la Sra. doña María— so pretexto de ser ello beneficioso para la niña —por resultar una garantía de minoración de los conflictos que se suscitaban estimando pertinente resaltar ya para concluir y por la importancia de lo que con posterioridad se referirá, que Patricia desde el inicio del litigio ha cambiado de Centro escolar cursando ahora sus estudios en el Colegio Son Verí, con un buen rendimiento académico.

Octavo.— Entrando a continuación a valorar ya más concretamente la prueba practicada en este procedimiento, parece obvio, dada la naturaleza de las pretensiones deducidas y las afirmaciones que uno y otro litigante realizan respecto del otro, analizar en primer término el resultado ofrecido por los diferentes informes periciales que se han llevado a cabo esto es tanto el efectuado por el psiquiatra que examinó a la Sra. doña María como los diferentes informes psicológicos que obran en el expediente. El psiquiatra Dr. don Enrique en su informe de fecha 28 de febrero de 2007, concluye que la hoy demandada presenta un trastorno de personalidad no especificado conforme a los criterios clínicos contemplados en el DSM-IV, cuyos rasgos disfuncionales son preferentemente histriónicos y también narcisistas y que éstos generan importantes interferencias en sus relaciones interpersonales, especialmente a nivel familiar, y si bien las conclusiones de dicho informe intentaron ser cuestionadas por la dirección letrada de la demandada por entender que la elección de las personas con las que se había mantenido entrevista no había sido correcta y que se habían omitido entrevistas con personas más cercanas a la peritada como su hijo Jesús o su hermana doña Mar no pueden quedar sin más desvirtuadas ni obviarse su contenido en razón de tal extremo, cuando se han mantenido varias actuaciones con aquélla, y se le ha pasado un estudio de personalidad, estimándose que si bien no existen datos que permitan constatar la existencia de una enfermedad psiquiátrica sí existen por el contrario esos rasgos de un trastorno de personalidad no especificado.

Noveno.— En lo concerniente a las diversas periciales psicológicas aportadas a los autos, estima quien resuelve que procede hacer referencia a cada una de ellas de forma individualizada sin perjuicio de que analizadas todas se confronten sus conclusiones para colegir lo que se reputa constatado. La psicóloga Sra. doña Mar —profesional de reconocida competencia en esta ciudad, y que ha trabajado para una y otra dirección letrada en múltiples procedimientos seguidos ante este órgano judicial— en su informe de fecha 28 de junio de 2005 (folio 408 y siguientes) ya apuntaba según es de ver, que el conflicto de lealtades que en un primer momen-

to fue advertido ha sido superado por la propia dinámica de los hechos y que la menor ante la presión padecida, ha optado por elegir «fidelidad» a la madre, existiendo una serie de síntomas que relaciona —ausencia de diálogo padre/hija, muestra categórica de odio de Patricia hacia Manuel, que se extiende además a cualquier miembro de su familia o círculo de amigos, ausencia de respuesta emocional de la niña ante los sentimientos de Manuel, vínculo patológico entre Patricia y su madre con defensa incondicional e incapacidad de reflexión— que sugieren que Patricia podría estar padeciendo un Síndrome de Alineación Parental. En su informe de fecha 21 de agosto de 2006, la propia psicóloga tras llevar a cabo las actuaciones que expresa en el «fundamento» de aquél, reiteraba sus conclusiones anteriores, señalando que la figura paterna continúa estando distorsionada y que se aprecian en la menor, «sentimientos de culpa, rasgos de ansiedad depresión con sentimientos de tristeza, pena, vergüenza y autocompasión», afectación de su estado psíquico que ha de tratarse de que Patricia supere, con los medios que resulten necesarios dado que la propia psicóloga señala por una parte, así lo indicó en el acto de juicio, que su estado no obstante ser muy grave es superable y por otra parte, que de continuar así, en la edad adulta pueden aparecer diferentes trastornos psíquicos. Esta misma psicóloga contestó a la imputación de falta de habilidades parentales del padre, que ello es incierto, que ha tomado parte en varios cursos de formación de padres para poder responder adecuadamente a las necesidades de la niña, y que como él «ha resistido», no se ha producido esa falta de contacto prolongado entre el niño y el progenitor alienado característico de un SAP severo, señalando por último que no existe ninguna conducta emocional entre la niña y su padre y que la pasividad que Patricia exhibe con su padre y familia paterna —refugiarse en los videos juegos, no dirigirles prácticamente la palabra— es una forma clara de agresividad de la menor para con su padre —extremo este con el que coincide plenamente este juzgador.

Décimo.— Por lo que se refiere a la pericial practicada a instancias de la demandada, por los psicólogos Ana y Sr. Ángel —folios 313 a 336— estos concluyen tras llevar a cabo las pruebas objetivas y proyectivas que expresamente señalan en su informe, que «el nivel de adaptación y desarrollo psicosocial y emocional de la menor Patricia ... es normal», que «no habría por ello causa que justificase la necesidad de que pasara menos tiempo con su madre» y que bien al contrario «obligar a Patricia a estar más tiempo con su padre sería claramente perjudicial para todos incluido su padre, y que la niña lo percibiría como una mera venganza». Asimismo refieren que «No se detecta en Patricia

un SAP en el que la madre sea el progenitor alienador y el padre el progenitor alienado, puesto que ni se presentan ni se han presentado en ningún momento alteraciones a nivel fisiológico en los patrones de alimentación y sueño, conductas regresivas y de control de esfínteres» además «No ha habido disminución del rendimiento escolar y de la atención y en el ámbito social de empobrecimiento de las habilidades sociales aumento de las conductas disruptivas y disminución del control de los impulsos», concluyendo que «no se detecta en doña María trastorno mental alguno que le haga incapaz de asumir las competencias parentales y que si bien la madre debería de rebajar el nivel de protección sobre Patricia, también el padre debería mostrar a su hija que le interesan sus cosas y que el tiempo en el que está con ella es para que los dos lo disfruten. Cabe señalar respecto de este informe, que es el único que se ha efectuado sin que hayan sido entrevistados los tres miembros de la unidad familiar –cierto que porque el Sr. don Manuel rehusó acudir, según parece– y que en el mismo se indica que si bien la menor presenta una minusvaloración de la figura paterna en el Test de la Familia no se ha constatado odio, aversión o rechazo de su padre. En el acto de juicio se señaló por los intervinientes que el hecho de que la niña rechace por ejemplo el beso de sus padres no es manifestación de un rechazo a la figura paterna sino una autoafirmación de la menor propia de su edad y que además no puede hablarse de la existencia de un SAP porque ni en el plano escolar, ni en el plano social ni en el plano psicosomático se producen las manifestaciones que un síndrome como el estudiado acarrearían. Señalado lo anterior, hay dos cuestiones que por su importancia no pueden dejar de señalarse en este punto: de una parte, que los propios psicólogos actuantes, con mayor precisión desde luego la Sra. Ana señalaron que si la niña había pasado anteriormente el test TAMAI las conclusiones que de éste se obtienen podrían estar viciadas, lo cual es muy importante dado que Patricia ya había pasado este test con la psicóloga Sra. doña Mar –sorprendiendo a este Tribunal que los psicólogos emisores del informe que ahora se refiere no constataran previamente tal extremo, bastándoles con lo que dijera la niña– y por otra parte, que la niña en ningún momento les narró actividades de ocio y esparcimiento con el padre, cuando realmente ha habido algunas –ni siquiera es discutido que estuvieron en Eurodisney–.

Undécimo.– Cabe por último en este momento hacer referencia al informe pericial emitido por el psicólogo adscrito a este tribunal en fecha 26 de abril de 2007 –folios 475 a 484– y que resulta ser básicamente coincidente con el efectuado por la Sra. doña Mar en cuanto a la conclusión de

que se está produciendo en el núcleo familiar una situación de SAP por parte de la Sra. doña María hacia su hija Patricia, refiriendo expresamente una serie de indicadores que le llevan a obtener tal conclusión. No ignora este tribunal que el informe emitido puede adolecer frente a los otros dos analizados, de una menor profundidad en cuanto a las actuaciones llevadas a cabo, en razón de que a la menor por ejemplo no se le realizaron en este caso ningún test, sino que se realizó con ella una entrevista prolongada –de aproximadamente dos horas y media de duración– sin embargo tal circunstancia no puede en sí misma ser causa bastante para que se pongan en duda las conclusiones obtenidas, y ello porque además de entrevistarse a ambos progenitores se han realizado otras actuaciones como la comunicación con personas de los Colegios a los que ha asistido la niña, la lectura de todos los restantes informes aportados a los autos, y parece que dado los múltiples test que ha pasado Patricia en el último año, así como la carga de asuntos que pesa sobre estos profesionales que trabajan para los juzgados de Familia no resultaba imprescindible la realización de más pruebas objetivas. El psicólogo adscrito a este órgano judicial puso especial énfasis en el dato de que el hecho de que la menor no presente actualmente repercusiones en la vida diaria de su situación psíquica no ha de llevar a automáticamente a rechazar la existencia de un SAP, dado que como explicó al comienzo de la relación manipulativa hay una ruptura disociativa –disonancia cognitiva– y entonces se producen estas somatizaciones pero cuando el proceso manipulador ha avanzado más ya no existe esa disonancia sino asunción de la tesis del manipulador –parece necesario recordar, como ya se ha hecho mención anteriormente, que entre los años 2003 y 2004 se produjeron numerosos episodios de faltas de asistencia al Centro escolar de Patricia debido a enfermedades que la misma tenía coincidiendo con los días que debía de estar con su padre que incluso llevó a este juzgador a establecer la necesidad de «recuperar» los días en que no ejercía el derecho de visitas. Asimismo tildó de especialmente relevante el hecho de que Patricia expone sus ideas de forma autónoma pero sin embargo en muchos casos no da «justificaciones a sus aseveraciones, así por ejemplo cuando se le pregunta por qué no hace los deberes con su padre, o cuando se le pregunta por qué ha de proveerse de zumos cuando va a estar con su padre. Por último y frente a la calificación de SAP «severo» que utilizó la psicóloga Sra. doña Mar el lo calificó como de «moderado-severo» recomendando expresamente separar a la niña de cualquier contacto con su madre para superar la relación patológica que madre e hija han establecido y que tras un prolongado lapso de tiempo sin contacto alguno entre ambas se reanude el contacto entre las

dos pero de forma monitorizada –supervisada– para constatar el modo de relacionarse entre ellas.

Duodécimo.– Establecido lo anterior, y siendo obvio que como nadie ignora ya en este momento tras el examen de los tres informes anteriores ha de colegirse que la psicología no es una ciencia exacta –tampoco lo es desde luego el derecho– este Tribunal entiende que no cabe afirmar que la situación que existe actualmente sea la de un mero conflicto de lealtades de Patricia para con ambos progenitores, sino que el estado actual de la situación de Patricia es la de una niña que ha asumido casi en su totalidad las tesis maternas sobre su padre y la familia paterna como consecuencia de la prolongada manipulación de la que ha sido objeto por su madre –consciente o inconscientemente– y que en este momento presenta una relación patológica en la forma de relacionarse tanto con su padre con su madre que en la medida de lo posible debe de ser corregida. Con absoluta independencia de que podamos referirnos a la situación de Patricia como un SAP «severo» o «moderado-severo» y con independencia asimismo en este punto de que la Sra. doña María Salleras haya llevado a cabo todas las conductas manipulativas en ejecución de un plan preconcebido o a causa de tratar de sobreproteger a su hija hasta extremos patológicos, de lo que no cabe duda es que el estado psíquico de Patricia es absolutamente inadecuado y que muchos de sus comportamientos –escribir un diario de todas las actividades que realizaba con su padre durante un verano, con comentarios de disvalor, (conducta a la que sin embargo los psicólogos Sres. Ana y Ángel, casi no dieron importancia, entendiendo que lo incorrecto era que el padre hubiera vulnerado la intimidad de la niña, haciendo copia de su diario), negativa a entablar contacto verbal con su padre y con el entorno paterno, rechazo de cualesquiera posiciones contrarias a su madre, llevanza de bolsas con comida y bebida cuando va a estar con el padre (tampoco a este hecho le dieron importancia los Sres. Ana y Ángel) –revelan que Patricia precisa de una ayuda terapéutica profesional que nunca podrá resultar eficaz en el entorno materno –no deja de ser curioso que aun cuando sea por causas que no se han podido precisar debidamente su otro hijo, Jesús, haya carecido de cualquier relación con su padre biológico durante su infancia, afirmase que no existían fotografías de aquél en la casa materna, carezca de cualquier relación con la familia biológica paterna, si bien según afirma, su madre nunca le prohibió relacionarse ni con el padre ni con la familia paterna, lo que también refiere respecto de Patricia para con el Sr. don Manuel–.

Decimotercero.– La conclusión expresada con anterioridad, que se obtiene del resultado ofrecido por las pruebas examinadas previamente y que

conllevará las consecuencias que más adelante se indicarán en la forma más detallada posible, no quedan en modo alguno desvirtuadas por las manifestaciones realizadas por las partes en el acto de juicio efectuado en fecha 8 de marzo ni tampoco por las realizadas por los testigos deponentes en la continuación del acto de juicio celebrada el pasado día 10 de mayo y ello de una parte porque el carácter muy técnico del problema que se presenta en Patricia precisa para ser advertido y valorado en justos términos de conocimientos muy especializados de los que sin duda carecen la mayor parte sino todos de los testigos intervinientes, quienes en muchos casos no tienen por su proximidad a uno de los progenitores y distancia del otro sino una sola versión, manifiestamente parcial, de lo acontecido, con lo que sus afirmaciones pierden necesariamente fuerza. Así el hecho de que, doña Mar, la hermana de María, que calificó de «normal» la relación entre Patricia y su padre refiera sin mayor probanza objetiva que le consta que el Sr. don Manuel iba «a pillar» junto a su hermano drogas nada más finalizar la relación de convivencia no es bastante para concluir que el hoy instante de la modificación sea una persona adicta a las drogas desde hace ya varios años –difícilmente podría sobrellevar esa adicción tantos años, sin signo objetivo alguno que pudiera haberse constatado por alguno de los múltiples profesionales intervinientes– como tampoco puede afirmarse de él una adicción al alcohol por el hecho de que en una ocasión resultase condenado por conducción bajo la ingesta de bebidas alcohólicas, aunque sea sin duda un proceder reprobable por el riesgo que supone tanto para sí como para terceras personas conducir en esa situación. Las afirmaciones de Jesús, el hijo mayor de la Sra. doña María habida cuenta de que lo que previamente se ha expuesto respecto de la falta de relación del mismo con su padre y la absoluta vinculación que existe entre él y su madre, relativas a que la niña no rechaza a su padre o de que todavía hay fotos de Manuel por casa si bien han de valorarse en su justa medida tampoco en sí revisten la importancia suficiente para desvirtuar las conclusiones previamente obtenidas aunque en cierta medida permitan cuestionar como se ha indicado previamente que el proceder de doña María sea consciente y calculado en todas sus actuaciones o por el contrario en algunas ocasiones sea inconsciente lo que sin embargo no impide que el resultado que se produce aparezca semejante.

Decimocuarto.– En relación con los profesionales del Centro escolar al que asiste Patricia en estos momentos, cabe indicar que por lo que respecta al Director del mismo, poco pudo aportar a este procedimiento dado que sólo es director del Centro desde hace poco más dos meses y parecía

ignorar casi todos los extremos objetos de debate; por el contrario significativa resultó ser la deposición de la tutora de Patricia en el Colegio de Son Verí que recientemente y en una decisión unilateral –tras un tiempo de indecisión explicó que cuando afirmaba «tomamos la decisión» se refería a ella misma y a nadie más, usando para explicar su actuación un plural mayestático que este Tribunal entendió, como luego así fue que trataba de repartir entre varios una responsabilidad que sólo a ella incumbía– decidió, sin consultar a nadie, que coincidiendo con una supuesta revisión de expedientes, no le daría al padre sino información oral de su hija, y que ignora si el Sr. don Manuel ha de subir a buscar a Patricia al piso superior porque ella no baja sola cuando debe de irse con su padre tal y como se aprecia en el informe del detective Sr. don Luis ignorancia que sorprende en quien ha sido la tutora de la menor durante tres años. El hecho de que la menor tenga un buen rendimiento académico, extremo este en el que todos los intervinientes han coincidido, no es tampoco argumento suficiente para rechazar la existencia de una SAP en Patricia –esto es de un proceso manipulativo continuado en la niña por parte de su madre– dado que los distintos psicólogos intervinientes no llegaron a concluir de forma unánime que necesariamente la menor tuviera que tener un rendimiento académico menor que el de sus compañeras o que realizar conductas disruptivas en el Centro escolar, para afirmar la existencia del SAP. Tal afirmación sostenida por los psicólogos que realizaron el informe a instancias de la letrado de la Sra. doña María, resulta contradictoria tanto por lo establecido por la psicóloga Sra. doña Mar, que entiende que el Colegio puede ser para ella «un refugio en el que liberarse de la tensión familiar» (folio 105) y por el psicólogo Sr. don Francisco que afirmó que no es necesario que ese comportamiento disruptivo se produzca para obtener la conclusión de estar ante un SAP –cuestión ésta que según parece consultó incluso con uno de los mejores profesionales sobre este tema el psicólogo forense Sr. don Emilio. Por último, las afirmaciones de la Sra. doña Isabel amiga según indicó de la demandada, respecto de que María se ha esforzado porque Patricia tuviera buena relación con su padre, y que no le ha oído hablar nunca mal de su padre han de ser contrapuestas a las afirmaciones del testigo Sr. don Javier quien manifiesta haber acompañado en múltiples ocasiones al actor a recoger a su hija y apreciar el comportamiento de la madre y la hija en esos momentos haciéndonos ver un actuar tan reprochable como adecuado es el descrito por la Sra. doña Isabel.

Decimoquinto.– En relación con lo expuesto por los propios litigantes en el acto de juicio si bien por parte de la madre se niegan la mayor parte de

las imputaciones que la dirección letrada le realizó para justificar la existencia de un SAP –afirma que nunca ha insultado al Sr. don Manuel, que no le ha prohibido a la niña llevar la agenda escolar ni los libros escolares a casa del padre, e incluso que no le manda zumos en exceso ni tampoco le esconde teléfonos móviles cuando ha de ir con aquél, extremo que al menos ha de resultar contradictorio en razón del informe emitido por el detective Sr. don Luis– sí se llegan a reconocer algunas de las conductas relacionadas de adverso, así por ejemplo el haber dicho a su hija las primeras Navidades que tirara los regalos de casa de su padre, o que para hablar con ella por teléfono se vaya al baño para que el padre no oiga lo que le dice, siendo significativo en este punto el hecho de que como expresa ella misma la ruptura de relaciones con su madre –porque aquélla quería que volviese con Manuel– y la afirmación de que Patricia no rechaza a su padre, cuando en razón de todo lo actuado resulta ciertamente difícil concluirlo así.

Por lo que respecta al padre, no puede obviarse que éste reconoció expresamente haber escrito el texto que como documento 5.1 acompañó la demandada con su escrito de contestación –en el que parece querer transmitir una «filosofía» cuanto menos «peculiar»– refiriendo que él no se niega a acompañar a Patricia a «actos sociales» como cumpleaños, etcétera pero que Patricia lo rechaza y que cuando le hace algún regalo a la niña ella contesta de forma «monosilábica» y si bien afirma que no utiliza terminología despectiva hacia él sí constata que la niña está «ausente» en su casa como tomando notas mentalmente de cuanto sucede.

Decimosexto.– Conforme a lo analizado de forma pormenorizada no puede sino colegirse en este punto la procedencia de privar en este momento a doña María, de la custodia de su hija Patricia, por entender que en el momento actual y por doloroso que pueda resultar en una primera fase tanto a la madre como a la niña, tal solución es la única posible si se quiere mejorar el estado psíquico de la menor y si se quiere a la misma «normalice» sus relaciones con su padre y su entorno –familiares y amigos– lo que es desde luego esencial para su correcto desarrollo personal. Todas las intervenciones anteriores han fracasado y el estado de la niña no permite dilatar por más tiempo adoptar medidas tendentes a protegerla de quien, nadie lo duda, puede profesarle un cariño extremo pero no ha desarrollado la figura de madre adecuadamente– no puede ser considerada como buena madre quien manipula afectivamente a una hija como lo ha hecho María para con Patricia. Esta solución de retirada de la menor de la custodia materna, interesada por el Sr. don Manuel en su escrito inicial y valorada tanto en el informe emiti-

do por el psicólogo adscrito a este órgano judicial como en el informe emitido por la Sra. doña Mar como la más oportuna ha de acompañarse además según ambos profesionales apuntan con la necesidad de suprimir cualquier contacto de la menor con el progenitor alienador, esto es, con su madre durante un cierto período de tiempo más o menos prolongado. El psicólogo Sr. don Francisco establece tres fases de actuación una vez sea conferido al padre el cuidado de su hija, una primera en la que no deberá existir ningún contacto de la madre con la hija, una segunda, en la que se podrán realizar contactos telefónicos monitorizados y una tercera fase en la que se podrían reiniciar los contactos físicos entre madre e hija, intervención que se aprecia correcta por la ya mencionada Sr. doña Mar.

No se ignora que a corto plazo esta medida de absoluta separación entre madre e hija ha de ser dolorosa para Patricia y podrá aparecer como drástica y contraria incluso a su interés, sin embargo ello no ha de resultar óbice para acordarla cuando según la mayoría de los profesionales intervinientes esta medida a medio y largo plazo habrá de resultar sin duda beneficiosa y positiva para la niña, debiendo procurar el padre que tal pronunciamiento resulte lo menos traumático posible para la menor, procurando acudir junto a Patricia a una terapia personalizada, bien utilizando los servicios del Centre de Support Familiar, bien acudiendo a la psicóloga que ya viene tratando al padre desde hace años, y que conoce a la niña y ésta a ella, a tal fin.

