

Revista de Derecho de familia

DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 35
abril-junio 2007

Director:
**Antonio Javier
Pérez Martín**

Sumario

Presentación	3
Índice	7
Estudios Doctrinales	23
Jurisprudencia	85
Resoluciones de la DGRN	233
Sección Práctica	253
Tribuna Abierta	267
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	275
Avances Jurisprudenciales	287

editorial

LEX NOVA

Revista de
**Derecho
de Familia**

© 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.

La indemnización del daño moral en las cuestiones familiares

En el año 1985, don Pedro y doña María contrajeron matrimonio, y de esta unión nacieron tres hijos: Anabel, Pedro Luis y M.^a Luisa. Como la convivencia no iba por buen camino, la esposa presentó en el año 1999 demanda de separación, y aunque solicitó que se le atribuyera la custodia de los hijos, la sentencia resolvió atribuirle a don Pedro y fijar a cargo de la esposa una pensión alimenticia de 120 euros.

A los siete meses de dictarse la sentencia de separación, la esposa, junto a su compañero sentimental, presentaron una demanda de filiación en la que acumuladamente se ejercitaron las acciones de impugnación de la filiación matrimonial paterna y la acción de reclamación de la filiación paterna no matrimonial de la última de las hijas, M.^a Luisa. Tras practicarse la oportuna prueba biológica, con el resultado positivo, se dictó sentencia estimando la demanda y declarando que don Pedro no era el padre de M.^a Luisa, y sí don Fernando, la persona con la que convivía la madre. La consecuencia de ello fue que M.^a Luisa dejó de convivir con don Pedro y sus hermanos Anabel y Pedro Luis, e inició la convivencia con su madre y con su nuevo «padre biológico».

Tras los quietos y fríos folios de los autos del procedimiento de filiación se hallaba el tremendo dolor de un padre que lo fue con todas sus ganas pero que ahora, por decisión judicial, debía dejar de serlo. ¿Qué siente una persona a la que de la noche a la mañana se le dice que debe dejar de ser padre? Hemos visto muchas veces a padres que, por declararse el desamparo de sus hijos, pierden su custodia y tras los sucesivos procedimientos de acogimiento y adopción ven como definitivamente el que fue su hijo va ser hijo de otras personas. Pero en estos casos, la causa que provocó el desamparo, en la mayoría de los supuestos imputable a los padres biológicos, hace que estos se reprochen su torpeza en el pasado y asuman cierta culpa en su pérdida de la condición de padre. Sin embargo, don Pedro no puede reprocharse a sí mismo ninguna conducta indigna para justificar que ha dejado de ser padre. Sencillamente fue engañado por su esposa.

No hace mucho saltó a los medios de comunicación una experiencia piloto en un hospital del Reino Unido que consistía en que inmediatamente después del nacimiento se practicaban las pruebas biológicas para evitar que, por confusión, unos padres se llevaran un hijo que no es suyo, pero la realidad es que la experiencia fue un desastre, nadie podía imaginarse el gran número de infidelidades que pasaban desapercibidas. En los casos en los que inicialmente se detectó que el marido de la madre no era el padre biológico, aquél no ejerció de padre, ya que tras el resultado de la segunda prueba biológica, y el lógico «esto debe ser un error» por parte de la madre —la frase típica de los esposos en situaciones comprometidas es «esto no es lo que parece»—, suponemos que la pareja finalizó la convivencia.

Si cuando nació M.^a Luisa, don Pedro se hubiese hecho las pruebas biológicas, tras conocer tan magno engaño, se habrían precipitado los acontecimientos y la separación se hubiese adelantado, y lo que es más importante, don Pedro nunca se hubiese sentido padre de M.^a Luisa. Pero claro, las cosas no fueron así y don Pedro le dio todo el cariño y todas las atenciones del mundo.

Don Pedro, desolado y vilipendiado, se preguntaba si las cosas se quedarían así. Tendría que aguantarse con lo sucedido o alguien debería repararle el daño moral que había sufrido y para siempre seguiría padeciendo. Como es lógico, estas cuestiones jurídicas deben resolverse por expertos, y así don Pedro se puso en manos de un abogado quien después de estudiar el caso y a pesar de no encontrar jurisprudencia que apoyase su postura, valientemente decidió iniciar un procedimiento judicial contra la ex esposa y contra el padre biológico de M.^a Luisa para que reparasen a don Pedro el daño moral. En su demanda, entre otras hizo tres reclamaciones: a) Daño moral por la pérdida por el actor del vínculo biológico que en la apariencia mantenía con M.^a Luisa; b) Daño moral por el deterioro de su fama y honor, como consecuencia de la concepción extramatrimonial de M.^a Luisa y de la confabulación existente entre los demandados para que la niña fuera tenida como hija del actor, y c) Daño patrimonial, por enriquecimiento injusto del codemandado don Fernando –el padre biológico–, por los alimentos que don Pedro, sin obligación alguna, al no ser hija suya, prestó a M.^a Luisa.

Como era de esperar, el juzgado de Primera Instancia no le dio la razón a don Pedro, y desestimó íntegramente la demanda y lo que es peor, le impuso las costas. Como don Pedro pensaba que llevaba toda la razón, interpuso recurso de apelación, y finalmente la Audiencia Provincial de León estimó su pretensión, aunque no totalmente, pero al menos le reconoció 30.000 euros en concepto de daño moral por la pérdida del vínculo biológico y 16.200 euros por daño patrimonial, por enriquecimiento injusto del padre biológico por los alimentos que don Pedro, sin obligación alguna, al no ser hija suya, prestó a M.^a Luisa.

Señaló la Audiencia Provincial que como razona el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de julio de 1999, núm. 701/1999, «Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, en ningún caso es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar». Ahora bien, el mismo Tribunal Supremo, en Sentencia 22 de julio de 1999, núm. 687/1999 y ante una reclamación de alimentos abonada por el actor a la demandada a favor de uno que resultó no ser hijo suyo, más otra cantidad por daño moral, por la ocultación por la demandada de la verdadera paternidad de aquél, pese a mantener la desestimación de aquélla, da a entender que hubiera accedido a ambas reclamaciones de haber sido susceptible de ser calificada de dolosa la actuación y conducta de la demandada en torno a la ocultación al actor de la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio, estableciendo en el Sexto de sus Fundamentos que «Ciertamente, los supuestos que comportan la aplicación del artículo

PRESENTACIÓN

1902 del texto legal sustantivo vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado que puede hacerse extensivo al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a doña María Concepción...».

Luego, lo verdaderamente determinante para que surja el derecho a una indemnización es el dolo del o de los demandados a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de la menor. En el caso de don Pedro, la Audiencia entendió que existía ese dolo ya que la ex esposa, preguntada en el acto del juicio por el letrado de su marido desde cuándo tuvo conocimiento de que M.^a Luisa no era hija de don Pedro, no dudó en manifestar que desde el momento mismo en que supo que estaba embarazada, siendo además significativo que fuese el padrino don Fernando –padre biológico–. Constatado el dolo, no es difícil imaginar un considerable daño moral en don Pedro y, por ello, a falta de otra forma de reparación, se fijó la indemnización de 30.000 euros que, por supuesto, no compensa el sufrimiento padecido por don Pedro pero que sirven para reparar un agravio moral.

Por lo que respecta al enriquecimiento injusto de don Fernando, que siendo el padre biológico del menor sólo figuró como «padrino» sin obligación alimenticia alguna, entendió la Audiencia Provincial que también procedía, ya que durante nueve años se mantuvo al margen de la obligación que, como padre biológico, tenía de dar alimentos a su hija. Para fijar la indemnización se tomó como base 150 euros mensuales durante los citados nueve años.

ÍNDICE

ESTUDIOS DOCTRINALES

- Relaciones patrimoniales en las uniones de hecho.
Antonio Javier Pérez Martín **25**
- El asentimiento de los padres biológicos en el procedimiento de adopción de menores.
Belén Casado Casado **51**
- Algunas dudas sobre el denominado «contrato de donación de gametos y preembriones».
Antonio José Quesada Sánchez **65**

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Inadmisión del recurso de amparo al no haberse causado indefensión al padre biológico que no formalizó la oposición al expediente de adopción dentro del plazo de 20 días que se le concedió al efecto, aun cuando en la providencia no se indicara que para formalizar la oposición necesitaba presentar demanda con asistencia de letrado.
Tribunal Constitucional, Auto de 23 de octubre de 2006 **87**
- No existe un trato discriminatorio ni por motivos sociales ni por razones étnicas o raciales en la denegación de la pensión de viudedad a una persona que contrajo matrimonio por el rito gitano, no habiéndose vulnerado ningún precepto constitucional en tal decisión.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 69/2007, de 16 de abril **89**

TRIBUNAL SUPREMO

CUESTIONES PROCESALES

- Desestimación del recurso de revisión de sentencia de divorcio al no haberse acreditado maquinación fraudulenta alguna, dado que el emplazamiento se realizó en el domicilio de la hermana de la solicitante y la notificación de la sentencia en la persona de la hija mayor de la misma. Por otro lado, la circunstancia de que continuase la convivencia en determinados períodos tras el divorcio, con promesa incluso de volver a casarse, no implica el desconocimiento real del divorcio producido con todas las consecuencias.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 2006 **94**

MENORES

Condena por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen al insertar la fotografía de un menor encabezando un artículo sobre discapacidad.

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

96

PENSIÓN COMPENSATORIA

Nulidad de las cesiones efectuadas en el convenio regulador de la separación por el esposo en favor de la esposa en concepto de pensión compensatoria al haberse realizado en fraude de acreedores.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de junio de 2006

99

DIVISIÓN DE COSA COMÚN

Una finca con una casa es un todo (no se trata de dos cosas inmuebles) y por tanto es indivisible, procediendo la división de la cosa común mediante la adjudicación a un copropietario compensando al otro (subasta entre los comuneros) y, en último término, subasta con licitadores extraños.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2006

101

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Los impuestos, hipoteca y gastos comunitarios no suntuarios sobre bienes inmuebles no forman parte de las cargas del matrimonio que se ha regido por el régimen de separación de bienes, estimándose por tanto la demanda del esposo contra su esposa en reclamación del 50% de tales gastos que se generaron tanto antes de la separación como después de ésta.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2006

104

Los gastos por el Impuesto de Bienes Inmuebles y las cuotas de Comunidad de la vivienda familiar cuyo uso se atribuyó judicialmente a la esposa son de cargo de la sociedad de gananciales, y por tanto, si los ha abonado ella, dicha cantidad debe figurar en el pasivo del inventario.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de junio de 2006

107

La valoración de la licencia de taxi debe efectuarse en el momento en el que se practica el cuaderno particional por el contador dirimente, sin que éste pueda aplicar la valoración que se hizo dos años antes.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 2006

110

Tercería de dominio. Embargo de bienes gananciales en ejecución seguida contra uno de los cónyuges. Falta legitimación en el otro dado que no es titular único del bien embargado.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de junio de 2006

113

Sin perjuicio del carácter privativo de la farmacia adquirida por el esposo antes de contraerse el matrimonio se acuerda la inclusión en el activo de la sociedad del valor de las existencias de la farmacia al momento de su venta, del valor de los derechos de explotación de la farmacia y de una cantidad existente en una cuenta corriente.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2006

115

La actualización de las aportaciones privativas para la adquisición de bienes gananciales llevadas a cabo durante la vigencia de la sociedad de gananciales no puede realizarse en función del valor del porcentaje que, respecto al inmueble, representa lo pagado con carácter privativo, sino que dicha actualización debe realizarse atendiendo a la depreciación monetaria de las cantidades invertidas.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 19 de junio de 2006

118

El pago del IBI y de las cuotas de la Comunidad de Propietarios de la vivienda familiar son obligaciones cuyo pago corre a cargo del titular, en este caso la sociedad de gananciales y por tanto si los ha abonado uno solo de los cónyuges, podrá incluirse en el pasivo una partida con las cantidades abonadas por este concepto, siendo indiferente que uno solo de los cónyuges estuviese utilizando la vivienda.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 20 de junio de 2006

122

Carácter ganancial de la vivienda adquirida constante matrimonio por uno de los cónyuges aunque la misma se adquiriese exclusivamente con el dinero obtenido con su trabajo, no siendo obstáculo alguno que en la escritura de capitulaciones matrimoniales se indicase que no existían bienes gananciales que liquidar.

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

125

Adición a la liquidación de la sociedad de gananciales de los bienes y cargas que no se incluyeron en la misma, sin que pueda presumirse que el uso de determinados bienes con el consentimiento del otro implican un acceso a la propiedad respecto a los mismos que modifique su carácter ganancial. Igualmente procede la inclusión de parte del saldo de una cuenta bancaria cancelada antes de la disolución y del importe de los vencimientos del préstamo hipotecario que gravaba un inmueble que aparecía libre de cargas.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 17 de julio de 2006

129

A pesar de que los cónyuges pactaron en el convenio regulador en el que liquidaron la sociedad de gananciales que se procedería a la venta conjunta de la vivienda ganancial por el precio mínimo que fijaron, no pudiendo realizarse ante la oposición del ex esposo es perfectamente procedente la acción de división de cosa común ejercida por la ex esposa.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2006

132

RENTA VITALICIA

En base a lo pactado en el contrato de renta vitalicia, se reconoce legitimación a un hermano para reclamar frente al otro el cumplimiento de la obligación en relación a la madre de ambos. En cambio, se desestima la petición de reclamación de gastos generados por atención domiciliaria y médica ya sufragados por un hermano, dado que la madre posee bienes suficientes para atender estos pagos.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 15 de septiembre de 2006

136

SUCESIONES

La circunstancia de que un heredero reciba notificaciones de un procedimiento hipotecario de un bien perteneciente al caudal relicto no implica aceptación de la herencia, ya que para que ello

tenga lugar se exigen actos claros y precisos que revelen la voluntad inequívoca de aceptar la herencia y en este caso la actitud de las herederas era pasiva.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2006

139

Acción revocatoria de donación realizada en fraude de la Comunidad Foral de Navarra. Disposición sobre bienes inmuebles en función de un crédito que con toda probabilidad nacerá más adelante ante investigación de la Inspección Tributaria. Aplicación de las presunciones *iuris et de iure* establecidas en los artículos 643.2.º y 1297 del Código Civil. Supuesto de la cuestión. No cabe el examen casacional de disposiciones administrativas de carácter reglamentario.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 2006

141

Ineficacia de la partición realizada por los herederos con deliberada preterición del legatario de parte alícuota.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de junio de 2006

146

Nulidad de la partición de la herencia al no haberse liquidado previamente la sociedad de gananciales.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de junio de 2006

148

Supuesto de preterición no intencional al haberse otorgado el testamento antes del nacimiento del hijo extramatrimonial no siendo obstáculo para dicha conclusión que con posterioridad al nacimiento del hijo el padre no modificase el testamento.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de junio de 2006

153

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Concesión de autorización a los tutores de la esposa para interponer demanda de divorcio a fin de legalizar la situación de separación de hecho que se prolonga desde que aquélla sufrió el accidente que provocó su incapacidad.

AP Álava, Sec. 1.ª, Auto de 24 de noviembre de 2006

157

PATRIA POTESTAD

Incompetencia funcional del Tribunal de 2.ª Instancia para resolver discrepancias surgidas en el ejercicio cotidiano de la patria potestad: es cuestión atribuida a la competencia exclusiva del Juzgador *a quo*, al quedar excluida del sistema ordinario de recursos (artículo 156 CC): la Sala no puede pronunciarse sobre la procedencia de requerir a la madre para que mantenga a la hija debidamente vestida, de acuerdo con la temperatura ambiente, y para que ante cualquier incidencia, la lleve a su pediatra, absteniéndose de medicarla bajo su criterio.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 7 de noviembre de 2006

159

La desidia del padre y su completo desinterés hacia su hija ha dado lugar a que ésta no le haya visto al menos en los últimos tres años (cuando ella tenía seis años de edad) y ello sin impedimento medianamente consistente, por lo que el incumplimiento de sus deberes paterno-

filiales no es ya que sea grave o leve, es sencillamente completo, entero y total, y por ello procede la privación de la patria potestad.

AP Cuenca, Sentencia de 18 de octubre de 2006

159

Privación de la patria potestad al padre que hizo una dejación de sus funciones desde que la hija era muy pequeña.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2006

161

GUARDA Y CUSTODIA

Existiendo una resolución de desamparo y asunción de la tutela de las menores ha de acudirse al procedimiento especial de impugnación de este tipo de resoluciones previsto en los artículos 779 y siguientes de la LEC, no pudiendo en consecuencia solicitarse nada respecto a la custodia de los menores en el procedimiento de divorcio de los padres.

AP Cuenca, Sentencia de 4 de octubre de 2006

161

Es inviable convertir la custodia que tiene atribuida la madre en custodia compartida al quedar acreditadas las múltiples denuncias e imputaciones de incumplimientos entre los progenitores.

AP León, Sec. 3.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2006

162

No procede otorgar la guarda y custodia compartida al no haber sido solicitada inicialmente por ninguna de las partes: la petición se efectuó de forma extemporánea, a raíz del informe emitido por el Equipo Psicosocial, lo que implica una alteración del objeto del proceso vedada por el artículo 412 LEC. Tampoco existe informe favorable del Ministerio Fiscal, ni dicha medida es la única que protege el interés del hijo, pues existen actitudes enfrentadas de ambos progenitores que precisan aprender canales de comunicación para evitar que los efectos negativos de la separación incidan en el menor.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 24 de octubre de 2006

163

El hecho de que la madre trabaje no constituye impedimento insalvable para otorgarle la guarda y custodia de la menor: actualmente es circunstancia común la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y ello no determina la imposibilidad de organizar la vida familiar. El informe psicosocial concluye que la madre ofrece a la menor mejor ambiente familiar al preservar su estilo de vida, y se afirma que constituye una figura de apego muy estable para ella. La fijación de un amplio régimen de comunicaciones garantiza una relación intensa con el padre.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 24 de octubre de 2006

164

No procede la guarda y custodia compartida: la disfunción del marco vital de las menores, con alternancia de viviendas, sólo podría paliarse en supuestos de responsabilidad máxima de los progenitores que se relacionaran en condiciones de confianza y entendimiento, que permitan un marco referencial de afinidad en orden a un proyecto común.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de octubre de 2006

165

Se otorga la custodia compartida, pese a la oposición de la madre a dicho sistema: tal oposición no es un obstáculo insalvable para su sanción judicial, máxime cuando el Equipo Psicosocial y el Ministerio Fiscal informaron favorablemente. El principio del *favor minoris* es prioritario sobre cualquier requisito sustantivo o procesal. Ambos progenitores han estado implicados en el cuidado cotidiano del menor, en función de sus horarios laborales: tras la ruptura, no procede

delegar en los abuelos maternos el cuidado del menor en los horarios que la madre no puede atenderlo, debiendo prevalecer la opción paterna.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2006

166

Concesión de la custodia compartida puesto que desde la separación de hecho los hijos residían con el padre los martes y jueves y los fines de semana alternos.

AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de noviembre de 2006

168

Tras dictar sentencia en la instancia que otorgaba la custodia a la madre, ésta traslada su domicilio a Chile, estando en vía de apelación: se mantiene dicha custodia pero condicionada a que la ejerza en España. Para que se otorgue al padre la custodia deberá acudir a una modificación de medidas, pues el Tribunal de apelación carece de elementos de juicio para resolver al no haberse practicado pruebas en la instancia tendentes a acreditar la aptitud de los progenitores, ya que tales pruebas no se practicaron al haber acordado los cónyuges una custodia compartida que no fue aprobada judicialmente.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2006

169

Es cierto que la madre sufrió un síndrome ansioso depresivo fruto de la quiebra de su relación conyugal, que fue diagnosticado como trastorno adaptativo mixto ansioso-depresivo por ruptura familiar por separación o divorcio, el cual, según el psiquiatra que informó en el acto del juicio, no le impide el normal desarrollo de sus obligaciones laborales y domésticas, considerando que se encuentra capacitada para cuidar a su hijo.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 de enero de 2007

171

RÉGIMEN DE VISITAS

No fijación de régimen de visitas cuando el padre no ha mostrado ningún interés en relacionarse con el hijo, habiendo encauzado todos sus esfuerzos en negar la paternidad.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 4 de diciembre de 2006

172

Esta situación de permanente enfrentamiento entre la abuela materna y el padre de la menor ha de redundar indudablemente en perjuicio de ésta, que se ve así involucrada en una problemática a la que es ajena, pero cuyas consecuencias adversas soporta, por lo que el establecimiento del régimen de visitas solicitado por la abuela en nada ha de favorecer el equilibrio emocional de la menor, sino que al contrario, resulta desaconsejable en las actuales circunstancias.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2006

173

La recogida y entrega del menor fuera del domicilio familiar constituye un supuesto excepcional que sólo está justificado en casos de conflictividad familiar y no cuando haya existido un incidente aislado.