Decimoséptimo.— Una vez que la niña inicie ya la convivencia con su padre, advirtiéndose en este punto, a la madre de que imposibilitar en cualquier modo o tratar de entorpecer directa o indirectamente la entrega de la menor en la forma y fecha que se indicará en el fallo de esta sentencia se procederá a la entrega forzosa de la niña a su padre en los concretos términos que se estimen necesarios, lo cual indudablemente, resultará mucho más traumático para Patricia, y podría ser sintomático de una muestra más de esa conducta manipuladora que se le imputa, la Sra. doña María deberá abstenerse de mantener cualquier relación con su hija, ni personal ni telefónicamente durante un lapso de tiempo de cuatro meses, aun cuando pueda partir de Patricia la idea de ponerse en contacto con ella. En ese período quedará pues, restringido todo contacto de la hija con su madre y con su entorno, incluido en éste su hermano Jesús, para permitir que se inicie el restablecimiento adecuado de los lazos y vínculos afectivos entre el Sr. don Manuel y su hija sin que existan interferencias por parte de la progenitora alienante.

Transcurridos esos cuatro meses, se llevará a cabo un primer informe por parte del psicólogo

adscrito a este órgano judicial relativo al estado de la menor, el cual deberá de tener en cuenta asimismo los informes que puedan emitirse por la persona que realice el tratamiento terapéutico de Patricia y que pueda desde un conocimiento más directo describir la evolución de ésta y valorar la oportunidad de que se inicie la segunda fase de las establecidas previamente. Una vez iniciada esta segunda fase y determinado cuál sea la situación de cada miembro del núcleo familiar se determinará cuándo puede verificarse el inicio de la tercera fase. La persona que lleva a cabo el tratamiento terapéutico de Patricia deberá rendir informes quincenales a este Juzgado del desarrollo de la medida adoptada del cual se dará traslado a las partes extremo que deberá advertir el padre al acudir a él para su adecuado cumplimiento.

Por lo que hace referencia, a que se acuerde que la Sra. doña María se someta a tratamiento psiquiátrico y psicológico en los términos que describe en su escrito inicial de demanda la representación del Sr. don Manuel, este tribunal estima que tal pretensión debe de resultar desestimada, habida cuenta de que se considera que es una decisión propia de la demandada el llevar o no a cabo el indicado tratamiento, que en principio, parece necesario, y que debería estar dirigido a un aprendizaje de formas de relacionarse con su hija en el futuro a través del cual se modifiquen las pautas de conducta que hasta ahora ha venido utilizando, valorando este Tribunal positivamente su realización o seguimiento para evolucionar de fase en el proceso que ahora se inicia pero sin que se estime prudente obligarle a ello, dado que tal determinación ha de salir de ella misma por reputarla beneficiosa para mejorar la relación con su hija si se pretende su efectividad.

Decimotavo.— Conforme señala el artículo 156 *in fine* del CC, correspondiendo al padre la custodia de la hija común ha de atribuirse a éste también en esta resolución el ejercicio ordinario de las facultades inherentes a la patria potestad respecto de Patricia sin perjuicio de que ambos progenitores continúen ostentando la titularidad de la citada institución. Tal ejercicio ordinario será llevado a cabo en exclusiva por el padre al menos, hasta tanto la menor vuelva a tener contacto con la madre. A los efectos indicados la Sra. doña María cuando la menor haya de irse a vivir con su padre, deberá entregar a éste toda la documentación de la menor, DNI, pasaporte, tarjeta sanitaria, carnés de todo tipo que pueda tener la niña etcétera, librándose por otra parte oficio al Colegio donde acude en este momento la niña a fin de que impidan a la Sra. doña María mantener cualquier tipo de contacto con su hija en tanto la menor se halla en las dependencias del indicado Centro escolar. En lo concer-

niente a la pretensión formulada por el instante de la modificación de que se le autorice a cambiar a la menor de Centro escolar, es lo cierto que tal solicitud, que difícilmente puede articularse en este mismo expediente, al tener una vía procedimental propia, se interesa por entender el Sr. don Manuel que en el Centro escolar al que ahora asiste, la niña tiene unas amigas plenamente conocedoras de la situación existente y que han tomado partida decididamente por la madre pudiendo ello provocar de permitir a la niña continuar con este grupo de amigas la frustración de las actuaciones que pretendan «desalienarle». Ciertamente tal situación puede existir y el resultado de las medidas que ahora se adoptan retrasarse e incluso en un primer momento frustrarse, sin embargo ello no es sino un riesgo que entiende este Tribunal debe asumirse al menos en un principio, en beneficio de la menor. La adaptación de la niña al Colegio Son Verí, han coincidido en señalar todos los peritos actuantes que resulta correcta, el rendimiento académico de Patricia es satisfactorio en el mismo y el acordar el cambio de Centro escolar en esta resolución en la que ya se adopta el cambio de progenitor custodio y se le prohíbe tanto a su madre, como a su hermano como a aquellas personas del entorno materno que por su relación con la madre pudieran dificultar el proceso de «recuperación» de Patricia contactar con ésta se advierte que puede resultar excesivamente traumático para la menor, –al igual que si se le prohibiera continuar realizando su actividad de gimnasia rítmica que viene llevando a cabo desde hace ya varios años– determinación que la Sra. doña Mar consideró oportuna pero que quien ahora resuelve podría ser percibida por la niña como un castigo para ella, lo que desde luego debe aclararse no quiere decir que no pueda adoptarse con posterioridad de constatarse –que no presumirse– que la situación psíquica de Patricia no mejora y que ello es debido precisamente a lo que ésta vivencia en el Centro escolar.

Decimonoveno.– En relación con la contribución que en concepto de alimentos para la hija común Patricia, ha de abonar la Sra. doña María al actor, al pasar éste a ostentar la guarda y custodia

de la menor a partir de esta sentencia, y al amparo de lo prevenido en los artículos 93 y 142 y siguientes del Código Civil, es lo cierto que, procede condenar a aquélla, a que en el indicado concepto abone la cantidad de 180 euros mensuales, pagaderos y revisables en la forma que se determinará en el fallo de la presente resolución, cantidad que para este juzgador se reputa adecuada a las circunstancias personales y económicas concurrentes en los integrantes del núcleo familiar, en razón de las siguientes consideraciones: a) los ingresos que por su actividad laboral percibe el padre Sr. don Manuel y que pueden cifrarse en la actualidad en unos 2.300/2.400 euros mensuales, b) los ingresos que por su actividad laboral percibe la madre hoy demandada, y que pueden cifrarse en unos 1.050 euros mensuales netos, c) las presumibles necesidades de la hija común, atendida su edad y su asistencia al Colegio Público de Son Verí, d) las prestaciones *in natura* que el padre ha de realizar respecto de la hija común, al ostentar su custodia, y que si bien no son susceptibles de exacta cuantificación pecuniaria, sí han de ser tomadas en consideración para hacer recaer en mayor medida sobre el otro progenitor las prestaciones de índole económica.

Con independencia de lo expuesto, y por lo que se refiere a los gastos extraordinarios que tengan su origen en la hija común, y que obviamente en su condición de extraordinarios quedan fuera de la pensión alimenticia determinada con anterioridad, por el carácter de indispensables que de los alimentos predica el artículo 142 del CC, los mismos deberán ser abonados en la forma que se concretará en el fallo de la presente sentencia, valorándose para ello, tanto la naturaleza propia del gasto a realizar, como la anuencia o no de los progenitores para su realización, tratando con ello de seguirse en su pago un criterio objetivo que evite posibles «imposiciones» de un progenitor a otro –debiendo de señalarse expresamente que éste fue el modo que se determinó ya para el pago de tales gastos en la Sentencia de fecha 9 de julio de 2002.

Revista de Derecho de

familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

No habiendo obtenido la sentencia extranjera que declara la filiación paterna el correspondiente *exequátur* no procede inscribir el nacimiento del hijo en el Registro Civil Central.

RESOLUCIÓN DE 23 DE MAYO DE 2007

Para que un nacimiento acaecido en el extranjero pueda inscribirse en el Registro Civil español es necesario que aquél afecte a algún ciudadano español (cfr. artículos 15 LRC y 66 RRC), pudiendo prescindirse de la tramitación del expediente de inscripción fuera de plazo cuando se presente certificación del asiento extendido en un Registro extranjero, «siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española» (artículo 23.II, LRC) y siempre que el Registro extranjero «sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española» (artículo 85.I, RRC).

En el presente caso se trata de un nacimiento acaecido en República Dominicana el 26 de octubre de 1959 y se alega que el presunto padre era un ciudadano de nacionalidad española. El supuesto padre español había fallecido un mes y medio antes del nacimiento de la recurrente, en estado de casado con una mujer distinta de la madre de aquélla. El hecho de que el presunto padre hubiera fallecido previamente al nacimiento de la hija no constituye en sí mismo obstáculo al reconocimiento del efecto transmisor de la nacionalidad española. En efecto, conforme al artículo 29 del Código Civil «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente», y no hay motivos suficientes para excluir del ámbito de aplicación del artículo 29 del Código civil las hipótesis de adquisición de la nacionalidad española *iure sanguinis* del artículo 17 en la redacción entonces vigente. En efecto, aunque el texto hable de «nacidos», hay que entender que el artículo 29 contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no tiene por qué agotarse en la esfera patrimonial, por lo que si el progenitor era español en la fecha de la concepción, pero ha perdido esta nacionalidad cuando tiene lugar el nacimiento, nada impide considerar al nacido como español a la vista de la retroacti-

vidad de los efectos del nacimiento al momento de la concepción que preconiza el citado artículo 29 del Código Civil. Además, que la cuestión «le sea favorable» es evidente, ya que si la interesada invoca la nacionalidad española del padre es que obviamente le beneficia (*vid.* Resolución de 26.I.ª de diciembre de 2002).

Ahora bien, la pretensión deducida no puede prosperar por dos órdenes de motivos. Por un lado, la certificación dominicana acompañada, por falta de garantías, no da fe de la filiación alegada (cfr. artículo 85.I RRC), pues se refiere a una inscripción de nacimiento extendida en 2004, es decir, 45 años después de producido el nacimiento, y a instancias sólo de la madre dominicana.

Hay que tener en cuenta en cuanto a este requisito relativo a la necesidad de que el Registro extranjero, del que proceda la certificación cuya inscripción directa en el Registro Civil español se pretenda, sea «regular y auténtico, de modo que el asiento de que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española», que, como ha puesto de manifiesto recientemente este Centro Directivo en su Instrucción de 20 de marzo de 2006, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, dicho requisito se explica por los fuertes efectos jurídicos que la inscripción en el Registro Civil español tiene reconocidos en nuestro Ordenamiento jurídico, efectos que describe la Exposición de Motivos de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 diciendo que «la presente Ley respeta el punto de vista clásico sobre la misión del Registro civil, concebido como instrumento para la constancia oficial de la existencia, estado civil y condición de las personas. En orden a la eficacia de la inscripción, —sigue diciendo el preámbulo— la presente Ley se basa en los principios hoy vigentes; por consiguiente la inscripción sigue constituyendo la prueba de los hechos inscritos, con todo su intrínseco valor —no meramente procesal— que encierra la expresión; pero la eficacia del Registro queda fortalecida al establecer que aquella prueba

sólo puede discutirse en los procedimientos rectificatorios establecidos en la Ley».

Es lógico que si la inscripción de la certificación extranjera en el Registro Civil español va a desencadenar estos importantes efectos jurídicos, tal inscripción se subordine a un previo control, a través de la calificación registral, de la equivalencia de los requisitos y garantías a que se sometió la inscripción en el Registro extranjero con los que se imponen para la inscripción en el Registro Civil español. En definitiva, como puso de manifiesto este Centro Directivo en su Resolución de 23 de abril de 1993 «el hecho de que los artículos 23 de la Ley del Registro Civil y 85 de su Reglamento permitan practicar sin expediente inscripciones por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, no implica que el Encargado haya de asumir una actitud pasiva ante la presentación de tales certificaciones, limitándose a la transcripción automática de los datos en ellas consignados. Por el contrario, ha de cerciorarse de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española». Traslada esta doctrina al presente caso, el juicio negativo que conduce a la desestimación aparece obligado a la vista del largo tiempo transcurrido entre el hecho del nacimiento y su inscripción registral y la falta de aplicación de las garantías y requisitos que para tales casos exige el Ordenamiento jurídico registral español a través de

los expedientes de inscripción fuera de plazo (cfr. artículos 311 y siguientes RRC).

Y si bien es cierto que se acompaña, junto con la certificación extranjera, una sentencia dictada por un Tribunal local de la República Dominicana el 15 de febrero de 2001, recaída en un procedimiento de reclamación de filiación paterna, dicha sentencia se aporta sin las mínimas garantías de autenticidad, por medio de mera fotocopia, incompleta, no compulsada ni legalizada (cfr. artículos 88 y 90 RRC). Pero es que, aún salvando estos obstáculos formales, y para el caso de que se acreditara su autenticidad, no puede reconocerse eficacia a los efectos del Ordenamiento jurídico registral español a dicha sentencia en tanto la misma no obtenga fuerza en España por medio del correspondiente *exequatur*, exigido a tales efectos por el artículo 83 del Reglamento del Registro Civil, que se ha de obtenerse a través del Tribunal español competente, conforme a los fueros señalados por el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

VI. En esta situación –y sin perjuicio de lo que pudiera decidirse en el expediente de inscripción fuera de plazo a la vista de las pruebas que en él se presenten, o de lo que pudiera resultar de un eventual *exequatur* de la citada sentencia extranjera– hay que concluir que no está acreditada la filiación paterna respecto de la recurrente.

FILIACIÓN

Ineficacia de la prueba biológica que se ha presentado en el expediente de reconocimiento de filiación ante el Registro Civil en el sentido de que el marido no es el padre del menor, debiendo hacerse constar la filiación paterna del esposo al haber nacido el hijo dentro de los trescientos días anteriores al cese de la convivencia.

RESOLUCIÓN DE 23 DE MAYO DE 2007

Cuando se pretende inscribir por declaración dentro de plazo el nacimiento de un hijo no matrimonial de madre casada, el Encargado, por las razones apuntadas en la Circular de 2 de junio de 1981 (apartado I, letra B), debe hacer uso de las facultades que en la calificación le confiere el artículo 28 de la Ley del Registro Civil y realizar en el plazo de diez días las comprobaciones oportunas, con audiencia, si es posible, de los cónyuges o de sus herederos, a fin de cerciorarse de que el nacimiento ha ocurrido pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges. Estas comprobaciones son necesarias a los efectos de demostrar que no entra en juego la presunción de paternidad del marido

de la madre (cfr. artículo 116 CC). El criterio de esa Circular se ha visto confirmado por el artículo 185 del Reglamento del Registro Civil, el cual en su última redacción recoge literalmente la declaración final 3.ª de la repetida Circular. Así, para impedir la inscripción de la filiación matrimonial presumida legalmente (cfr. artículos 69, 113 y 116 CC) no basta con que la esposa se oponga y acredite con un informe médico la no paternidad de su marido, sino que ha de demostrar que el nacimiento ha acaecido pasados trescientos días desde la separación de los cónyuges.

En el presente caso, se pretende por los promotores inscribir, con filiación no matrimonial, el

nacimiento de una niña siendo el estado civil de la madre el de casada. La inscripción de nacimiento se había instado por la madre y por quien manifiesta ser el padre biológico de la nacida que, además, había reconocido a ésta como hija suya ante la Encargada del Registro Civil. Ésta, teniendo en cuenta que la madre declaró en comparecencia ante la Juez Encargada que desde hacía dos meses no convivía con su marido y que desconocía su paradero, dictó providencia de fecha 20 de octubre de 2006 acordando la suspensión de la inscripción a fin de practicar las comprobaciones complementarias previas a la calificación a que se refiere el artículo 28 de la Ley del Registro Civil, y, una vez realizadas tales comprobaciones, por otra providencia posterior, de 26 del mismo mes, estimó acreditada la filiación materna y la situación de casada de la madre y, aunque los interesados habían presentado informe de investigación biológica de paternidad de la que resultaba que no era el marido, sino el co-promotor de este expediente el padre de la nacida, acordó que procedía inscribir a la menor con filiación matrimonial por no estar destruida la presunción del artículo 116 CC. A tal efecto requería previamente a la madre para que facilitase los datos del matrimonio o de identidad de su esposo, previéndole que de no facilitarlos se inscribiría como hija matrimonial. Esta providencia de 26 de octubre de 2006 es la que constituye el objeto del presente recurso.

Por tanto, la cuestión que se discute en las presentes actuaciones es la filiación, matrimonial o no, que debe figurar en la inscripción de la nacida cuando existiendo el matrimonio de la madre se declara que el padre no es el marido sino un tercero que ha reconocido a la hija como tal. La solución que deba adoptarse exige que, previamente, se determine si la presunción de paternidad matrimonial (cfr. artículo 116 CC) queda o no destruida con la aportación de una prueba de investigación

biológica de paternidad de la que resulta que no es el marido el padre del nacido.

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 Civil y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (cfr. artículos 386 LEC). Desde el momento en que se solicita la inscripción de una filiación está cumplido el requisito exigido para admitir como prueba la presunción de paternidad del marido (cfr. artículos 113 CC y 2 LRC).

Puesto que en este caso la madre había declarado que desde hacía sólo dos meses desconocía el paradero de su marido y no se ha demostrado la falta de convivencia durante los trescientos días anteriores a dicho momento, es forzoso presumir la convivencia entre los cónyuges que establece el artículo 69 CC y, por tanto, la filiación matrimonial de la nacida, sin que la declaración de la madre, el reconocimiento efectuado por quien dice ser su padre biológico ni la prueba de investigación de paternidad aportada, sean suficientes para considerar destruida la referida presunción. Esta prueba de paternidad biológica, que sirve de base al Ministerio Fiscal para dar por destruida la presunción de paternidad matrimonial, podría ser suficiente en el ámbito de un procedimiento judicial por las garantías procesales que dicha vía proporciona, entre ellas las relacionadas con el derecho de defensa del marido, pero no en esta del expediente gubernativo. Lógicamente, lo que antecede se entiende sin perjuicio de que los interesados en vía judicial puedan ejercitar las acciones pertinentes para impugnar la filiación matrimonial acordada.

MATRIMONIO

Denegación de la inscripción de un matrimonio coránico celebrado en el extranjero por un español (marroquí de origen) con una marroquí al no poder reconocerse como título inscribible la mera certificación de la autoridad extranjera.

RESOLUCIÓN DE 20 DE MARZO DE 2007

En el presente caso, la interesada, de nacionalidad española adquirida por residencia en 2003, marroquí de origen, solicita la inscripción en el Registro

Civil español de su matrimonio coránico celebrado en Marruecos el 21 de junio de 2005, inscripción que es denegada por el Encargado del Registro

Civil Consular mediante auto de fecha 27 de marzo de 2006. Consta el domicilio en España de la promotora desde 1999.

Hay que comenzar señalando que cualquier español puede contraer matrimonio en el extranjero «con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración» (cfr. artículo 49.II CC), pero aunque la forma sea válida, es necesario, para poder practicar la inscripción, comprobar que han concurrido los requisitos legales de fondo exigidos para la validez del enlace (cfr. artículo 65 CC), bien se haga esta comprobación mediante la calificación de la «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (cfr. artículo 256 núm. 3 RRC) y en las condiciones establecidas por este precepto reglamentario, bien se realice tal comprobación, en ausencia de título documental suficiente, a través del expediente previsto en el artículo 257 del Reglamento del Registro Civil.

En este caso lo que ha sucedido es que el contrayente español ha celebrado matrimonio religioso en el extranjero con contrayente extranjero y, presupuesta para tal caso la exigibilidad por parte de la ley local marroquí de un certificado de capacidad

matrimonial del extranjero, no cabe reconocer como título inscribible la mera certificación de la autoridad extranjera, por lo que, prescindiendo de la posible extralimitación reglamentaria del artículo 256 núm. 3 del Reglamento del Registro Civil respecto del artículo 73, párrafo segundo de la Ley, la aplicación de tal precepto tropieza con la excepción reconocida en el artículo 252 del propio Reglamento que impone, para los casos en él contemplados y en cuyo tipo normativo se subsume el que es objeto del presente recurso, la previa tramitación del expediente registral a fin de obtener certeza sobre la capacidad matrimonial del contrayente español, y ello debe mantenerse tanto si se considera que el citado artículo 252 del Reglamento constituye una norma material de extensión inversa o *ad intra* para los supuestos internacionales en ella previstos, por efecto de la cual se *interiorizan* las normas de los Ordenamientos jurídicos extranjeros que exijan el certificado de capacidad matrimonial, como si se entiende que, partiendo de la condición de español del contrayente, no se han observado las exigencias de la forma prevista para la celebración del matrimonio por la *lex loci*.

MATRIMONIO

Reconociéndose en el derecho español la capacidad natural para contraer matrimonio a partir de los 14 años, no procede denegar la tramitación del expediente por no haberse acreditado la dispensa de uno de los contrayentes que era menor de edad.

RESOLUCIÓN DE 27 DE MARZO DE 2007

Se trata de la autorización que instan un español y una ciudadana marroquí para contraer matrimonio civil en España (cfr. artículo 49.I.º CC). El expediente previo para la celebración del matrimonio ha de instruirse conforme a las reglas generales (cfr. Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 5.ª e Instrucción de 31 de enero de 2006, norma VII), siendo, pues, trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. artículo 246 RRC).

En este caso la interesada, al tiempo de ser cursada la solicitud para la autorización del matrimonio pretendido, era menor de edad, motivo por el cual había aportado la autorización de sus padres para contraerlo y la decretada por el Tribunal de

Primera Instancia de N. La Juez Encargada, sin llegar al trámite de audiencia, que el Ministerio Fiscal había interesado, denegó la autorización por advertir que la promotora era menor de edad y que no acreditaba la dispensa de este impedimento ni alegaba los motivos señalados en el artículo 260 RRC, es decir, hizo una aplicación de la norma española para determinar la capacidad para contraer matrimonio de la promotora.

Dispone el núm. 1 del artículo 9 CC que «la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte». Dada la nacionalidad marroquí de la interesada no es posible a los efectos de determinar su capacidad para contraer matrimonio la aplicación de la ley española, porque en virtud del precepto transcrito dicha capacidad ha de

quedar determinada por lo dispuesto en la ley personal de aquélla, sin perjuicio de intervención del orden público internacional especial en los casos en que proceda (cfr. artículo 12.3 CC), sin que el presente sea uno de ellos, ya que en el

Derecho español a partir de los 14 años se reconoce la capacidad natural para contraer matrimonio (cfr. artículo 48.III CC) y porque está prevista la convalidación *ex lege* del matrimonio del menor (cfr. 75 CC).

MATRIMONIO

La certificación de matrimonio expedida por un registro de la denominada República Árabe Saharaui Democrática no reúne los requisitos del artículo 85 del RRC para que pueda practicarse la inscripción.

RESOLUCIÓN DE 29 DE MARZO DE 2007

En el presente caso, el interesado, de nacionalidad española adquirida en 2004, solicita la inscripción en el Registro Civil español de su matrimonio celebrado en Sahara Occidental, en 1970, inscripción que es denegada por el Registro Civil Central, porque la documentación aportada no reúne los requisitos necesarios para la inscripción.

Los hechos que afectan a españoles, aunque hayan acaecido antes de adquirir la nacionalidad española, son inscribibles en el Registro Civil español competente (cfr. artículos 15 LRC y 66 RCC), siempre, claro, que se cumplan los requisitos en cada caso exigidos. Por esta razón ha de examinarse si ese cumplimiento concurre en el presente caso.

La competencia para decidir la inscripción corresponde al Registro Civil Central por estar el promotor domiciliado en España (cfr. artículo 68.II RRC) y la vía registral para obtener el asiento ha de consistir bien en la certificación del Registro extranjero, expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (cfr. artículos 23 LRC y 85 y 256.3.º RRC), bien en el expediente al que se refiere el artículo 257 del Reglamento «en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos».

En el caso actual la inscripción se pretende sobre una certificación de Registro extranjero. El

artículo 85 RRC dispone al respecto que «para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española».

Las competencias de calificación del Encargado respecto de la certificación extranjera se extienden al examen de la competencia y autoridad que la expide, la cual ha de actuar en el ejercicio de cargo que le habilite para tal expedición con base legal suficiente para ello, base, que en este caso no existe al no estar establecidos los órganos del Registro Civil en virtud de disposiciones normativas integrantes de un ordenamiento jurídico estatal internacionalmente reconocido. Por tanto, la certificación aportada, expedida por un Registro de la denominada República Árabe Saharaui Democrática, no reúne los requisitos que señala el artículo reglamentario transcrito para que pueda practicarse la inscripción. Pero, aun cuando se admitiese, que no es el caso, la certificación aportada no incluye hechos o datos exigidos para la inscripción, de los que ésta hace fe; no determina el lugar de celebración, que se señala con referencia a un territorio –Sahara Occidental–, ni la hora ni tampoco quien lo autoriza.

MATRIMONIO

No inscripción del matrimonio celebrado por un español en Venezuela al no haber obtenido el *exequátur* la sentencia de divorcio del primer matrimonio dictada por los tribunales de Venezuela.

RESOLUCIÓN DE 23 DE MAYO DE 2007

El matrimonio celebrado por españoles en el extranjero según la *lex loci* es inscribible siempre

que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española. Esta lega-

lidad, que constituye principio básico del Registro Civil, no concurre en el presente caso, puesto que el interesado, de nacionalidad española, contrajo matrimonio civil en Venezuela el 24 de octubre de 1969, fecha en la que se encontraba ligado por matrimonio canónico previo celebrado en España el 25 de octubre de 1956, cuya disolución tuvo lugar mediante sentencia de divorcio dictada por la Audiencia Territorial de La Coruña de 4 de abril de 1987, dictada en apelación. Es decir, que cuando se contrajo el matrimonio cuya inscripción se pretende, no estaba disuelto el anterior, existiendo, por tanto, impedimento de ligamen que no hacía posible su celebración (cfr. artículo 46.2.º CC) y que, consecuentemente, provocaba la nulidad del matrimonio celebrado, por lo que éste no puede ser inscrito.

Alega el recurrente que su primer matrimonio había sido disuelto mediante sentencia dictada por un Tribunal venezolano, en concreto la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal Fdo. M., de fecha 12 de noviembre de 1968, según así

resulta de la propia certificación de matrimonio que se pretende inscribir y, por tanto, con carácter previo a la celebración de segundo enlace matrimonial. Pero con ser este alegato cierto en su base fáctica, no lo es en su consecuencia jurídica. En efecto, aunque aquel primer matrimonio español fue disuelto por una sentencia venezolana de divorcio de noviembre de 1968, lo cierto es que no se ha obtenido el necesario *exequatur* de esta sentencia ante el Tribunal Supremo español o ante el Juez de Primera Instancia (cfr. artículos 107, II, CC y 955 de la LRC de 1881, en su redacción dada por Ley 62/2003, de 30 de diciembre, y 83 y 265, II, RRC), imprescindible para que ese divorcio extranjero surta efectos en el Ordenamiento español. La necesidad del *exequatur* se mantiene por el momento (cfr. disposición derogatoria única, apartado 1, excepción 3.ª, de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil) y la inscripción del nuevo matrimonio no es posible por subsistir formalmente el impedimento de ligamen (cfr. artículo 46.2.ª CC).

MATRIMONIO

Inscripción del matrimonio celebrado por dos extranjeros en el Consulado de Marruecos en Madrid debiendo entenderse que han sido cumplidas las formalidades religiosas prescritas por la legislación marroquí, que corresponde aplicar conforme al estatuto personal de los contrayentes.

RESOLUCIÓN DE 31 DE MAYO DE 2007

Conforme establece hoy claramente el artículo 49 del Código Civil, un español ha de contraer matrimonio en España, bien ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por el mismo Código, bien en la forma religiosa legalmente prevista. El matrimonio consular que no es una forma válida si uno de los contrayentes es español, de suerte que en tal caso el matrimonio sería nulo por aplicación del artículo 73.3.º del Código Civil, puede por el contrario ser contraído válidamente por dos extranjeros en España, si así lo permite la ley personal de cualquiera de ellos (cfr. al artículo 50 del Código Civil).

En efecto, el artículo 50 del Código Civil, respecto de los matrimonios celebrados en España entre contrayentes extranjeros, establece una norma de conflicto con puntos de conexión alternativos, favoreciendo la validez formal del matrimonio, en cuya virtud del matrimonio será válido si se ha contraído «con arreglo a la forma prescrita para los

españoles o cumpliendo la establecida por la Ley personal de cualquiera de ellos».

En el presente caso el Encargado del Registro Civil ha denegado la inscripción del matrimonio celebrado el 7 de enero de 1994 en el Consulado de Marruecos en M. entre un marroquí y una ciudadana de la misma nacionalidad, a la fecha de celebración del matrimonio, que adquirió posteriormente la nacionalidad española en 2003. La calificación del Encargado, que sin duda alcanza a la comprobación de la existencia del requisito legal sobre la forma válida de celebración del enlace (cfr. artículos 65 CC y 256 RRC), se ha basado en el hecho de que habiéndose celebrado el matrimonio conforme al rito islámico, no ha intervenido en su celebración ningún dirigente religioso islámico perteneciente a una comunidad islámica inscrita que forme parte de la Comisión Islámica de España o de alguna de las Federaciones Islámicas inscritas integradas en

esta Comisión, entendiendo que queda sujeto a este requisito el reconocimiento de efectos civiles del matrimonio islámico celebrado en España, conforme a lo previsto por los artículos 1 núms. 3 y 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, sobre matrimonio religioso según el rito islámico, recordando, además, que no puede oponerse a la conclusión anterior el hecho de haberse celebrado el matrimonio en el Consulado de Marruecos en M. bajo el argumento de que las Embajadas y Consulados extranjeros en España gozan del privilegio de extraterritorialidad, ya que tales Embajadas y Consulados forman parte integrante del territorio español, una vez que esa antigua ficción de la extraterritorialidad ha sido sustituida en el Derecho Internacional Público por los conceptos de inviolabilidad e inmunidad.

Sin embargo, un atento análisis de la situación arroja la conclusión de que la calificación anterior no puede ser mantenida. En efecto, si bien no hay duda de que la nueva regulación introducida por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, es aplicable a los matrimonios en forma religiosa islámica celebrados en España cuando uno o ambos contrayentes tienen la nacionalidad española, por el contrario se ha discutido qué es lo que ha de ocurrir si ambos contrayentes son extranjeros, pues podría pensarse que el artículo 50 del Código Civil, en cuanto autoriza a los extranjeros a acogerse a las formas matrimoniales previstas por la ley personal de cualquiera de ellos, no ha quedado afectado por la citada Ley 26/1992. Ésta es precisamente la interpretación que se desprende de la Instrucción de esta Dirección General de 10 de febrero de 1993. En consecuencia, si se tiene en cuenta que aquel artículo concede una opción a los extranjeros para celebrar el matrimonio en España «con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos», ha de estimarse que esta opción subsiste y que incluso se ha ampliado porque la forma prescrita para los españoles comprende hoy no sólo la forma civil o la religiosa canónica, sino las formas religiosas previstas por los Acuerdos con las confesiones religiosas (lo afirmado vale también para los casos de los matrimonios religiosos según el rito evangélico y según la normativa israelita: *vid.* Leyes 24/1992 y 25/1992, de 10 de noviembre).

Consiguientemente los contrayentes extranjeros tienen dos opciones, bien, como hasta ahora, celebrar su matrimonio en España en la forma religiosa admitida por la ley personal de alguno de ellos (caso en el que la inscripción en el Registro Civil requerirá la comprobación de los requisitos sustantivos exigidos por el artículo 65 del Código, a través de los medios que señalan los artículos 256 y 257 del Reglamento del Registro Civil) o bien, aunque esa forma religiosa no esté permitida por la ley personal

de ninguno de los contrayentes, podrán acogerse al sistema, permitido para los españoles, de los artículos séptimos de los repetidos Acuerdos. En el caso de la primera opción, la situación es la misma que la que existía antes de la entrada en vigor de la Ley 26/1992, período en el que los matrimonios religiosos por rito islámico ya constituían formas válidas de celebración para la legislación anterior y así ocurría si se habían celebrado en el extranjero de acuerdo con la *lex loci* (cfr. artículos 49 *fine* CC y 256.3.º RRC, así como la Resolución de 25 de noviembre de 1978) o si se habían celebrado en España, siendo ambos contrayentes extranjeros, y si esa forma era una de las admitidas por la ley personal de cualquiera de ellos (cfr. artículos 50 CC y 256.4.º RRC y las Resoluciones de 18 de septiembre de 1981 y de 6 de mayo de 1982), pero no alcanzaron a tener efectos civiles, ni lo han conseguido ahora por las nuevas leyes, tales matrimonios celebrados en territorio español, siendo nacional español uno o ambos contrayentes. Así se deducía del artículo 59 del Código Civil y ha tenido ocasión de precisarlo doctrina reiterada de este Centro directivo (cfr. Resoluciones de 17 de junio, 20 de agosto y 27 de septiembre de 1991 y 24 de junio y 24 de septiembre de 1992). Pero es que en el presente caso sucede que ambos contrayentes son extranjeros en el momento de la celebración del matrimonio. Por tanto, aceptando la falta de cumplimiento de la forma prescrita por el artículo 7 de la Ley 26/1992 del matrimonio sobre el que ahora se debate, su denegación no puede sostenerse si concurrentemente no se alcanza la conclusión de que tal matrimonio tampoco ha llenado los requisitos formales previstos por la ley personal de ninguno de los contrayentes, centrándose aquí las dudas en las exigencias de la legislación marroquí.

Centrado así el debate, el problema radica en dilucidar si el matrimonio contraído lo ha sido conforme a la forma religiosa prescrita por la legislación marroquí, que corresponde aplicar conforme al estatuto personal del contrayente. Pues bien, en el presente caso del acta matrimonial acompañada se desprende que dos *adultes*, en calidad de testigos legalmente habilitados, acreditan la emisión del consentimiento de los contrayentes, la intervención preceptiva del *wali* o tutor matrimonial de la esposa y el pago de la dote matrimonial. Consta, además, la inscripción del acta matrimonial en el Registro local correspondiente (Registro de Matrimonios del Consulado), prueba en este caso de que el matrimonio se celebró en una forma autorizada por la ley personal del contrayente marroquí, conclusión que coincide con la que se desprende del conocimiento oficial de tal legislación adquirido por este Centro Directivo, y de que, en consecuencia, el matrimonio ha producido efectos desde su fecha

(*vid.* Resolución de 16.3.^a de junio de 1997). Hay que recordar que el Código de Familia marroquí (*Mudawana*) no impone la intervención preceptiva *ad solemnitatem* del cadí o ministro de culto, y que la presencia del fedatario público (*adul*) encargado

de extender el acta o documento oficial para la posterior anotación del matrimonio en el Registro público competente, como forma *ad validitatem*, ha quedado acreditada, según se ha visto, en el presente caso.

NOMBRE Y APELLIDOS

Nulidad del auto dictado por el Encargado del Registro Civil modificando los apellidos al carecer de competencia para ello y denegación del cambio solicitado ya que aun cuando el apellido pertenezca legítimamente al interesado y los apellidos resultantes del pretendido cambio provengan de las dos líneas, paterna y materna, no se considera acreditado el requisito de la habitualidad de uso siendo indiferente que dos hermanas hayan obtenido previamente dicho cambio.

RESOLUCIÓN DE 19 DE ABRIL DE 2007

Se pretende por el promotor el cambio de su primer apellido «P.» por el «P.-Q.». El Juez Encargado dictó auto denegando el cambio propuesto, auto, que constituye el objeto del presente recurso.

En materia de apellidos, como regla general, rige en el Derecho español el principio de la inmutabilidad de los mismos. Los apellidos atribuidos inicialmente a las personas no pueden ser modificados salvo en los casos taxativamente determinados en la ley. En este sentido es doctrina reiterada del Consejo de Estado (*vid.* Dictamen núm. 144/2006) que aunque la determinación y modificación del nombre y los apellidos sean cuestiones que afectan a la esfera privada de las personas, el interés público en la estabilidad del nombre y los apellidos y en la determinación de los mismos hace que la ley prevea y permita su modificación sólo en determinados supuestos, y fuera de aquellos casos sólo permita el cambio de apellidos cuando se den circunstancias excepcionales. Con ello se trata de evitar que la modificación de los apellidos quede al arbitrio de los particulares, lo que haría quebrar no sólo el interés público en la estabilidad del nombre, sino que se podría afectar a su misma utilidad, al perjudicar la función identificadora e individualizadora de las personas. Estos supuestos tasados de excepción en que se admite el cambio de los apellidos han sido clasificados en los siguientes grupos: 1.º modificaciones derivativas, que se producen de forma automática como consecuencia del cambio de los apellidos de los progenitores; 2.º modificaciones resultantes de un cambio del estado de filiación de la persona; 3.º modificaciones que se producen por efecto de una simple declaración de

voluntad de los interesados formalmente emitida; 4.º y, finalmente, los cambios de apellidos que se producen en virtud de una autorización gubernativa. Pues bien, en cuanto a los cambios de apellidos producidos voluntad de los interesados es necesario que concurren los requisitos establecidos por la Ley del Registro Civil y su Reglamento (cfr. artículos 57 LRC y 205 RRC).

El Encargado del Registro Civil del domicilio tiene facultades para decidir en primera instancia un expediente de cambio de apellidos en los supuestos taxativos que señalan los artículos 59 de la Ley del Registro Civil y 209 de su Reglamento. Como en este caso no se trata de ninguno de dichos supuestos, la resolución de la solicitud para cambiar los apellidos del interesado era de la competencia del Ministerio de Justicia y hoy, por delegación, a la Dirección General de los Registros y del Notariado (Orden JUS/345/2005, de 7 de febrero), a la que, una vez instruido, tendría que haberse elevado el expediente para su resolución (cfr. artículos 57 LRC y 365 RRC).

Consiguientemente ha de declararse la nulidad de actuaciones, por incompetencia, del auto dictado por el Juez Encargado del Registro Civil (cfr. artículos 48 y 62 LEC y 238 y 240 LOPJ, en relación con la remisión contenida en el artículo 16 RRC) en lo que se refiere a la autorización de cambio de apellidos mencionada y examinar la cuestión sobre si dicha autorización puede ser concedida por este Centro Directivo, ya que se ha seguido la necesaria fase de instrucción del expediente ante el Registro Civil del domicilio (cfr. artículo 365 RRC) y razones de economía procesal aconsejan

ese examen, ya que sería superfluo y desproporcionado con la causa (cfr. artículo 354 RRC) exigir la reiteración formal de otro expediente dirigido al mismo fin práctico.

La respuesta debe ser negativa porque, aun cuando el apellido pertenezca legítimamente al interesado y los apellidos resultantes del pretendido cambio provengan de las dos líneas, paterna y materna, no se considera acreditado el requisito de la habitualidad de uso, que se ha pretendido pro-

bar con unas facturas, en su mayoría, carentes de autenticidad ni tampoco cabe descartar que se trate de pruebas preconstituidas para obtener el cambio solicitado. Con el recurso se aportan recortes de prensa relativos al padre del interesado y alega que dos hermanas han obtenido el cambio que él ahora pretende, pero estos hechos nada dicen sobre que él use habitualmente y sea conocido con el apellido compuesto que propone.

NOMBRE Y APELLIDOS

No puede accederse a la pretensión del recurrente que ha adquirido la nacionalidad española, ya que la misma consiste en conservar sus anteriores apellidos siendo así que ambos proceden de la línea paterna, en clara contradicción con los que para los españoles resulta de nuestra legislación de apellidos que está basada en la idea de duplicidad de apellidos y de duplicidad de líneas, con arreglo al denominado principio de infungibilidad de las líneas paterna y materna.

RESOLUCIÓN DE 23 DE MAYO DE 2007

Para el extranjero con filiación determinada que adquiere la nacionalidad española han de consignarse en su inscripción de nacimiento en el Registro Civil español los apellidos fijados por tal filiación, según las leyes españolas, que se superponen a los meramente usados de hecho (cfr. artículo 213, regla 1.ª, RRC). En el presente caso, de acuerdo con las certificaciones angoleñas aportadas a este expediente, el primer apellido del inscrito ha de ser el primero del padre y el segundo el primero de los de la madre, esto es, «N.» y «F.», respectivamente, tal y como se ha hecho constar en la inscripción de nacimiento practicada en el Registro Civil Central.

Es cierto, sin embargo, que la solución legal, basada en el criterio de la aplicación de la ley española como rectora del nuevo estatuto personal del nacionalizado (cfr. artículo 9 núm. 1 CC y artículo 1 del Convenio de Munich núm. 19 de la Comisión Internacional del Estado Civil hecho el 5 de septiembre de 1980), no deja de plantear problemas en estas situaciones por el denominado «conflicto móvil» entre la anterior legislación personal y la nueva, ya que plantea el inconveniente de que la misma persona se ve identificada sucesivamente con dos apellidos distintos. Para resolver este conflicto se han planteado dos posibles soluciones. La primera, basada en la denominada «tesis de la irretroactividad», está basada en la idea de que el apellido permanece tal y como se fijó con arreglo a la Ley nacional anterior y no debe ser cambiado aunque el

sujeto adquiriera una nueva nacionalidad, tesis que presenta la ventaja de la continuidad de la denominación del sujeto. La segunda solución, o «tesis de la retroactividad», parte del postulado contrario, esto es, de la idea de que el sujeto que cambia de nacionalidad debe cambiar de apellido para adecuarlo a su nueva Ley nacional. Ésta es la tesis que sigue esta Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, en las Resoluciones citadas en los vistos. Presenta el problema de que se trata de un cambio forzoso de nombre y apellidos.

Pues bien, para evitar ese inconveniente, la nueva Ley nacional puede establecer mecanismos para conservar los apellidos ostentados con arreglo a la Ley nacional anterior, con el fin de evitar los efectos perjudiciales de un cambio forzoso de apellidos. Precisamente esto es lo que hace en nuestro Derecho el artículo 199 del Reglamento del Registro Civil, habilitando un plazo de caducidad de dos meses siguientes a la adquisición de la nacionalidad española para manifestar la voluntad de conservar los apellidos. Como ha puesto de manifiesto nuestra doctrina científica, se trata de un caso de ultra-aplicación de la ley nacional anterior que prolonga su aplicación en el tiempo respecto de un sujeto que pierde la nacionalidad anterior al adquirir la española.

En efecto, dispone el artículo 199 del Reglamento del Registro Civil que «El que adquiere la nacionalidad española conservará los apellidos en forma

distinta de la legal, siempre que así lo declare en el acto de adquirirla, o dentro de los dos meses siguientes a la adquisición o a la mayoría de edad». Dos son los requisitos que se deben examinar para apreciar la procedencia de la aplicación de la opción de conservación que prevé esta disposición: la tempestividad del ejercicio de la misma, esto es, el cumplimiento del plazo fijado, y la no contradicción con el orden público del resultado de dicha declaración de conservación.

Por lo que se refiere al primer aspecto citado, cabe destacar que en el presente caso la concesión de la nacionalidad española por residencia a favor del interesado tuvo lugar mediante Resolución de esta Dirección General, por delegación del Sr. Ministro (Orden ministerial de 26 de junio de 2003) y la declaración expresa del interesado relativa a la conservación de sus apellidos anteriores tuvo lugar mediante escrito fechado el 13 de octubre de 2004. De ello podría desprenderse una primera apariencia contraria al cumplimiento del plazo de caducidad de dos meses fijado por el artículo 199 del Reglamento del Registro Civil. Sin embargo, esta primera apariencia decae ante un estudio más atento de la cuestión.

En efecto, la cuestión suscitada se enmarca en el tema general de la determinación del momento temporal en que se perfecciona el proceso de la adquisición de la nacionalidad española y de la posible retroactividad de los efectos de esta última, ya que la norma reglamentaria interpretada fija un plazo señalando como *die a quo* aquél en que tenga lugar la adquisición de la nacionalidad española.

Pues bien, no hay duda, y así resulta de la posición unánime de la doctrina en este punto, de que la inscripción en el Registro Civil es un requisito inexcusable para la adquisición sobrevenida o derivativa de la nacionalidad española (supuestos de residencia, carta de naturaleza, opción y recuperación), conforme resulta especialmente de lo dispuesto en el artículo 330 del Código Civil, que configura claramente tal inscripción como constitutiva del fenómeno adquisitivo, al disponer que «No tendrán efecto alguno legal las naturalizaciones mientras no aparezcan inscritas en el Registro, cualquiera que sea la prueba con que se acrediten y la fecha en que en que hubiesen sido concedidas». Este precepto supone elevar la inscripción registral a la categoría de requisito *sine qua non* de la nueva situación jurídica derivada del cambio de estado civil que produce la adquisición de la nacionalidad española. Esta misma conclusión se alcanza, ratificando la argumentación anterior, a partir de la previsión contenida en el artículo 23 del Código Civil, que subordina «la validez de la adquisición de la nacionalidad española» por opción, carta de naturaleza y residencia, entre otros, al requisito de

su inscripción en el Registro Civil español. En consecuencia, mientras esta inscripción no se practique los interesados no han llegado a adquirir válida y eficazmente la nacionalidad española.