AP Teruel, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de enero de 2007

174

El régimen de visitas con pernocta viene estableciéndose habitualmente a partir de los tres años de edad.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de enero de 2007

175

No procede suprimir las visitas intersemanales con pernocta en base a las alegaciones de la madre de falta de entendimiento y de flexibilidad de los progenitores en las recogidas y entregas.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 17 de enero de 2007

175

VIVIENDA FAMILIAR

Se otorga a la esposa el uso de la vivienda familiar, si bien se permite al esposo que siga residiendo en la referida vivienda junto a la esposa, hasta que obtenga plaza en una residencia de ancianos: la esposa carece de ingresos, frente la pensión de 524 euros que percibe el marido, y además, éste ha solicitado una plaza en una residencia cuyo importe será en gran medida satisfecho por la Comunidad de Madrid, y según ha informado la asistenta social, tiene una puntuación alta para la obtención de esa plaza.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2006

176

La única atribución de uso que se contempla en el Código Civil, lo es al amparo del artículo 96 del mismo, y con referencia a la vivienda familiar, por lo que excede del ámbito del derecho de familia la atribución de uso de la segunda vivienda sin perjuicio de lo que resulte del proceso de liquidación de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2006

177

Respecto a la vivienda común cuyo uso se ha atribuido a la esposa, el esposo debe abonar la mitad del IBI, de los gastos extraordinarios de comunidad y de las obras de reparación necesarias. Por tanto la esposa abonará en su integridad la tasa de recogida de basura y las cuotas ordinarias de la comunidad.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de enero de 2007

178

Habiendo venido residiendo el matrimonio en un inmueble propiedad privativa de la esposa, no procede con ocasión del procedimiento de separación la atribución del uso de otro domicilio propiedad de la sociedad de gananciales.

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de enero de 2007

180

PENSIÓN ALIMENTICIA

Consta en autos que en la actualidad el hijo está estudiando, aunque ello no le impide trabajar los fines de semana en una pizzería. Los ingresos que puede obtener por un trabajo, eventual y no cotidiano no le suponen otra cosa que una ayuda para sus propios gastos, pero en modo alguno le facultaría para hacer una vida independiente.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2006

180

Habiendo quedado acreditado que el hijo se encuentra actualmente preparando oposiciones para el ingreso en el Cuerpo de Policía, no procede extinguir la pensión alimenticia, por más que también se haya acreditado que trabaja 24 horas semanales como repartidor de pizzas.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 8 de enero de 2007

181

Basta en el presente caso para rechazar la pretensión del apelante el hecho por él reconocido de que la disminución de sus ingresos fue debida a cambiar de puesto de trabajo de manera voluntaria.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de enero de 2007

182

El hecho de que el obligado al pago de los alimentos haya voluntariamente satisfecho más cantidad de la señalada en la sentencia de separación y que esa cantidad la haya abonado mensualmente, entraña un claro reconocimiento de que las necesidades de la menor han ido aumentando.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de enero de 2007

182

Los gastos, de los que se presentó la oportuna documentación, se refieren exclusivamente a tratamiento bucodental, no cubierto por la seguridad social, debiendo ser considerados como extraordinarios, siendo innecesario el previo acuerdo entre los progenitores.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Auto de 18 de enero de 2007

183

Reducción de la pensión alimenticia del hijo de 20 años que realiza ocasionalmente trabajos no fáciles de comprobar.

APA Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 25 de enero de 2007

184

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede extinguir la pensión compensatoria pactada en la separación, pues con anterioridad a la firma del Convenio la esposa ya venía desarrollando los mismos trabajos que hoy realiza, caracterizados por la inestabilidad. Tampoco se ha probado que mantenga una relación *more uxorio* recogida en el artículo 101 CC que requiere: auténtica comunidad de vida, espiritual y corporal, estabilidad y plena comunidad de intereses con arraigo en el pasado y previsible proyección de continuidad. Tales datos no pueden desprenderse de un informe de detectives en el que se hace un seguimiento sólo durante 4 días.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2006

184

Aunque en el convenio regulador se pactó expresamente que la extinción de la pensión compensatoria sólo procedería cuando la ex esposa contrajese nuevo matrimonio, interpretando dicha cláusula conforme a la realidad social, debe admitirse la posibilidad de que su extinción también pueda tener lugar por una convivencia *more uxorio* prolongada en el tiempo, no teniendo esta cualidad la convivencia que se acredita en el procedimiento.

AP Córdoba, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de noviembre de 2006

185

Extinción de la pensión compensatoria que ha venido percibiendo la esposa durante 24 años, cuando el matrimonio se prolongó exclusivamente durante 6 años, constatándose una desidia total de la esposa en la búsqueda de un puesto de trabajo.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 4 de diciembre de 2006

187

El hecho de que el hijo, aprovechando un viaje a España decidiese quedarse a vivir con el padre, y motivase que la madre decidiera abandonar el trabajo que desarrollaba en su país para trasladar su residencia a España, no puede estimarse que altere esa situación de absoluta independencia económica mantenida tanto durante la convivencia matrimonial como en la fecha del cese de la misma y hasta más de tres años después, a efectos de solicitar una pensión compensatoria.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2006

188

Se estima adecuado fijar la pensión compensatoria en el 20% de los ingresos netos que por cualquier concepto perciba el esposo.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2006

189

Extinción de la pensión alimenticia de la esposa al dictarse la sentencia de divorcio, no pudiendo incrementarse la cuantía de la pensión compensatoria al no haber sido solicitada por la esposa.

AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de enero de 2007

190

Aunque se haya acreditado una prolongada separación de hecho procede fijar una pensión compensatoria toda vez que durante gran parte de aquélla, el esposo entregaba cantidades a la esposa para atender las necesidades alimenticias de la familia.

AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 12 de enero de 2007

190

Desestimación de la petición de incremento de la pensión compensatoria basada en un agravamiento de las enfermedades del cónyuge beneficiario de la misma.

AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de enero de 2007

191

Por más que la esposa alegue que su convivencia con un tercero obedece sólo a «mutua compañía» sin que exista más relación ente ellos, se considera que es causa para la extinción de la pensión compensatoria.

AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de enero de 2007

192

CONVENIO REGULADOR

Habiendo pactado los cónyuges la venta de la vivienda suntuaria para con su producto adquirir dos viviendas, procede respetar dicho pacto y atribuir el uso de la vivienda familiar hasta tanto tenga lugar la venta del inmueble.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2006

192

Se revoca el auto del juzgado de instancia que modificó el régimen de custodia compartida pactado en el convenio regulador, ya que no existe ningún obstáculo para que la alternancia de los hijos con los progenitores sea semanal y no trimestral como acordó el juzgado.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 30 de noviembre de 2006

193

Eficacia del convenio regulador no ratificado judicialmente aun cuando posteriormente se hubiese dictado sentencia de divorcio en procedimiento contencioso, que no contempló el pacto cuya ejecución ahora se solicita.

AP Segovia, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2006

194

CUESTIONES PROCESALES

No se produce indefensión a las hijas mayores de edad por no haber sido demandadas, ni oídas en un procedimiento de modificación de medidas en que se insta la supresión de su pensión de alimentos: cuestión resuelta por la STS de 24 de abril de 2000: corresponde únicamente a los progenitores la legitimación, tanto activa como pasiva, para defender los derechos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales, al igual que ocurre en los procesos de modificación de medidas, en los que no se altera la legitimación procesal.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de noviembre de 2006

196

Falta de competencia de los Tribunales españoles para conocer el divorcio de un matrimonio de colombianos, celebrado en Colombia, donde radicó el último domicilio familiar y llevan 26 años de separación de hecho sin que se sepa nada del esposo. No aplicación de ningún reglamento europeo para determinar la jurisdicción, al existir en el esposo una falta total de vínculos con el territorio de cualesquiera de los Estados miembros: ausencia de nacionalidad de dichos estados

y carencia de domicilio o residencia en los mismos: no se conoce su paradero y no se sabe si está vivo o muerto. No concurren los requisitos del artículo 22.3.º LOPJ.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 20 de noviembre de 2006

197

No se accede a la nulidad de actuaciones que solicita la parte por no haberse concedido el trámite de conclusiones tras la práctica de la prueba propuesta.

AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de enero de 2007

198

No se considera válida la citación a juicio realizada por correo con acuse de recibo o por telegrama cuando no consta la recepción por el interesado, no pudiendo admitirse que la falta de asistencia fuese achacable al demandado que no compareció ante la oficina de Correos para recoger la citación tras dejarse el aviso de entrega.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de enero de 2007

199

Por vía de aclaración de sentencia no puede atribuirse el uso de la vivienda familiar cuando en la sentencia no hay ninguna referencia a esta cuestión.

AP La Rioja, Sec. 1.ª, Auto de 30 de enero de 2007

200

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Desestimación de la causa de oposición a una demanda ejecutiva de reclamación de pensiones alimenticias y compensatorias basada en la compensación por haber abonado el ejecutado los gastos de matrícula y el alquiler de la vivienda que ocupan la madre y los hijos.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2006

201

Denegación del despacho de ejecución cuando se reclama el pago de la pensión de un mes y se solicita diez días después de los 5 primeros días del mes previstos para el pago, puesto que siendo de aplicación el artículo 548 de la LEC, hay que esperar 20 días desde el incumplimiento para instar la ejecución.

AP Soria, Sec. 1.ª, Auto de 18 de enero de 2007

202

La alegación de que no tiene que pagar la pensión alimenticia porque el hijo es independiente económicamente no puede ser atendida en fase de ejecución.

AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, Auto de 23 de enero de 2007

203

No puede el juzgado aplicar de oficio el plazo de prescripción quinquenal del artículo 1966 del CC. Habiéndose pactado la actualización de la pensión compensatoria conforme al IPC no cabe cuestionarla con el argumento de que las pensiones no se actualizan en Suiza conforme a dicho índice.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 de enero de 2007

204

REGÍMENES ECONÓMICOS

Procede acceder a la petición de la actora de incluir en el activo ganancial el crédito que ostenta la sociedad conyugal frente al esposo por las rentas percibidas por el alquiler de la nave industrial.

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 18 de enero de 2007

204

A pesar de que existió una previa separación de hecho, se acuerda que la disolución de la sociedad de gananciales se produjo con la sentencia de separación, ya que si en lo personal estuvieron separados de hecho, en lo patrimonial existió una actividad económica común.

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 22 de enero de 2007 **205**

No procede dejar sin efecto lo acordado en la liquidación de la sociedad de gananciales puesto que el esposo no ha acreditado que en aquel momento las alteraciones psíquicas que alega le ocasionaran la falta de conciencia de la trascendencia procesal de sus actos.

AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 24 de enero de 2007 **206**

Una indemnización obtenida por declaración de invalidez permanente absoluta se concibe como rendimiento del trabajo, y tiene un carácter económico que no puede identificarse con el derecho personalísimo a trabajar, ni con los bienes inherentes a su persona, por lo que tiene naturaleza ganancial.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de enero de 2007 **207**

La indemnización percibida de una aseguradora a consecuencia de un accidente de circulación sufrido por el esposo tiene naturaleza privativa.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de enero de 2007 **207**

Ha de estimarse que la disolución de la sociedad conyugal tuvo lugar en junio de 1997, en que se produjo la separación de hecho y el cese definitivo de la convivencia conyugal, teniendo desde entonces los cónyuges economías separadas.

AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de enero de 2007 **208**

No se incluye en el activo de la sociedad la cantidad que la esposa extrajo de la cuenta bancaria al quedar acreditado que se dedicó a atender los gastos odontológicos.

AP A Coruña, Sec. 4.ª Sentencia de 29 de enero de 2007 **209**

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No es necesario el consentimiento de la madre biológica para la adopción, sino que debe ser simplemente oída, al estar incurso en causa de privación de la patria potestad por incumplimiento reiterado de sus deberes materno-filiales: se declaró el desamparo de la menor 3 días después de su nacimiento, al haber firmado antes del parto un consentimiento para darla en adopción; tampoco ha cumplido las visitas, sin que pueda ser excusa no tener medios económicos, pues ni solicitó ayuda a los Servicios Sociales para ello. Tampoco se ha opuesto nunca a las resoluciones administrativas de desamparo y acogimiento preadoptivo.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de noviembre de 2006 **209**

El perjuicio que conlleva para los nietos el establecimiento de la medida interesada por la apelante es patente, pues aquéllos están ya actualmente en situación de acogimiento preadoptivo, con el que se pretende su integración en una nueva familia y entorno social y geográfico, lo que unido a su corta edad, 4 y 3 años, convierte en insoslayable la total ruptura con la familia de origen.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2006 **211**

La aparición de la figura del padre en estos momentos, no puede llevarnos a sustituir de forma absoluta a la familia acogedora, en la que la menor está bien aceptada e integrada, por la persona

del padre, que de momento es un extraño a quien prácticamente no conoce y a cuyos hábitos y costumbres ha de irse acomodando y adaptando progresivamente, por lo que procede dejar sin efecto el acogimiento permanente y transformarlo en simple, con fijación de visitas a favor del padre.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de diciembre de 2006

212

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

214

FILIACIÓN

Estimación de la demanda de impugnación del reconocimiento de filiación paterna realizado por error, aún cuando no se ha practicado la prueba biológica.

AP Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de enero de 2007

215

Inadmisión a trámite de la demanda de impugnación de la filiación paterna al apreciarse la caducidad de la acción.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 30 de enero de 2007

218

UNIONES DE HECHO

Aunque los convivientes mantuvieron cuentas bancarias independientes donde ingresaron el producto de su trabajo, ha quedado acreditado que con cargo a las mismas se atendieron gastos imputables al otro conviviente o gastos comunes. Siendo imposible realizar una exacta contabilidad de lo acontecido en los 15 años de convivencia, prudencialmente se fija la cantidad de 25.000 euros que un conviviente debe entregar al otro en concepto de liquidación final.

AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2006

219

Desestimación de la acción de anulación del convenio suscrito entre los convivientes para liquidar el patrimonio común al no haberse acreditado ni vicio en el consentimiento ni intimidación.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2006

221

Existe una comunidad de bienes entre los integrantes de la pareja que se deduce del hecho de la compra por mitad del inmueble y pago de los vencimientos en una cuenta común, procediendo la división del mismo, si bien, antes de repartir el precio entre ambos, deberá abonarse al conviviente los gastos que realizó en beneficio de la comunidad.

AP Guadalajara, Sentencia de 23 de enero de 2007

222

CUESTIONES PENALES

Se revoca la sentencia de instancia que condenaba a la madre como autora de dos delitos del artículo 450.1.º CP por omisión del deber de impedir los delitos cometidos por su compañero sentimental contra sus hijos menores. Resulta vulnerado el principio acusatorio pues se retiró

la acusación por la vía del artículo 450.1.º CP, subsumiendo su conducta en el tipo del artículo 450.2.º CP. La acusación ha de ser clara y precisa respecto del hecho y del delito por el que se formula, y la sentencia no puede condenar sorpresivamente por algo por lo que no se acusó. Doctrina al respecto del Tribunal Supremo.

AP Baleares, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2006

224

Procede la condena por un delito de abandono de familia (artículo 227 CP), pues la situación de escasez de medios económicos –percibía sólo el subsidio por desempleo de 375 euros–, sólo podría justificarse, desde el punto de vista penal, si durante ese período de tiempo hubiera hecho pagos parciales. Al no haber abonado cantidad alguna, dejando a su hija en situación de desamparo económico, concurre el elemento subjetivo del injusto.

AP Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 1 de diciembre de 2006

226

No existe infracción del principio *non bis in idem* porque para calificar la habitualidad de un delito de violencia familiar (artículo 173 CP) se tengan en cuenta dos delitos de lesiones por los que se le condena en la misma sentencia, así como otros hechos anteriores que ya fueron objeto de sentencias condenatorias. Distinción entre los delitos del artículo 173.2.º y 153 CP: el delito de habitualidad atenta contra la paz familiar, con independencia de los hechos que pudieran ser constitutivos de ese maltrato habitual, que afectan al bien jurídico que cada delito (lesiones, coacciones, amenazas, etc.) protege (integridad física, psíquica, etc.)

AP Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2006

227

JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

RÉGIMEN DE VISITAS

Condena a ambos progenitores a someterse a un proceso de terapia familiar en un centro hospitalario a fin de que ambos superen las secuelas y trastornos que les ha deparado la ruptura.

Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Sevilla, Auto de 21 de febrero de 2007

229

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

Las adopciones constituidas con arreglo al vigente derecho etíope cumplen la regla de correspondencia de efectos y, por tanto, pueden ser reconocidas en España como verdaderas adopciones.

DGRN Resolución de 23 de noviembre de 2006

235

Denegación del reconocimiento de paternidad realizado por una persona incapaz respecto a un hijo mayor de edad, aunque cuente con la asistencia del tutor.

DGRN Resolución de 9 de enero de 2007

241

Denegación de la inscripción del reconocimiento de filiación paterna efectuado, al tratarse de un reconocimiento de complacencia, sin que sea obstáculo para ello que se haya presentado una prueba biológica, ya que al no haberse practicado ésta dentro de un procedimiento judicial y con las debidas garantías, resulta ineficaz.

DGRN Resolución de 23 de enero de 2007

242

PATRIA POTESTAD

Desestimación de la solicitud de cambio de nombre formulada únicamente por la madre del menor, sin que el padre, también titular de la patria potestad, haya intervenido en el expediente.

DGRN Resolución de 26 de diciembre de 2006

243

MATRIMONIO

No puede inscribirse un matrimonio *in articulo mortis* si el contrayente no prestó su consentimiento, aun cuando se hubiese iniciado el expediente matrimonial y aquél se hubiese ratificado en él.

DGRN Resolución de 9 de enero de 2007

244

Denegación de la inscripción de un matrimonio contraído entre los interesados por el rito coránico el 26 de enero de 2002, fecha en la que la contrayente se encontraba ligada por matrimonio civil celebrado en España el 8 de julio de 1994, cuya disolución no se produjo hasta el 9 de septiembre de 2004, en que se dictó la sentencia de divorcio.

DGRN Resolución de 12 de enero de 2007

244

Las anomalías o deficiencias psíquicas, aun cuando hayan dado lugar a una incapacitación judicial del sujeto afectado, sólo impiden el matrimonio si imposibilitan el consentimiento matrimonial, lo cual se ha de determinar a través del dictamen médico previsto en el artículo 56.2 del CC, que en este caso ha sido favorable para permitir la aprobación del expediente, a pesar de la oposición de los padres de la contrayente incapaz.

DGRN Resolución de 17 de enero de 2007

245

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Denegación de la inscripción de unas capitulaciones matrimoniales otorgadas en Pakistán por un matrimonio mixto (española y pakistani) al no reunir las formalidades del artículo 1357 del CC.

DGRN Resolución de 12 de enero de 2007

246

Denegación de la anotación de embargo sobre un inmueble que pertenece a un matrimonio de nacionalidad marroquí al haberse seguido el procedimiento únicamente contra el esposo.

DGRN Resolución de 24 de noviembre de 2006

249

Es admisible la anotación preventiva de embargo en un procedimiento de separación donde, disuelta la sociedad de gananciales entre ellos existente, pero todavía no liquidada, se acuerda,

a favor de uno de los cónyuges, el embargo sobre la global cuota ganancial del deudor y se dice se practique sobre un determinado bien que consta inscrito como ganancial en cuanto a los derechos que le pudieran corresponder al demandado.

DGRN Resolución de 18 de enero de 2007

249

SUCESIONES

No cabe inscribir en el Registro de la Propiedad un auto que ordena la adjudicación de los derechos hereditarios que al deudor corresponde sobre determinados bienes a favor de la entidad acreedora, constando aun aquéllos inscritos a favor del causante, sin que conste haber realizado la previa partición de la herencia en que son adjudicados dichos bienes al deudor, y sin acompañar el título de la sucesión.

DGRN Resolución de 1 de diciembre de 2006

251

SECCIÓN PRÁCTICA

Cambio de residencia del progenitor custodio en relación con la custodia de los hijos **255**

Casos prácticos. **260**

TRIBUNA ABIERTA

Atribución del carácter privativo a un bien por acuerdo de las partes: pacto de privatividad en el régimen de separación de bienes

Juan José Reyes Gallur

269

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Congreso Internacional de Mediación, Sevilla 14 y 15 de mayo de 2007. “Mediación: de la Confrontación a la Colaboración. Nueva Cultura Complementaria al Procedimiento Judicial”.

277

Publicaciones, noticias y datos de interés.

282

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad.	289
Guarda y custodia.	289
Régimen de visitas.	290
Vivienda familiar y ajuar familiar.	291
Pensión alimenticia.	291
Pensión compensatoria.	292
Cuestiones procesales.	293
Convenio regulador.	294
Ejecución de sentencias.	294
Regímenes económico-matrimoniales.	295
Procedimientos de menores.	296
Filiación.	296
Uniones de hecho.	297
Cuestiones penales.	297
Cuestiones registrales.	297
Sucesiones.	298
Otras cuestiones.	299

Revista de Derecho de

familia

ESTUDIOS DOCTRINALES

RELACIONES PATRIMONIALES EN LAS UNIONES DE HECHO

ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

RESUMEN

La circunstancia de que las parejas de hecho no tengan asignado un régimen económico subsidiario que, a falta de pacto, regule las relaciones patrimoniales entre los convivientes, plantea numerosas incertidumbres en el momento del cese de la relación, sobre todo cuando los bienes que se han adquirido están a nombre de uno solo de ellos. En el presente artículo, de forma casuística, se analizarán numerosos supuestos y se expondrán los criterios que nuestros tribunales vienen aplicando para considerar si existió o no voluntad de hacer comunes los bienes que se adquirieron durante la convivencia.