Cuestión distinta a la anterior es la relativa a la posibilidad de entender que la eficacia de la inscripción, una vez extendida, se retrotraiga a la fecha del acta de declaración de la voluntad de optar o recuperar o a la de formalización del juramento o promesa, por ser éste el momento en el que el adquirente ha agotado la actividad fundamental a él exigida, como ha sostenido parte de nuestra doctrina científica, criterio incontrovertido para los supuestos de opción y recuperación, y que este Centro Directivo ha extendido también respecto de los supuestos de adquisición de la nacionalidad española por residencia, vía adquisitiva utilizada por el ahora recurrente, en base a una aplicación analógica del artículo 64 de la Ley del Registro Civil, conforme al cual «Se considerará fecha de la inscripción, a partir de la cual surten sus efectos tales declaraciones, la del acta que constará en dicho asiento» (*vid.* Resolución de 19.1.ª de enero de 2007), dando lugar a la retroacción de efectos a la fecha en que el interesado ha prestado la promesa o juramento a que se refiere el artículo 23 del Código Civil, momento en el cual ha agotado la actividad a él exigida legalmente para acceder a la nacionalidad española.

Sin embargo, dicha retroacción de efectos ha de entender sin perjuicio del obligado respeto a los límites que en materia de retroactividad de los actos administrativos impone hoy nuestro Ordenamiento legal y constitucional. En este sentido ha de recordarse que, conforme al artículo 57 núm. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, sólo «excepcionalmente» se admite que pueda otorgarse eficacia retroactiva a los actos administrativos que, como regla general, «producirán efecto desde la fecha en que se dicten», esto es, de forma no retroactiva, precepto que si bien no es aplicable directamente en el ámbito del Registro Civil (*vid.* artículo 16 RRC), sí debe valorarse en la consideración de la cuestión debatida como elemento interpretativo (artículo 3 núm. 1 CC) en el contexto de los principios de seguridad jurídica y de proscripción de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales que garantiza la Constitución en su artículo 9. No obstante, es igualmente cierto que aquella excepcionalidad de la eficacia retroactiva tiene entre sus supuestos habilitantes el de los actos *in bonus*, esto es, cuando se pueda entender que producen efectos favorables para los interesados. En consecuencia, la retroactividad de la eficacia de la inscripción que proclama el párrafo tercero del artículo 64 de la Ley del Registro Civil está sujeta a la condición de

actuar *in bonus*, de forma que queda excluida en los casos en que pueda entenderse que opera *in peius*, esto es, con efectos perjudiciales o limitativos de los derechos del interesado o de terceros, como sucedía en el caso resuelto por la Resolución de este Centro Directivo de 14.2.ª de junio de 2005, que en base a la existencia de efectos perjudiciales para el interesado negó el reconocimiento de la eficacia retroactiva de la inscripción, en cuyo sentido ha de ser interpretada. Exactamente por el mismo fundamento se debe rechazar la retroactividad en el caso ahora planteado, de forma que a los efectos del cómputo del plazo fijado por el artículo 199 del Reglamento del Registro Civil para declarar la conservación de los apellidos que correspondían al interesado conforme a su anterior estatuto personal debe entenderse como fecha de adquisición de la nacionalidad española la de su inscripción en el Registro Civil, en este caso el 17 de septiembre de 2004, por lo que la declaración formulada el 13 de octubre del mismo año entra dentro del plazo de dos meses señalado por aquel precepto reglamentario.

Desbrozado el camino de este primer obstáculo, procede ahora que analicemos la concurrencia o no del que puede resultar de la contrariedad de los apellidos determinados por el estatuto personal anterior del recurrente con nuestro orden público internacional. Pues bien, procede en esta sede recordar nuestra doctrina relativa al carácter de orden público del doble apellido, paterno y materno, de los españoles. Así hemos dicho en otras ocasiones (*vid.* Resoluciones de 7 de octubre de 1991, 29.I.ª de noviembre de 1995 y 4 de mayo de

2002) que hay que estimar que el principio de que todo español ha de ser designado legalmente por dos apellidos es un principio de orden público que afecta directamente a la organización social y que no es susceptible de variación alguna —a salvo de lo que para los binacionales españoles—comunitarios resulta del Derecho comunitario—, so pena de consagrar un privilegio para determinada categoría de españoles que atentaría, al carecer de justificación objetiva suficiente, al principio constitucional de igualdad de todos los españoles ante la Ley.

El artículo 199 del Reglamento del Registro Civil, aunque obedezca a la finalidad de evitar a quienes adquieren la nacionalidad española eventuales perjuicios en su identificación al quedar sujetos al régimen español sobre apellidos, no puede interpretarse en el sentido de permitir la conservación de un solo apellido. Pues bien, exactamente por esta misma razón no puede accederse a la pretensión del recurrente, ya que la misma consiste en conservar sus anteriores apellidos siendo así que ambos proceden de la línea paterna, en clara contradicción con los que para los españoles resulta de nuestra legislación de apellidos que está basada en la idea de duplicidad de apellidos y de duplicidad de líneas, con arreglo al denominado principio de infungibilidad de las líneas paterna y materna, en caso de determinación bilateral de la filiación por ambas líneas, principio que no se excepciona ni siquiera en el ámbito de los expedientes registrales de cambio de apellidos de la competencia de este Ministerio de Justicia (*vid.* artículo 59 núm. 3 LRC).

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Quando se trata de adquisiciones de bienes por cónyuges extranjeros no es exigible la determinación del régimen económico-matrimonial.

RESOLUCIÓN DE 7 DE MARZO DE 2007

Se debate en el presente recurso si debe o no inscribirse una escritura en la que un matrimonio de nacionalidad polaca, adquiere para su sociedad conyugal. El Registrador suspende la inscripción por estimar que no se precisa el régimen matrimonial de los adquirentes.

El recurso ha de ser estimado. Cuando se trata de adquisiciones realizadas por cónyuges extranjeros, la doctrina de este Centro Directivo, elaborada, entre otras, por las Resoluciones cita-

das en los «Vistos», consiste en que no es exigible la determinación del régimen matrimonial, pues resulta más eficaz diferir tal determinación para el momento de la enajenación. Por ello, el artículo 92 del Reglamento Hipotecario establece que, en este caso, la inscripción se hará a favor de los adquirentes «con sujeción a su régimen matrimonial». El mismo artículo permite que se haga la inscripción, pues sólo exige que se exprese el régimen en el Registro si el mismo constare.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Denegación de la anotación preventiva de embargo al constar inscrita la finca a favor de unos cónyuges de nacionalidad suiza y para su régimen económico, al haberse dirigido la demanda exclusivamente contra el esposo.

RESOLUCIÓN DE 15 DE MARZO DE 2007

Una finca aparece inscrita a favor de unos cónyuges de nacionalidad suiza «quienes la adquieren para su sociedad conyugal». No se especifican en la inscripción cuotas en proindiviso.

Se presenta en el Registro mandamiento expedido por el Recaudador Municipal ordenando el embargo de la finca anteriormente expresada. El Registrador deniega la anotación por entender que debe entablarse el procedimiento no sólo contra el marido, sino también contra la esposa, no siendo suficiente la mera notificación, único trámite realizado con la misma.

El Ayuntamiento recurre alegando que hay que entender que la finca está inscrita proindiviso por

partes iguales entre los cónyuges, por lo que debe anotarse el embargo.

Para el embargo de los bienes habrán de aplicarse las normas de la legislación que rija el régimen económico del matrimonio (cfr. artículo 9.2 y 3 del Código Civil). En el caso de que no se acrediten las normas aplicables, como ocurre en el caso presente, puede solucionarse el problema dirigiendo la demanda contra ambos cónyuges, único supuesto en el que, si la anotación concluyera con la venta forzosa de la finca, el funcionario correspondiente podría actuar en representación de ambos titulares en caso de rebeldía. En este supuesto, además, la entidad embargante se verá beneficiada, pues se podrá extender el embargo a la totalidad de la finca.

REGÍMENES ECONÓMICOS-MATRIMONIALES

Aunque no hay justificación ni confesión del carácter privativo, dado que el cónyuge de la adjudicataria comparece en la escritura en su propio nombre y derecho y la otorga y consiente íntegramente, procede inscribir las fincas con carácter privativo. Si bien no consta una manifestación expresa y perfecta de reconocimiento o confesión de privacdad, puede perfectamente deducirse su existencia.

RESOLUCIÓN DE 12 DE MAYO DE 2007

Previamente al análisis del fondo del recurso, conviene recordar una vez más dos cuestiones procedimentales, a saber:

a) El informe emitido por la Registradora, aunque mucho más ajustado a la doctrina de esta Dirección que el que emitió en el caso que dio lugar a la Resolución de 27 de septiembre de 2005, todavía se denomina «en defensa de la nota», e insiste, aunque de forma mucho más moderada que en aquella ocasión, en extender los argumentos que, por lo demás, habían quedado suficientemente expuestos en la nota recurrida. Debe reiterarse lo señalado en tal Resolución y en otras muchas a propósito del contenido de dicho informe, y su carácter puramente procedimental.

b) Del informe de la Registradora resulta que la notificación de la calificación negativa al presentante y al Notario autorizante se realizó mediante

telefax. Este Centro Directivo ha tenido ocasión de manifestar en reiteradas ocasiones la improcedencia del fax como medio de notificación de la calificación (así, Resoluciones de 11 de junio de 2004, 1 de febrero y 12 de septiembre de 2005 y 19 de abril de 2006), pues tal notificación queda sujeta *ex* artículo 322, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria a lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y, obvio es decirlo, en ninguno de esos preceptos se admite el fax como medio de notificación por una simple razón: el fax no permite tener constancia de la adecuada recepción por el destinatario de la calificación efectuada. Vicio que ha quedado parcialmente sanado, en cuanto al Notario autorizante, por su conducta posterior, dándose por notificado.

En cuanto al objeto del recurso, se presenta a inscripción una escritura de disolución y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada, en la que se adjudican a una socia diversos bienes en pago de su haber, y otros, entre ellos la finca registral 33867/52 del Registro de la Propiedad número cuatro de Madrid, cuya Registradora opone como defecto que debe aclararse si esta adjudicación en pago de deuda tiene carácter ganancial o privativo. Al respecto, debe señalarse:

a) En el régimen matrimonial de sociedad de gananciales, la doctrina dominante ha ido decantando la distinción entre los conceptos de titularidad y ganancialidad, de modo que una cosa es determinar cuál de los cónyuges es el titular de una determinada finca, a cuyo nombre debe inscribirse ésta, mientras que el carácter ganancial o privativo se desenvuelve en un plano distinto a la titularidad, sin perjuicio de que pueda afectar a las facultades dispositivas del cónyuge titular (cfr. artículos 93 y siguientes del Reglamento Hipotecario).

Si en el título presentado consta la voluntad de los otorgantes de que la inscripción se produzca con un determinado carácter, y a juicio del Registrador no se cumplen los requisitos para practicar la inscripción con dicho carácter solicitado, no parece que haya motivo para detener la inscripción, y resulta preferible que el Registrador inscriba, en su caso como presuntivamente ganancial, emitiendo nota de suspensión de la constancia del carácter solicitado, lo que permitirá al interesado recurrir, si lo considera oportuno, o acreditarlo más adelante, haciéndose constar por nota marginal, conforme al artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario, y sin que sea aplicable el último párrafo del artículo 327 de la Ley Hipotecaria.

Concluyendo, si no consideraba suficientemente acreditado ni confesado el carácter privativo de

la adjudicación, nada impedía a la Registradora haber practicado la inscripción con carácter presuntivamente ganancial, sin necesidad de recabar para ello un nuevo consentimiento.

b) Por último, queda dilucidar la naturaleza con que debió practicarse la inscripción. A la vista de la escritura presentada, hay que convenir con la Registradora en que adolece de la claridad deseable en un documento notarial. En efecto, se solicita la inscripción privativa de los tres inmuebles adjudicados y se alega como causa el carácter privativo de las participaciones sociales a cargo de las cuales opera la adjudicación, lo que justificaría, en caso de quedar fehacientemente acreditado, la inscripción privativa de tales bienes. Pero se omite toda justificación sobre la privatividad de la adjudicación en pago de deuda de finca que da lugar al presente recurso.

Ante tal silencio, la Registradora entiende que no hay justificación ni confesión del carácter privativo. No obstante, debe recordarse que el cónyuge de la adjudicataria comparece en la escritura en su propio nombre y derecho y la otorga y consiente íntegramente. Ciertamente no consta una manifestación expresa y perfecta de reconocimiento o confesión de privatividad, pero puede perfectamente deducirse su existencia, sin que sea necesaria una ritual repetición de ciertas palabras o fórmulas que, si bien facilitan la labor de los operadores jurídicos, no son en sí mismas imprescindibles. Véanse al respecto las Resoluciones de 25 de abril y 18 de octubre de 2005.

Debe concluirse, pues, que procedía la inscripción de la finca 33867/52 como privativa por confesión.

SUCESIONES

Denegación de la inscripción de una sentencia dictada contra los desconocidos herederos de una persona fallecida al no haberse garantizado una adecuada defensa de los intereses de la herencia aún no aceptada, ni por tanto, los del definitivo heredero que será, en última instancia, el Estado o la entidad pública correspondiente.

RESOLUCIÓN DE 21 DE FEBRERO DE 2007

La presente resolución tiene por objeto resolver el recurso interpuesto por doña María del Pilar, en nombre y representación de doña Candelaria A.M., contra la negativa del Registrador de la Propiedad del número uno de Santa Cruz de Tenerife a ins-

cribir una sentencia en procedimiento seguido contra desconocidos herederos de don Santiago y fundación «Francisca».

Son cuatro los defectos alegados por el Sr. Registrador: 1. Al seguirse un procedimiento contra

herederos desconocidos es preciso que el Juez provea lo procedente sobre la seguridad y administración de la herencia; 2. Al encontrarse en situación procesal de rebeldía, es preciso que se acredite que se han guardado los plazos señalados en el artículo 502.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que se haya ejercitado acción de rescisión alguna, 3. No cumplirse los requisitos exigidos por el artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario, en cuanto a la parte adquirente; 4. Por no constar el estado de cargas y situación arrendaticia de la finca.

Respecto del primer defecto, se plantea, una vez más, en el presente recurso la delicada cuestión de precisar el alcance de la calificación registral frente a actuaciones judiciales. Según doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en el «vistos»), el respeto a la función jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos, por tanto, también los Registradores de la Propiedad, el deber de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, sin que competa, por consiguiente, al Registrador de la Propiedad calificar los fundamentos ni siquiera los trámites del procedimiento que las motivan.

No obstante, como también ha sostenido este Centro Directivo en reiteradas ocasiones, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento, garantizando así el tracto sucesivo entre los asientos del Registro, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, impediría dar cabida en el Registro a una extralimitación del Juez que entrañara una indefensión procesal patente, razón por la cual, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario (en consonancia con el artículo 18 de la propia Ley) extiende la calificación registral frente a actuaciones judiciales a la competencia del Juez o Tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento seguido y los obstáculos que surjan del Registro, así como a las formalidades extrínsecas del documento presentado, todo ello limitado a los exclusivos efectos de la inscripción.

Ese principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o, si no, haya tenido, al menos, legalmente la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que, aunque no sea incumbencia del Registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva procesal apreciadas por el Juzgador ni tampoco

la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial (a diferencia del control que sí le compete, en cambio, sobre los trámites e incidencias esenciales de un procedimiento o expediente administrativo, si se compara el tenor del artículo 99 frente al artículo 100 del Reglamento Hipotecario), su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento, independientemente del modo en que se haya cumplimentado ese emplazamiento, cuya falta sí debe denunciar el Registrador pero cuyo modo sólo compete apreciar al Juez.

La cuestión a dilucidar, por consiguiente, es si la demanda interpuesta contra la herencia yacente y los herederos desconocidos e inciertos, equivale al emplazamiento de la masa hereditaria aún no aceptada del titular registral fallecido. No cabe entender, sin embargo, en este caso que la herencia, siendo ignorados los llamados a aceptarla, como masa patrimonial carente transitoriamente de titular, haya sido parte en el proceso, al haberse omitido el procedimiento legalmente establecido al efecto, que prevé la adopción por el Juez de las disposiciones procedentes sobre la seguridad y administración de la herencia, en espera de un heredero definitivo, designando un administrador que la represente (artículos 6.4, 7.5, 540, 790.1, 791.2.º, 797 y 798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con quien sustanciar entretanto el procedimiento, sin que la falta de ese cargo que asuma la defensa jurídica de la herencia pueda entenderse suplida simplemente mediante la demanda y citación genéricas de los causahabientes desconocidos del causante, con independencia del modo o garantías de las citaciones practicadas en los autos, pues no se trata aquí de una eventual tramitación defectuosa (que no compete al Registrador calificar), sino de una inadecuación, en este caso, entre la resolución recaída y el procedimiento legalmente previsto, incongruencia entre resolución y procedimiento que sí es materia a la que alcanza la potestad de calificación registral, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Como dijera esta Dirección General (cfr. Resolución de 24 de febrero de 2006), la demanda dirigida contra los herederos desconocidos de una persona fallecida no garantiza una adecuada defensa de los intereses de la herencia aún no aceptada, ni por tanto, los del definitivo heredero que será, en última instancia, el Estado o entidad pública correspondiente, como resulta de los artículos 956 y siguientes del Código Civil y concordantes de la legislación foral, si no se adoptan las oportunas medidas de administración y garantía de ese patrimonio de titular transitoriamente indeterminado.

El segundo defecto plantea como cuestión el dilucidar si es inscribible una sentencia dictada en rebeldía del titular registral. La Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. artículo 502) señala tres plazos a contar desde la notificación de la sentencia: un primero de veinte días, para el caso de que dicha sentencia se hubiera notificado personalmente (supuesto que no se da en el presente caso); un segundo plazo de cuatro meses, para el caso de que la notificación no hubiera sido personal; y un tercer plazo extraordinario máximo de dieciséis meses para el supuesto de que el demandado no hubiera podido ejercitar la acción de rescisión de la sentencia por continuar subsistiendo la causa de fuerza mayor que hubiera impedido al rebelde la comparecencia. Toda vez que caso de existir la fuerza mayor que justifique la falta de comparecencia, puede continuar durante todo el procedimiento e incluso después de dictada la sentencia, una interpretación lógica de la norma, que no conduzca al absurdo, exige interpretarla en el sentido de que

para poder practicar la inscripción es preciso que transcurra el tercer plazo de dieciséis meses, todo ello, sin perjuicio de que pueda tomarse la anotación preventiva a que se refiere el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. Resolución de 15 de febrero de 2005).

El artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario determina las circunstancias personales que deben constar de la persona a cuyo favor se practique la inscripción, por lo que habiéndose omitido dichas circunstancias en el título presentado, el defecto debe ser confirmado.

El último defecto debe ser revocado. La exigencia de expresar la situación arrendaticia es necesaria expresarla únicamente en aquellos supuestos en los que deba proceder el derecho de retracto, conforme al artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; pero no en aquellos supuestos, como el de la adquisición por usucapión, en los que no concurre dicho derecho.

SUCESIONES

Denegación de la inscripción de una escritura de protocolización de un cuaderno particional al no haber intervenido el legatario de parte alícuota.

RESOLUCIÓN DE 22 DE MARZO DE 2007

En el supuesto del presente recurso se plantea el problema de si se puede proceder a la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional otorgado por los herederos, sin que en el mismo haya intervenido el legatario de parte alícuota.

Ciertamente, la figura del legatario de parte alícuota no es pacífica en nuestra doctrina. Nuestro Código Civil no regula el legado parciario como tal, únicamente lo menciona en el último apartado del artículo 655 en materia de reducción de donaciones. Por su parte, la Ley Hipotecaria alude a los legatarios de parte alícuota, aunque sin nombrarlos expresamente, en el artículo 42.7; a su vez, el artículo 146.3 del Reglamento Hipotecario dispone que la anotación preventiva de derecho hereditario se practica a solicitud de los legatarios de parte alícuota, y el artículo 152 de dicho Reglamento los equipara a los herederos a los efectos de las anotaciones preventivas. No obstante, es la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, la que más se ha ocupado de la materia. Así, el artículo 782.1 reconoce expresamente el derecho del legatario de parte alícuota a reclamar judicialmente la

división de la herencia, el artículo 783.2 dispone que, a la vista de la solicitud de división judicial, se mandará convocar a Junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge supérstite, reconociendo el artículo 784.1 al legatario de cuota la condición de miembro de la Junta y de acuerdo con el artículo 793.3, será citado para la formación de inventario. Sin embargo, la ley no regula expresamente cuáles son las facultades que le corresponden en la partición. En este sentido, partiendo de la consideración de que los legatarios de parte alícuota entran en la misma especial situación de comunidad en que se hallan los coherederos antes de la partición con respecto a los bienes hereditarios, tal y como han confirmado el Tribunal Supremo y este Centro Directivo en numerosas Resoluciones, ha de reconocérsele un evidente interés en el mantenimiento de la integridad del caudal hereditario, no ya como herederos, sino como copropietarios de los bienes de la herencia, dada su condición de comuneros. De ahí que de acuerdo con la doctrina contenida en los artículos 397, 1058 y 1059 del Código sea necesario su consentimiento para efectuar actos de disposición sobre los bienes que integran la comu-

nidad hereditaria. Asimismo, la doctrina mayoritaria admite que el legatario de parte alícuota pueda ejercitar el retracto de coherederos del artículo 1067 del Código Civil, partiendo de que este retracto no se atribuye a los coherederos por su específica condición de tales, sino que estamos ante un caso particular del retracto de comuneros, ya que el legatario de parte alícuota, como hemos dicho, es considerado durante la indivisión de la herencia como copropietario del activo hereditario junto con los herederos. Por todo lo expuesto, y dada la condición del legatario de parte alícuota como miembro de la comunidad hereditaria y copropietario de los bienes de la herencia, parece lógica la necesidad de exigir la intervención del

mismo, no sólo para realizar actos de disposición sobre los bienes comunes, sino también para proceder a la extinción de dicha comunidad mediante la partición.

En cuanto a la valoración de las fincas atribuidas al legatario, no es materia ésta que deba ser objeto de calificación por el Registrador, máxime cuando dicha valoración ha sido efectuada por un perito nombrado judicialmente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso en lo relativo a la valoración de las fincas atribuidas al legatario de parte alícuota, y confirmar la nota de calificación del Registrador en los demás extremos de la misma.

Revista de Derecho de

familia

SECCIÓN PRÁCTICA

La reconciliación de los cónyuges después de un acto de violencia de género y la vigencia de la pena de prohibición de acercamiento a la víctima

Tras la entrada en vigor de la LO 15/2003 que reformó el artículo 57 del Código Penal toda sentencia condenatoria por un delito relacionado con la violencia de género en el ámbito familiar llevará implícita de forma automática («en todo caso» indica el artículo 57.2 del CP) la pena accesoria de prohibición de aproximarse o comunicar con la víctima, o de residir o acudir al lugar de su residencia. Sea cual sea la gravedad del delito cometido, los Jueces y Tribunales han perdido la facultad que contemplaba la legislación anterior de imponer la pena si el caso lo requería.

La medida es acertada en todos aquellos casos en los que el acto de violencia de género pone fin a la ya deteriorada relación de pareja. Sin embargo, existen casos en los que a pesar de haberse producido el acto de violencia, posteriormente –incluso antes de que se dicte sentencia– los miembros de la pareja vuelven a convivir y es aquí donde se produce el conflicto entre la realidad y la pena impuesta, entre el bien social general de proporcionar una respuesta a la violencia que se ejerce sobre los miembros de la familia más necesitados de protección evitando una posible reiteración en la conducta agresiva y la libertad de la víctima de reanudar

su relación familiar al margen de la tutela del Estado.

Este derecho a volver a convivir forma parte de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar en la medida en que la facultad de autodeterminación consciente y responsable de la víctima, la búsqueda de su autorrealización como individuo mediante la convivencia afectiva con la persona de su elección, se vería cercenada por la intervención de los poderes públicos que, en su afán de protección de la víctima de la infracción penal, más allá del deseo expresado de la propia víctima y al margen de cualquier consideración sobre la gravedad real de los hechos y el peligro representado por el autor, la impiden relacionarse y/o convivir con la persona elegida para el desarrollo de las facetas afectivas y sentimentales de la persona.

Es cierto que debemos ser realmente cautos ante las reconciliaciones tras la producción de un acto de violencia de género, siendo necesario indagar si esa reconciliación es consciente y voluntaria o viene impuesta por las circunstancias. En numerosos casos nos consta que la reconciliación puede

convertirse en una vía de escape cuando se advierte que el proceso penal no da el resultado esperado, la víctima esperaba otro tipo de respuesta y de ayudas. En otras ocasiones, es simplemente la falta de medios económicos de la víctima la que le lleva a reanudar la convivencia. Incluso algunas reanudaciones de convivencia se deben a presiones ejercidas por el agresor frente a la víctima. Pero no podemos negar la existencia de casos en los que verdaderamente la voluntad de la víctima está encaminada a reanudar la convivencia con el cónyuge o compañero sentimental, la complejidad de las relaciones de pareja sometida a oscilaciones emocionales escapan a toda previsión lógica.

Por otro lado, hay que tener presente que no todos los actos de violencia tienen la misma gravedad. Pensemos simplemente la distancia que va desde aquella conducta aislada que hasta el año 2003 había merecido la calificación de falta y que ahora se ha reconducido al delito de lesiones tipificado en el artículo 153 del CP, a aquellos otros en los que se producen lesiones importantes y de forma reiterada.

Cuando se ha producido la reconciliación y la misma ha llegado a los tribunales, éstos han patentizado lo absurdo de la situación y han planteado la posible inconstitucionalidad del texto del artículo 57.2 del CP en lo que se refiere a la preceptiva imposición de la pena de prohibición de acercamiento a la víctima, cuestión que está pendiente de resolver por el Tribunal Constitucional que, por cierto, acumula un gran número de casos en relación con la Ley de Violencia Doméstica.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26 de septiembre de 2005, analizó la situación que comentamos. Las conclusiones a las que llegó nuestro más alto tribunal se encuentran dentro de la lógica más aplastante:

«La efectividad de la medida depende –y esto es lo característico– de la necesaria e

imprescindible voluntad de la víctima –en cuya protección se acuerda– de mantener su vigencia siempre y en todo momento.

¿Qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o conviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquélla?

Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida, cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del artículo 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a “vivir juntos”, como recuerdan las SSTEDH de 24 de marzo de 1988 y 9 de junio de 1998, entre otras.

Por otra parte, es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida.

En esta materia parece decisión más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se

pueda solicitar y obtener —en su caso— otra medida de alejamiento.

Podemos concluir diciendo que en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone *de facto* el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante.

Ésta es la especificidad de esta medida/pena dado el específico escenario en el que desarrolla su eficacia.

Una aplicación de lo expuesto al caso de autos lleva a la conclusión de que en el presente caso se ha objetado una duda en la propia sentencia acerca de si con posterioridad al otorgamiento del auto de prohibición de aproximación, se volvió o no a convivir, lo que proyecta al menos una duda seria y razonable sobre el núcleo del tipo penal: el mantenimiento de la voluntad de la excompañera de que el recurrente no se le acercara, basta y sobra esta situación para estimar que no ha existido quebrantamiento de medida ni por tanto delito del artículo 468 del Código Penal.

Procede estimar esta parte del motivo y absolver al recurrente del delito de quebrantamiento, lo que se acordará en la segunda sentencia.»

Siguiendo el criterio marcado en la sentencia anterior, algunos autores sostienen que el tenor del artículo 57 CP obliga a imponer las penas previstas en dicho precepto con independencia de la voluntad del condenado o de la víctima, pero su ejecución no puede ir más allá de lo que en cada momento se entienda necesario para su protección; necesidad cuya vigencia está vinculada a la decisión, libre y voluntaria, de la propia

víctima, que en el ejercicio de su libertad, como manifestación de la dignidad personal, puede resolver la innecesariedad de esa protección, asumiendo responsablemente las consecuencias de su actuar.

Sin embargo, un gran número de tribunales españoles entienden que la víctima podría solicitar que se dejase sin efecto la medida cautelar de alejamiento pero no puede disponer de la pena de alejamiento, ya que una vez dictada la sentencia no es la pena disponible para la víctima, sino que es una medida adoptada por el Estado de Derecho para garantizar su adecuada protección. Igualmente sostiene que no puede aplicarse la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de septiembre de 2005 puesto que en el caso enjuiciado se trataba del quebrantamiento de una medida cautelar y no de una pena incluida en una sentencia.

¿Qué consecuencias jurídicas tendría la reanudación de la convivencia tras la firmeza de la sentencia condenatoria por delito de violencia doméstica en la que como pena accesoria se impuso la prohibición de acercamiento a la víctima? Sencillamente que se incurría en un delito de quebrantamiento de condena. Conveniente será recordar que son elementos conformadores del delito de quebrantamiento de condena los siguientes:

- 1) La existencia de una resolución judicial que imponga la medida de prohibición de alejamiento.
- 2) El conocimiento de dicha medida por parte del condenado.
- 3) El incumplimiento de la meritada medida por parte del condenado de forma consciente y voluntaria.
- 4) La comisión del ilícito no requiere una reiteración en la infracción de la medida cautelar, significativa de una rebelde oposi-

ción a su cumplimiento, sino que su desobediencia ya supone, en sí misma, el quebrantamiento en aras a la protección de la víctima y a la efectividad y respeto que merecen las resoluciones judiciales cuya observancia, en modo alguno, debe quedar sometida a la voluntad del imputado ni a la voluntad de la víctima a cuyo favor se establecen.

Pues bien, analizados objetivamente los elementos del tipo del delito, podemos afirmar la inexistencia de elemento alguno que tenga que ver con la ausencia de consentimiento de la víctima, esto es, que estando presente éste se excluya la comisión del tipo. Este delito de quebrantamiento es de resultado cortado: acreditada la existencia de la medida de alejamiento y acreditado el incumplimiento, se han rellenado las previsiones del tipo, no cabiendo por tanto analizar la existencia de un perdón o reconciliación que haga innecesaria la medida o la presencia de autorizaciones puntuales de la víctima para que el imputado pueda vulnerar la medida y visitar a aquélla o a la descendencia común. A falta de mención expresa en la Ley que justifique la posición contraria, conferir relevancia típica al consentimiento pondría en manos de la víctima una potente arma que podría utilizar de forma arbitraria.

Por tanto, la reanudación de la convivencia podría conllevar para la víctima que consiente dicha reanudación su consideración como coautora por cooperación necesaria, al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara a delito de quebrantamiento de condena. Para la víctima la condena como autor de un delito de quebrantamiento de condena, ya que no es

seguro, como afirman algunos autores, que el consentimiento de la víctima implique la ausencia de dolo específico en el agresor condenado.

¿Podría la víctima comparecer ante el Juzgado interesando un pronunciamiento expreso sobre el alzamiento de la pena de alejamiento? Si se hiciese dicha comparecencia, el Juez carecería de facultades para levantar la pena, ya que una vez que ésta se ha dictado y es firme, queda dentro de la fase de ejecutoria penal en la que no tiene participación la víctima para retirar la pena. Otra cuestión distinta, es que estuviésemos ante una medida cautelar, puesto que las medidas cautelares pueden alzarse, mantenerse o incrementarse, pero ello no puede alcanzar a la pena.

Pero, alguna solución jurídica debe tener la situación creada por los cónyuges o convivientes que tras el dictado de la sentencia penal han vuelto a convivir. En efecto, como reiteradamente están afirmando nuestros tribunales (por todas la SAP de Barcelona, Sec. 20.^a, de 21 de febrero de 2007) «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».

Casos Prácticos

I CUESTIONES PROCESALES

Si, conforme a las normas de reparto existentes en los Juzgados de una determinada ciudad, la competencia para el conocimiento del procedimiento de modificación de medidas corresponde al juzgado que dictó la sentencia de separación o divorcio ¿podrá plantear el demandado una declinatoria basada en esta norma?

Las normas de reparto sólo tienen eficacia cuando los juzgados y tribunales de una ciudad tienen competencia territorial para el conocimiento de un procedimiento, pero no en aquellos supuestos en los que la controversia se plantea entre dos juzgados de distintas ciudades. Por tanto, la norma de reparto no podrá ser la base de la declinatoria.

2 PATRIA POTESTAD

El progenitor no custodio viene sistemáticamente incumpliendo su obligación alimenticia ¿Qué tiempo es necesario que permanezca en esta situación para que pueda presentarse una demanda solicitando la privación de la patria potestad?

Aunque no existe un criterio unitario en la jurisprudencia se considera razonable la privación cuando el progenitor durante más de tres años se ha desentendido totalmente de los hijos tanto en el aspecto económico como en el personal. Además, suele exigir la jurisprudencia que durante este tiempo, el progenitor haya venido percibiendo ingresos de forma regular.

3 VIVIENDA FAMILIAR

En el convenio regulador de la separación no se hizo referencia alguna a la atribución del uso de la vivienda familiar. ¿Puede solicitarse posteriormente en un procedimiento de modificación de medidas que se atribuya el uso de la vivienda a los hijos menores?

Aunque existe un criterio restrictivo en la jurisprudencia para atribuir el uso de la vivienda cuando inicialmente no hubo pronunciamiento alguno al respecto, si han cambiado las circunstancias y los hijos no tienen cubiertas sus necesidades de alojamiento, existen casos en los que suele estimarse dicha pretensión, si bien, un dato fundamental será determinar si cuando se fijó la pensión alimenticia ésta incluía una partida para cubrir las necesidades de vivienda de los hijos.

4 CUESTIONES PROCESALES

Si se dictó una sentencia de divorcio en Alemania y con posterioridad el esposo, que es español y tiene su residencia en nuestro país, pretende extinguir la pensión compensatoria ¿qué juzgados serán competentes para el conocimiento de esta demanda?

No existiendo una norma específica en el Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea de 27 de noviembre de 2003, habrá que entender que es de aplicación el artículo 7 del citado reglamento y por tanto habrá que acudir al artículo 22.3 de la LOPJ, norma que atribuye la competencia internacional a los juzgados y tribunales españoles al ser el demandante español y tener en nuestro país su residencia.

5 GUARDA Y CUSTODIA

¿Qué es lo que hay que acreditar en el procedimiento de modificación de medidas en el que se pretende el cambio de custodia de los hijos menores?

El objeto del procedimiento de modificación de medidas no es determinar a cuál de los dos progenitores debe atribuirse la guarda y custodia, puesto que esto constituyó el objeto del anterior procedimiento de separación o divorcio. Ahora, lo que debe decidirse es si, como consecuencia de un cambio sustancial de circunstancias, resulta más beneficioso para los hijos menores que pasen a residir con el progenitor que hasta ahora no ha ostentado la custodia.

6 CUESTIONES PROCESALES

Una vez que se ha presentado la demanda de modificación de medidas por la esposa para la restricción del régimen de visitas y antes de que conteste a la demanda el esposo, se produce un acto de violencia doméstica ¿alterará este hecho la competencia objetiva para el conocimiento del procedimiento?

En efecto, esta circunstancia motivará que la competencia se atribuya al juzgado de Violencia sobre la Mujer al ser de aplicación el artículo 49 bis de la LEC.

7 PATRIA POTESTAD

Cuando tras la separación de los progenitores surge la necesidad de decidir si el hijo debe hacer o no la primera comunión y ante la discrepancia de aquéllos se acude al juzgado para que, conforme a lo establecido en el artículo 156 del CC, se atribuya la facultad de decidir a uno u otro progenitor ¿qué criterios deben seguirse para tomar la decisión?

La decisión debe fundamentarse en criterios objetivos y éstos pueden estar basados en los antecedentes de la pareja, así, por ejemplo, si contrajeron matrimonio canónico y los hijos fueron bautizados, lo razonable será que reciban la primera comunión, debiendo decidirse en sentido contrario si, por ejemplo, el hijo no fue bautizado.

8 CUESTIONES PROCESALES

Presentada una demanda de modificación de medidas por el trámite consensual ¿puede el tribunal no aprobar algunas de las cláusulas y hacer uso de lo establecido en el artículo 777.7 de la LEC?

Consideramos que el tribunal debe limitarse a aprobar el convenio de modificación o a desestimar la demanda, pero no puede dictar ninguna resolución que se aparte del contenido de aquél. Por tanto, si considera que no se dan las circunstancias para modificar las medidas desestimar la demanda sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 777.7 de la LEC.

9 PATRIA POTESTAD

Habiéndose interrumpido la relación paterno-filial desde hace tiempo, la madre pretende suprimir definitivamente las visitas y a tal efecto presenta una demanda de modificación de medidas solicitando la privación de la patria potestad. ¿Es adecuada esta petición?

Hay que tener en cuenta que la privación de la patria potestad es una medida que se adopta con carácter muy restrictivo y ante casos evidentes de incumplimiento de las obligaciones paterno-filiales. Por ello, salvo que sea patente y reiterado el incumplimiento de las obligaciones, lo más práctico es que se presente una demanda de suspensión o restricción del régimen de visitas.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que conforme a lo establecido en

el artículo 160 del CC «Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial», es decir, que incluso aunque un progenitor esté privado de la patria potestad es posible que puedan existir visitas.

10 VIVIENDA FAMILIAR

Si el progenitor custodio inicia una relación sentimental con una tercera persona y ésta se traslada a convivir al domicilio familiar ¿será esta convivencia motivo para solicitar la extinción del uso de la vivienda familiar?

En principio, el criterio mayoritario entre la jurisprudencia es que mientras el uso de la vivienda se haya atribuido a los hijos la convivencia del progenitor custodio con un tercero no alterará aquel pronunciamiento. Sin embargo, hay que reconocer que se abre paso una jurisprudencia que entiende que esta convivencia supone una alteración de circunstancias que permite valorar de nuevo la situación existente y que en algunos casos conlleva la extinción del uso.

11 GUARDA Y CUSTODIA

La obstaculización del cumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor custodio puede llegar a ser considerada como causa para el cambio de la custodia de los hijos a favor del otro progenitor, pero para que ello se produzca, además de acreditarse que el incumpli-

miento del régimen de visitas es imputable al progenitor custodio, es criterio legal y jurisprudencial que el cambio de custodia resulte beneficioso para el menor. ¿Se perjudica el interés del menor si él mismo en la exploración se opone al cambio de custodia?

En estos casos se alega por el progenitor custodio lo dramático que será para el menor el cambio, sin embargo, los tribunales señalan que no se duda que la modificación de la custodia le va a suponer al menor un cambio de vida que le obligará, con el coste natural que ello supone, a adaptarse e integrarse a la nueva convivencia, pero también parece evidente que la dificultad que puede suponer al menor su aclimatación a esa nueva situación no puede resultar más perniciosa y perjudicial para él mismo que el hecho de desarrollarse y crecer sin oportunidad de mantener una relación normalizada con el progenitor no custodio que por no poder llevarse a cabo llegase a desfigurar de forma irreversible la imagen de éste, provocando la ruptura de todo lazo afectivo y un rechazo definitivo carente de justificación y propiciado por la actitud de un progenitor cuyo comportamiento es indicativo de su ineptitud para ejercer la guarda y custodia de su hijo de la manera más beneficiosa y acorde al interés del menor.

12 CUESTIONES PROCESALES

Cuando existe un peligro real e inminente para el menor ¿puede acudirse al artículo 158 del CC para suspender las visitas con el progenitor no custodio o para que éstas tengan lugar en el punto de encuentro?

Es jurisprudencia reiterada que la modificación de medidas por vía del ar-

tículo 158 del CC debe realizarse siempre con carácter restrictivo y sólo ante casos en los que el interés del menor exija una respuesta urgente. Por ello, habrá que evaluar la gravedad y trascendencia de los hechos ocurridos y, lo que es más importante, las pruebas con las que contamos, para solicitar la suspensión o restricción de las visitas por vía del artículo 158 del CC o bien acudir a un procedimiento de modificación de medidas en el que también pueden solicitarse medidas provisionales.

13 PATRIA POTESTAD

Para que proceda la privación de la patria potestad ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo que la medida debe adoptarse siempre en beneficio del hijo. ¿Cuándo puede considerarse que la actitud del padre perjudica al hijo y que es beneficioso para este último la privación de la patria potestad?

La jurisprudencia ha entendido que se perjudica al hijo cuando se mantiene la institución de la patria potestad que carece de toda finalidad e interés para un padre que ha desatendido reiteradamente sus funciones frente al hijo; cuando la falta de relación del hijo con el padre ha motivado que aquél sea un desconocido para éste; que el interés del menor se satisface de mejor modo en su actual ámbito familiar en el que posiblemente una tercera persona ya esté responsabilizándose de las funciones de padre que ha eludido el progenitor biológico.

14 EJECUCIÓN

Si la sentencia de divorcio se dicta en el mes de septiembre de 2006 y al fijar

la pensión alimenticia se indica que se actualizará anualmente cada primero de año, ¿cuando llegue el mes de enero de 2007 qué IPC se aplicará para actualizar la pensión?

Habrà que aplicar el IPC correspondiente a los meses de septiembre a diciembre de 2006.

15 EJECUCIÓN

Si en la sentencia se fija una pensión alimenticia de inferior cuantía a la que se estableció en el auto de medidas provisionales ¿puede el ejecutado oponerse a la ejecución del auto de medidas en base a esta circunstancia?

No, puesto que cada resolución que se dicta en un procedimiento de familia tiene un determinado plazo de vigencia. Por tanto, no teniendo carácter retroactivo las medidas que se contienen en la sentencia, hasta el dictado de la misma, estarán vigentes las medidas provisionales y durante ese espacio de tiempo el ejecutado deberá abonar lo establecido en el auto de medidas.

16 VIVIENDA FAMILIAR

La circunstancia de que la esposa tenga hijos de un anterior matrimonio ¿tiene alguna influencia en el momento de atribuir el uso de la vivienda familiar?

La protección establecida en los artículos 91 y siguientes del CC va referida exclusivamente a los hijos comunes, y no a los nacidos de la unión de un cónyuge con una tercera persona.

17 ALIMENTOS

La concesión a la hija mayor de edad de una beca de estudios ¿es motivo para solicitar la reducción de la pensión alimenticia?

Teniendo en cuenta que la ayuda económica para los estudios no es permanente, el criterio mayoritario entre la jurisprudencia es no reducir la cuantía de la pensión alimenticia, ya que la beca debe destinarse a mejorar las condiciones de vida y posibilidades de complementar la formación académica.

18 ADOPCIÓN

Iniciado un procedimiento de adopción por el compañero sentimental de la madre y prestados todos los consentimientos y asentimientos, antes de que se dicte el auto aprobando la adopción, comparece la madre biológica en el juzgado y se retracta del asentimiento que prestó en su día en base a que se ha extinguido la relación de pareja que mantenía con el solicitante de la adopción. ¿Procederá el archivo del expediente o deberá continuarse hasta dictarse el correspondiente auto aprobando la adopción?

Aunque se trata de un supuesto que puede ofrecer distintas soluciones jurídicas, entendemos que una vez que la madre biológica ha prestado su asentimiento, ya no podrá dejarse sin efecto, salvo que se acredite que ha existido un vicio en el consentimiento, por lo que procederá que continúe la tramitación del expediente. No obstante, también podría interpretarse que al no existir convivencia entre adoptante y la madre biológica,

ya no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 176.2 del CC, sin embargo, estos requisitos son sólo procedimentales, es decir, permite que se inicie el procedimiento sin la propuesta de una entidad pública, pero una vez iniciado, el procedimiento sigue sus trámites normales y

comunes a todos los procedimientos de adopción. Hay que tener en cuenta que en el último párrafo del artículo 176 del CC se indica que «podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento».