ABSTRACT

PATRIMONIAL RELATIONSHIPS IN UNIONS BY FACT

The circumstance that the couples by fact don't have assigned a subsidiary economic regime that, for lack of pact, regulate the patrimonial relationships among the persons living together, outlines numerous uncertainties in the moment of the ceasing of the relationship, mainly when the goods that have been acquired are to name of one alone of them. In the present article, in a casuistical way, numerous suppositions will be analyzed and will be exposed the criteria that our tribunals come applying to consider if it existed or not the will of making common the goods that were acquired during the coexistence.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA UNIÓN DE HECHO DURANTE LA CONVIVENCIA

II.1. Uniones de hecho constituidas formalmente conforme a las leyes autonómicas

A) Régimen económico de las uniones de hecho. B) Contribución a las cargas familiares. C) Adquisición, administración y disposición de los bienes. D) Responsabilidad.

II.2. Uniones de hecho sin constituirse formalmente

III. DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO

IV. DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN PATRIMONIO COMÚN

IV.1. Acreditación de la convivencia

IV.2. Determinación del carácter común de los bienes adquiridos durante la convivencia

A) Criterios generales favorables para interpretar que ha existido voluntad de crear un patrimonio común.

A) EJERCICIO CONJUNTO DE UNA ACTIVIDAD COMERCIAL. B) AMBOS CONVIVIENTES TRABAJAN DE FORMA INDEPENDIENTE PERO UNEN SUS INGRESOS PARA HACER FRENTE A TODOS LOS GASTOS COMUNES INCLUIDA LA COMPRA DE BIENES

B) Criterios generales que llevan a considerar que no ha existido voluntad de formar un patrimonio común.

A) OBTENCIÓN DE INGRESOS POR UN SOLO CONVIVIENTE. B) OBTENCIÓN DE INGRESOS POR AMBOS CONVIVIENTES Y MANTENIMIENTO DE ECONOMÍAS INDEPENDIENTES

C) Compra de bienes a nombre de ambos convivientes. D) Compra de bienes a nombre de uno solo de los convivientes. E) Compra de unos bienes en común y otros con carácter privativo. F) Menciones erróneas en cuanto al régimen económico en el momento de la compra de los bienes. G) Problemática de las cuentas bancarias. H) Porcentaje de participación de cada conviviente en la comunidad. I) Supuestos en los que, aún declarándose que no existe comunidad, se reconocen créditos de un conviviente frente a otro.

V. LA LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO DE LA UNIÓN DE HECHO

VI. ASPECTOS PROCESALES DE LA DETERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN EN LAS UNIONES DE HECHO

I. INTRODUCCIÓN

Dos personas que estén unidas sentimentalmente y que quieran convivir juntas pueden optar por contraer matrimonio, por constituir una pareja de hecho de las reguladas en las distintas leyes autonómicas o sencillamente comenzar la convivencia sin someterse a formalidad alguna. Todas estas clases de convivencia tienen amparo legal puesto que, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional, el concepto de familia del artículo 39.1 de la Constitución no se agota en el modelo matrimonial y, por tanto, dentro del mismo está también incluida la convivencia *more uxorio*.

Ante la parálisis del legislador nacional, con las leyes autonómicas de parejas de hecho se ha pretendido regular esta forma de convivencia que día a día va teniendo más aceptación en nuestro país y que se va aproximando, en número de parejas, a las matrimoniales. Sin embargo, las distintas y variadas leyes no han solucionado el problema, ya que siempre seguirán existiendo parejas que convivan sin haber contraído matrimonio y sin constituirse formalmente como parejas de hecho. Los motivos que llevan a estas personas a mantenerse al margen de las regulaciones legales pueden ser de distinto tipo, sencillamente porque no desean someterse a ninguna regulación o porque legalmente no pueden acogerse a las leyes de parejas de hecho, como es el caso de las personas que están separadas de hecho o judicialmente y conviven con otras que a su vez pueden estar o no ligadas por vínculo matrimonial con un tercero, ya que en las legislaciones autonómicas de parejas de hecho, las personas casadas que aún no han obtenido el divorcio o la nulidad no pueden constituirse en una pareja de hecho.

Las dos primeras formas de convivencia, es decir, matrimonio y unión de hecho formalmente constituida, generan derechos y obligaciones expresamente reguladas por las leyes. La tercera de las opciones, al no contar con regulación legal, parece que no otorga a los convivientes derecho alguno, sin embargo, ello no es así. No podemos caer en el error de clasificar a las parejas de hecho en legales e ilegales. Como señalaba la STS de 10 de marzo de 1998 «La convivencia *more uxorio*, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho».

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA UNIÓN DE HECHO DURANTE LA CONVIVENCIA

Como es más que evidente, la convivencia genera unas necesidades ya que los integrantes de la pareja deben residir en una vivienda, bien sea en régimen de alquiler o propiedad, y deben soportar los gastos que ello implica (comunidad de propietarios, suministros, impuestos, etc.) Igualmente deben atenderse las necesidades de alimentación, vestido, asistencia médica, etc. y si existe descendencia habrá que cumplir las obligaciones de la patria potestad, entre las que se encuentra la obligación alimenticia. Por otro lado, si se contraen deudas constante la convivencia habrá que determinar quién es el obligado a su pago, y correlativamente si se adquieren bienes en común o con carácter privativo habrá que precisar quién puede disponer de los mismos y su régimen de administración y gestión.

¿Cómo se atienden los gastos derivados de las necesidades de la familia? ¿Quién responde de las deudas que se generen durante la convivencia? ¿Qué facultades de gestión, administración y disposición tienen los convivientes? Contestar a estas interrogantes nos exige diferenciar a las uniones de hecho que están constituidas legalmente de aquellas otras que, como ya indicamos en el apartado anterior, no quieren someterse a ninguna formalidad.

II.1. Uniones de hecho constituidas formalmente conforme a las leyes autonómicas

A) Régimen económico de las uniones de hecho

A diferencia de lo que sucede con los matrimonios, no existe norma legal nacional o autonómica que atribuya a las uniones de hecho, con carácter supletorio o subsidiario, un determinado régimen económico. Todas las normas autonómicas hacen expresa referencia a que los convivientes pueden otorgar los pactos que consideren oportunos para regular las relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras el cese de la pareja, es decir, para establecer un determinado régimen económico. Con esta finalidad, en Andalucía el artículo 11 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho prevé la posibilidad de que los integrantes de la pareja acudan a la administración para conseguir información sobre los aspectos a tratar en la escritura pública que se redacte, que podrá referirse a las siguientes materias: a) Contribución a las cargas familiares. b) Régimen de titularidad y disposición de bienes y ganancias, con la constitución, en su caso, de una sociedad universal en cualquiera de sus modalidades. c) Derecho a alimentos. d) Efectos patrimoniales derivados de la disolución de la pareja de hecho: distribución y adjudicación de bienes; atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar; contribución a las cargas familiares y alimentos; indemnización a favor de alguno de sus miembros.

Por tanto, serán los propios convivientes los encargados de establecer el régimen jurídico que quieren para su relación de pareja, ya sea al inicio de la convivencia o durante la misma, debiendo además admitirse la posibilidad de que posteriormente lo modifiquen tantas veces como sean necesarias o convenga a los interesados. Dichos pactos, dependiendo de la autonomía, deberán otorgarse en escritura pública o bastará cualquier forma admitida en derecho, oral o escrita. Igualmente habrá que tener en cuenta que, serán nulos y carecerán de validez los pactos contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos. Lo que sucede en la práctica es que no es muy usual que se otorguen pactos con esta finalidad, con lo que, no existiendo un régimen supletorio a falta de pacto, la realidad es que la unión de hecho carece de un régimen jurídico concreto y específico.

Aunque solo sea a efectos meramente anecdóticos, hay que hacer referencia al dislate legislativo en que incurrió el legislador gallego al introducir en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, en la Disposición Adicional Tercera, una total equiparación entre los matrimonios y las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, y en virtud de ella se extendía a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que esta ley reconoce a los cónyuges, y entre otras cuestiones, como es obvio ya que no existía exclusión alguna, al régimen económico matrimonial, concretamente el de gananciales cuando no existían capitulaciones matrimoniales. Después de un periodo

de vigencia de esta normativa, la ley 10/2007, de 28 de junio, reforma aquella disposición adicional en el sentido de que, para que los efectos de la convivencia se equiparen a los del matrimonio, será necesario que los convivientes expresamente así lo quieran y en este sentido se indica que «Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir las relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarla». Es decir, que si quieren un régimen similar al de la sociedad de gananciales deben pactarlo no siendo por tanto este régimen aplicable con carácter subsidiario o supletorio a las parejas de hecho.

B) Contribución a las cargas familiares

En defecto de pacto, se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la pareja contribuyen al mantenimiento del hogar y a los gastos comunes con el trabajo doméstico y con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos y, si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios respectivos. Este principio se incluye en la mayoría de las leyes de parejas de hecho. Algunas leyes son más concretas en este sentido y, como por ejemplo, en Baleares, la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables indica en su artículo 5 que:

«Tienen la consideración de gastos para el sustento de las cargas familiares los necesarios para el mantenimiento de la pareja y de los hijos, comunes o no, que convivan con ellos, de acuerdo con los usos sociales y el nivel de vida de la pareja, y especialmente: a) Los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio; b) Los de conservación de la vivienda u otros bienes de uso de la pareja; c) Los originados por las atenciones de previsiones médicas y sanitarias; No se consideran gastos comunes aquellos derivados de la gestión y de la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni los que, en general, corresponden al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja.»

Como se señala en artículo 5 de la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las Parejas Estables en Navarra:

«Se considerará contribución a los gastos comunes el trabajo doméstico, la colaboración personal o profesional no retribuida o insuficientemente retribuida a la profesión o a la empresa del otro miembro.»

C) Adquisición, administración y disposición de los bienes

Cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes, así como de los que adquiera durante la convivencia, ya sea a título de propietario exclusivo o en pro indiviso. Únicamente en algunas de las leyes autonómicas se establecen restricciones para la disposición de la vivienda familiar, así, por ejemplo, en Cataluña señala el artículo 11 de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja que:

«1. El conviviente titular de la vivienda común o de los muebles de uso ordinario no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, de gravamen o, en general, de disposición de su derecho que comprometa su uso sin el consentimiento del otro o, en su defecto, de la autorización judicial. 2. El acto efectuado sin consentimiento o sin la autorización prescrita por el apartado 1 es anulable a instancia del otro conviviente en el plazo de cuatro años desde que tenga conocimiento del mismo o desde su inscripción en el Registro de la Propiedad. 3. No procederá la anulación permitida por el apartado 2 cuando el adquirente actúe de buena fe y a título oneroso si, además,

el titular ha manifestado que el inmueble no tenía la condición de vivienda común, aunque sea manifestación inexacta. Sin embargo, el que ha dispuesto del mismo responde de los perjuicios que cause, de acuerdo con la legislación aplicable.»

D) Responsabilidad

En la mayoría de las leyes autonómicas de parejas de hecho se incluye un artículo en que se hace referencia a que los miembros de la pareja son responsables solidarios frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa, siempre y cuando los mismos se adecuen a los usos sociales y al nivel de vida de la pareja.

II.2. Uniones de hecho sin constituirse formalmente

A falta de regulación legal, la atención de los gastos que genera la convivencia estará en función de los pactos expresos o tácitos a los que haya llegado cada una de las parejas. Habrá casos en los que ambos obtengan ingresos y otros en los que uno solo de los convivientes realice un trabajo remunerado mientras que el otro aporte su contribución a la familia dedicándose a su atención.

Por lo que respecta a la gestión, administración y disposición de los bienes cada conviviente conserva el dominio y disfrute de los que sean de su propiedad, sin que existan restricciones para la disposición de los bienes.

En cuanto a la responsabilidad, no existe precepto alguno que extienda a un conviviente la responsabilidad de las deudas contraídas exclusivamente por el otro, aun cuando sean para la atención de las necesidades de la familia.

III. DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO

Los matrimonios no tienen el monopolio de las crisis de pareja, y por ello, toda unión de hecho, puede fracasar y llevar a los convivientes a una confrontación similar a la que mantienen los cónyuges.

En las distintas leyes autonómicas se regulan las causas por las que se considera extinguida la unión y que en síntesis son las siguientes: a) Por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes; b) Por matrimonio de uno de sus miembros; c) Por mutuo acuerdo; d) Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro; e) Por cese efectivo de la convivencia por un período superior a un año; f) En los supuestos acordados por sus miembros en escritura pública. Cuando se ha inscrito la pareja en algún registro público, su disolución también deberá constar en dicho registro.

Por lo que respecta a las uniones de hecho que no se constituyeron formalmente, la misma finalizará también por el fallecimiento y por el cese consensuado o unilateral impuesto por alguno de ellos.

En consecuencia, una vez disuelta la unión de hecho, procederá el inicio de la fase de liquidación del patrimonio común, donde habrá que diferenciar la determinación del patrimonio común de las operaciones meramente liquidatorias.

IV. DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN PATRIMONIO COMÚN

Cuando se produce la separación o el divorcio de un matrimonio, dependiendo del régimen económico por el que se rigiese, habrá que proceder al reparto de los bienes que se hayan adquirido durante la vigencia de dicho régimen. Si se trataba de la sociedad de gananciales, a cada cónyuge le pertenecerá el 50 % de la masa ganancial. En el caso del régimen de participación, habrá que estar a lo pactado. Por último, si el régimen era el de separación de bienes, no es necesario reparto alguno y, en principio, cada cónyuge será propietario de los bienes que haya adquirido durante el régimen.

Como ya hemos comentado anteriormente, las uniones de hecho –se hayan constituido o no formalmente– no tienen régimen económico preestablecido y que funcione con carácter subsidiario como sucede en el matrimonio. Habrá situaciones en las que los convivientes han ido adquiriendo bienes por mitades indivisas –o en las proporciones que hayan estimado conveniente– y así figure en los correspondientes registros públicos. Sin embargo, es frecuente ver supuestos en los que todos o la mayoría de los bienes formalmente han sido adquiridos por uno solo de los convivientes, y en estos casos, el conviviente no titular de los bienes entiende que tiene derecho a que se proceda al reparto de los adquiridos durante la convivencia, ante lo que el otro conviviente suele oponerse, en unos casos negando la propia existencia de la pareja, y en otros, aun reconociendo que hubo una convivencia *more uxorio*, cuestionando que durante la convivencia hubiese habido voluntad de adquirir bienes en común.

Por tanto, el integrante de la pareja que quiera reivindicar su parte en los bienes adquiridos durante la convivencia, deberá acreditar en primer lugar que ha existido una convivencia estable análoga a la matrimonial y que durante la misma existió voluntad de constituir una comunidad de pérdidas y ganancias. Analicemos detenidamente estos requisitos:

IV.1. Acreditación de la convivencia

Como paso previo al reparto de bienes, será necesario acreditar que ha existido una convivencia entre las partes, que la misma se prolongó en el tiempo y que era similar a la matrimonial.

Habrán supuestos en los que, si se otorgó una escritura pública al inicio de la convivencia para regular sus relaciones o los integrantes de la pareja se inscribieron en un Registro Público, la convivencia se acredite fácilmente mediante la presentación de una copia de la escritura o de un certificado registral. En otros casos, dicha acreditación podrá efectuarse mediante la aportación de documentos en los que consten estos extremos (por ejemplo, con un certificado de empadronamiento).

El problema surge cuando una de las partes niega la propia existencia de la unión, por lo que será objeto del procedimiento la declaración expresa de que entre las partes hubo una convivencia *more uxorio* durante un determinado tiempo. En este sentido habrá que tener en cuenta que la STS de 18 de mayo de 1992 señaló que «La convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen convivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar». Es decir, que hubo entre las partes una relación prolongada compartiendo casa y lecho. Obviamente, aunque el Tribunal Supremo haga referencia a una coexistencia diaria, deben admitirse excepciones justificadas en razón de trabajo, enfermedades, etc.

La circunstancia de que la profesión del conviviente fuese la de mariner, ausentándose largas temporadas en el mar, no impide considerar acreditada la existencia de la relación *more uxorio*, ya que durante su estancia en tierra hacía vida en común con la actora (AP Las Palmas, Sec. 3.^a, Sentencia de 17 de diciembre de 2004).

Como en las leyes autonómicas de parejas de hecho se regulan los requisitos que deben cumplirse para la existencia de la unión, cabe cuestionarse si habrá que atenerse a esta normativa o basta con acreditar los requisitos indicados por el Tribunal Supremo en la sentencia que hemos reseñado, para considerar probada la existencia de la relación *more uxorio*. Como lo que aquí se está cuestionando es la existencia de una unión de hecho a efectos de considerar si se ha constituido o no un patrimonio común, habrá que estar a lo que indica el Tribunal Supremo, puesto que los requisitos que se establecen en la normativa autonómica están en relación con los derechos allí reconocidos y como puede comprobarse, en ninguna de ellas se contempla el posible reparto del patrimonio. En consecuencia, a los efectos que ahora nos interesan, no hay distinción entre uniones de hecho constituidas formalmente y las que conviven al margen de cualquier regulación legal. Precisamente por ello, los espacios de tiempo que se fijan en las leyes como duración mínima de la unión no resultan aplicables, siendo meramente indicativos, no habiendo establecido el Tribunal Supremo en su abundante jurisprudencia la exigencia de un determinado plazo de convivencia.

IV.2. Determinación del carácter común de los bienes adquiridos durante la convivencia

Es constante, pacífica y reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión *more uxorio*, por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquiera otra forma). Es decir, que el hecho de que uno de los convivientes realice un trabajo remunerado y el otro se dedique a atender las necesidades de la casa y de la familia, no implica que los bienes que se adquieran pertenezcan a los dos. Desde ahora hay que dejar claro que una cuestión es el perjuicio que un conviviente puede haber tenido con el cese de la convivencia que debe reclamarse acudiendo a la analogía del artículo 97 del CC, al enriquecimiento injusto o a los principios generales del derecho, y otra distinta que, además de esta pensión o indemnización, pueda reclamar que todos los bienes o parte de los que se adquirieron durante la convivencia también son de su propiedad.

Si la convivencia no lleva implícitamente aparejada la existencia de una comunidad de pérdidas y ganancias, ¿podrá acudirse a la analogía y entender que son aplicables las normas de los regímenes económico-matrimoniales? Como señala nuestro más Alto Tribunal en la Sentencia de 4 de marzo de 1997: «No procede la aplicación analógica del régimen legal de gananciales a las uniones de hecho. Es contradictorio que en el momento en que se disuelva la unión de hecho, se quiera la aplicación (ahora beneficiosa) de las normas legales sobre los efectos económicos de la desaparición de aquel estado cuando el matrimonio también se disuelve, normas que excluyeron las partes al inicio de su convivencia». Por otra parte, también ha indicado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de mayo de 1992 que «si no resulta de fácil encaje analógico para aplicar a las uniones no matrimoniales, el régimen de gananciales, lo mismo sucede respecto al de separación de bienes, cuando no medió convenio o pacto alguno al respecto».

Si no existe la posibilidad de aplicar analógicamente las normas de la sociedad de gananciales qué es lo determinante para que pueda considerarse que los bienes adquiridos durante la convivencia pertenecen a ambos convivientes. El Tribunal Supremo ha señalado que en estos casos habrán de ser los convivientes interesados los que, por pacto expreso o por sus *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común, o como ha señalado la jurisprudencia, que hubiesen venido funcionando como una sola economía) evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión de hecho. O dicho de otro modo, que se hayan realizado actos que patenten su voluntad de constituir un condominio o una sociedad particular o universal de ganancias.

Como es evidente, los supuestos de pactos expresos no plantean problemas, únicamente habrá que comprobar que respetan los límites del artículo 1255 del CC y acto seguido dar cumplimiento al contenido de los mismos. A nivel doctrinal se ha discutido si los convivientes pueden pactar que el régimen jurídico de la convivencia se desarrollará conforme a la sociedad de gananciales, régimen de participación o de separación de bienes. Aunque un sector entiende que los regímenes económicos que se regulan en el Código Civil sólo pueden acogerse cuando los integrantes de la pareja van a contraer o ya han contraído matrimonio, el sector mayoritario no ve obstáculo alguno para que los convivientes puedan pactar cualquiera de los regímenes económicos previstos en el Código Civil o el que estimen conveniente y mejor se adapte a sus necesidades.

Las cuestiones controvertidas surgen cuando faltan los pactos, en cuyo caso, hay que acreditar que la voluntad de los convivientes fue la de formar un patrimonio común, o al menos que parte del mismo perteneciese a ambos. Las convivencias *more uxorio* han planteado siempre la dificultad propia de las relaciones jurídicas tácitas. Es decir, la necesidad de averiguar el contenido de la voluntad interna de sus componentes, debiendo añadirse en este caso la dificultad genérica de que nos encontramos ante un fenómeno no estrictamente patrimonial, como pudiera ser una copropiedad ordinaria o una sociedad irregular, sino con unos componentes personales y de convivencia que no se hallan sujetos a los principios contables básicos, puesto que los flujos económicos de sus componentes y del ente común que configuran son difícilmente discernibles e identificables. Siendo muchas veces –si no siempre– imposible realizar una disección limpia de los estados de «debe» y «haber» que surgieron –si surgieron– durante la convivencia.

Aunque, dada la singularidad y diversidad de circunstancias que presentan las uniones de hecho, no pueden establecerse reglas de aplicación general siendo necesario descender al caso concreto, sí consideramos oportuno reseñar unas pautas genéricas respecto a lo que suele llevar a los tribunales a considerar la existencia de la comunidad de pérdidas y ganancias o bien a negar su existencia, para, a continuación, profundizar en la jurisprudencia para sistematizar los casos que han llegado a nuestros tribunales con la finalidad de ver la solución jurídica que se ha acogido en cada supuesto.

A) Criterios generales favorables para interpretar que ha existido voluntad de crear un patrimonio común

A) EJERCICIO CONJUNTO DE UNA ACTIVIDAD COMERCIAL

Si, constante la convivencia, los integrantes de la pareja instalan un negocio en el que ambos prestan su esfuerzo y con las ganancias obtenidas se adquieren unos bienes, es criterio generalizado en la jurisprudencia que, aunque los bienes formalmente figuren exclusivamente a nombre de uno de los convivientes, ha existido pacto tácito dirigido a formar un patrimonio común. Para ello no es obstáculo que uno de los convivientes haya compatibilizado esta actividad con las atenciones al hogar y a la familia.

El encuadre normativo legal de la relación patrimonial creada por los convivientes presenta cierta dificultad pero, como señala el Tribunal Supremo, puede acudirse a la comunidad de bienes *sui generis*, o a la sociedad irregular ya que como consecuencia del esfuerzo mutuo en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar mercantil se generó un patrimonio comunal.

Conforme indica el artículo 1665 del CC: «La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias». Aunque esta sociedad se puede constituir en cualquier forma (salvo que se aporten a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública) la realidad es que una pareja de hecho no suele constituir formalmente una sociedad, por lo que estaríamos ante una sociedad irregular que es el supuesto contemplado en el artículo 1669 del CC «No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en los que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con terceros. Esta clase de sociedades se registrá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes».

Ahora bien, teniendo en cuenta que la sociedad (sea irregular o no) puede ser universal o particular (artículo 1671 del CC) esta circunstancia también será decisiva para la determinación del carácter comunal de los bienes. Veamos a continuación los supuestos que pueden presentarse:

– Supuestos en los que se considera que existe una sociedad universal de ganancias. Cuando ambos convivientes conjuntamente realizan aportaciones patrimoniales o el esfuerzo personal a una actividad comercial, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, debe considerarse que se ha creado una sociedad universal de ganancias en la que ambos convivientes participan por mitad, tanto en lo que respecta a los ingresos como en los gastos.

Lógicamente, quedan al margen de esta sociedad o comunidad universal los bienes que pertenecían a los convivientes antes de iniciarse la convivencia y los que han adquirido de terceros a título gratuito. Igualmente hay que precisar que esta sociedad universal es compatible con el mantenimiento por parte de algún conviviente de alguna cuenta bancaria privativa abierta antes de comenzar la convivencia. Por último, en aquellos casos en los que uno de los convivientes es propietario de algún inmueble con anterioridad al inicio de la convivencia y está pendiente el pago de una parte del préstamo hipotecario, se consideraran que son comunes los pagos realizados constante la convivencia, pero esta circunstancia sólo dará derecho a un crédito y no a que parte de la vivienda pueda considerarse privativa, incluso aunque se trate de la vivienda familiar.

Existencia de una sociedad irregular entre los convivientes (él ejerció la profesión de agente comercial, representante y distribuidor de comestibles y ella, si bien se dedicaba a las labores propias del hogar, prestaba su ayuda y colaboración a las actividades negociales que desarrollaba su pareja) siendo procedente la liquidación de todos los bienes adquiridos durante la convivencia y con arreglo a cuotas iguales, sin que sea obstáculo que dichos bienes se encuentren inscritos exclusivamente a nombre del conviviente (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de mayo de 1992).

El largo período de convivencia, en el que ambos convivientes ejercieron juntos diversas actividades industriales y adquirieron bienes conjuntamente o individualmente uno de ellos pero para la sociedad que su prolongada convivencia y trabajo en común había consolidado, lleva a declarar la existencia de una sociedad civil irregular de carácter universal que de acuerdo con el artículo 1669, párrafo segundo, del Código Civil habrá de regirse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de marzo de 1995).

Acreditada la existencia de una actividad económica conjunta (explotación de establecimientos hoteleros) hay que considerar que se ha generado un patrimonio común (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de julio de 1998).

La actividad económica conjunta desarrollada durante la unión de hecho con aportación de esfuerzo personal de ambos deriva en la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal que, en aplicación del artículo 392 del CC, debe repartirse por mitad entre ambos (AP Álava, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de abril de 1999).

Emprendiendo ambos convivientes la explotación conjunta de un bar en la que los dos participaron de forma activa haciendo comunes tanto los ingresos como los gastos, existiendo cuentas bancarias comunes y solicitando conjuntamente un préstamo bancario, se declara la existencia de una comunidad en la que cada uno participa al 50%. No obstante, se declara el carácter privativo de un inmueble sin perjuicio del derecho de crédito del otro conviviente por las cuotas abonadas del préstamo hipotecario (AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2003).

Carácter común de la vivienda adquirida constante la convivencia ya que resulta ilógico que conviviendo juntos, trabajando en el mismo negocio de hostelería y aportando el mismo esfuerzo en todos los órdenes luego resulte que uno solo de ellos es el que ostenta toda la propiedad de lo adquirido durante la convivencia (AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2004).

Convivencia de hecho estable, en la que la pareja instauró una comunidad de bienes, estableciendo una unidad patrimonial reflejada en la existencia de una única cuenta bancaria a través de la que llevaban la explotación de un negocio que generó un patrimonio común: aunque el préstamo se peticionara sólo a nombre de la mujer, no excluye al otro conviviente, debiéndose hacer frente por ambos al pago de sus cuotas, debiendo el demandado abonar a su pareja las cuotas satisfechas en exclusividad por ésta. Habiéndose abonado la fianza del local con el dinero de dicho préstamo, la conviviente sólo puede reclamar al otro la mitad (AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2005).

Acreditada la existencia de una unión de hecho que se prolongó durante al menos diez años y la exploración conjunta de un negocio de artesanía manteniendo cuentas bancarias comunes, se considera que existía la voluntad de creación de un patrimonio común que corresponde dividir al haber cesado aquella unión (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2006).

– Supuestos en los que se considera que existe una sociedad particular y, en consecuencia, los convivientes no tienen la voluntad de hacer comunes todos los bienes, sino únicamente alguno o algunos. Cuando los integrantes de la pareja no contribuyen económicamente ni con el esfuerzo personal en todos los negocios, sino únicamente en alguno de ellos, no estaremos ante una sociedad universal sino particular respecto al negocio o negocios concretos en los que exista esa colaboración.

Existencia de una sociedad irregular entre los componentes de una unión de hecho respecto exclusivamente a uno de los negocios del conviviente, sin que pueda extenderse al resto de ellos. En base al trabajo personal de la conviviente en dicho negocio se acuerda que, en ejecución de sentencia, se liquide la sociedad y se distribuyan las pérdidas y ganancias entre ambos socios (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de febrero de 1993).

Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, hay que hacer mención a que en cierta ocasión en la que se tuvo por acreditada la realización de una actividad común por los convivientes (escuela de tenis), no se ha considerado que existiese una comunidad de bienes, y valorando el perjuicio que tuvo uno de los convivientes al extinguirse la relación y aplicando la doctrina del enriquecimiento injusto, se estableció una indemnización.

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).

B) AMBOS CONVIVIENTES TRABAJAN DE FORMA INDEPENDIENTE PERO UNEN SUS INGRESOS PARA HACER FRENTE A TODOS LOS GASTOS COMUNES INCLUIDA LA COMPRA DE BIENES

En el apartado anterior vimos el supuesto en el que ambos convivientes conjuntamente ejercían una actividad comercial o empresarial. En el presente caso analizaremos la situación que se presenta cuando ambos convivientes ejercen actividades laborales o empresariales independientes pero ingresan su producto en una cuenta común, cuenta en la que se domicilian los pagos para atender las necesidades de la familia e incluso se utiliza para la compra de bienes. Esta situación provoca una confusión consciente de ingresos y es considerada por la jurisprudencia como un signo inequívoco de la voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común.

Cabe deducir que los convivientes mantuvieron voluntariamente un régimen de comunidad ordinaria de bienes cuando existieron cuentas corrientes indistintas donde ingresaban el producto de su trabajo y posteriormente sus respectivas pensiones de jubilación (AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de febrero de 1998).

El inmueble fue adquirido por los convivientes que compartían ingresos y gastos bajo una relación de confianza, lo que implica, de forma concluyente, la voluntad de atribuir carácter común al bien adquirido con los ingresos que ambos aportaban (AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 1998).

B) Criterios generales que llevan a considerar que no ha existido voluntad de formar un patrimonio común

A) OBTENCIÓN DE INGRESOS POR UN SOLO CONVIVIENTE

Al igual que sucede en los matrimonios que se rigen por el sistema de separación de bienes en los que uno sólo de los cónyuges obtiene ingresos, es perfectamente posible que esa misma situación se traslade a una pareja de hecho. El conviviente que obtenga ingresos aportará el metálico necesario para atender las necesidades de la familia y el otro conviviente aportará su trabajo en la casa. Pues bien, siendo ello así, la jurisprudencia no considera que la dedicación a los hijos y al hogar familiar implique automáticamente la existencia de una comunidad de bienes ni de una sociedad irregular que justifique el reparto de los bienes adquiridos durante la convivencia. En estos casos el conviviente perjudicado tras la ruptura podrá reclamar al otro una pensión compensatoria o una indemnización si concurren los presupuestos para ello (enriquecimiento injusto), pero no tiene derecho a participar en los bienes adquiridos por el otro conviviente, salvo que existan otros datos que evidencien la voluntad de formar una comunidad de ganancias entre los convivientes (compra de bienes en común, mantenimiento de cuentas comunes, etc.)

Inexistencia de constitución de comunidad a efectos de la propiedad de los bienes en una convivencia *more uxorio* al no acreditarse una voluntad expresa o tácita a pesar del dilatado período en que aquélla se prolongó (AP Almería, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de enero de 2000).

B) OBTENCIÓN DE INGRESOS POR AMBOS CONVIVIENTES Y MANTENIMIENTO DE ECONOMÍAS INDEPENDIENTES

Éste es un caso claro y evidente de que los convivientes no han querido formar ninguna comunidad de ganancias. Después de aportar cada uno de ellos lo necesario para atender los gastos de la familia, el resto de sus ingresos irán destinados a engrosar sus respectivos patrimonios, sin que finalizada la convivencia, exista derecho a participar en las ganancias del otro.

Inexistencia de comunidad de bienes entre los convivientes al no aparecer probado que, ni por pacto expreso, ni por acuerdo tácito que pueda inferirse de sus actos concluyentes, la voluntad de éstos fuera la de hacer común los bienes y ganancias obtenidas durante la convivencia. Durante los dos años y dos meses que duró la unión cada uno percibió los ingresos que generaban sus trabajos, sin que existiesen cuentas corrientes conjuntas (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de octubre de 1992).

No procede declarar la propiedad común de los bienes, habida cuenta que la convivencia vino rigiéndose por un sistema afín a la separación de bienes, siendo significativo que la escritura pública de compraventa se otorgase sólo por la conviviente y ésta solicitase un préstamo hipotecario para el abono del precio (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de abril de 1997).

Aunque ha quedado acreditada la relación de convivencia no se estima que exista una comunidad económica ya que cada uno tenía su propia cuenta bancaria, sus propios ingresos y, lo que es más revelador, fueron abonando por separado los recibos de amortización del préstamo hipotecario, único bien que adquirieron en común (AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2005).

Se desestima la demanda de juicio ordinario interpuesta por los hijos contra la que fue pareja de hecho del padre, y en la que solicitaban se declarara la existencia de una sociedad civil irregular en relación a un hotel rural o, subsidiariamente, la liquidación de una comunidad ordinaria. No se ha acreditado que el padre de los actores invirtiera ni trabajo ni dinero en la construcción de la

casa construida en terreno propiedad de la pareja del padre. El fallecido no ostenta la condición de conviviente perjudicado (AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 12 de julio de 2005).

La circunstancia de que los convivientes hubiesen efectuado algunas operaciones conjuntas, como por ejemplo, la suscripción de unos préstamos, no es motivo suficiente para enervar la conclusión a la que llegamos en el párrafo anterior.

El hecho de haber acreditado que durante la convivencia de la unión de hecho suscribieron juntos dos contratos de préstamo no es suficiente para deducir la voluntad expresa o tácita de hacer comunes los bienes o ganancias obtenidas durante la supuesta unión de hecho (AP Toledo, Sec. 1.^a, Sentencia de 13 de octubre de 2000).

Igualmente el hecho de que otorgasen testamento de uno a favor del otro, tampoco conlleva que deba entenderse que hubo voluntad de crear un patrimonio común.

No puede declararse que existiese una comunidad de pérdidas y ganancias entre los convivientes al no haber existido confusión alguna entre los patrimonios, no habiendo ni siquiera aperturado cuentas bancarias conjuntamente ni comprado bienes en pro indiviso. La circunstancia de que la pareja hubiese otorgado testamento instituyendo de heredero al otro miembro no es suficiente para efectuar la declaración que se pretende (AP Lugo, Sec. 2.^a, Sentencia de 21 de junio de 2006).

C) Compra de bienes a nombre de ambos convivientes

La adquisición conjunta de bienes también es un hecho con el que la jurisprudencia viene presumiendo que existe aparentemente una voluntad de hacer común el bien objeto de la compra.

Cuando las aportaciones dinerarias para la adquisición son iguales en ambos convivientes, la consideración de bien común es prácticamente inamovible. Sin embargo, una importante problemática se presenta cuando esta aportación es muy distinta o incluso cuando la aportación económica la hace exclusivamente uno de ellos aunque la escritura se otorga a nombre de los dos convivientes y por mitad. Esta situación también sucede con frecuencia en el régimen de separación de bienes donde uno de los cónyuges se dedica a realizar una actividad laboral o profesional mientras que el otro atiende la casa y la familia.

Estando el bien inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de ambos convivientes, cuando se extingue la relación de pareja, puede suceder que ambos acepten esta situación, con lo cual se pasaría directamente a la fase de liquidación, pero también es posible que uno de ellos quiera que se declare que el bien inmueble le pertenece con carácter exclusivo. En estos casos, es conveniente tener en cuenta que, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, cuando se solicita la declaración exclusiva de propiedad el hecho del pago del precio no es cuestión que haga cambiar la titularidad pro indiviso sobre el inmueble litigioso, si no se insta al mismo tiempo la nulidad del contrato de compraventa que hizo posible la adquisición por vicio en el consentimiento o falta de alguno de los requisitos que resultan esenciales en todo contrato (voluntad, objeto y causa) –artículos 1261 y siguientes del Código Civil–, ya que si no se solicita dicha nulidad, el contrato es válido y eficaz, produciendo la adquisición de la propiedad pro indiviso y por partes iguales entre los adquirentes, por lo que perfeccionado el contrato al existir el título y el modo de adquisición (escritura y posesión conjunta por ambos cuando se realizó la compraventa) deviene incólume. En este sentido es ilustrativa la STS de 14 de mayo de 2004: «la compraventa otorgada en escritura

pública es válida y eficaz, ya que ni se ha alegado ni se ha pedido su invalidez o su ineficacia. Por ella, con título y modo, ambos litigantes, entonces convivientes, adquirieron “por mitades indivisas”, como se dice literalmente. El que pruebe, como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial, “que fue adquirida con dinero de la exclusiva propiedad del mismo” (el demandante, conviviente) no implica que la vivienda sea de su exclusiva propiedad; ésta la adquirieron los dos, con intención consciente y libre: él aportó dinero, ella aportó su colaboración personal; de la misma forma que en un matrimonio con régimen económico-matrimonial de separación de bienes, convenido en capitulaciones (cada vez más frecuente) o como régimen legal presuntivo (en Cataluña y Baleares) sería absurdo que tras una separación y a salvo las medidas que prevé la ley, el esposo que fuera el único que tuviera capacidad económica, obtuviera la propiedad exclusiva de todo lo adquirido a nombre de los dos: son los casos frequentísimos, en que el fruto del ahorro —de los dos— se pone a nombre de ambos. Es decir, la prueba de la aportación económica no implica la consecuencia jurídica de la propiedad exclusiva de lo adquirido, siendo así que el negocio jurídico de adquisición no ha sido impugnado y dándose el caso de las aportaciones personales de la convivencia concurren con las económicas, siendo indiscutible que el ahorro y el esfuerzo para tal adquisición son comunes. Por tanto, no puede estimarse la demanda en que pide la declaración de propiedad exclusiva de la vivienda adquirida en común».

Como vemos, en estos casos, junto a la presunción de existencia de voluntad de formar un patrimonio común generada por el otorgamiento de la escritura pública de compraventa a nombre de ambos, la jurisprudencia viene tomando en consideración el trabajo que uno de los convivientes ha podido realizar atendiendo a las necesidades de la casa y la familia, si bien esta tesis se aplica cuando la convivencia se prolongó bastantes años (AP Zaragoza, Sec. 6.ª, Sentencia de 20 de marzo de 2006).

Propiedad común de la vivienda adquirida durante la convivencia e inscrita en pro indiviso a nombre de ambos aunque el precio de la misma se abonase con los ingresos que obtenía el conviviente, ya que ella se dedicaba al cuidado de la familia (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2004).

No habiéndose prolongado excesivamente en el tiempo la convivencia *more uxorio* no puede aplicarse el criterio seguido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de mayo de 2004 para considerar como aportación a la comunidad el trabajo de uno de ellos a la casa y a la familia (AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de marzo de 2006).

Carácter común del inmueble adquirido constante la convivencia al constar registralmente en pro indiviso, sin que, rota la convivencia, pueda reivindicar el conviviente la totalidad del inmueble alegando que el dinero para la compra se extrajo de una cuenta de su propiedad, cuando la conviviente aportó su esfuerzo personal en la comunidad de vida que ambos formaron. Por otro lado, hay que tener en cuenta que no se pide la nulidad de la escritura y que el actor no puede ir en contra de sus propios actos después de haber permitido la copropiedad durante tantos años (AP Huelva, Sec. 1.ª; Sentencia de 14 de junio de 2006).

Existencia de voluntad de formar un patrimonio común cuando los convivientes adquirieron los bienes en pro indiviso y durante la convivencia compartieron ingresos y gastos en cuentas conjuntas, no siendo obstáculo que él aportase más cantidad de dinero, ya que ella también se dedicaba a la casa y a la atención del hijo común (AP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 4.ª, Sentencia de 23 de junio de 2006).

Al no haberse acreditado por el conviviente la alegación de que en la compra del inmueble existió un pacto verbal de fiducia, procede declarar que la vivienda pertenece en pro indiviso a ambos convivientes (AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 24 de octubre de 2006).

También hay que comentar el supuesto que se presenta cuando un conviviente adquiere el inmueble en contrato privado y posteriormente, ya iniciada la convivencia, se otorga la escritura pública a nombre de ambos. En estos casos la solución acogida por la jurisprudencia es establecer un pro indiviso en función de las cantidades aportadas tanto antes como durante la convivencia.

Aunque el inmueble se adquirió por el conviviente antes de iniciar su relación con la demandada, el hecho de que la escritura pública se otorgase a nombre de ambos, motiva que la parte proporcional abonada tras el inicio de la convivencia tenga carácter común, no siendo obstáculo que ella no percibiese ingresos, ya que el pago de la hipoteca se hizo con el esfuerzo (económico de él y personal de ella) y el ahorro común (AP Madrid, Sec. 12.^a, Sentencia de 4 de octubre de 2006).

No obstante, la presunción establecida a favor del carácter común de los bienes, puede destruirse con prueba en contrario, especialmente cuando el otro conviviente no ha hecho aportación alguna, ni dineraria ni de esfuerzo personal. Así, en el caso analizado en la STS de 6 de abril de 2000, a pesar de haberse otorgado una escritura pública en la que aparecen como compradores dos personas que estaban unidas sentimentalmente, se declara la nulidad de la misma y se acuerda que el inmueble pertenece en su totalidad a uno de ellos que fue el que abonó el precio, sin que pueda entenderse que hubo una donación ya que faltó el requisito esencial de la escritura pública. En este caso, aunque el importe de la compraventa fue satisfecho por uno de los convivientes con dinero privativo, el proyecto de contraer matrimonio en el futuro, motivó que el inmueble se inscribiese en el Registro de la Propiedad a nombre de ambos convivientes. Frustrado el compromiso matrimonial, el conviviente que aportó los fondos para la compraventa del inmueble reclamó su titularidad exclusiva, petición que fue estimada al no quedar acreditada la puesta en común de dinero, bienes o industria, ni aportación patrimonial alguna por el otro conviviente. En iguales términos se pronuncia la STS de 22 de septiembre de 2001.