Revista de Derecho de

familia

TRIBUNA ABIERTA

La falta de relación del progenitor con el hijo (o hijos) menor de edad como causa de privación de la patria potestad

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada. Doctora en Derecho

INTRODUCCIÓN AL TEMA

La patria potestad es, tal como se considera en el Código Civil en la actualidad, una función que ha de ser ejercida en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, comprensiva de los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2.º Representarles y administrar sus bienes.

El artículo 154 de nuestro Código Civil expresa, asimismo, que los padres podrán corregir, razonable y moderadamente, a sus hijos y recabar, en el ejercicio de su potestad, el auxilio de la autoridad.

A la vista de lo expuesto, hoy en día, como no podía ser menos de acuerdo con la evolución experimentada en el derecho de Familia en España, a la patria potestad se la instituye como una función específicamente concebida en beneficio del menor. El carácter tuitivo de la patria potestad aparecía, en cambio, fuertemente destacado con anterioridad a las Reformas del Derecho de Familia operadas en 1981.

Hay que partir, a la hora de enfocar el tema de la privación de la patria potestad, de una consideración doble, tal como se ha puesto de relieve, con gran agudeza, por Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ¹: En primer lugar, la posibilidad de que el despojo a los titulares de su potestad paterna pueda hacerse depender tanto de un resultado («ponga»), como de la creación de una situación de riesgo para el menor («pueda poner en peligro»).

1. CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: *La privación de la patria potestad (criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2000.

En segundo lugar, la intuición acerca de lo que debe entenderse por «deberes inherentes» a la patria potestad, a los que, desde 1981, se va a referir el artículo 170.1.º del Código Civil, en conexión íntima con el artículo 154, ya citado, del mencionado corpus legal.

Desde el punto de vista constitucional, es evidente que el interés del menor se desprende, con claridad, del artículo 39.4 de la Carta Magna («Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»), así como del apartado 3 del mismo artículo 39 («los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad, y en los demás casos en que legalmente proceda»).

SITUACIONES O CIRCUNSTANCIAS QUE INFLUYEN EN EL TEMA DE LA PATRIA POTESTAD: LA DESPREOCUPACIÓN DE UNO DE LOS PROGENITORES

No se puede negar que, en la actualidad, hay una gran diversidad de situaciones, de circunstancias y hechos que pueden incidir, en mayor o menor medida, en el complejo y delicado tema referido a la patria potestad.

En primer lugar, hay que diferenciar dos conceptos: ostentar la patria potestad, de un lado, y ejercerla, de otro.

Por lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, la Ley permite que la realización de las funciones que integran esta institución corresponda a uno solo de los titulares de la patria potestad. Aquella persona que, sin ser privada de la patria potestad, carezca del poder para cumplir sus deberes y derechos, ostentará la patria potestad, pero carecerá de su ejercicio. Pensemos, por ejemplo, en la situación de unos progenitores separados y que, en la resolución judicial, no se haya determinado nada al respecto en relación con el tema de la patria potestad. Es evidente que, aquí, el ejercicio de la misma sólo va a corresponder al conviviente, *ex* artículo 156 *in fine*: «Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.»

La titularidad de la patria potestad podría definirse con referencia a la cualidad o condición de sujeto activo de la función, que, en relación con los hijos menores no emancipados –o, en su caso, sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada–, le es atribuida al progenitor respecto del cual se haya determinado la filiación, salvo cuando ésta haya sido judicialmente determinada contra su oposición, tal como establece el artículo III.2.º del Código Civil, o aquél haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme (artículo III.2.º del Código Civil).

Es decir, con carácter general, la patria potestad va a corresponder, por lo que respecta a su titularidad, a ambos progenitores, aunque no convivan, salvo el supuesto de privación, *ex* artículo 170 del Código Civil. La titularidad no admite gradación: se tiene, o no se tiene.

Como ha expuesto J.M. PRADA GONZÁLEZ², con independencia de quien la ejerza, los progenitores que, teniendo los derechos y obligaciones de la patria potestad, no la ejercen, sin haber sido privados de ella, están en una situación similar a la de la suspensión de la patria potestad en la anterior redacción del Código Civil y, en principio, se verían privados de todas las funciones de ella, lo que significa que, cuando el Código habla de «los padres que ostenten la patria potestad» o simplemente de «los padres» para atribuirles la representación o administración de los bienes de sus hijos, se está refiriendo, en concreto, a los padres que, conforme a lo establecido en el artículo 156, ejercen en concreto la patria potestad.

Naturalmente, siempre en aras del beneficio, o interés del hijo menor de edad, los padres pueden ser suspendidos en el ejercicio y privados de la titularidad y, siempre en interés de los menores, ser restablecida la patria potestad en ellos.

Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA contempla, como un supuesto distinto al mencionado, el de la exclusión, por imperativo legal, en el artículo III del Código Civil³. En este precepto, se establece que, aunque el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión mas que si lo solicita él mismo o su representante legal, «quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor: 1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme; 2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.»

En estos supuestos, tal como ha expresado ZARRALUQUI, de manera sorprendente no es de aplicación el principio del beneficio, o interés, del hijo menor, manteniéndose, sin embargo, las obligaciones del progenitor de velar por los hijos y prestarles alimentos.

Hay que resaltar que estas restricciones dejarán de producir efecto por determinación del representante legal del hijo –el otro progenitor, o el tutor, en su caso–, con aprobación judicial.

También van a cesar las limitaciones cuando así lo quiera el propio hijo, una vez alcanzada la plena capacidad.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, hoy en día, pero no siempre fue así, la patria potestad no es, propiamente, un derecho subjetivo, sino una potestad que el Derecho Positivo atribuye, con carácter indisponible, a los progenitores en cuanto medio para el desempeño de una función: el cuidado y la capacitación del hijo. Gracias a esta moderna visión de la patria potestad, puede afirmarse que constituye una institución específicamente concebida en beneficio del hijo menor. De este modo, lo han entendido diversos autores en nuestro país⁴.

2. PRADA GONZÁLEZ, J.M.: «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, 1982.

3. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: «Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres», en *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, ediciones Dykinson, Madrid, 2004.

4. La doctrina mayoritariamente en nuestro país mantiene esta tesis.

Sin embargo, algunos juristas, como Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ⁵, han puesto de manifiesto, con agudeza, que, tanto en nuestra doctrina, como en nuestra Jurisprudencia, con carácter general, la patria potestad ha tenido un carácter tuitivo, que se destaca incluso con más énfasis en la legislación anterior a las Reformas del Derecho de Familia por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981. En este sentido, una interesante Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de julio de 1975, declaró que «... la patria potestad tiene hoy un indudable carácter de función tutelar, como establecida en beneficio de los hijos, según declaran, entre otras, las Sentencias de 3 de marzo de 1950, 23 de junio de 1965, 18 de febrero de 1969 y 5 de octubre de 1973, y, por ello, cuando la conducta de los padres ponga o pueda poner en peligro la formación o educación moral del hijo, cabe privar o suspender a aquellos del ejercicio de la patria potestad...»

De esta afirmación de nuestro Tribunal Supremo, ya lejana en el tiempo, cabe realizar una consideración. En efecto, en primer lugar, cabe admitir la privación de la patria potestad cuando la conducta de los padres, o de uno de ellos, produzca el resultado de poner en peligro la formación o educación moral del hijo. Aquí, lo primero que salta a la vista, y que habría que plantear, es a qué educación moral se está refiriendo la Sentencia. Quizás, la confusión provenga de elevar a postulados enraizados en la Moral a lo que no son sino principios éticos.

En segundo lugar, cabe, igualmente, admitir la privación de la patria potestad cuando exista, o se dé, la posibilidad de que la conducta de los progenitores, o de uno solo de ellos, ponga en peligro la formación o educación moral del hijo o, en otras palabras, antes incluso de la producción del resultado. Esta segunda consecuencia es, sin duda, más grave que la primera, porque alude, meramente, a una situación de riesgo para el hijo menor. Pero, en todo caso, se trataría, a mi juicio, de una medida preventiva, pensada para evitar los probables daños o perjuicios que un progenitor pueda causar a su hijo.

Hay que tener en cuenta, en todo momento, que el legislador se decantó, a tenor de la normativa del Código Civil, por ofrecer un concepto de patria potestad acorde con la formación integral del hijo, admitiendo que, en determinados supuestos, esta función no pudiera cumplirse adecuadamente por una o varias causas.

La patria potestad, tal como establece el artículo 154 de nuestro Código Civil, ha de ejercerse siempre «en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad».

El principio del beneficio, o interés, del hijo menor aparece, con carácter general, en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección del Menor, de 15 de enero, que hace un pronunciamiento de cierta relevancia en la designación de este principio.

Efectivamente, su artículo 2 hace esta afirmación: «En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

5. CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: obra citada.

Ya Luis ZARRALUQUI advertía que lo categórico de esta afirmación parece excluir toda ponderación entre los intereses o principios en juego, lo que es evidentemente erróneo⁶. Una cosa es que entre intereses iguales o, al menos semejantes, prime el del menor sobre otro cualquiera, y otra cosa bien distinta, y contraria al Ordenamiento Jurídico, sería que el interés del menor, por insignificante que fuera, se antepusiera al de un mayor de edad, de muy superior valor. En cualquier caso, el precepto citado está redactado así y, hasta el momento, no se ha modificado.

La Constitución Española de 1978, en el Capítulo III del Título I, «Los principios rectores de la Política Social y Económica», hace mención, en primer lugar, a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

Esta protección integral del menor trasciende nuestras fronteras y está establecida en los Tratados Internacionales ratificados por España, especialmente por la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España, por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor de edad. Se trata de una nueva visión de los problemas del menor de edad, marcada por un nuevo concepto de la patria potestad.

El menor de edad lo es siempre el menor de dieciocho años, tal como establece el artículo 1 de la Convención.

Este Pacto Internacional, en su artículo 9, concreta la aplicabilidad del criterio del interés superior del niño en relación con el derecho que éste tiene de permanecer junto a sus progenitores. El número 1 del citado precepto expresa que las instituciones y autoridades (se refiere a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, a los Tribunales, a las autoridades administrativas u órganos legislativos) deben velar por que el menor no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, consignando únicamente una excepción: a reserva de que tal separación sea necesaria por el interés superior del niño. Esta excepción se extiende, en el número 3 de este precepto (artículo 9), respecto del derecho del niño separado de sus padres, o de uno de ellos, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor.

El Convenio Europeo de Luxemburgo, de 20 de mayo de 1980, al regular la lucha contra la Sustracción Internacional de Menores, ratificado por nuestro país el 9 de mayo de 1984, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, incluye, como causa de posible denegación del retorno del menor, en su artículo 10, cuando, por un cambio de circunstancias, incluido el transcurso del tiempo, los efectos del traslado sean contrarios al interés del menor.

El Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, ratificado por España el 28 de mayo de 1987, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, exige, para la

6. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: *Reflexiones en relación con la guarda...*, artículo citado en nota 3.

restitución del menor que haya transcurrido menos de un año desde traslado o retención ilícitos y, frente a la regla general, excepciona el supuesto de que el menor esté integrado en su nuevo medio, los supuestos en que exista un grave riesgo de que la restitución suponga un peligro físico o psíquico, o situación intolerable para el menor, desarrollando el criterio protector del menor en su vertiente negativa de eliminación de perjuicios para él.

Desde el punto de vista histórico-legislativo, la Ley de 13 de mayo de 1981 fue primordial a la hora de concebir esta nueva visión del menor. Se modificó, entre otras instituciones, la regulación de la patria potestad, así como la de la filiación, suprimiendo la distinción entre filiación legítima e ilegítima, lo que, no cabe duda, supuso un importante avance en el reconocimiento de los derechos de los menores, equiparando al padre y a la madre a los efectos del ejercicio de la patria potestad, e introduciendo la investigación de la paternidad.

Hechas estas consideraciones previas, voy a entrar ya en el estudio de la privación de la patria potestad como consecuencia del incumplimiento, por parte del progenitor no custodio, de uno de los deberes inherentes a esta función, consistente en mantener relación y comunicación personal con el hijo. ¿Es esta dejación de este deber causa de privación de la patria potestad?

Para abordar este delicado tema, hay que partir de la base legal contenida en el artículo 154 de nuestro Código Civil, ya citado anteriormente, y el artículo 160 del mencionado corpus legal, que establece que «los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores.»

Este derecho de los progenitores tiene un doble contenido: en cuanto derecho, de un lado, y, de otro, en cuanto deber. Es un deber de los progenitores mantener relaciones con sus hijos, no hacer dejación de sus responsabilidades para con ellos, siempre en aras del beneficio o interés del menor.

El tema que planteo ha sido abordado, de manera sintética, por algunos autores preocupados por el Derecho de Familia. En este sentido, cabe citar a Francisco de Asís SERRANO CASTRO⁷, que aborda, efectivamente, los problemas imputables al progenitor no custodio, haciendo referencia a la despreocupación o dejación de deberes y responsabilidades. En definitiva, se trata del supuesto en que el progenitor no custodio se desentiende del hijo, o hijos. ¿Cabe privarle de la patria potestad en estos supuestos?

Para Francisco de Asís SERRANO CASTRO, esta despreocupación puede venir motivada por diversos factores, entre los que destaca, precisamente, la propia omisión negligente, e incluso nula asunción, de las responsabilidades y obligaciones que entraña el hecho de ser padre.

Este jurista reconoce que estamos, en la actualidad, en un contexto sociocultural en el que la figura de la madre desempeña un papel primordial en el cuidado, atención y educación de los hijos y, aunque esta concepción se vaya superando, por parte de las nuevas generaciones de padres y madres, dispuestos y comprometidos a participar conjuntamente

7. SERRANO CASTRO, Francisco de Asís: «Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores. Puntos de encuentro familiar», en *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, ediciones Dykinson, Madrid, 2002.

en ese cuidado, atención y educación, lo cierto es que no resulta extraño encontrar a muchos que ignoran y quieren seguir ignorando todo el sacrificio que significa la crianza de un niño, acentuándose más esa despreocupación *a posteriori*, es decir, no sólo durante la normal convivencia de la pareja, sino tras la separación, o el divorcio, y cuando el cuidado del hijo menor –aunque sea por cortos espacios de tiempo– exige su exclusiva actuación.

Esta situación, o circunstancia, que voy a analizar puede provenir bien del progenitor no custodio, en algunas ocasiones, y, en otras, es el propio hijo el que rechaza la relación y comunicación con el padre o la madre, en su caso.

A través del estudio de nuestra Jurisprudencia y, muy en especial, de aquellas Sentencias que he podido analizar y que me han parecido más interesantes, paso a examinar la problemática que genera el tema.

La doctrina, en este punto, con Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ a la cabeza⁸, ha puesto de relieve que, cuando la ausencia de relación personal del progenitor con el hijo es por un período de tiempo continuado y responde a causas únicamente imputables a la voluntad del progenitor, debe acordarse la privación de la patria potestad.

Es ésta una tesis que, sin duda, me parece acertada y que está bien fundamentada, teniendo en cuenta que el amor hacia un hijo debe verse reflejado en un comportamiento de cercanía física, de relación afectuosa, que, evidentemente, no se cumple en los supuestos de distanciamiento y abandono.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 entró a resolver un supuesto de distanciamiento, despreocupación, alejamiento temporal del progenitor con respecto a su hijo. El Juzgado de 1.ª Instancia dictó resolución decretando que la patria potestad sobre el hijo menor de edad se efectuaría exclusivamente por la madre, quedando bajo su guarda y custodia, y estableciendo un régimen de relaciones paterno-filiales.

En apelación, el Tribunal desestimó el recurso interpuesto por la madre y, contra esta Sentencia, se alzó el recurso de casación en base a los siguientes extremos: A) Infracción del artículo 170, en relación con el 154 del Código Civil, y 39.3 de la Constitución; B) Infracción del artículo 160 del Código Civil.

El Ministerio Fiscal emitió Informe, que me interesa destacar ahora: La parte apelante insiste en las pretensiones sobre privación de la patria potestad y no concesión de comunicaciones paterno-filiales deducidas en su demanda reconvencional, y ello sobre la base, alegada, de que el progenitor, desde que cesó la convivencia marital, cuando el menor contaba con tan sólo un mes de edad, no se ha vuelto a preocupar del mismo, siendo las motivaciones del demandante, en relación con la acción ejercitada, ajenas a un verdadero deseo de relacionarse con el hijo común, y conectándose más bien con el intento de asumir una obligación legal en España que favorezca la renovación de su permiso de residencia en nuestro país. La dirección Letrada de la madre añade que el progenitor no ha hecho intento alguno de ver al hijo menor en todo el curso del procedimiento.

8. CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: obra citada.

El Ministerio Fiscal indica, en su Informe, que «viene configurada la patria potestad en nuestro ordenamiento jurídico como una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores, y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo (...). En lógica correlación con tal doctrina dimanante del artículo 154 del Código Civil, el mismo texto legal, en su artículo 170, faculta la privación judicial de dicha potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, como mecanismo tendente a la prevención o represión de sus abusos, siempre bajo el principio fundamental del beneficio del menor, en cuanto la conducta de uno o ambos progenitores pueda poner en peligro el desarrollo o formación, físico o moral, del sujeto infantil, mas cuando tales factores de riesgo o no concurren o no han sido acreditados, aún existiendo un cierto abandono o despreocupación en el cumplimiento de los deberes integrados en la referida función, no se debe llegar a la sanción permitida por el artículo 170, máxime si dicha medida judicial no se revela como útil o beneficiosa para la prole. Sobre tales imprescindibles premisas legales, no se han ofrecido a la consideración del Tribunal motivos hábiles en derecho, en su conexión con los datos fácticos que deben sustentarlos, para acceder a la pretensión deducida, en primer término, por la parte apelante, en cuanto la escasa prueba incorporada a los autos lo único que pone de manifiesto es la falta de relaciones del actor con el hijo común, pero no las causas de dicha situación, que cada parte imputa a la conducta, ya de impedimento u obstaculización, ya de dejación, del otro progenitor, sin que tales diferencias de punto de vista hayan sido esclarecidas en el curso de la litis, en ninguna de sus instancias; en cualquier caso, el actor, a través de la relación entablada, muestra una decidida voluntad de afrontar de futuro aquellos deberes que, hasta el presente, no habían encontrado el necesario cumplimiento, sin que consten motivaciones, cual las expuestas por la apelante, ajenas a la propia naturaleza y finalidad de la relación paterno-filial, ni tampoco acreditado que las situaciones que ello ha de comportar se ofrezcan a tenor de lo actuado, como un factor de riesgo para quien debe ser protegido en sus legítimos intereses, por encima de los antagonismos de sus procreadores. En consecuencia, y habiéndose atribuido en la sentencia de instancia, el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre, en cumplimiento de lo al respecto prevenido en el último párrafo del artículo 156 del Código Civil, extremo este que ambas partes asumen, no se aprecia, sin embargo, por la Sala circunstancias de especial gravedad que impongan o aconsejen el excluir al otro progenitor de la titularidad de la patria potestad...»

El Informe del Ministerio Fiscal pone de relieve, asimismo, la ausencia de razones, en el plano de relaciones afectivas y de tipo psicológico, que desaconsejen el contacto paterno-filial, siendo, en cambio, adecuado ofrecer, de cara al futuro, al menor la posibilidad de tener una relación con la figura parental.

Me interesa destacar los Fundamentos Jurídicos de esta Sentencia, al expresar que «la patria potestad de la prole actúa como derecho inherente de la paternidad u maternidad y, en nuestro ámbito, tiene indudable carácter de función tutelar que la configura como institución a favor de los hijos, así lo dice el referido artículo 14, y lo tiene declarado la jurisprudencia desde antiguo (...).»

«La protección a cargo de la familia, que impone la condición de menor, conforme declara el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966), y que refiere el artículo 39.3 de la Constitución, en su vertiente obligatoria de derecho-función, llevó al legislador a la procura de un ejercicio correcto de la patria potestad, y evitar que pudiera resultar contrario a los intereses de los hijos, por ello el artículo 170 del Código Civil establece que se pueda privar total o parcialmente de su potestad a los progenitores mediante sentencia civil, que ha de fundarse en incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, lo que ha de presentarse plenamente probado (Sentencia de 6 de julio de 1996). Se trata de una declaración genérica al no precisar el Código las conductas determinantes de tal sanción, por lo que los Tribunales, en cada caso concreto, han de decidir el alcance de los incumplimientos, midiendo su gravedad y también su reiteración».

«En el caso que nos ocupa desarrolla el motivo que el demandante ha dejado de cumplir sus deberes de padre, pues al poco tiempo del nacimiento del menor (10 de enero de 1992) abandonó el hogar que compartía con la recurrente y se despreocupó de su hijo, sin que mantuviera relación física y menos afectiva alguna, lo que si bien resulta cierto, ha de interpretarse no con la crudeza que objetivamente parece presentar de momento tal hecho, sino ponderando las circunstancias, efectos y consecuencias de las conductas, en proyección al mejor y mayor bien del niño, lo que con notable acierto llevó a cabo el Juez de 1.ª Instancia y el Tribunal de Apelación, pues, ya el hecho de la ruptura y acaparamiento del hijo por la madre, lo que ha de elogiarse, toda vez que fue quien lo atendió y cuidó, evidentemente no se presentaba como situación que favoreciera, aunque no la imposibilitara, la asistencia y relación del padre con su hijo».

«Se trata, por tanto, de concurrir alejamiento temporal con imprecisión de las causas que instauraron esa situación. Tampoco se probó que la reanudación pretendida de la relación padre-hijo se presentase como de riesgo para el menor, pues, al contrario, con las medidas de comunicaciones controladas y progresivas que la sentencia establece, se viene a propiciar una efectiva recuperación del tiempo perdido».

«Es humano y de tener en cuenta que el padre trate de romper el aislamiento mantenido y superar la separación precedente, lo que pone de manifiesto el ejercicio de la acción enjuiciada, no constando otras motivaciones o intereses espurios. En resumen, no se aprecian motivos ni causas intensas graves para no otorgar al padre la titularidad de la patria potestad del hijo conjuntamente con la recurrente».

«El derecho de los hijos a conocer y relacionarse con sus progenitores y la continuación de estas relaciones en el futuro, a medida que resulten más frecuentes y faciliten el conocimiento mutuo, no se puede predecir y en todo caso el hijo en su momento es quien debe de decidir, pero no se puede privar ni negar al demandante de principio, con los datos que integran el *factum* del pleito, la oportunidad, de acuerdo a la legalidad, de poder ejercer como padre, y cumplir los deberes que como tal le corresponden».