A pesar de haberse otorgado una escritura pública en la que aparecen como compradores dos personas que estaban unidas sentimentalmente, se declara la nulidad de la misma y se acuerda que el inmueble pertenece en su totalidad a uno de ellos que fue el que abonó el precio, sin que pueda entenderse que hubo una donación ya que faltó el requisito esencial de la escritura pública (Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 6 de abril de 2000).

Adquirido un inmueble en documento privado, la circunstancia de que la compradora inicie con posterioridad una relación de unión de hecho con un tercero y que en la escritura pública del inmueble aparezca que se adquiere por mitad y pro indiviso por ambos convivientes no le otorga la propiedad al conviviente que no figuraba en el documento privado, sin que pueda entenderse que existe una donación encubierta al no constar la misma en escritura pública (Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 22 de septiembre de 2001).

Acreditado que no existió una comunidad de ganancias entre los convivientes, ya que uno solo de ellos obtenía ingresos y que la vivienda que se adquirió constante la convivencia se abonó con el producto de la venta de otra vivienda propiedad exclusiva del conviviente, procede declarar que éste es el propietario exclusivo de la misma, no siendo obstáculo para ello que en el Registro de la Propiedad figurase a nombre de ambos (AP Burgos, Sec. 3.^a, Sentencia de 13 de noviembre de 2001).

Por último, habrá que hacer referencia a que la circunstancia de que en el Registro de la Propiedad aparezca un inmueble a nombre de los dos convivientes, no excluye el ejercicio de acciones entre comuneros para exigir el abono recíproco de las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes comunes (por ejemplo, utilización del inmueble durante

un determinado espacio de tiempo excluyendo al otro del mismo derecho a ocuparlo); las mejoras útiles y necesarias hechas en los mismos y los daños ocasionados por malicia o negligencia. También se contabilizarán los pagos que antes de la convivencia y tras el cese de la misma pudo hacer alguno de ellos, por ejemplo, para el pago de la hipoteca, así como los impuestos y demás cargas que sean consecuencia de la propiedad del inmueble. Sin embargo, estos créditos no ampliarán el porcentaje del pro indiviso, pero sí darán derecho a reclamar el 50% al otro conviviente o que, cuando se lleve a efecto la división de la cosa común se le abone con carácter previo al reparto del precio entre ambos.

Acreditada la unión de hecho e inscrito el inmueble a nombre de ambos, se condena a la conviviente a abonar al conviviente la cantidad que éste pagó de más en los vencimientos del préstamo hipotecario desde que cesó la convivencia (AP Cantabria, Sec. 2.^a, Sentencia de 23 de octubre de 2006).

Existe una comunidad de bienes entre los integrantes de la pareja de hecho que se deduce del hecho de compra por mitad del inmueble y pago de los vencimientos en una cuenta común, procediendo la división del inmueble, si bien, antes de repartir el precio entre ambos, deberá abonarse al conviviente los gastos que realizó en beneficio de la comunidad (AP Guadalajara, Sentencia de 23 de enero de 2007).

D) Compra de bienes a nombre de uno solo de los convivientes

Éste es el caso exactamente contrario al anterior. Constante la convivencia, se adquieren bienes pero a nombre exclusivo de uno de ellos. Aquí, ya no existe la presunción favorable que la jurisprudencia otorgaba para considerar común el bien, sino que se invierte la presunción en el sentido de que se considera que la voluntad de los convivientes fue que los bienes que cada uno adquiriría tenían carácter privativo.

Cuando el precio de los bienes ha sido aportado por uno solo de los convivientes, la jurisprudencia se inclina por declarar el carácter privativo de estos bienes.

La convivencia *more uxorio* no implica la creación de una comunidad de bienes entre los convivientes y por tanto, no habiéndose acreditado la aportación económica del conviviente en la adquisición del patrimonio del otro, o la realización de trabajo por cuenta del mismo, no procede liquidación patrimonial alguna (AP Madrid, Sec. 11.^a, Sentencia de 27 de enero de 1998).

No puede considerarse que existió entre los convivientes una comunidad de pérdidas y ganancias, ya que durante la convivencia ambos adquirieron por separado bienes, no abrieron cuentas bancarias conjuntas, ni mezclaron sus ingresos, sino que él se limitaba a abonar lo necesario para la alimentación y vestido y ella ponía la vivienda (AP Murcia, Sec. 1.^a, Sentencia de 8 de marzo de 2004).

Carácter privativo del inmueble adquirido constante la convivencia *more uxorio* y que figura inscrito exclusivamente a nombre de la conviviente al no haberse acreditado que hubo una inequívoca voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia (Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 27 de mayo de 2004).

Carácter privativo del inmueble al haberse acreditado que el conviviente lo adquirió con dinero privativo y antes de iniciarse la convivencia (AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 22 de septiembre de 2004).

No se reconoce derecho alguno al integrante de una pareja de hecho respecto a los inmuebles que se compraron constante la convivencia al quedar acreditado que se adquirieron con dinero ex-

clusivo del otro conviviente, sin que pueda declararse que existió una comunidad de bienes entre ambos (AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 2 de febrero de 2005).

No se entiende que existiese una comunidad de bienes en la convivencia mantenida durante 13 años entre los integrantes de una pareja de hecho habiéndose adquirido los bienes con los ingresos exclusivos de uno de ellos, sin que conste una dedicación especial del otro a la familia y tareas domésticas. No modifica la anterior conclusión la circunstancia de que pudiesen tener cuentas corrientes conjuntas o que la conviviente estuviese integrada en la cartilla sanitaria del conviviente (AP Valladolid, Sec. 1.^a, Sentencia de 3 de marzo de 2005).

Carácter privativo del inmueble adquirido tras el inicio de la convivencia, al constar que ambos mantenían cuentas bancarias independientes en las que ingresaban sus respectivas nóminas, que él adquirió un inmueble y que las cuotas del préstamo se domiciliaron en su cuenta (AP Málaga, Sec. 4.^a, Sentencia de 20 de marzo de 2006).

Carácter privativo de la vivienda adquirida por la conviviente constante la relación *more uxorio* con el actor, sin que la circunstancia de que el préstamo hipotecario sus suscribiera por ambos modifique tal calificación, al no haberse acreditado que los ingresos en la cuenta común que efectuaba el conviviente se destinasen a atender la hipoteca sino a otros gastos comunes. No obstante, en todo caso, podría reclamar la restitución de lo abonado por el pago de la hipoteca (AP Madrid, Sec. 19.^a, Sentencia de 5 de julio de 2006).

Habiendo adquirido el inmueble antes del inicio de la convivencia y habiéndose cargado los vencimientos del préstamo en una cuenta exclusiva del conviviente, no procede declarar que entre ellos existió una comunidad de bienes (AP Toledo, Sec. 1.^a, Sentencia de 18 de abril de 2006).

Por más que se concedieran poder de disposición sobre las respectivas cuentas que cada uno tenía para ingresar el producto de su trabajo, no constan que convinieran una comunidad de bienes como la pretendida, ya que cuando adquirieron bienes se cuidaron de ponerlos a nombre de uno u otro (AP Huesca, Sentencia de 8 de septiembre de 2006).

No se considera que hubiese voluntad entre los convivientes de crear una comunidad de pérdidas y ganancias, por lo que el inmueble es de la titularidad exclusiva de la conviviente, ya que las aportaciones del actor lo han sido para los gastos ordinarios de la convivencia de ambos, incluyendo entre otros gastos los correspondientes al abono de las cuotas de los préstamos pedidos por la pareja (AP Valladolid, Sec. 1.^a, Sentencia de 20 de noviembre de 2006).

Se considera que el inmueble pertenecía en su integridad a la conviviente, hoy fallecida, puesto que así consta en la escritura de compra y porque el conviviente no ha acreditado haber hecho aportación económica alguna, no siendo determinante que éste apareciese como fiador en el préstamo hipotecario, ya que los vencimientos se cargaban en una cuenta de titularidad exclusiva de la conviviente (AP Asturias, Sec. 6.^a, Sentencia de 24 de noviembre de 2006).

Cuando el comprador se encuentra casado en régimen de gananciales, si comparece sólo, el Notario se encargará de solicitar los datos de su cónyuge y, salvo que se acredite otra cosa, en la escritura se hará constar que se adquiere para su régimen económico matrimonial. Sin embargo, esta salvaguarda no entra en funcionamiento en el caso de las parejas de hecho, por lo que si comparece uno solo de los convivientes la inscripción se extenderá a su nombre sin hacerse la más mínima mención al otro conviviente y ello a pesar de que pudiese existir un pacto de comunidad entre los convivientes.

El caso es que, cuando se rompe la relación de pareja, el conviviente no titular de los bienes ve cómo, tras los años de convivencia, carece de patrimonio y en muchos casos de ingresos. En estos supuestos, puede optar por reclamar una indemnización o pensión por los años de convivencia si ha existido un enriquecimiento injusto. Sin embargo, también cabe la posibilidad de que presente una demanda reivindicando su parte de los bienes, ale-

gando y acreditando que existió la voluntad de hacer comunes los bienes que se adquirieron durante la misma.

El hecho de que registralmente aparezcan los bienes a nombre de uno solo de los convivientes no constituirá ningún obstáculo para que el conviviente no titular pueda reivindicar su parte de ellos. En este sentido hay que recordar que, por un lado, el artículo 38 de la Ley Hipotecaria —«A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos»— sólo contiene una presunción que puede destruirse por prueba en contrario y, por otro lado, que la fuerza probatoria que el artículo 1218 del CC atribuye a los documentos públicos se extiende, exclusivamente, al hecho que motiva su otorgamiento, en este caso, la escritura pública de compraventa y a su fecha, así como al hecho de que los otorgantes han hecho determinadas declaraciones ante el Notario, pero no se refiere a la verdad intrínseca de esas declaraciones que pueden ser desvirtuadas por prueba en contrario, si bien, en tanto no sean desvirtuadas esas declaraciones a través de pruebas documentales o de otra clase, las mismas surten plenos efectos y afectan, incluso, a los terceros (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de enero de 2001).

Existencia de una comunidad de bienes formada entre los convivientes respecto a la vivienda adquirida constante esa convivencia sin que sea obstáculo para ello que la misma figure registralmente inscrita a nombre de la conviviente, ya que el préstamo contraído para su pago se domicilió en una cuenta de la que es único titular el conviviente (AP Barcelona, Sec. 4.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2001).

Aunque la vivienda figura a nombre de la conviviente, se considera acreditada la existencia de una comunidad de ganancias, ya que aperturaron cuentas bancarias conjuntas donde ingresaban sus respectivos sueldos y de la que salía el dinero para hacer frente a los gastos de la familia y donde se domicilió el préstamo hipotecario (AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de junio de 2002).

Existencia de un patrimonio común en una unión de hecho que se prolongó durante aproximadamente 11 años, de la que nacieron dos hijos, existiendo cuentas bancarias conjuntas y habiendo adquirido bienes en común, no siendo obstáculo para tal declaración que alguno de ellos figure exclusivamente a nombre de uno de los convivientes (AP Alicante, Sec. 7.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2002).

Habiéndose hecho constar en la escritura de compraventa que se adquiriría el inmueble por don Adolfo, casado con doña Julieta (aunque no existía matrimonio) y formalizado el préstamo hipotecario por ambos convivientes, domiciliándose los vencimientos en una cuenta común, procede declarar que la vivienda pertenece a ambos en pro indiviso y, por tanto, procede rectificar la inscripción registral en la que figuraba de titularidad exclusiva del conviviente (AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2004).

En una pareja de hecho de carácter estable que generó un patrimonio común, no constituye obstáculo para la apreciación de la comunidad de bienes el hecho de que la titularidad formal de una vivienda aparezca sólo a nombre de uno de los convivientes: el dinero entregado tuvo su origen en un fondo común del que ambos eran partícipes, superponiéndose la verdadera titularidad compartida a la titularidad dominical fiduciaria (AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2005).

Por último, debemos comentar el supuesto en el que el conviviente a cuyo favor aparecía la inscripción del Registro de la Propiedad dispone de la vivienda unilateralmente y la enajena a un tercero antes de que el otro conviviente ejercite las acciones que crea

corresponderle. El conviviente perjudicado, tiene dos opciones, bien instar una demanda pidiendo la nulidad de la compraventa y ejercitando al mismo tiempo la acción declarativa solicitar que se declare la existencia de una unión de hecho y que tiene derecho a la mitad de los bienes adquiridos durante la convivencia, o bien, si el tercer adquirente es de buena fe, instar la acción declarativa de existencia de una unión de hecho y solicitar la condena del demandado a abonar el 50% del precio de la venta de los bienes.

Se declara la existencia entre los convivientes de *affectio societatis* sin que sea obstáculo para ello que la conviviente, a efectos de la seguridad social, apareciese como empleada de hogar del conviviente, y en consecuencia se acuerda condenar a la conviviente a abonar al actor una cantidad por enriquecimiento injusto habida cuenta que aquélla enajenó a un tercero el inmueble que se adquirió durante la convivencia (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2006).

E) Compra de unos bienes en común y otros con carácter privativo

Anteriormente señalamos que en ocasiones cabía presumir la voluntad de constituir una comunidad cuando los convivientes declaran haber comprado bienes en pro indiviso. Sin embargo, esta circunstancia no implica que los convivientes hayan pactado una comunidad ordinaria en la que deban incluirse todos los bienes adquiridos por éstos durante el transcurso de la convivencia. En estos supuestos la jurisprudencia suele inclinarse por diferenciar la posible voluntad de hacer comunes unos determinados bienes y excluye que la misma pueda extenderse a todos los bienes que adquirieron cada uno de los convivientes. La STS de 18 de mayo de 1992 señaló que cabe la posibilidad de que la proyección patrimonial de la unión de hecho «se presente en dos aspectos, como de cotitularidad respecto a los bienes adquiridos conjuntamente por ambos, y como de separación respecto a aquellos en los que no consta acreditada la concurrencia de voluntad común adquisitiva, que operarían como propios o exclusivamente privativos». Es decir, que volvemos a lo que indicamos anteriormente, que puede existir una comunidad universal o particular.

No se considera que hubiese pacto alguno para hacer común un inmueble, aun cuando los convivientes adquirieron en común otra vivienda distinta a la que ahora se discute (TSJ de Cataluña, Sentencia de 10 de marzo de 1997).

F) Menciones erróneas en cuanto al régimen económico en el momento de la compra de los bienes

Analizando la jurisprudencia hemos encontrado supuestos, especialmente al otorgar escrituras de compraventa, en los que el comprador manifestaba que se encontraba casado con el otro conviviente o que se adquirirían para la sociedad de gananciales. Esta circunstancia ha motivado demandas solicitando que se declare común el bien adquirido. La respuesta que ha dado la jurisprudencia es considerar que la sola mención de este dato en la escritura de compraventa no supone que el conviviente no titular del inmueble ostente sobre el mismo derecho alguno, salvo que por otras pruebas se acredite que ambos tuvieron la intención de constituir una comunidad de ganancias.

No existiendo entre los convivientes voluntad de constitución de un patrimonio único e indistinto, no procede presumir la existencia de una comunidad de bienes entre los mismos. La simple mención que, por error, se contenía en la escritura de compraventa de que el conviviente estaba

casado con la actora no supone que la misma ostentara los derechos de casada sobre el mismo (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de mayo de 1998).

La circunstancia de que en las escrituras de compraventa se hiciese constar que el conviviente adquiriría los inmuebles para la sociedad de gananciales que tenía con la conviviente, cuando ambos no estaban casados, evidencia que se quisieron hacer comunes dichos bienes, porque no podía haber error en saber que no estaban casados y que por tanto no estaban sujetos al régimen de gananciales. Consta además que los préstamos para el pago de los inmuebles se solicitaban conjuntamente (AP Granada, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de mayo de 2006).

G) Problemática de las cuentas bancarias

Las cuentas bancarias que utilicen los convivientes durante su relación de pareja, dependiendo de si son comunes o cada uno de ellos mantiene cuentas independientes, suele ser un dato importante para determinar si realmente existió entre ambos una comunidad de bienes y ganancias, o por el contrario la voluntad fue mantener patrimonios separados.

Cuando cesa la convivencia, suele plantearse qué sucede con el saldo que arrojen las cuentas. Si las cuentas son comunes y se acredita que existió voluntad de compartir ingresos y gastos, lo más frecuente es que se considere que el saldo pertenece por mitad a ambos convivientes. En cambio, si esa voluntad no queda acreditada, habrá que estar al criterio reiterado de nuestro más Alto Tribunal en cuanto a que «la titularidad indistinta lo único que atribuye a los titulares frente al Banco depositario es facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí sola, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta». La Sentencia del TS de 29 de octubre de 1997, indicó que «no basta la mera convivencia, ni tampoco bastaría la titularidad o posesión conjunta de cuentas bancarias si en éstas no se acreditan asientos positivos efectuados indistintamente por las dos partes (STS de 29 de octubre de 1997)».

Por lo que respecta a las cuentas de las que son titulares exclusivos cada uno de los convivientes, existe una presunción favorable a que el saldo pertenece exclusivamente al titular. No obstante, se ha planteado alguna controversia en relación con aquellas cuentas en las que si bien aparece como titular un conviviente, expresamente consta autorizado el otro para disponer de los fondos existentes en la cuenta. En el caso analizado por la STS de 19 de octubre de 2006, aun cuando la conviviente estaba autorizada para disponer de la cuenta exclusiva del otro conviviente, no se entendió que existiese una comunidad de pérdidas y ganancias.

La titularidad indistinta lo único que atribuye a los titulares frente al banco depositario es la facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí sola la existencia de condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos o más titulares indistintos de la cuenta, ya que eso habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2000).

Carácter común del saldo existente en las cuentas bancarias que los convivientes aperturaron constante la convivencia, al no haberse acreditado la procedencia del dinero que se ingresaba en las mismas (AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2006).

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 suya 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).

Aunque los convivientes mantuvieron cuentas bancarias independientes donde ingresaron el producto de su trabajo, ha quedado acreditado que con cargo a las mismas se atendieron gastos imputables al otro conviviente o gastos comunes. Siendo imposible realizar una exacta contabilidad de lo acontecido en los 15 años de convivencia, prudencialmente se fija la cantidad de 25.000 euros que un conviviente debe entregar al otro en concepto de liquidación final (AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2006).

H) Porcentaje de participación de cada conviviente en la comunidad

Una vez que se declara que entre los convivientes existió una comunidad de pérdidas y ganancias, el paso siguiente será plantearnos el porcentaje de participación de cada uno de ellos en la comunidad, ya que habrá supuestos en los que los ingresos que perciban no sean iguales. En principio, hay que tener presente que en el artículo 393.2 del CC se establece una presunción: «Se presumen iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad», y como ha señalado la jurisprudencia, se necesitan pruebas muy sólidas para la destrucción de la presunción, debiendo precisarse que no sólo hay que tener en cuenta las aportaciones dinerarias que se hayan hecho a la comunidad, sino también los esfuerzos personales en beneficio de la misma.

No habiéndose enervado la presunción *iuris tantum* del artículo 393.2 del CC procede que el reparto de los bienes adquiridos durante la vigencia de la comunidad de bienes se haga por mitad (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de octubre de 1997).

Para el caso de que uno de los convivientes tras la crisis de pareja y ya en solitario siga haciendo frente a la deuda pendiente, habrá que incluir en el pasivo de la comunidad una deuda a favor de dicho conviviente, si bien, ello no dará derecho a elevar el porcentaje de propiedad en el bien.

Al no haberse pactado cuotas participativas entre los convivientes, corresponderá a cada uno de ellos el 50% del valor del inmueble, si bien, habrá que tener en cuenta las cantidades abonadas por uno solo de ellos después del cese de la convivencia (AP Granada, Sec. 3.ª, Sentencia de 6 de junio de 1998).

Liquidación al 50% si bien existe un crédito a favor de uno de los convivientes por el pago en exclusiva del préstamo hipotecario tras el cese de la convivencia (AP Palencia, Sentencia de 15 de noviembre de 1999).

Para el supuesto de que antes del inicio de la convivencia un conviviente hubiese abonado parte del precio de la compraventa y el resto se hubiese abonado constante la misma, como ya apuntamos anteriormente, la solución jurídica que están dando nuestros tribunales es considerar la existencia de una comunidad de bienes por indiviso en la que una parte será privativa y otra común en función de las cantidades aportadas.

I) Supuestos en los que, aún declarándose que no existe comunidad, se reconocen créditos de un conviviente frente a otro

Ésta es otra de las posibilidades que pueden presentarse en las uniones de hecho, ya que es perfectamente admisible que, permaneciendo separados los patrimonios de cada uno de ellos, existan ciertas vinculaciones entre los convivientes. Así, por ejemplo, puede existir una cuenta común con la que sufragar los gastos que genera la familia, mientras que cada uno mantenga una cuenta independiente. Es más, puede darse la circunstancia de que haya transmisiones monetarias de uno a otro, pero este hecho no puede sin más llevarnos a la conclusión de que existe una comunidad universal de pérdidas y ganancias. No obstante, con la finalidad de evitar enriquecimientos injustos, lo que sí se admite es que, finalizada la relación de pareja, un conviviente abone a otro las cantidades que este último invirtió en bienes propiedad del primero.