«La despreocupación y alejamiento temporal al menos externo y formal, sin perjuicio de la concurrencia de posibles desavenencias con la madre, no constituye causa suficiente para decretar la privación de la patria potestad, ya que tampoco estamos ante un supuesto de desamparo total al menor (...), razones todas suficientes para el rechazo del motivo.»

La Sentencia hace referencia, asimismo, al artículo 160 del Código Civil, que establece el derecho del padre, o de la madre, para relacionarse con sus hijos, aunque no ejerzan la patria potestad. Es un precepto de carácter imperativo, al declarar que no podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales, autorizando a los Jueces a resolver según lo que sea más conveniente para el hijo menor. Recordemos que el principio del *favor filii* ha de estar presente siempre en el entorno de las relaciones familiares.

A juicio de Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI⁹, el desinterés por el hijo menor es un problema en el que hay que entrar a valorar el daño o peligro –riesgo, diría yo, en algunos casos– para el desarrollo del menor. Y, hay que añadir, desde mi punto de vista, para el libre desenvolvimiento de su personalidad, de su carácter y de su forma de vida y de cara a afrontar la existencia una vez que sea mayor de edad.

Desde el punto de vista del progenitor no conviviente, los deberes, básicamente, se ciñen a prestar alimentos y visitar al hijo menor de edad.

En nuestro país, la Jurisprudencia ha mantenido que no existe base, en estos supuestos, para privar al progenitor de la patria potestad, razonándose en el sentido de que esa medida, tan drástica y grave, no va a suponer para el menor beneficio alguno, y el rechazo que produce como medida meramente punitiva.

Veamos, a este respecto, algunas Sentencias que son interesantes y expresivas de lo que vengo diciendo: La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004 denegó la privación de la patria potestad que la madre solicitaba. El supuesto se recondujo a un padre que, desde el nacimiento del hijo y hasta que éste hubo cumplido 10 años de edad, no se interesó por él. En ese momento, el progenitor reclamó sus derechos sobre el menor, pidió régimen de visitas y ofreció pagar alimentos.

La Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de diciembre de 2005 rechazó, asimismo, privar de la patria potestad al padre que no pagó pensión alguna ni visitó a su hijo. La Sentencia razonó la denegación solicitada por la madre afirmando que el mantenimiento de la patria potestad en el progenitor incumplidor no era perjudicial para el hijo y, en consecuencia, la medida no era necesaria en función de su interés.

He podido consultar Sentencias en las que, al contrario de la tesis mantenida por las citadas *supra*, se priva de la patria potestad al progenitor que ha incumplido con sus deberes para con el hijo. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 10 de noviembre de 2005, declaró que «... la privación de la patria potestad en nuestro ordenamiento jurídico (penal o civil) está contemplada como una sanción por el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. El artículo 170, en este sentido, establece claramente que el padre puede ser privado de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, que están recogidos en el artículo 154 del Código Civil. En igual sentido el artículo 92 del Código Civil prevé la privación de la patria potestad en los casos de crisis matrimonial (como puede ser éste), cuando se revele causa para ello.

9. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga: *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona, 2006.

«Que la patria potestad puede ser privada por el simple incumplimiento grave de los deberes que están incluidos en aquélla se observa diáfanoamente en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 11 de octubre de 2004 (...), que tiene una base fáctica similar a la contemplada en este proceso, puesto que en aquélla se señala que “desde hace varios años, más de seis en la actualidad, el citado padre biológico no ha visto a su hija, hasta el punto de que no cree que le reconozca si le ve; igualmente, desde enero de 1992 no se ha preocupado de la alimentación y sustento de su hija...”

Igualmente indica, en lo que nos interesa, que “ha incumplido gravísimamente sus deberes familiares, en forma tal que se hace acreedor a la privación por vía de sanción de la patria potestad que comparte hasta ahora con la madre de su hija...”»

Es importante reseñar que esta Sentencia prosigue su argumentación señalando que estas circunstancias citadas debían llevar, además, a denegar el ejercicio de cualquier derecho de visita a la hija, incongruente con su actitud de desinterés hacia ella, cuyo derecho a relacionarse con la menor sólo está justificado por el bien que a ésta pudiera reportar, no estimándose en absoluto beneficiosa en las actuales circunstancias esa relación.

Es decir, esta Sentencia llega, con argumentos similares a la anterior, a unas conclusiones opuestas por lo que respecta a la problemática que plantea, en esta sede, tanto el beneficio o interés del hijo menor de edad, como el propio derecho que tiene el progenitor de relacionarse con aquél. Así, se puede constatar que la Sentencia declara que la sanción de privación del derecho de relacionarse con el menor por parte del progenitor tiene un fundamento, implícito, cual es la protección del interés del hijo, porque hay que entender que un padre, o una madre, que no han cumplido sus deberes, se muestran como una persona perjudicial para el niño, al resultarle como una persona prácticamente extraña, que no guarda el sustento básico de las relaciones familiares, que es el afecto, el cariño, el amor paterno-filial. Afirma la Sentencia –que estimo que afronta una meritoria ponderación de los intereses en juego– que sólo en supuestos excepcionales, especialmente vinculados al incumplimiento no imputable o justificable, podría entenderse que un incumplimiento grave, o reiterado, de aquellos deberes no provocaría, al mismo tiempo, un perjuicio para la relación padre-hijo, siendo entonces lo más beneficioso para el niño la ruptura de ese vínculo paterno o materno.

En otras palabras, se afirma que sólo cuando el incumplimiento es imputable al progenitor incumplidor, cabría la privación de la patria potestad. Pero, en otros supuestos, no cabría esa privación.

Aunque, a primera vista, el argumento pueda parecer correcto, cabe hacer una matización: si el progenitor incumple sus deberes paterno-filiales por culpa del otro progenitor, es decir, de manera justificada y no imputable, no cabría privarle de la patria potestad, pero es que, en este supuesto, hay que añadir que tal incumplimiento no sería tal, y no cabría, por tanto, hablar de progenitor incumplidor.

En los demás supuestos, es decir, cuando el progenitor, sin causa justificada, hace dejación de los deberes para con su hijo menor, entonces sí cabría la privación de la patria potestad. Estaríamos ante el supuesto de un progenitor incumplidor.

La Sentencia apunta que, en el supuesto debatido, objeto de la litis, los niños tenían 8 o 9 años, el mayor de ellos, y el pequeño entre 5 y 6 años, respectivamente, es decir, unas

edades aún tempranas, por lo que el recuerdo que puedan tener de su padre es más bien remoto. El progenitor había dejado de abonar las pensiones alimenticias pactadas y no había cumplido ninguno de los deberes previstos en el artículo 154 del Código Civil.

El progenitor, incumplidor de sus deberes como tal, insistió, en varias ocasiones, en que la Juzgadora no había concretado cuál era el interés de los hijos menores en privarle de la patria potestad. La Sentencia razona, afirmando que, ante el grave y reiterado incumplimiento del deber de visitas y comunicación, así como de los otros deberes previstos en el artículo 154 del Código Civil, y teniendo en cuenta el fundamento implícito de la sanción de la privación, había que reprochar al recurrente que no hubiera explicitado en qué beneficia a los hijos menores la continuación de esa patria potestad y el régimen de comunicación.

Hay que resaltar que el progenitor vivía muy distante de los hijos menores, pero, en cualquier caso, aunque la comunicación no fuera fácil precisamente, durante cuatro años no hubo ninguna relación interpersonal entre progenitor e hijos.

No se aporta causa alguna de justificación para el incumplimiento de alimentar a los hijos menores, no se ha preocupado de velar por ellos, ni de educarles, ni, por supuesto, de procurarles una formación integral.

Desde mi punto de vista, en este supuesto, no se aprecia cuál pueda ser el interés, o beneficio, del hijo menor con respecto a que el progenitor siga ostentando la patria potestad. La patria potestad, como ya ha quedado analizado, es una función, un derecho-deber. Pero, en cuanto expresión de un deber, en el supuesto en concreto que estoy analizando, no se ha cumplido ninguno de los deberes establecidos en el artículo 154 del Código Civil. De modo que puede afirmarse que el progenitor sólo lo era de nombre, no por su actuación. ¿Beneficia esta circunstancia en algo a los hijos menores de edad? ¿Es el hecho de seguir ostentando el progenitor la patria potestad un beneficio para estos hijos?

Estimo que, tras los planteamientos inicialmente establecidos, no lo es. La Sentencia también lo estimó así, afirmando que, aunque el deber de alimentos subsiste, dadas las circunstancias del supuesto, el progenitor sería una persona desconocida o extraña para estos menores, no constatándose ningún beneficio o interés en la continuación de la patria potestad.

Yo añado además lo siguiente: la continuación de la patria potestad en la persona del progenitor no añade ningún beneficio a los hijos menores, puesto que no la ejerce como tal, al hacer dejación de los deberes que le son impuestos por el Ordenamiento Jurídico-Civil y, por tanto, su privación estaría más que justificada, no pudiéndose amparar el progenitor en unos derechos como padre que ha perdido al no asumir los deberes correspondientes.

Otras Sentencias de las Audiencias Provinciales también han entendido que la privación de la patria potestad al progenitor incumplidor del deber de relacionarse con sus hijos menores era una medida que no tenía por qué ser perjudicial o dañina para éstos.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 1 de julio de 1992 es muy expresiva a este respecto, subrayando que «por una menor afectividad no procede privar de la patria potestad a ningún padre, pero sí cuando ella es la exteriorización de un incumplimiento

grave o reiterado de los deberes paterno-filiales, siendo aquella la sanción prevista en el artículo 170 del Código Civil. Los padres están obligados, y ése es el contenido de la patria potestad, que ha de ejercitarse en interés de los hijos, a velar por ellos, teniéndolos en su compañía, alimentándolos, educándolos y procurándoles una formación integral (...), cuando los padres están separados, en interés del menor y para mantener los vínculos, no sólo con el que no tiene la guarda y custodia, sino con la familia del mismo, el artículo 94 del Código Civil establece con carácter imperativo el derecho de aquel con el que no convive a visitarlo y comunicar con él. En este caso concreto, tras la separación, la recurrente no ha tenido nada más que dos contactos ocasionales sin que la misma haya acreditado que ello fuera imputable a causas ajenas a su voluntad, aunque sí alegó las dificultades provocadas por el señor T. y a haber estado enferma, sin embargo nada de ello se ha acreditado (...) La falta de relación personal entre la madre y el hijo no ha sido justificada por aquélla, pero es que, además, no consta que tuviera contactos de otro tipo, ni que se ocupara de su educación, por tanto, el incumplimiento de sus deberes es sólo a ella imputable.»

Idéntico criterio mantiene la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 21 de mayo de 1996 al acordar la privación de la patria potestad al progenitor que incumplió sus deberes, constandingo acreditado, a tenor de lo confesado por el propio demandado, que éste no había visitado a su hija durante cuatro años, constandingo, asimismo, la existencia de un documento por el que aquél renuncia a su derecho a visitar a su hija a cambio de que la actora renunciara igualmente a reclamarle el pago de pensiones.

El interés, o beneficio, del hijo menor aparece como un principio o valor esencial en muchas de las Sentencias relativas a este tema. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 25 de julio de 1996 que acordó la privación de la patria potestad al progenitor, en defensa del superior interés de la hija menor de edad, nacida el 10 de noviembre de 1990, porque, tal como declaró la Sentencia, «se acredita, revisada la prueba, cómo el demandante, a partir del mes de enero de 1991, se desentendió de su hija, no cumpliendo con sus deberes ni ejerciendo derechos que hoy reclama.»

En esta última Sentencia citada, sin duda tuvo relevancia la actitud de la menor, que fue explorada y que manifestó no conocer al actor, identificando, en cambio, a la pareja sentimental de su madre con la figura paterna.

Un amplio sector jurisprudencial, en nuestro país, mantiene, sin embargo, una interpretación restrictiva de las causas de privación de la patria potestad y, en concreto, de la fundada en el incumplimiento de deberes. En este sentido, la Sentencia de 6 de julio de 1996, entrando a resolver un supuesto en el que la madre alegaba infracción de los artículos 170 y 154 del Código Civil, al haber incumplido el progenitor los deberes inherentes a la patria potestad con respecto a su hijo —no le había visitado, ni contactado con el menor en los últimos años, ni le había prestado alimentos, agregando que el estado de inestabilidad psicológica del progenitor podía perjudicar el estado del hijo, su bienestar emocional—.

El Tribunal Supremo, en su Fundamento Jurídico Cuarto, razona declarando que

«... el artículo 170 del Código Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se

pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma, incumplimiento que, según declaran las coincidentes sentencias de la instancia, no se ha probado en el presente supuesto litigioso, pues si el menor ha vivido siempre en compañía de la madre, incluso en ciudad distinta que la de residencia del padre, no ha sido posible que éste pudiera (...) “desarrollar en condiciones de normalidad, las funciones tuitivas, los deberes y las facultades que la patria potestad entraña”, sin que, por otra parte, la falta de prestación económica para alimentos del menor, atendidas las circunstancias especiales de este caso (en que la madre tiene un importante puesto profesional), pueda ser, por sí sola, causa suficiente para privarle de la patria potestad, máxime cuando la madre, como declara probado las sentencia recurrida, “nunca ha reclamado alimentos para el hijo común”, a lo que ha de agregarse que la referida sentencia también declara probado que “el padre ha iniciado diversos expedientes de jurisdicción voluntaria encaminados a conseguir hacer efectivas facultades integradas en la patria potestad, lo que no ha logrado debido a la oposición materna que provocó el sobreesimiento de los mismos; ello es expresivo de una voluntad del padre contraria a la ruptura de las relaciones con su hijo”, declarando, por último, la repetida sentencia, que aquí se recurre, que no aparece acreditado que la falta de comunicación del padre con el hijo “haya obedecido a causas imputables de manera exclusiva al propio padre como sostiene la madre recurrente...”»

Como regla general, se observa, a lo largo de las Sentencias que he tenido ocasión de consultar y analizar, que no se priva al progenitor incumplidor de sus deberes de la patria potestad siempre que éste haya mostrado algún interés hacia el hijo menor, o haya hecho intentos, aunque éstos sean frustrados, de comunicarse y tener relación con él, teniendo en cuenta un factor importante: siempre que el otro progenitor ponga obstáculos, trabas o impedimentos a su ex consorte en el sentido de no facilitarle la comunicación o relación personal con el hijo menor, la Jurisprudencia va a ser reacia a privar, en estos casos, de la patria potestad, porque entiende que el progenitor incumplidor lo ha sido no por propia voluntad o libremente, sino debido a la coacción o presión del otro.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2004 entró a resolver el recurso interpuesto por un progenitor, que había sido privado de la patria potestad de la hija en base a los artículos 170, 156 y 154 del Código Civil, referente al derecho de relacionarse con los hijos que tienen los progenitores. El Ministerio Fiscal informó emitiendo dictamen en el que señalaba que el progenitor había incumplido gravísimamente sus deberes familiares, en forma tal que se hacía acreedor a la privación por vía de sanción, debiendo esta circunstancia llevarle a la denegación del ejercicio de cualquier derecho de visita a la hija, incongruente con su actitud de franco desinterés hacia ella, cuyo derecho a relacionarse con la menor sólo está justificado por el bien que a ésta pudiera reportarle, no estimándose en absoluto beneficiosa en las actuales circunstancias esa relación. El Ministerio Fiscal, en su elaborada exposición, a mi juicio con gran agudeza, señalaba que no sólo había que tener en cuenta la desidia y desgana hacia la relación con la hija, que se desprende de la actitud absolutamente incumplidora de sus deberes de progenitor, sino, además, la futilidad de los argumentos que ha venido dando para justificar no ir a ver a su hija –la altura del muro del colegio–, lo que, desde mi punto de vista, resulta caprichoso e incoherente.

El Tribunal Supremo, en este último supuesto citado, resolvió privar de la patria potestad al padre, a tenor de su comportamiento hacia su hija, en el sentido que, desde el día en que ésta nació, los únicos deberes que ha probado haber cumplido son el pago de unas mensualidades de pensión, y ello debido a que la madre tuvo que reclamarle judicialmente

alimentos para su hija, afirmando que «la consideración del incumplimiento especificado como grave no impide el control previsto en el artículo 158 del Código Civil, reiterado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (protección jurídica del menor), ni el derecho del menor a ser oído, ni a su información adecuada, debiendo buscarse su desarrollo integral, de acuerdo con su personalidad, ni las prestaciones alimenticias impuestas al padre que contempla el artículo 110 del Código Civil, que trascienden a la patria potestad y función familiar, todo ello conforme a las previsiones contenidas en su artículo 39 de la Constitución Española, de manera que tampoco resultará inútil recordar la protección familiar contenida en los artículos 226 y 228 del Código Penal de 1995, nada de lo cual impedirá en el futuro que, en beneficio o interés de la hija, puedan los Tribunales acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieren cesado las causas que motivaron la privación (...)»

A la vista de las Sentencias analizadas y comentadas, es oportuno resaltar que, en aquellos supuestos en los que, efectivamente, se produce una ausencia de relación de uno de los progenitores con su hijo menor de edad (o hijos), sin que el otro consorte haya forzado, de alguna forma, o intervenido de modo negativo para que esta relación tuviera lugar normalmente, hay que concluir que, en beneficio, o interés, del hijo menor, lo más conveniente será privar a dicho progenitor incumplidor, de manera voluntaria, libre, de sus obligaciones para con su hijo (o hijos).

Si se apela al interés del menor, hay que apelar en consecuencia a una situación que, a todas luces, será manifiesta: el hijo no sabrá quién es su padre (o madre), porque no identificará al progenitor con la figura paterna (o materna, en su caso). Naturalmente, siempre cabe que el progenitor incumplidor asuma sus deberes como padre (o madre). Y, cuando esto suceda, cabe la rehabilitación de la patria potestad. Pero, mientras la situación sea omisiva, es decir, haya una ausencia de relación, de contacto personal del progenitor con el hijo (o hijos) menor de edad, evidenciando ello una despreocupación, un desinterés, estimo que la respuesta del Ordenamiento Jurídico-Civil ha de ser la privación de la patria potestad en cuanto que ésta debe ser siempre una función, un derecho-deber, en beneficio del hijo.

Revista de Derecho de

familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA: Tomo IV

“La modificación y extinción de las medidas: Aspectos sustantivos y procesales”

Editorial Lex Nova publica el tomo IV de la colección *Tratado de Derecho de Familia* cuyo autor es Antonio Javier PÉREZ MARTÍN. Este volumen que se une a los anteriormente publicados (Procedimiento contencioso Vol. 1 y 2, y Ejecución de sentencias) está dedicado con carácter exclusivo al estudio de la modificación y extinción de las medidas que se adoptan en los procedimientos matrimoniales y de uniones de hecho.

Las relaciones humanas y económicas son tan cambiantes que lo que hoy parece inalterable, estático o imposible de modificar, mañana tiene una distinta configuración.

Las medidas que se acuerdan en los procedimientos matrimoniales y de regulación de parejas de hecho, aunque nacen con vocación de permanencia no se quedan estáticas en el tiempo, y conforme van pasando los años, se producen hechos que modifican o alteran las circunstancias que concurrían cuando se adoptaron las medidas. Estos hechos exigen que se valore la situación actual y se adapten las medidas a las circunstancias personales y económicas que concurren en el presente.

Como la modificación debe atender a parámetros objetivos, el legislador y la jurisprudencia han ido perfilando los requisitos que deben concurrir en toda demanda de modificación para que pueda ser estimada: a) Que los hechos en los que se base la demanda se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas; b) Que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida; c) Que el cambio de circunstancias sea permanente, o al menos que no obedezca a una situación de carácter transitorio; d) Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del cónyuge que solicita la modificación y e) Que se acredite en forma por el cónyuge que solicita la modificación el cambio de circunstancias.

La peculiaridad de cada una de las medidas que se adoptan en los procedimientos matrimoniales justifica que, después de analizar detalladamente los aspectos procesales de la modificación de medidas, se dedique en la obra un tema a cada una de ellas.

La primera medida que se analiza es la patria potestad, medida que tiene fecha de caducidad ya que conforme los hijos van alcanzando la mayoría de edad desaparece la labor tuitiva de los padres, si bien hasta que ello acontezca, pueden producirse hechos que exijan una alteración del pronunciamiento de la sentencia relativo a la misma, bien porque exista motivo para privar a uno de los progenitores de su titularidad o del ejercicio, o bien porque, habiendo cesado las causas que provocaron la privación, se solicite la recuperación de la patria potestad.

El tema tercero está dedicado a la modificación de la guarda y custodia. Este tipo de acción, junto con las modificaciones de las medidas de carácter económico constituye el objeto de la mayoría de los procedimientos de modificación que se tramitan ante nuestros tribunales. Después de los requisitos generales que son necesarios para que proceda la

modificación, se abordan los posibles supuestos que pueden darse en la práctica, es decir, el cambio de custodia a favor del otro progenitor, el cambio a la custodia compartida o de la custodia compartida a la custodia de un solo progenitor, y el reparto de la custodia de los hijos entre ambos progenitores.

Las modificaciones que afectan al régimen de visitas constituyen el núcleo del tema cuarto. Estas modificaciones pueden estar dirigidas bien a la ampliación de las visitas, e incluso a la fijación de un régimen si en la anterior sentencia no se determinó, o bien a la reducción de las visitas, y en el peor de los casos a la suspensión de toda relación paterno filial cuando se acredite que las visitas son perjudiciales para los hijos. Además, también se estudian las peticiones que tienen por objeto la modificación de las condiciones en que se llevan a efecto las visitas.