La mera titularidad de cuentas conjuntas no supone que existiera un pacto expreso o tácito para hacer común lo adquirido durante la convivencia *more uxorio*, no obstante si uno de los convivientes contribuyó en la compra de un bien propiedad del otro, tendrá derecho a su correspondiente reintegro (AP Baleares, Sec. 5.^a, Sentencia de 27 de enero de 2000).

Adquirido un inmueble por uno de los convivientes con los fondos provenientes de una cuenta bancaria de la que es único titular, la carga de la prueba de que los fondos de dicha cuenta provenían de aportaciones de ambos convivientes recae sobre el conviviente no titular. No habiéndose acreditado esta circunstancia habrá que estar al contenido de la escritura pública de compraventa y, por tanto, el inmueble pertenece única y exclusivamente a uno de los convivientes. La cuantía de los pagos que realizó el otro, después del fallecimiento de aquél, podrán reclamarse a sus herederos de conformidad con lo establecido en el artículo 1158 del CC (Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 22 de enero de 2001).

V. LA LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO DE LA UNIÓN DE HECHO

Una vez que ha quedado perfectamente determinado la existencia de un patrimonio común y la voluntad de los convivientes de poner fin a la copropiedad, el paso siguiente será solicitar la partición o división de los bienes y las deudas.

Conforme indica el artículo 406 del CC, la división de la comunidad de bienes sigue las mismas reglas que la división de la herencia y, por tanto, una de las formas por las que puede practicarse es por acuerdo de los interesados. La división así practicada tiene naturaleza contractual (Sentencias del TS de 19 de junio de 1997 y 18 de marzo de 1999) al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfecciona con la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, al acomodarse a sus intereses (Sentencias del TS de 3 de enero de 1962, 25 de febrero y 21 de mayo de 1966, 18 de febrero de 1967, 8 y 12 de febrero de 1996), no exige forma especial (Sentencia de 13 de marzo de 2003) y ni siquiera exige que afecte a la totalidad de los bienes (Sentencia del TS de 19 de junio de 1997 ya citada).

Desestimación de la acción de anulación del convenio suscrito entre los convivientes para liquidar el patrimonio común al no haberse acreditado ni vicio en el consentimiento ni intimidación (AP Asturias, Sec. 6.^a, Sentencia de 18 de diciembre de 2006).

Otra forma de realizar la partición, si hay acuerdo en este extremo, será designando las partes un contador partidor, o bien solicitando que se designe de la lista de contadores.

Pero si ninguna de estas formas es utilizada por los convivientes, no queda otra opción que solicitar judicialmente la liquidación de la comunidad.

Por último, hay que hacer expresa mención a los supuestos en los que, por existir descendencia común, se ha acordado la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos y al otro progenitor. Es criterio jurisprudencial reiterado permitir el ejercicio de la *actio communi dividundo*, si bien respetando la atribución del uso.

Habiéndose atribuido el uso de la vivienda familiar a la madre y a los hijos menores habidos de la unión, la venta del inmueble común en pública subasta deberá respetar dicho uso hasta su extinción (AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2006).

VI. ASPECTOS PROCESALES DE LA DETERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN EN LAS UNIONES DE HECHO

Tanto la declaración de existencia de una relación *more uxorio* análoga a la matrimonial en la que hubo voluntad de formar un patrimonio común, como las propias operaciones liquidatorias (acción de división de cosa común del artículo 400 del CC) deben canalizarse a través del procedimiento ordinario, teniendo la competencia el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado al ser de aplicación la norma contenida en el artículo 50 de la LEC. Tal y como puede comprobarse en la jurisprudencia, no existe inconveniente alguno en la acumulación en un solo procedimiento de todas las peticiones.

En relación con el tipo de procedimiento, se ha cuestionado en la práctica si pueden ser de aplicación las normas contenidas en los artículos 782 y siguientes de la LEC dado que el artículo 406 del CC indica que la división de la comunidad de bienes sigue las mismas reglas que la división de la herencia. La respuesta que ha dado la jurisprudencia es negativa, ya que se interpreta que la remisión a las normas de la partición de la herencia que se hace en el citado artículo 406 del CC lo es únicamente a las normas sustantivas y no a las normas procesales.

Inadmisión de la demanda por no considerarse adecuados los trámites del procedimiento especial para la división de la herencia (artículos 782 y siguientes de la LEC) para la liquidación de la comunidad de bienes formada por una unión de hecho, toda vez que la remisión que hace el artículo 406 del CC sólo es a las normas sustantivas (AP Jaén, Sec. 2.ª, Auto de 8 de mayo de 2006).

Teniendo en cuenta que, como vimos anteriormente, el conviviente perjudicado en el cese de la convivencia podía optar por solicitar una indemnización por enriquecimiento injusto o bien la mitad, o parte, de los bienes adquiridos durante la relación de pareja, se ha constatado en la práctica como, aun cuando inicialmente se reclamaba la declaración de existencia de comunidad de ganancias entre los convivientes, en las conclusiones finales se modifica la petición en el sentido de que se le conceda una pensión o una indemnización, lo que no es procesalmente muy correcto, sin embargo, debe tenerse en cuenta lo señalado por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 16 de diciembre de 1996 y 27 de marzo de

2001: «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 sin causa». Sin embargo, procesalmente quizás lo más correcto será solicitar por un lado la pensión o indemnización y por otro la declaración de existencia de una comunidad de bienes, aunque ambas acciones se ejerciten en la misma demanda.

Por último, sólo indicar que dictada sentencia por el Juzgado de Primera Instancia, y tras la interposición del recurso de apelación, dictada en segunda sentencia por la Audiencia Provincial, el recurso de casación debe canalizarse por el ordinal segundo del artículo 477.2 de la LEC.

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 1.^a, Auto de 27 de marzo de 2007).

EL ASENTIMIENTO DE LOS PADRES BIOLÓGICOS EN EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE MENORES

BELÉN CASADO CASADO

Profesora de Derecho Civil. Universidad de Málaga

RESUMEN

La no necesidad del asentimiento de los padres biológicos en el procedimiento de adopción de un menor cuando se encuentran éstos incurso en causa de privación de la patria potestad (artículo 177.2 CC), supone una forma indirecta de «privar» a los progenitores de la titularidad de la patria potestad, ya que se procede a aprobar la adopción del menor sin su asentimiento y se extingue el vínculo jurídico (titularidad de la patria potestad). Es por ello por lo que entendemos que en la imposición judicial de esta medida deberían observarse mayores garantías o cautelas procesales. Analizando la práctica judicial observamos que se valora de forma objetiva cualquier situación de incumplimiento de los deberes legales impuestos por el artículo 154 CC, sobre todo, ante una declaración de desamparo del menor y ante una situación preadoptiva. Debemos cuestionarnos, por tanto, una aplicación demasiado automática de la aprobación de la adopción sin dar derecho al menos a los progenitores a pronunciarse sobre la misma, sobre todo cuando el posible incumplimiento de deberes pueda estar «justificado» por la existencia de una causa de exoneración de responsabilidad o ante una situación de ausencia de culpabilidad.

ABSTRACT

THE CONSENT OF THE BIOLOGICAL PARENTS IN THE PROCEDURE OF ADOPTION OF MINORS

The non necessity of the consent of the biological parents in the procedure of a minor adoption when these are involved in cause of privation of the native imperium (art. 177.2 CC), implies an indirect form «to deprive» to the progenitors of the ownership of the native imperium, since it is approved the minor adoption without their consent and the juridical entail is extinguished (ownership of the native imperium). It is for it for what we understand that in the judicial imposition of this measure bigger guarantees or procedural cautions should be observed. Analyzing the judicial practice observes that it is valued in an

objective way any situation of nonfulfillment of the legal duties imposed by the art. 154 CC, mainly, before a declaration of the minor abandonment and before a pre-adoptive situation. We should question ourselves, therefore, a too automatic application of the approval of the adoption without giving right at least to the progenitors to be pronounced on the same one, mainly when the possible nonfulfillment of duties can be «justified» for the existence of a cause of exoneration of responsibility or before a situation of absence of guilt.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. ANÁLISIS DE ALGUNAS SENTENCIAS DONDE SE PLANTEA LA NECESIDAD DEL ASENTIMIENTO DE LOS PADRES BIOLÓGICOS PARA LA ADOPCIÓN DEL MENOR

III. LA NO NECESIDAD DE ASENTIMIENTO DE LOS PADRES BIOLÓGICOS CUANDO HAN INCURRIDO EN CAUSA DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD, UN PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS Y CONSECUENCIAS DE SU IMPOSICIÓN JUDICIAL

I. INTRODUCCIÓN

Establece el artículo 177.2 CC la necesidad de que los padres biológicos del menor presten su asentimiento para que quede constituida legalmente la adopción. Se trata de un «asentimiento», término diferente al «consentimiento» que deben prestar adoptantes y adoptado, cuando este último sea mayor de doce años (artículo 177.1 CC), y que ha dado lugar al consiguiente debate doctrinal sobre su específico significado. La mayoría de los autores opina que este «asentimiento» es una especie de consentimiento realizado por personas que salen fuera de la esfera negocial; como una forma de manifestar el acuerdo de personas que no participan en el negocio jurídico y, por lo tanto, no pueden consentir el mismo, sino sólo asentir el negocio que otros realizan¹. Muestran los padres biológicos, de esta manera, que están de acuerdo con la adopción que se va a realizar².

1. FELIU REY, M.I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, Madrid, 1989, pp. 148 y 149: «El *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española define la voz “asentimiento” en los siguientes términos: “admitir como cierto o conveniente lo que otro ha afirmado o propuesto antes”, esto es, el asentimiento es prestado por persona ajena a la relación obligacional, complementando o dando fuerza operativa a aquélla, pero en ningún caso constituyéndola. Es decir, supondría la emisión de un juicio de valor positivo o negativo, de carácter necesario, y cuya ausencia puede influir en la eficacia de la relación que se constituyó». También recoge este autor la definición de asentimiento realizado por FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO como «aquella declaración unilateral, recepticia o no de la voluntad, encaminada a facilitar la realización o producir la validez de un negocio jurídico, de cualquier clase que éste sea y celebrado por otra persona».

2. De ahí que pueda hablarse de vía excepcional de pérdida voluntaria (renuncia) a la patria potestad, BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, III-2, Madrid, 1982, pp. 321 y 322.

Aunque el significado de este «asentimiento» parece estar claro, el precepto que vamos a analizar plantea una cuestión doctrinal más profunda, que se sitúa más allá del significado del término «asentimiento». Si analizamos la mención literal del mismo podemos observar que éste afirma literalmente: «deberán asentir la adopción *los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estén privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación*³. Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

La necesidad de este asentimiento cuando los padres no están privados de la patria potestad pero, como recoge el precepto, pueden estar *incursos en causa legal para tal privación*, es la que plantea mayores problemas en la práctica jurisprudencial. Encontramos multitud de sentencias donde se cuestiona la necesidad de este asentimiento por los padres biológicos, y para ello el Juez o la Sala entran a analizar si han incurrido los padres biológicos en causa legal de privación de la patria potestad. Ninguna sentencia se plantea cuando los padres efectivamente han sido privados de la patria potestad por sentencia firme, en base al artículo 170 CC; está claro, en estos casos, que no será necesario el asentimiento, puesto que los padres ya no son titulares de la patria potestad. Pero cuando dicha sentencia de privación no existe habrá que analizar la conducta del progenitor.

Es muy habitual que los padres se opongan al procedimiento de adopción del menor argumentando que su asentimiento es necesario y que sin el mismo no es posible aprobar la propuesta de adopción. Es como una especie de arma de defensa de los padres biológicos para impedir la adopción de su hijo, más aun teniendo en cuenta que la adopción rompe cualquier vínculo con la familia de origen y es irrevocable⁴. Sin embargo, también es ésta una especie de arma defensiva utilizada por los órganos administrativos o por los órganos judiciales: argumentando y probando que los padres biológicos han incurrido en causa de privación de la patria potestad consiguen salvar el escollo del asentimiento y aprobar la propuesta de adopción con la oposición de los padres⁵.

El mismo Código Civil recoge la necesidad de que esta cuestión se tramite a través de un procedimiento contradictorio, donde se valore por el Juez si los padres han incurrido en causa de privación de la patria potestad (artículo 1827 LEC)⁶. Pero si no resulta probado que los padres hayan incurrido en causa de privación, la cuestión se complica aún más porque ahora entramos en el debate de considerar hasta qué punto este asentimiento de los padres biológicos es *conditio iuris* y sin el mismo no es posible aprobar la adopción, o puede ser aprobada la adopción pese a la falta de este asentimiento⁷.

3. La negrita es nuestra.

4. Vid. artículos 178 y 180 CC. Vid. también MÉNDEZ PÉREZ, J., ob. cit., pp. 205 y 206, donde habla de los efectos jurídicos de la adopción; entre ellos y en el orden de la patria potestad, la adopción supone la adquisición de la patria potestad por los padres adoptivos. También afirma que es por ello por lo que el artículo 169.3 CC recoge como un supuesto de terminación de la patria potestad la adopción del hijo.

5. Naturalmente, cuando así lo aconseje el interés del menor, como interés último que debe presidir toda la normativa sobre adopción y, en general, sobre menores.

6. Vid. artículo 781 LEC.

7. La Jurisprudencia no es clara en este sentido. Hay una postura que se muestra partidaria de la consideración de este asentimiento como *conditio iuris*; otra postura que afirma que puede ser aprobada la propuesta de adopción sin este asentimiento,

Nos planteamos el verdadero sentido de la expresión «estar incurso en causa de privación de la patria potestad», ¿a qué hace referencia el precepto con esta expresión? Para entender el alcance de la misma debemos remitirnos necesariamente al artículo 170 CC, precepto que recoge la sanción de privación de la patria potestad. La doctrina entiende, y así ha sido afirmada de forma reiterada por los autores, que la causa de privación es exclusivamente el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad del artículo 154 CC, pero esta privación puede realizarse en un procedimiento civil, penal o matrimonial⁸.

«Estar incurso en causa de privación de la patria potestad» supone entonces haber incumplido los deberes inherentes a la misma del artículo 154 CC.»

Desde esta visión explicativa previa de algunas cuestiones que puede plantear un estudio inicial del precepto, hemos querido centrarnos en analizar efectivamente la aplicación práctica de este artículo, es decir, estudiar aquellas sentencias donde se cuestiona si es o no necesario el asentimiento de los padres biológicos para aprobar la adopción; las causas y conductas de los progenitores afectados que llevan al tribunal a entender que, para este caso en concreto, no será necesario el asentimiento de los padres biológicos puesto que se da el supuesto de hecho que recoge la norma, esto es, puesto que los padres «han incurrido en causa de privación de la patria potestad».

Queremos también realizar posteriormente un análisis crítico de la conveniencia de esta medida, sobre todo, desde los resultados que conlleva su imposición en la práctica; explicar el verdadero sentido de la misma tal y como actualmente se está aplicando en los Tribunales de Justicia, y todo ello, desde la convicción previa de que esta medida causa muy graves consecuencias y no puede ser declarada sin que se observe procesalmente una serie de garantías o cautelas legales.

II. ANÁLISIS DE ALGUNAS SENTENCIAS DONDE SE PLANTEA LA NECESIDAD DEL ASSENTIMIENTO DE LOS PADRES BIOLÓGICOS PARA LA ADOPCIÓN DEL MENOR

El planteamiento judicial de la necesidad del asentimiento de los padres biológicos por estar éstos posiblemente incurso en causa de privación de la patria potestad, deriva de una situación previa de desamparo y asunción automática de la tutela del menor por parte de la Administración. En algunas ocasiones también aparece una situación de guarda del menor por la Administración a petición de los padres, pero esta guarda igualmente desemboca en

y la postura intermedia que manifiesta que puede ser aprobada la adopción sin este asentimiento, pero siempre que así lo aconseje el interés del menor. La falta de asentimiento de los padres biológicos, según la postura intermedia, sólo es un plus negativo para la adopción pero no un obstáculo insalvable. Las sentencias que consideran no vinculante el asentimiento no son muy numerosas. Entre ellas destacamos: SAP de Albacete de 8 de mayo de 1996, Autos de la AP de Barcelona de 5 de marzo de 1991 y de 9 de febrero de 1998. Predominan las sentencias que manifiestan que este asentimiento es vinculante; entre ellas destacamos: SAP de Zaragoza de 30 de mayo de 1992, de Navarra de 22 de junio de 1992, de Teruel de 15 de abril de 1993, de Sevilla de 27 de enero de 1995. Es una muestra de las sentencias que se decantan por la postura intermedia la de la AP de Cádiz de 11 de abril de 2005. Igualmente *vid.* sobre este tema el detallado estudio que realiza GARCÍA PASTOR, M., en su obra «El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 8, 2000, pp. 55-83, estudio que le lleva a afirmar que este asentimiento debe ser vinculante para el Juez y no debe ser aprobada la adopción sin la existencia del mismo.

8. *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L., «Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad», en *ADC*, 1982, pp. 8 y 9 y LÓPEZ, MONTÉS Y ROCA, *Derecho de Familia*, (obra colectiva coordinada por E. ROCA), tercera edición, Valencia, 1997, pp. 346, 347 y 348.

la posterior declaración de desamparo, acogimiento y adopción del menor⁹. El análisis jurisprudencial realizado revela este dato de forma clara. Todas las sentencias analizadas hablan directa o indirectamente de una situación previa de desamparo del menor y de las posteriores actuaciones administrativas o judiciales para la asunción de la tutela legal del menor o la entrega de este menor en acogimiento, aunque las mismas estén directamente resolviendo la cuestión de si se tiene o no en cuenta el asentimiento de los padres biológicos¹⁰.

Para ver si puede ser aprobada la propuesta de adopción sin la aquiescencia de los padres biológicos, el Juez entra a valorar si el progenitor del menor ha incurrido en causa de privación de la patria potestad, como recoge el artículo 177.2 CC. Esta valoración estará relacionada con la constatación de un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad establecidos en el artículo 154 CC. La causa de privación de la patria potestad del artículo 170 CC es este incumplimiento legal y, por tanto, incurrir en causa de privación de la patria potestad supone incumplir los deberes inherentes a la misma. Las sentencias analizadas comprueban entonces si se ha dado dicho incumplimiento, y lo hacen a través del análisis de ciertas conductas de los padres biológicos o ciertas situaciones lesivas para el menor que son reveladoras, por sí mismas, de tal incumplimiento¹¹.

La mayoría de las sentencias estudiadas son sentencias desestimatorias para los padres biológicos, es decir, la mayoría de las sentencias dicta una resolución donde se declara no ser necesario el asentimiento para la adopción de su hijo, al encontrarse éstos incursos en causa de privación de la patria potestad¹². Sólo algunas sentencias no hablan de la existencia de un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad del artículo 154 CC, pero dictan el mismo fallo desestimatorio para los padres biológicos, basándose en el interés del menor. No es aconsejable en estos casos, afirman, el retorno del menor con la familia de origen debido a la plena adaptación con la familia de acogida y al tiempo transcurrido en esta situación. Así, por ejemplo, la SAP de Cádiz de 11 de abril de 2005, se manifiesta partidaria de la postura intermedia en cuanto al valor del asentimiento, pues considera que puede prescindirse de este asentimiento cuando el interés del menor así lo aconseje¹³ y no habla de incumplimiento de los deberes del artículo 154 CC, pero dicta un fallo desestimatorio porque no estima aconsejable el retorno del hijo al hogar familiar. Se trata de un caso de padres toxicómanos, y los informes demuestran que no estaban rehabilitados. El menor había estado desde el año 1999 hasta el 2005 con la familia de acogida y afirma la sentencia

9. *Vid.* SSAP de Murcia de 25 de abril y de 25 de octubre de 2005.

10. Así, por ejemplo, la SAP de Orense de 8 de junio de 2004; la SAP de Alicante de 7 de febrero de 2005; SAP de Lugo de 4 de marzo de 2005; las SSAP de Cádiz de 11 de abril, de 12 de mayo y de 18 de julio de 2005; SSAP de Alicante de 19 de mayo y de 9 de junio de 2005; SSAP de Castellón de 22 de junio y de 7 de julio de 2005; SAP de Valencia de 13 de septiembre de 2005; SSAP de Málaga de 16 de mayo, de 22 de julio y de 17 de septiembre de 2005, etc.

11. Todas las sentencias analizadas relacionan la expresión literal del artículo 177.2 CC de haber incurrido en «causa de privación de la patria potestad» con conductas de los progenitores que demuestren la existencia de un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad del artículo 154 CC. *Vid.* en este sentido, por ejemplo, la SAP de Lugo de 4 de marzo de 2005; SAP de Málaga de 16 de mayo de 2005; SAP de Murcia de 25 de octubre de 2005; SAP de Ávila de 25 de noviembre de 2005.

12. SSAP de Alicante de 7 de febrero de 2005, AP de Valencia de 22 de junio de 2005, AP de Castellón, de 12 de diciembre de 2005.

13. Recoge, de esta manera, la manifestación de la postura intermedia jurisprudencial sobre el valor del asentimiento, en este sentido: «La falta de asentimiento introduciría solamente un “plus” en contra de la adopción en el expediente de jurisdicción voluntaria, pero no impediría que la negativa a prestar el asentimiento no supone un obstáculo para que el órgano jurisdiccional pueda entrar en el examen de cuál es el interés del menor adoptando, y por ende, dilucidar cuál es la resolución más adecuada en el supuesto que se analiza».

que, aunque los informes de los padres biológicos fueran favorables, el tiempo transcurrido no permite la devolución a la familia biológica, por los daños psicológicos que podría causar al menor su retorno. Igualmente, la SAP de Orense de 8 de junio de 2004, en un supuesto de desamparo de menores y tutela *ex lege* de la Administración, con el padre y abuela paterna alcohólicos y madre con trastorno esquizofrénico, no dice nada de la existencia de un incumplimiento de deberes o de que los padres se encuentren incurso en causa de privación de la patria potestad, sino que afirma que ha de tenerse en cuenta el tiempo transcurrido desde que los menores salieron del círculo familiar y que se encuentran en una situación de acogimiento preadoptivo; la situación afectiva de los menores, afirma la Audiencia, podría verse perjudicada en detrimento del interés del menor, y estima que no es procedente el reintegro de los menores al círculo familiar *a no ser que la Administración, de no verificarse la adopción y a la vista de las nuevas circunstancias y previos los oportunos informes, acordase otra cosa*. La madre sólo deberá, por tanto, ser oída y puede prescindirse de su asentimiento por estos motivos expuestos, según estima la Audiencia.

No obstante, algunas sentencias declaran la nulidad de las actuaciones y la necesidad del asentimiento de los padres biológicos, porque fue dictada la resolución judicial de adopción sin tener en cuenta la oposición o sin que fuera discutida en procedimiento contradictorio la necesidad del asentimiento. Vemos en estos casos que la negativa judicial a la adopción se basa, más bien, en un defecto de forma o en un defecto procesal, con la consiguiente indefensión que produce para los padres biológicos esta situación. Es esto lo que ocurre en la SAP de Segovia de 8 de marzo de 2005. La Audiencia revoca el auto que aprueba la adopción del menor por nulidad del procedimiento. Fueron citados los padres biológicos a fin de presentar el asentimiento pero el padre resultó ilocalizable y la madre se opuso a la adopción. Se aprueba la adopción con la negativa de la madre sin que conste que estuviera incurso en causa de privación de la patria potestad. Afirma la Audiencia que no se ha seguido procedimiento contradictorio en relación con la madre disconforme con la adopción y por ello declara la nulidad del procedimiento. También habría que destacar en este sentido la STS de 21 de septiembre de 1999, donde se declara la nulidad de pleno derecho de una renuncia anticipada a los derechos-deberes expectantes sobre una menor. Se trata de un escrito que firma la madre antes de nacer la menor donde renuncia a los derechos-deberes una vez nazca a favor de la entidad pública, a los efectos de su guarda inmediata al parto, acogimiento familiar y adopción. El Tribunal Supremo declara que el asentimiento prestado por la madre es radicalmente nulo por su contradicción con la norma imperativa del artículo 177.2 CC, al haberse prestado antes de los treinta días posteriores al parto. Como podemos observar, es la contradicción a la norma imperativa del artículo 177.2 la que lleva a declarar al TS la nulidad de la adopción y nada tiene que ver con la valoración de las circunstancias que concurren en el supuesto de hecho a efectos de constatar si ha habido o no causa de privación de la patria potestad.

Sobre el carácter vinculante o no vinculante del asentimiento, la mayoría de las sentencias analizadas no se pronuncia. Afirman éstas que el padre o la madre biológica han incurrido en causa de privación de la patria potestad y, a partir de ahí, estiman que su asentimiento no es necesario para la adopción. Sólo hemos encontrado una sentencia donde no se habla de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, recoge las diferentes posturas sobre el carácter vinculante o no del asentimiento y se pronuncia a favor de la postura intermedia, que considera que el asentimiento es vinculante para la adopción pero que sólo supone un «plus» para la aprobación de la misma, que puede ceder en interés del menor.

Se muestra finalmente partidaria de esta postura y aprueba la adopción, pese a la oposición de los padres¹⁴.

Como ya hemos mencionado, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad queda manifestado en la realización de una serie de conductas por los progenitores. Son conductas que suponen este incumplimiento de deberes en las sentencias analizadas, por ejemplo, y sobre todo, las situaciones de despreocupación hacia el menor demostradas en el procedimiento; algunas unidas a la no oposición a la declaración de desamparo, acogimiento o asunción de la tutela por la Administración, el incumplimiento del régimen de visitas cuando los menores han estado, por ejemplo, en una situación de guarda voluntaria. También la materialización de un concreto resultado lesivo para el menor puede ser, por sí misma, tenida en cuenta para valorar un incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad, como la constatación en el menor de una situación de carencia económica, afectiva, social, higiénica o sanitaria; situaciones de embarazo no controlado médicamente; falta de vacunación adecuada; síndrome de abstinencia en el menor; bajo peso y estatura unido a restos de cocaína en orina al nacer; consentimiento de malos tratos hacia el menor; uso del menor para la mendicidad, etc. La mayoría de las veces, todas estas situaciones aparecen a modo de cóctel con otros factores negativos, que influyen decididamente en el desarrollo, educación y formación del menor, como, por ejemplo, falta de vivienda en condiciones adecuadas, desestructuración del grupo familiar, drogadicción, delincuencia y prisión de progenitores, enfermedades como alcoholismo y ludopatía en padres y abuelos, malos tratos entre familiares, deplorables condiciones de vida, etc.

Habría muchas sentencias que señalar en el sentido anteriormente expuesto; recogéremos, no obstante, una muestra de lo que acabamos de exponer:

– La SAP de Castellón de 7 de julio de 2005 habla de incumplimiento grave y continuado de los deberes de protección más elementales del artículo 154 CC. La madre de la menor había entregado a ésta poco después de nacer a una persona que apenas conocía para su cuidado permanente. Pagó la retribución acordada cuatro meses, pero después dejó de cumplir con esta obligación. La persona encargada del cuidado de la menor entregó a la menor a los servicios sociales cuando observó que la madre no se interesaba por ésta y ni siquiera atendía las llamadas telefónicas que le hacía. Posteriormente se declaró el desamparo de la menor. La actitud de la madre de incomparecencia a las citaciones judiciales por asuntos relacionados con su hija, la no visita a la menor cuando estuvo en el hospital ingresada con fiebres altas, un embarazo no controlado médicamente, la no existencia de cartilla de vacunación de la menor y la falta de muchas vacunas suministradas, fueron las conductas que hicieron declarar a la Audiencia la existencia efectiva del incumplimiento de deberes del artículo 154 CC, con el consiguiente fallo de no necesidad del asentimiento de la madre para ser aprobada la adopción por estar incurso ésta en causa de privación de la patria potestad.

– También habla de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad la SAP de Málaga de 16 de mayo de 2005, ante un supuesto de lesiones del menor y atención de éste por los servicios sociales por malos tratos del compañero sentimental de la madre.

14. Vid. la ya mencionada SAP de Cádiz de 11 de abril de 2005.

La Audiencia entendió que la madre había incumplido los deberes del artículo 154 CC porque había consentido esta situación, y falla en el sentido de considerar que no es necesario su asentimiento para la adopción del menor.

– La SAP de Murcia de 25 de octubre de 2005, ante una situación de guarda del menor a petición de la madre, estima que la actitud de desinterés de los padres en todo el procedimiento, donde se suspendió incluso el régimen de visitas porque éste no se cumplía y se acordó la declaración de desamparo, tutela por la Administración y acogimiento preadoptivo, supone un claro incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad del artículo 154, y por ello igualmente declara la no necesidad de su asentimiento para la adopción.

– La SAP de Salamanca de 1 de julio de 2005 recoge también un supuesto donde la madre del menor se opone a la adopción de su hijo. Manifiesta que no está incurso en causa de privación y que, por tanto, es necesario su asentimiento para aprobar la adopción. La Audiencia entendió que la conducta de la madre de no haber impugnado la declaración de desamparo por incumplimiento de deberes, la aprobación de la propuesta de acogimiento preadoptivo, el no acudir a las citaciones por asuntos relaciones con el menor, el ambiente drogodependiente que existía en la familia y los otros cuatro hijos que tiene también abandonados (dos que están con los abuelos maternos y dos han sido ya adoptados) hacen que la madre esté incurso en causa de privación de la patria potestad y no sea necesario su asentimiento para la adopción.

– La SAP de Asturias de 29 de junio de 2005 muestra igualmente un supuesto donde se entendió que había incumplimiento de deberes del artículo 154 CC por hechos y conductas como: la consideración de prematuro del hijo, restos tóxicos en la orina al nacer, no realización de visitas al menor, desconocimiento del paradero de los padres, situación de acogimiento preadoptivo no recurrido por la madre, existencia de otro hijo adoptado, condiciones de vivienda deplorables (llena de suciedad y basura), desestructuración del grupo familiar, drogadicción, delincuencia y enfermedad, alcoholismo, ludopatía de padres y abuelos, existencia de malos tratos entre ellos, deplorables condiciones de vida y utilización de los niños para la mendicidad.

– La SAP de Valencia de 22 de junio de 2005 estimó que había también incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad por la existencia de malos tratos infligidos al menor por el padre, situación de toxicomanía del padre, mendicidad y bajo nivel cultural y de higiene.

– La SAP de Alicante de 7 de febrero de 2005 habla de incumplimiento de deberes del artículo 154 CC de la madre por conductas como: no abandono del consumo de drogas durante el embarazo y nacimiento del niño con síndrome de abstinencia, declaración de desamparo del menor, adopción de medida de acogimiento preadoptivo y desatención del régimen de visitas que había sido establecido para fomentar el vínculo materno-filial. La madre se defiende argumentando que estaba en prisión y que en la actualidad está sometida a un tratamiento de deshabituación a las drogas. Sin embargo, la Audiencia literalmente afirma: *No se trata de considerar si la madre merece una nueva oportunidad; de lo que se trata es de determinar si en la relación con su hijo ha cumplido sus deberes, pues en otro caso se encuentra incurso en causa legal de privación de la patria potestad.*

Los padres biológicos intentan, quizás en un momento ya tardío, recuperar a su hijo, cuando sus condiciones personales han mejorado. Se ha solucionado, por ejemplo, su problema de drogadicción, se encuentra rehabilitado o muestra un informe favorable a su recuperación, ha salido o está a punto de salir en libertad y de acabar, por tanto, su situación de reclusión; ha mejorado sus condiciones laborales y el entorno familiar y social en que vivía... Por ello se oponen a la adopción de su hijo, pero la Audiencia, en estos casos, afirma que no debe valorarse esta situación nueva creada, sino que el incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad ha de valorarse en el momento en que se declaró la situación de desamparo y no en la actualidad. Además, valora toda la conducta del padre o madre biológica desde dicha declaración, y la adaptación del menor a su nueva situación en una familia de acogida para concluir que la despreocupación demostrada hacia el menor en todos estos años y el interés del menor, al estar éste plenamente adaptado e integrado en la nueva familia, lleva a declarar que no es necesario su asentimiento en la adopción, y no estima procedente reintegrar al menor en la familia de origen¹⁵.

Aunque de lo dispuesto en algunas sentencias parece concluirse que la situación de desamparo muestra por sí misma un incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad, porque todas las sentencias se pronuncian en el sentido de que desamparo es igual, por tanto, a incumplimiento de deberes, encontramos algunas sentencias donde se habla de desamparo y no se habla de incumplimiento de deberes¹⁶. Para valorar este hecho será decisivo el estudio específico de la conducta de los padres biológicos en el sentido que hemos expuesto anteriormente. Aunque sí es verdad que esto ocurre en la mayoría de los casos (desamparo igual a incumplimiento), la situación de desamparo no puede ser, por sí misma, un criterio a tener en cuenta para decir que efectivamente ha tenido lugar dicho incumplimiento.

El tema de la prejudicialidad civil o penal también lo hemos encontrado resuelto en algunas sentencias. En un supuesto de prejudicialidad penal, porque el padre había intentado matar a la madre en presencia de los hijos, se afirma que puede ser estimado en un procedimiento civil si el padre ha incurrido o no en causa de privación de la patria potestad, con independencia de la resolución del procedimiento penal. Se trataba de una tentativa de homicidio y la sentencia otorga a la jurisdicción civil, como por otro lado es procedente, la competencia de valorar si efectivamente hay una situación de incumplimiento de deberes civiles (artículo 154 CC). Tampoco es necesario que haya habido una sentencia civil de privación de la patria potestad para que pueda apreciarse dicha situación de incumplimiento¹⁷.

También podemos concluir en este estudio que una situación de toxicomanía o de prisión del progenitor, por sí misma, no supone un incumplimiento de deberes, sino que es la

15. Esto es lo que encontramos en sentencias como la SAP de Ávila de 25 de noviembre de 2005, en un supuesto de padre drogadicto e ingresado en prisión, ahora rehabilitado, fuera de la cárcel y trabajando. Afirma la Audiencia literalmente que: «Queda claramente probado que el padre ha desatendido durante todo el tiempo al menor Leonardo y el hecho de que acredite que ha trabajado el padre durante tres meses, unido al certificado de deshabitación de las drogas no acredita que el padre se encuentre en condiciones de hacerse cargo del menor». El momento en que debe valorarse el incumplimiento de deberes es el inicial, cuando se declaró el desamparo, no el actual, «atender a las peticiones del padre supondría romper sus esquemas hasta ahora trazados y retroceder en la educación e instrucción del menor». En el mismo sentido la SAP de Asturias de 29 de junio de 2005, o las SSAP de Cádiz de 12 de mayo y de 18 de julio de 2005.

16. SAP de Cádiz de 11 de abril de 2005 o la SAP de Orense de 8 de junio de 2004.

17. *Vid.* la SAP de Lugo de 4 de marzo de 2005 y SAP de Castellón de 12 de diciembre de 2005.

actuación del padre o madre, con independencia de esta situación, la que se tiene en cuenta para decidir si hay incumplimiento. No obstante, sí es cierto que, en la mayoría de los casos analizados, estas situaciones coinciden, es decir, se trata de padres o madres toxicómanos/as o en prisión que, además, han realizado ciertas conductas que suponen dicho incumplimiento¹⁸. Sin embargo, puede ser más complicada la valoración por la Sala de las situaciones de enfermedad mental o problemas psicológicos de los progenitores. No habla de incumplimiento de deberes, pero tampoco explica por qué no será necesario el asentimiento de este progenitor. Aprueba la adopción a través exclusivamente del principio *favor filii*¹⁹.

Las sentencias valoran, en general, las conductas de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad de forma objetiva, sin atender, por tanto, a situaciones justificadas de imposibilidad o de no intencionalidad, ya que nada se argumenta sobre este aspecto²⁰. No obstante, apreciamos que cuando parece vislumbrarse algún signo de falta de intencionalidad o de existencia de alguna causa de justificación, desestiman la demanda en interés del menor y no hablan de incumplimiento de deberes legales. No tienen en cuenta la falta de asentimiento, no es conveniente para el interés del menor que éste regrese a su familia de origen; la plena adaptabilidad e integración en la familia de acogida no hace conveniente el retorno al entorno familiar, y en base a ello dictan una sentencia desestimatoria para los padres biológicos²¹.

III. LA NO NECESIDAD DE ASENTIMIENTO DE LOS PADRES BIOLÓGICOS CUANDO HAN INCURRIDO EN CAUSA DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD, UN PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS Y CONSECUENCIAS DE SU IMPOSICIÓN JUDICIAL

El artículo 177.2 CC, concretamente su mención específica a la no necesidad de asentimiento cuando los padres estuvieran incurso en causa legal de privación de la patria potestad (artículo 1771.2. 2.º CC), fue una novedad introducida en el Código Civil en la Ley de Reforma de la Adopción de 1987. Ya el Proyecto de Ley de 10 de marzo de 1986 recogía expre-

18. Así, por ejemplo, la SAP de Alicante de 7 de febrero de 2005 expone la situación en prisión del progenitor y su adicción a las drogas, pero habla de incumplimiento por no abandono durante el embarazo del consumo de drogas, síndrome de abstinencia del menor, desatención del régimen de visitas fijado, etc. La SAP de Valencia de 22 de junio de 2005 también trata de un supuesto de ingreso en prisión y, de manera independiente, de un incumplimiento de las funciones inherentes a la patria potestad por malos tratos infligidos por el padre. La SAP de Cádiz de 12 de mayo de 2005 trata un supuesto de ingreso en prisión del progenitor, pero habla del abandono de los menores, de una declaración de desamparo no recurrida y de carencias afectivas, económicas y sociales en el menor de gran entidad.

19. Así, por ejemplo, la SAP de Orense de 8 de junio de 2004, en un supuesto de padre alcohólico y madre con trastorno esquizofrénico, o la SAP de Las Palmas de 17 de marzo de 2005, que afirma que la madre biológica estaba afectada por una situación psicológica crítica y que no estaba en condiciones de asumir los cuidados de su hijo.

20. Por ejemplo, en la SAP de Castellón de 7 de julio de 2005, en el escrito del recurso se afirma que a la madre no le era imputable el incumplimiento; su precaria situación económica y patrimonial y su ansia de acceder al mercado laboral fue lo que ocasionó dicho incumplimiento. Sin embargo, la Audiencia afirma que no se puede atender a estas circunstancias «porque no es posible reputarlas como suficientes»... «No se ha podido explicar en el juicio por qué la actora no pudo hacerse cargo del menor». Aunque parece que la Audiencia no niega que puedan tenerse en cuenta ciertas circunstancias o causas de justificación, pero en este caso no son suficientes las alegadas, o no demuestran éstas su falta de culpabilidad en lo ocurrido.

21. *Vid.* SAP de Orense de 8 de junio de 2004 y SAP de Valencia de 26 de septiembre de 2005, esta última habla de la enfermedad mental de la madre y de un incumplimiento grave de deberes, pero no especifica qué conductas han dado lugar a dicho incumplimiento.

samente esta mención en el artículo 176.2.d)²², pero, como decimos, no encontramos ningún antecedente antes de la Reforma de 1987. No obstante, sí hay antecedentes de la necesidad del asentimiento o consentimiento de los padres biológicos cuando no hayan sido privados de la patria potestad o en cuanto titulares de la patria potestad del menor. Así, por ejemplo, antes de la reforma del año 1987, el antiguo artículo 173 CC recogía expresamente: «Habrán de prestar consentimiento para la adopción... C) El padre y la madre, conjuntamente o por separado, del adoptando menor de edad sujeto a patria potestad», y excluye la necesidad de este consentimiento, debiendo ser simplemente oídos los padres que hubieran sido privados o suspendidos del ejercicio de la patria potestad²³.

Si nos vamos más lejos en el tiempo, antes de la Reforma en materia de adopción de 4 de julio de 1970, el antiguo artículo 176.1.º CC exigía respecto del menor el consentimiento de las personas que debieran darlo para su matrimonio²⁴.

Si bien esto es cierto, encontramos un precepto del Código Civil a partir de la Reforma de 4 de julio de 1970, concretamente el antiguo artículo 174 que permite pueda prescindirse de este consentimiento para la adopción por parte de los padres biológicos cuando el menor estuviera abandonado. Literalmente recoge este artículo: «En la adopción de menores abandonados no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor prevenido en el artículo anterior, sin perjuicio de que se oiga a los padres si fueren conocidos o se presentaren²⁵». También menciona que se considerará abandonado aquel menor de edad que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación, y que para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias. Por supuesto que este precepto está más relacionado con el actual artículo 172 CC que con el que estamos estudiando, pero es relevante en cuanto establece que puede prescindirse del consentimiento de los padres para la adopción en estos casos. Debe, por tanto, vincularse este precepto con nuestra regulación actual de desamparo, siendo trascendente la relevancia de la voluntariedad o no en el abandono del menor²⁶.

22. Señalaba expresamente el precepto que: «También es necesario que ante el Juez o en documento auténtico presten su asentimiento el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando. No se requiere este asentimiento: d) Tratándose de los padres si están privados legalmente de la patria potestad o dan causa de ello». *Vid.* LLEDÓ YAGÜE, F., «Comentario al Proyecto de Ley de Adopción», en *ADC*, 1986, p. 1204, PILLADO MONTERO, A., «Notas sobre el Proyecto de Ley de Reforma en materia de adopción», en *Revista de Derecho Privado*, 1987, p. 451, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., «Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de Adopción», en *RCDI*, 1989, pp. 16, 17 y 18.

23. *Vid.* GARCÍA CANTERO, G., «El nuevo régimen de la adopción», en *ADC*, 1971, p. 798, ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, J., «En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970», en *RGLJ*, 1970, p. 623.

24. *Vid.* ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, J., «En torno al consentimiento...», *ob. cit.*, pp. 627 y 628, HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, (AA.VV.) coordinados por Rodrigo BERCOVITZ, Madrid, 1993, comentario al artículo 177 CC, pp. 182 y ss.

Así configurado este consentimiento y siendo igualmente preceptivo respecto del tutor con su tutelado, puede considerarse que este consentimiento es un complemento a la falta de capacidad del adoptando. Sin embargo, esta afirmación es negada actualmente por la doctrina. Sobre esto último *vid.* VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994, p. 232, citando a FELIÚ REY, I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, *ob. cit.*, p. 150.