El tema quinto aborda el complicado tema de la modificación y extinción de la medida relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar. El objeto de estos procedimientos de modificación puede ser múltiple, así, por ejemplo, puede solicitarse la atribución del uso de la vivienda familiar cuando inicialmente no se hizo pronunciamiento alguno al respecto, o cuando se atribuyó a un cónyuge o progenitor y posteriormente se alteran las circunstancias de tal forma que cambia el interés más necesitado de protección y se solicita una modificación en la atribución. También es factible que el procedimiento de modificación se inste para cambiar las condiciones de uso del inmueble solicitando, por ejemplo, la limitación temporal cuando los hijos han alcanzado independencia económica. Por lo que respecta a la extinción del uso de la vivienda las causas o motivos que lo justifican pueden estar en relación con el contenido de las cláusulas del convenio regulador; por la falta de uso de la vivienda; por la independencia económica de los hijos a los que se les atribuyó el uso de la vivienda familiar; por desaparecer el interés más necesitado de protección; por la convivencia de un tercero en el domicilio familiar, etc. Junto a estas cuestiones también deben analizarse las consecuencias que la liquidación de la sociedad de gananciales o la división de la cosa común tienen en la atribución del uso de la vivienda familiar. Por último, estudian las acciones emprendidas por los propietarios del inmueble que son terceros a la litis matrimonial o de pareja contra los ocupantes del mismo.

Las causas de aumento, reducción y extinción de la pensión alimenticia constituye el centro de atención en el tema sexto. Con minuciosidad se analizan todas las circunstancias que inciden en este tipo de acciones abordando las dos perspectivas que inciden en la pensión, de un lado las variaciones en las necesidades de los hijos y de otro las alteraciones de fortuna de los progenitores.

Por último, el tema séptimo se dedica a la pensión compensatoria, comenzando con la problemática que afecta a las peticiones de aumento de la cuantía, pasando a continuación a los supuestos en que se solicita la reducción de su cuantía por alteraciones en la fortuna de los cónyuges, y se finaliza con el estudio de las causas de extinción de la pensión.

Como ya es habitual en los volúmenes de esta colección, cada uno de los temas se inicia con unos detallados comentarios prácticos a los que les sigue una amplia selección de jurisprudencia que, en este caso, hemos potenciado teniendo en cuenta las acciones que se ejercitan en este tipo de procedimientos y lo específico de cada uno de los supuestos que llevan a las partes a la presentación de una demanda de modificación de medidas. Tras la jurisprudencia se incluyen los casos prácticos y los formularios que ayudan a dar una visión más práctica a todas las cuestiones jurídicas que son objeto de estudio en este volumen.

LEXFAMILY.ES: La Revista Digital de Derecho de familia.

Desde primeros de septiembre de 2007 y en la dirección www.lexfamily.es está disponible en internet la primera *Revista Digital de Derecho de Familia*. Esta publicación digital pretende ser un punto de encuentro para todos los profesionales del derecho que se dedican al Derecho de Familia.

El contenido de la página está estructurado en diversas secciones: Opinión, Actualidad, Jurisprudencia, Cálculo de pensión alimenticia, Sección Práctica, Abogados de Familia, No todo es Derecho y un Blog para el foro abierto.

Actualmente, el acceso a todas las secciones, tiene carácter gratuito.

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	2,5	2,6	2,7

**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)**

600	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
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

AVANCES JURISPRUDENCIALES

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.

PATRIA POTESTAD

Aunque se atribuye a los abuelos la custodia de los menores no procede otorgarles las funciones de la patria potestad al no haberse acordado la privación de la misma a su madre.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2007.

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 I.ª, Sentencia de 20 de abril de 2007.

Responsabilidad del Ayuntamiento y de la entidad aseguradora por las lesiones sufridas por un menor al caerle encima de la cara la portería, no anclada en el pavimento, en cuyo larguero se había colgado con los brazos con ocasión de hallarse jugando al fútbol.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 13 de junio de 2007.

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.

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.

A pesar de haberse puesto de manifiesto en esta alzada que el hijo mayor de edad que vivía con el padre desde el cese de la convivencia familiar ha pasado a vivir, durante la sustanciación de la apelación, con la madre, no constan en las actuaciones datos objetivos que aconsejen el cambio de la guarda y custodia del otro hijo del padre a la madre, ni ello se deriva tampoco del informe emitido por el Equipo de Asesoramiento Técnico Civil.

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

Cuando se produjo la separación el menor continuó en compañía de la madre que es quien presenta mayor disponibilidad en relación con las circunstancias específicas del mismo y por ello procede atribuirle a aquélla su custodia.

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

La Sala considera más beneficioso para la hija otorgar la custodia al padre, ya que si continúa con la madre, la hija se verá privada de su padre, como de forma incomprensible y reiterada ha hecho la misma, hasta el punto de preferir que la hija esté sin padre ni madre desde hace meses, concretamente desde enero de este año, escondida con alguna persona, pero sin la presencia tan fundamental de los padres, desoyendo y desobedeciendo las decisiones judiciales de la instancia, tanto en el orden civil como penal.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2007.

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.

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 vayan normalizando las relaciones padre e hija.

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

Teniendo en cuenta que la menor 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.

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

Ya que el padre dispone de vehículo propio, se acuerda que sea el encargado de llevar y traer a la menor para que tenga lugar el régimen de visitas fijado a favor de la abuela que carece de vehículo.

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

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.

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 alte-

ración 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.

Dada la falta de relación paterno-filial y la visión negativa que la hija tiene del padre se establece un régimen de visitas restrictivo que irá ampliándose de forma gradual.

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

La residencia de los hijos del matrimonio en el domicilio familiar, ubicado en Barcelona, junto con la madre que ejerce la custodia y la residencia del padre en la localidad de Sitges, hace inviable la pretensión del padre de llevar a los hijos al colegio todos los días por la mañana, sin perjuicio de que avise a la madre en el supuesto de no poder hacerlo.

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

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

El título por el que el hijo ocupaba la vivienda no puede ser modificado por el hecho de que una sentencia de separación judicial le atribuya el uso de la vivienda familiar a la esposa, pues si con anterioridad a esta resolución, el hijo, nuera y nieto, la venían ocupando en precario, no puede ser alterada la naturaleza de la ocupación por una resolución judicial ajena al propietario.

AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 1 de marzo de 2007.

Aunque en un proceso anterior se dejó sin efecto la atribución del uso de la vivienda, procede, ante una alteración sustancial de circunstancias, que se reponga dicha atribución de uso a favor de la esposa e hija: en su día dicho domicilio quedó deshabitado, pues el hijo se trasladó a vivir con el padre y la hija se marchó con la madre a otra ciudad para evitar la situación de riesgo al consumo de estupefacientes en que había incurrido el otro hijo. En la actualidad, la hija manifestó su deseo de volver a su antiguo domicilio, en el que reside junto a la madre y donde ha venido cursando sus estudios, debiendo reponerse tal derecho de uso.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 7 de marzo de 2007.

Si en el proceso de separación se impuso al esposo la obligación de abonar la totalidad del préstamo hipotecario, no procede en el divorcio, acceder a la petición de que tales cuotas sean abonadas al 50% por ambos cónyuges: la capacidad económica del esposo es muy superior a la de la esposa, e incluso es superior a la que tenía al momento en que se adoptó la medida, por lo que no se aprecia alteración sustancial que justifique tal petición.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2007.

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.

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.

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

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.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No puede fijarse en un procedimiento matrimonial una pensión alimenticia para una hija que cuenta con 27 años y por propia decisión se independizó marchando del hogar para pasar a convivir durante varios años con su novio, de cuya relación ha tenido un hijo, realizando trabajos temporales.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2007.

Los términos literales del artículo 93 del CC compelen al Juez a fijar en todo caso la pensión alimenticia, y ello con independencia de que el padre transitoriamente se encuentre en prisión.

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

Aunque la hija percibe 411 euros mensuales por un trabajo a media jornada, habiéndose acreditado que continúa con los estudios universitarios no procede extinguir la pensión, aunque sí rebajar su cuantía.

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

Cuando se tramitó la separación la esposa se encontraba en situación de desempleo. En la actualidad trabajaba como cajera de un supermercado, además de haber dejado de residir en el inmueble que ocupaba para hacerlo con su propio padre, viendo así cubiertas sus necesidades de vivienda y las propias del hijo común de las partes. Tales circunstancias determinan que aquélla puede contribuir en forma directa a las necesidades alimenticias del hijo común, lo que ha de ser tenido en cuenta para reducir la cuantía de la pensión alimenticia que abona el progenitor no custodio.

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

Resulta acreditado un cambio sustancial de circunstancias que autoriza la reducción de la pensión alimenticia, ya que con motivo de la jubilación el padre percibirá unos ingresos de 960 euros, siendo imposible abonar una pensión alimenticia de 600 euros.

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

No cabe entender como gastos extraordinarios los de matrícula y material usual de estudios, claramente encuadrables en el concepto de gasto ordinario y, por lo tanto, dentro de la pensión de alimentos. Lo mismo es de entender respecto de los medicamentos de problemas de salud crónicos, en cuanto forman parte de los gastos usuales.

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

Salvo pacto expreso, no tienen la consideración de gastos extraordinarios ni los costos del baile, inglés, básquet que realizan los hijos como actividades extraescolares, pues éstas (al igual que el montante a que ascienden los libros, material escolar, comedor del colegio, excursiones y colonias escolares, etc.) tienen la consideración de gastos de formación.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 7 de junio de 2007.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede fijar limitación temporal a la pensión compensatoria de la esposa que, por su condición de minusválida, sólo ha logrado un contrato a tiempo parcial con un salario mensual de 500 euros: sus condiciones precarias de salud y su desvinculación durante años del mundo laboral hacen presumibles sus dificultades para obtener un trabajo fijo y estable que mejore sus actuales condiciones laborales. Análisis de los requisitos para la limitación temporal: se requiere apreciar una potencialidad real para desenvolverse autónomamente, que es ajena al futurismo o adivinación.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2007.

No existen impedimentos serios para que a un plazo medio, que se estima en cinco años, la esposa pueda encontrar trabajo como de hecho ha acaecido recientemente de forma esporádica, siendo ésta una vía apropiada para la consolidación de su acceso al mercado laboral en dicho plazo, de manera que la limitación que ahora se establece, de un lado, es suficientemente amplia como para cumplir con el principio de solidaridad posconyugal a que obedece la pensión y, de otro, sirva de acicate para que procure por sus propios medios alcanzar aquella finalidad sin estar a expensas del obligado.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de marzo de 2007.

Se comparten plenamente por la Sala los argumentos de la Juez de instancia cuando afirma que la función compensatoria de la pensión concedida a la esposa, fruto de principios mínimos de solidaridad conyugal, tiene aún plena vigencia y justificación legal y moral, y que no puede suprimirse la misma por concurrir una relación incipiente. Esta relación incipiente no constituye hoy por hoy un proyecto de vida en común.

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

Tan sólo se constata una relación sentimental de la ex esposa que no llegó a cuajar ni a constituir una situación análoga a una convivencia *more uxorio*. Del informe de detectives practicado tan sólo se constatan, en los cinco días del seguimiento, las visitas de la tercera persona al domicilio de la demandada.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 21 de marzo de 2007.

Estamos ante una causa legal de extinción del derecho a la pensión compensatoria que debe operar de forma imperativa y automática una vez demostrada que la acreedora convive maritalmente con otra persona, y el simple hecho de que dicha relación se haya iniciado recientemente no le atribuye un carácter ocasional ni contradice su estabilidad.

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

El informe del detective revela que la demandada ha ampliado sus actividades de prestación de servicios domésticos, de tal forma que de las 5 o 6 horas de trabajo semanales, ha pasado a desarrollar tal actividad durante quince horas semanales, lo que le reporta unos ingresos men-

suales del orden de 540 euros mensuales, lo que justifica la reducción de la cuantía de la pensión compensatoria.

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

Teniendo en cuenta que durante la convivencia matrimonial la esposa estuvo trabajando y que cesó en el trabajo unos años antes del procedimiento de divorcio, se fija pensión compensatoria durante 3 años.

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

No procede fijar limitación temporal a la pensión compensatoria ya que la esposa no ha trabajado durante los dieciocho años de convivencia matrimonial en los que se ha dedicado al cuidado de la familia y del hogar. Actualmente vive con su hermana, con quien comparte los gastos de la vivienda, y con su hija. Su estado de salud le impide trabajar por ahora pues debe ser operada quirúrgicamente de las articulaciones de las extremidades superiores.

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

Este Tribunal no está de acuerdo con que la pensión compensatoria se abone de una sola vez pues si bien es correcto el argumento de que no puede tener la pensión un carácter indefinido parece más aconsejable graduarla por mensualidades y fijarle un límite temporal.

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

CUESTIONES PROCESALES

Apreciación de la caducidad de la instancia al haber transcurrido dos años desde la última actuación sin que la actora haya realizado ninguna alegación sobre el domicilio del demandado.

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

Inadmisión del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en un procedimiento de desahucio por precario al no acreditarse el interés casacional ya que las sentencias que cita en relación a que «es título suficiente para excluir el precario la sentencia matrimonial que atribuye el uso de la vivienda» se refieren a supuestos de hecho diferentes existiendo por tanto un artificioso interés casacional.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 20 de marzo de 2007.

Inadmisión del recurso de casación interpuesto en relación con la legitimación del progenitor para reclamar en un juicio verbal los alimentos de los hijos mayores que conviven con él, ya que dicha cuestión al ser estrictamente procesal debe canalizarse a través del recurso extraordinario por infracción procesal.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 20 de marzo de 2007.

Aun cuando en la grabación que se ha remitido a esta Sala el volumen de la voz de las partes y del testigo es bajo, ha sido suficiente para tomar conocimiento de lo declarado por ellos, máxime, cuando los Letrados, a quienes se les escucha perfectamente, repetían constantemente las respuestas que daban. Además ninguna indefensión podría habersele causado al demandado cuando su recurso versa únicamente en relación a la cuantía de la pensión alimenticia, y ésta se ha calculado atendiendo a datos que obran en las pruebas documentales.

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

Recurso extraordinario por infracción procesal en procedimiento de divorcio contencioso tramitado por razón de la materia. Se desestima la queja por cuanto no cabe presentación autónoma del recurso extraordinario por infracción procesal.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Auto de 27 de marzo de 2007.

Debe desestimarse la petición de nulidad de actuaciones por cuanto el Juez consideró que, en vista de lo actuado, no era necesaria la prueba pericial psicológica, sin que la parte protestase dicha decisión, ni se opusiera de otro modo a dicha decisión, no cabiendo por tanto alegarla en apelación.

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

Estimación del recurso de revisión al haberse acreditado que la ex esposa conocía perfectamente que el ex esposo, tras la separación, trasladó su residencia a Alemania y sin embargo, designó como domicilio el último domicilio que aquél tuvo en España.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2007.

CONVENIO REGULADOR

En el caso de autos no se ha alegado la concurrencia de ninguna causa de nulidad o vicio que determine la ineficacia del convenio. En el interrogatorio practicado al demandante, que es el que cuestione su eficacia, afirmó que ambos estaban de acuerdo con lo que firmaron, por lo que el acuerdo es válido y eficaz y condiciona el contenido de las medidas que ahora se pretenden como derivadas del divorcio, especialmente aquellas medidas de contenido patrimonial o económico que afectan a ambos litigantes.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 8 de febrero de 2007.

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.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

La reclamación del pago del IBI de inmuebles consorciales es una cuestión a dilucidar en el proceso de liquidación y no a través de ejecución de sentencia de divorcio, ya que en ésta nada se establece sobre el abono de tales tributos. No obstante, habiéndose avenido la esposa a abonar la mitad de la suma reclamada, procede aceptar tal abono en dicho trámite de ejecución.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 7 de marzo de 2007.

Desestimación de la reclamación de pensiones acordadas en el procedimiento de divorcio que se solicitan junto a la ejecución de las medidas de la separación.

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

La fecha a considerar a efectos de caducidad es la de presentación de la demanda, es decir, cuando se estampa el sello de Registro de entrada, sin que el requerimiento para aportación del testimonio de las sentencias, implique que se presentó con fecha posterior.

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

Desestimación de la causa de oposición basada en la existencia de un convenio extrajudicial habida cuenta que, siendo el objeto de reclamación la pensión alimenticia, sería ineficaz el pacto de transacción o compensación.

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

Debe admitirse como motivo de oposición al despacho de ejecución de resoluciones judiciales la pluspetición cuando se han reclamado por la ejecutante cantidades superiores a las que constan en el título ejecutivo, conceptos no debidos o plazos no vencidos.

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

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

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 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.

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.

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.

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.

Al apreciarse simulación en fraude de acreedores se acuerda la nulidad de las aportaciones de bienes inmuebles efectuadas por los cónyuges a una sociedad mercantil después de haberse constituido en fiadores solidarios en una operación crediticia.

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

Nulidad de compraventa otorgada por el marido una vez disuelta la sociedad de gananciales al faltar el consentimiento del otro cónyuge.

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

La circunstancia de que en un procedimiento de modificación de medidas se indicase que no existían deudas con terceros no implica que en la liquidación de la sociedad de gananciales no pueda discutirse la existencia o no de deudas.

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

Inexistencia de derecho de crédito de los cónyuges por las cantidades que aportaron para la adquisición de una vivienda antes de contraer matrimonio y que posteriormente vendieron y con su producto adquirieron una vivienda que ya tuvo carácter ganancial al adquirirse constante el matrimonio.

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

Cuando trata de la liquidación de la sociedad, el Código Civil no contempla una preferencia en la atribución de la vivienda conyugal a ninguno de los cónyuges y, mucho menos, prevé que deba aplicarse en este caso la regla del artículo 96 del CC, que exige la concurrencia de unas condiciones para atribuir el uso, no la propiedad, de la vivienda conyugal cuando los cónyuges se separen o divorcien.

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

A pesar de que en la escritura pública se hizo constar que el inmueble tenía carácter ganancial, el resto de pruebas practicadas lleva al tribunal a declarar que el mismo pertenece privativamente a la esposa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2007.

Para la adquisición de la vecindad civil por residencia no se computa el tiempo en que el esposo no tenía capacidad de obrar; la llamada emancipación tácita del antiguo artículo 160 del CC no alcanzaba a la esfera personal y no computaba para la adquisición de la vecindad civil. Al contraer matrimonio no había adquirido la vecindad catalana por residencia durante diez años y por tanto el régimen del matrimonio era el de gananciales.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de junio de 2007.

Carácter ganancial de la vivienda sin que pueda destruirse la presunción de ganancialidad por el hecho de que el dinero invertido en la adquisición provenga de un préstamo efectuado por un tercero, ya que éste tendrá derecho a que se le devuelva su importe pero el inmueble tendrá carácter ganancial.

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

Lo determinante para incluir en el activo de la sociedad de gananciales la indemnización por despido laboral de uno de los cónyuges es la fecha de percepción de la misma, esto es, antes o después de que se disuelva la sociedad.

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

La atribución del uso de la vivienda a los hijos comunes tendrá sus efectos en el momento de la valoración del inmueble a efectos de su venta en pública subasta en la que podrán participar licitadores extraños.

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

Responsabilidad de los bienes que se adjudicó la esposa al ser ineficaces las capitulaciones matrimoniales otorgadas después de que el esposo, de profesión comerciante, solicitase un crédito que fue afianzado por una tercera persona, siendo impagado dicho crédito y reclamando la avalista por vía de regreso.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de julio de 2007.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Habiéndose acreditado la existencia de malos tratos físicos por parte del padre de los menores que motivaron la intervención de la entidad pública y la constitución del acogimiento por los abuelos maternos, se declara el desamparo de los mismos al haber posibilitado la madre la convivencia de aquéllos con el padre.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de enero de 2007.

No cabe la constitución de la tutela sobre un menor de edad sujeto a la patria potestad de sus padres cuando éstos no han sido privados de la misma, sin perjuicio de que se constituya una guarda de hecho.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 23 de enero de 2007.

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.

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.

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.

DGRN, Resolución de 28 de junio de 2007.

FILIACIÓN

Apreciación de la caducidad de la acción de impugnación del reconocimiento de filiación paterna efectuado ante el Encargado del Registro Civil.

AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de febrero de 2007.

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.

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.

UNIONES DE HECHO

No se fija compensatoria al cesar la convivencia en una pareja de hecho que se prolongó durante ocho años toda vez que no hubo descendencia ni se ha acreditado una especial dedicación al hogar por parte de la solicitante.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de febrero de 2007.

El recurso de casación de los procedimientos relativos a las uniones de hecho en el que se ventilen cuestiones patrimoniales entre los convivientes debe canalizarse por el ordinal segundo del artículo 477.2 de la LEC, ya que el procedimiento fue tramitado por su cuantía y no en razón de la materia.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Auto de 27 de marzo 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 la misma. Al no haberse acreditado la legislación alemana se aplica la ley española.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 4 de julio de 2007.

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.

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.

CUESTIONES REGISTRALES

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 la misma relativas al divorcio de sus padres.

DGRN, Resolución de 8 de junio de 2007.

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.

DGRN, Resolución de 8 de junio de 2007.

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.

DGRN, Resolución de 20 de junio de 2007.

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.

DGRN, Resolución de 25 de junio de 2007.

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.

DGRN, Resolución de 27 de junio de 2007.

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.

DGRN, Resolución de 19 de julio de 2007.

SUCESIONES

No procede incluir en el caudal hereditario una cantidad por la utilización que una hija de uno de los herederos hizo durante años de la vivienda propiedad del difunto.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de junio de 2007.

Nulidad de las escrituras de compraventa efectuadas entre la abuela y unos nietos al haberse efectuado en fraude de los derechos legítimos, sin que pueda considerarse que se trata de donaciones encubiertas.

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

Procedencia de la colación de las donaciones efectuadas en vida por los padres aunque las mismas puedan imputarse a las legítimas de los donatarios y el exceso se incluya dentro del tercio de libre disposición.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de julio de 2007.

La herencia comprende todos los derechos del causante en el momento de su fallecimiento. Se incluye el derecho a percibir una indemnización por extinción de arrendamiento en virtud de expropiación ya iniciada.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de julio de 2007.

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.

Validez del contrato de renta vitalicia concertado entre los padres y un hijo, sin que sea obstáculo para ello que los padres se reservasen el derecho de uso y habitación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de junio de 2007.

No se concede la indemnización del artículo 41 del CF dado que durante el matrimonio la esposa trabajó en la empresa del marido y percibió un sueldo que no se ha acreditado que fuese insuficiente, además de que, todos los bienes que adquirieron constante la convivencia, lo fueron en comunidad al 50%.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 7 de junio de 2007.

Rescisión de compraventa de una parte de un inmueble efectuada entre padre e hijo. Insolvencia posterior del hijo para hacer frente a las deudas contraídas como fiador de la empresa de la que era socio y que se encuentra en suspensión de pagos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de junio 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.