25. *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, (AA.VV.), Madrid, 1984, comentario al artículo 174 CC. En parecido sentido el actual artículo 348.6 del Code Français estima que se puede aprobar la adopción con el rechazo del consentimiento de los padres cuando se hayan desinteresado del niño con el riesgo de comprometer su salud o moralidad: «Le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement opposé par les parents légitimes et naturels ou par l'un d'entre eux seulement, lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité. Il en est de même en cas de refus abusif de consentement du conseil de famille».

26. Estudiando los trabajos doctrinales de la reforma de la adopción de 4 de julio de 1970, se puede comprobar que esta referencia a la voluntariedad o no del abandono del menor por parte de los padres fue objeto de enmienda legislativa, para conseguir la referencia única a supuestos voluntarios de abandono paterno, pero no se consiguió obtener resultados favorables

Pues bien, la no necesidad de prestar asentimiento por parte de los padres biológicos cuando han incurrido en causa de privación de la patria potestad no es exactamente lo mismo que la no necesidad de consentir la adopción de los padres que han abandonado al menor²⁷ (como establecía el artículo 174 CC), pero es indudable que aquellos padres que han incurrido en causa de privación o que han incumplido los deberes inherentes a la patria potestad, han podido dejar al menor en una situación de desamparo. De hecho, si observamos las sentencias analizadas en el apartado anterior²⁸, la no necesidad del asentimiento se plantea judicialmente ante menores desamparados, cuya tutela ha sido asumida por la entidad pública, y que posteriormente han sido dados en acogimiento; a continuación se inicia el procedimiento de adopción.

Otro dato a tener en cuenta es que los efectos prácticos de esta medida son muy parecidos a los efectos que produce una sentencia de privación de la patria potestad. Los padres no podrán oponerse a la adopción del menor; ésta será aprobada sin su asentimiento y, como consecuencia, la titularidad de la patria potestad de los padres biológicos quedará extinguida a favor de los adoptantes (artículo 169.3.º CC). Es más, incluso podemos decir que esta medida tendría peores consecuencias en la práctica que la medida de privación de la patria potestad del artículo 170 CC, en cuanto esta privación puede ser parcial y recuperable, y la medida del artículo 177.2.2.º CC produce la ruptura total y definitiva de los vínculos filiales, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 180 CC.

Es por ello por lo que muchos autores han cuestionado la oportunidad de esta referencia legal, sobre todo, por las consecuencias que la misma provoca y por la violación del principio de presunción de inocencia²⁹. Si bien es cierto que la Ley establece un procedimiento a través del cual se va a valorar si los padres biológicos han incurrido efectivamente en causa

en este sentido y finalmente fue aprobada la Ley de 4 de julio de 1970 con la referencia a la voluntariedad o involuntariedad de la situación de abandono del menor, *vid.*, GARCÍA CANTERO, G., *ob. cit.*, pp. 793 y ss. No obstante hay quien sostiene que, aún siendo ello así, solamente las causas voluntarias de abandono son las que pueden llegar a provocar una situación de no necesidad del consentimiento de los padres biológicos en relación con el antiguo artículo 174 CC, ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, J., «El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados», en *Revista de Derecho Privado*, 1978, p. 368.

La regulación actual de desamparo del menor, a partir de la Ley de 11 de noviembre de 1987, actual artículo 172 CC, atiende igualmente a la declaración de desamparo, con independencia de las causas voluntarias o involuntarias de los padres biológicos para que el menor se encuentre en dicha situación. Únicamente la presencia de una situación de riesgo, o de una situación de falta de asistencia moral y material del menor como consecuencia del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, hace posible tal declaración por la entidad pública. La referencia literal del artículo 172 CC a que dicha declaración de desamparo se produce por el «incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad», entendemos es una muestra evidente de lo que acabamos de afirmar. *Vid.* FELIÚ REY, I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, *ob. cit.*, pp. 31 y ss.

27. El incumplimiento de deberes atiende al dato fáctico de dicho incumplimiento sin entrar a valorar si, pese al mismo, otras personas han asumido los cuidados y atenciones respecto al menor, y éste no ha caído, por tanto, en una situación de desamparo efectivo.

28. *Vid.* anterior apartado «Análisis de algunas sentencias donde se plantea la necesidad del asentimiento de los padres biológicos para la adopción del menor».

29. RUIZ-RICO RUIZ, J.M., «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», en *AC*, 1988, p. 66, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., *ob. cit.*, p. 29, PILLADO MONTERO, A., *ob. cit.*, p. 452, CERDÁ GIMENO, J., «Notas de urgencia acerca del nuevo Proyecto de Ley de Reforma de la Adopción», en *RCDI*, núm. 580, 1987, p. 734, HIJAS FERNÁNDEZ, E., «Las manifestaciones de la voluntad en la constitución de la adopción», en *RGD*, 1993, p. 2749, habla de la ambigüedad de la expresión «estar incurso en causa de privación», de su indefinición, y de la inseguridad jurídica y discrecionalidad que produce el mismo. Opinión contraria es la manifestada por HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *ob. cit.*, p. 185, que recoge la opinión de la doctrina en el sentido de que pudiera considerarse una limitación al derecho de los padres carente de la proporcionalidad para los fines que busca (el interés del hijo) y que los coloca en una situación de imposibilidad de defender adecuadamente sus derechos derivados de la patria potestad, pero termina diciendo que no hay motivos para sostener una opinión de este tipo.

de privación³⁰, este procedimiento no parece guardar las oportunas garantías procesales, presumiendo el incumplimiento y la culpabilidad de los padres afectados, y haciendo recaer la carga de probar que esto no es así en los progenitores del menor³¹.

Cuando el artículo 177.2 CC recoge la no necesidad del asentimiento de los padres que efectivamente hayan sido privados de la patria potestad, no hace más que establecer la consecuencia natural de la sentencia de privación, esto es, no deberán asentir puesto que ya no son titulares de la patria potestad y este asentimiento tiene precisamente como fundamento dicha titularidad³². Pero cuando el artículo 177.2.2.º CC establece esta misma consecuencia para los padres «incursos en causa de privación», está sancionando directamente la conducta de los progenitores que no han sido privados de la patria potestad. Si lo que pretende el precepto es que dicho incumplimiento sea valorado igualmente en el procedimiento de adopción, habría que establecer un cauce procesal, sobre todo, a nivel de garantías procesales, que sea igual que el cauce procesal de privación de la patria potestad del artículo 170 CC porque, en definitiva, impone las mismas consecuencias por la misma actuación.

Entendemos, al igual que un sector mayoritario de la doctrina, que el procedimiento actualmente existente no observa estas garantías procesales. Cuando hablamos de garantías procesales hablamos no sólo de la presunción de inocencia sino también de la exigencia de una valoración de la culpabilidad de la conducta de los progenitores. Quiere ello decir que habría que probar que los padres del menor han incumplido de forma culpable sus deberes como tales, no siendo posible la imposición de la medida cuando no es reprochable la conducta de incumplimiento en términos de culpabilidad. Desde esta perspectiva, si se declara judicialmente, para todos los supuestos de desamparo de menores, que ha habido incumplimiento de deberes, sin valorar la culpabilidad o voluntariedad de los padres en dicha situación, puesto que no resulta exigida esta voluntariedad para ser declarado el desamparo como tal, estamos imponiendo de forma objetiva la sanción sin tener en cuenta la culpabilidad del sujeto implicado.

Si bien la declaración de desamparo debe abstraerse de esta consideración en aras al interés del menor, su posible lesión o la situación inmediata de falta de asistencia moral o material, ello no es posible, de ninguna manera, para establecer una medida legal que supone la pérdida para los progenitores de sus derechos como titulares de la patria potestad. No podemos por esta vía solucionar el problema social de desamparo de menores, aprobando judicialmente las adopciones de éstos sin contar con el asentimiento de los padres biológicos. El interés del menor, como único argumento que puede ser alegado en defensa de esta privación de derechos a los padres, no sirve por sí solo para justificar esta actuación judicial³³.

30. *Vid.* artículos 781 y 1827 LEC.

31. *Vid.*, sobre el desarrollo de este procedimiento, UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos Procesales y Sustantivos* (AA.VV.), coordinados por GONZÁLEZ POVEDA y GONZÁLEZ VICENTE, Madrid, 2005, pp. 342 y ss.

32. FELIÚ REY, I., *ob. cit.*, p. 150, VARGAS CABRERA, B., *ob. cit.*, p. 232.

33. También con el argumento del interés del menor se quiere negar por la doctrina que la privación de la patria potestad del artículo 170 CC sea una sanción. Se impone esta privación porque es aconsejable para el interés y no porque pretenda la Ley con ello castigar al autor de la conducta. Nosotros pensamos que ello no es en absoluto así; el interés del menor actúa como un límite para su imposición, no acordando dicha privación si perjudica al menor, pero no es el fundamento principal de la medida. En relación con este tema y específicamente referido a la cuestión del asentimiento de los padres biológicos, GARCÍA PASTOR, M., *ob. cit.*, p. 79, respecto al carácter vinculante del asentimiento, pero trasladable también a este contexto sostiene

Pretender que para los supuestos de menores desamparados no sea necesario observar unas garantías procesales, flexibilizando la imposición de una sanción civil, nos recuerda a la mención literal del antiguo artículo 174 CC, y aquí también se intentó vía enmienda y se interpretó vía doctrinal que era necesaria la culpabilidad de los progenitores para que dicha medida encontrara cierta justificación. Hacer lo contrario supondría lesionar los derechos de los titulares de la patria potestad para solucionar una situación que tendría un remedio asistencial público, si bien limitado al ingreso residencial o acogimiento.

No obstante, queremos resaltar que la conducta culpable de los padres en el incumplimiento de sus deberes queda perfectamente demostrada con la prueba de la despreocupación total por parte de éstos hacia el menor, mediante conductas como la no oposición a la declaración de desamparo o a la constitución de un acogimiento preadoptivo. Se trata de conductas típicamente culpables que deberán ser valoradas judicialmente para decidir si ha habido incumplimiento. A estas conductas precisamente hacen referencia las sentencias analizadas, siendo ellas muestra de esta exigencia de culpabilidad que debería tener, a nuestro entender, una expresa concreción legal³⁴.

que «ello no puede significar que siempre y en toda circunstancia el criterio para decidir la adopción sea el interés del hijo; es decir, que siempre, aunque los padres no hayan incumplido, si el juez considera que protege mejor el interés del hijo el ser adoptado, deba dar lugar a la adopción».

34. En este sentido, por ejemplo, en Cataluña, el artículo 122.1.b) CFC establece que deberán asentir la adopción el padre o la madre del adoptado o adoptada, salvo que estén privados legalmente o estén sometidos a causa de privación de ésta o en el supuesto de que el menor haya estado en situación de acogida preadoptiva sin oposición, durante más de un año, o con oposición desestimada judicialmente, MÉNDEZ PÉREZ, J., *La adopción, Comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas con jurisprudencia*, Barcelona, 2000, p. 139.

ALGUNAS DUDAS SOBRE EL DENOMINADO «CONTRATO DE DONACIÓN DE GAMETOS Y PREEMBRIONES»

ANTONIO JOSÉ QUESADA SÁNCHEZ

Doctor en Derecho. Universidad de Málaga

RESUMEN

Mayo de 2006 marca un hito en el ámbito de la reproducción asistida en nuestro país: en este mes se promulgó la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, norma que derogó la hasta entonces vigente Ley 35/1988.

Multitud de cuestiones sugerentes se plantean al hilo de la misma, pero el objeto del presente trabajo será el estudio del llamado «contrato de donación», piedra angular del sistema, al que se dedica el artículo 5 del nuevo texto legal. Este contrato ya existía en el artículo 5 del texto de 1988, y no difería esencialmente del diseñado en la regulación vigente, pero el nuevo texto ha pulido dicha regulación y ha eliminado alguna referencia polémica. El estudio del mismo será nuestra intención, incidiendo especialmente en la tramitación parlamentaria del precepto regulador, en la naturaleza y caracteres del propio contrato, así como en las partes contractuales del mismo y en las posibles personas interesadas.

ABSTRACT

SOME DOUBTS ON THE DENOMINATED “CONTRACT OF DONATION OF GAMETES AND PREEMBRYOS”

May 2006 mark a landmark in the environment of the attended reproduction in our country: in this month was promulgated the Law 14/2006, on Attended Reproduction Techniques, norm that abolished the until then effective Law 35/1988.

Multitude of stimulating questions are outlined according to it, but the object of the present work will be the study of the called “donation contract”, angular stone of the system, to which is dedicated the article 5 of the new legal text. This contract already existed in the article 5 of the text of 1988, and it didn't differ essentially of the one designed in the effective regulation, but the new text has polished this regulation and it has eliminated some polemic reference. The study of it will be our intention, impacting especially in the parliamentary procedure of the regulating order, in the nature and characters of the own contract, as well as in the contractual parts of the same one and in possible interested people.

Sumario

I. MODIFICACIÓN LEGAL: LA LEY 14/2006

II. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5 DE LA LEY 14/2006

III. REFLEXIONES SOBRE LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 5

III.1. Naturaleza jurídica y caracteres del contrato: contrato de donación

III.2. Las partes contractuales y otros interesados

III.3. El artículo 5.8: cierre del precepto

IV. BIBLIOGRAFÍA SUMARIA DE INTERÉS

I. MODIFICACIÓN LEGAL: LA LEY 14/2006

En el ámbito de la reproducción asistida en España existe un antes y un después de mayo de 2006. En este mes se promulgó la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que derogó la hasta entonces vigente Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

La Exposición de Motivos de la Ley 14/2006 aclara por qué era necesario promulgar una nueva legislación que respondiera a las nuevas necesidades sociales del momento: «el importante avance científico constatado en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta al problema del destino de los preembriones supernumerarios hicieron necesaria una reforma o revisión en profundidad de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sólo dio una respuesta parcial a tales exigencias» (Exposición de Motivos, I, 4 y 5).

En el apartado segundo de la Exposición de Motivos se aclaran las novedades del nuevo texto: en primer lugar, define claramente, con efectos exclusivamente circunscritos a su ámbito propio de aplicación, el concepto de preembrión (embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde). Además, prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

En tercer lugar, también las técnicas de reproducción asistida que pueden practicarse son objeto de nueva regulación. La nueva Ley no establece una lista cerrada de posibilidades técnicas conocidas, como se hacía antes, sino que se sigue el criterio más abierto de enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Por otra parte, se ha producido una evolución notable en la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en su vertiente de solución de los problemas de esterilidad, al extender también su ámbito de actuación al desarrollo de otras complemen-

tarias para permitir evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo.

Por último, se eliminan las diferencias en la consideración de los preembriones que se encontrasen crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y los que pudieran generarse posteriormente, en cuanto a sus destinos posibles, siempre supeditados a la voluntad de los progenitores y, en el caso de la investigación, a condiciones estrictas de autorización, seguimiento y control por parte de las autoridades sanitarias correspondientes. Se eliminan los límites que se establecieron en la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo, límites que deberán derivar de manera exclusiva de las indicaciones clínicas que existan en cada caso.

Y dentro de la cantidad de cuestiones sugerentes que se pueden estudiar en este nuevo texto legal, nos interesa tratar una más vinculada al ámbito del Derecho privado en el que nos conducimos, como es la del llamado «contrato de donación» que se perfila en el artículo 5 de la norma¹. El sistema en sí no podría funcionar si no existieran estas «donaciones», piedra angular del mismo. Ya el artículo 5 del texto de 1988 regulaba la cuestión, y no difería esencialmente de la regulación vigente, sino que el nuevo texto ha pulido la regulación y ha eliminado alguna referencia polémica, como veremos.

En nuestro estudio vamos a comenzar repasando la tramitación parlamentaria del hoy vigente artículo 5, para saber cómo se llegó a esa redacción, y con posterioridad nos insertaremos plenamente en su regulación: el contrato (su naturaleza y caracteres) y sus partes contractuales y personas interesadas.

II. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5 DE LA LEY 14/2006

La regulación sobre el llamado «contrato de donación de gametos y preembriones» se encuentra en el artículo 5 de la Ley 14/2006. Sin embargo, antes de dedicar nuestra atención al mismo, resulta muy interesante saber cómo se llega exactamente a dicha redacción.

En el **Proyecto de Ley** que fue presentado en el Congreso², el texto era el siguiente:

«Artículo 5. Donantes y contratos de donación.

1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.
2. La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.

1. Nos referiremos en todo momento a la donación de gametos y preembriones con intención reproductora, diseñada en la Ley 14/2006, por lo que no debemos confundir este negocio objeto de nuestro estudio con la donación de muestras biológicas humanas con intenciones de investigación, regulada en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007). Es claramente perceptible la diferente finalidad de ambos negocios.

2. Proyecto de Ley 121/000039, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicado en Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), 13 de mayo de 2005, núm. 39-1.

3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar para compensar las molestias físicas, de desplazamiento o laborales que se puedan derivar de la donación no podrá suponer incentivo económico para ésta. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida fijará periódicamente los criterios y límites económicos que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.

4. El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto.

5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

6. Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Deberán acreditar el cumplimiento de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas que sean necesarias para demostrar que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.

7. El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones.

Será responsabilidad de cada centro o servicio que utilice gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente. Si se acreditase que el número de éstos superaba el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante.

A partir de la entrada en funcionamiento del Registro nacional de donantes a que se refiere el artículo 20, la comprobación de dichos datos podrá hacerse mediante consulta al registro correspondiente.

8. Las disposiciones de este artículo serán de aplicación a los supuestos de donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja para la reproducción de personas ajenas a ella.»

A este artículo se presentaron, en el Congreso, diversas **Enmiendas**³: en concreto, las Enmiendas números 7⁴, 69⁵, 70⁶, 80⁷ y 81⁸. Admitidas las Enmiendas 69 y 70⁹, y perfilado el párrafo tercero en el Dictamen de la Comisión¹⁰, el texto quedó redactado del siguiente modo:

3. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), 28 de septiembre de 2005, núm. 39-8.

4. Presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), pretendía modificar el apartado 3 del artículo 5, que quedaba redactado de este modo: «3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se puede fijar para compensar las molestias físicas, de desplazamiento o laborales que se puedan derivar de la donación no podrá suponer incentivo económico para ésta. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida fijará periódicamente los criterios básicos que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación». La **justificación** era la siguiente: «El desarrollo de los criterios particulares y límites económicos que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación debe ser regulado por las autoridades sanitarias correspondientes al ser ésta una competencia ejecutiva que tiene que ver con las circunstancias particulares de cada Comunidad Autónoma».

5. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, proponía modificar el párrafo segundo del artículo 5,5, que quedaba redactado del siguiente modo: «Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones». La **motivación** es la siguiente: «Teniendo en cuenta que este artículo regula la donación de gametos y de preembriones, el derecho a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad debe corresponder también en el caso de donación de los preembriones».

6. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, proponía modificar el apartado 6 del artículo 5, que quedaría redactado del siguiente modo: «6. Los donantes deberán tener más de dieciocho años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas». La **motivación** era la mejora técnica del precepto.

7. Presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), proponía modificar el apartado 3 del artículo 5, que quedaba redactado del siguiente modo: «3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar, limitada estrictamente a aliviar los gastos y los inconvenientes que se deriven de la donación, no podrá suponer un incentivo económico para ésta. El Ministerio de Sanidad fijará las condiciones de la compensación y autorizará su importe, que se publicará en el «BOE». La **justificación** reside en concordar con la Directiva 2004/23/CE, de 31 de marzo de 2004, y la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2005, sobre el comercio de óvulos humanos.

8. Presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), proponía modificar los apartados 4 a 6 del artículo 5, que quedarían redactados del siguiente modo: «4. El contrato se formalizará por escrito entre los/las donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. / 5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los/las donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. / Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los/las donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos. / Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los/las donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido, y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los/las donantes. / 6. Los/las donantes deberán tener más de dieciocho años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Deberán acreditar el cumplimiento de un protocolo obligatorio de estudio de los/las donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas, que sean necesarias para demostrar que los/las donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del/la donante no sean las adecuadas». La **justificación** era que «Puesto que existen mujeres donantes de óvulos debería garantizarse también la utilización del determinante de género femenino en relación al concepto de donante».

9. *Vid.* Informe de la Ponencia [Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), 20 de diciembre de 2005, núm. 39-10].

10. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), 20 de diciembre de 2005, núm. 39-13.

«Artículo 5. Donantes y contratos de donación.

1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.
2. La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.
3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar para compensar las molestias físicas, de desplazamiento o laborales que se puedan derivar de la donación no podrá suponer incentivo económico para ésta. El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida fijará periódicamente los criterios y límites económicos que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.
4. El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto.
5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

6. Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.
7. El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones.

Será responsabilidad de cada centro o servicio que utilice gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente. Si se acreditase que el número de éstos superaba el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante.

A partir de la entrada en funcionamiento del Registro nacional de donantes a que se refiere el artículo 20, la comprobación de dichos datos podrá hacerse mediante consulta al registro correspondiente.

8. Las disposiciones de este artículo serán de aplicación a los supuestos de donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja para la reproducción de personas ajenas a ella.»

Este texto fue el **remitido al Senado** por el Congreso de los Diputados¹¹. En el Senado se presentó una **Enmienda** de interés¹², la número 4¹³ (además de la genérica 20¹⁴), que no fue admitida¹⁵.

Después de terminado el procedimiento de elaboración¹⁶, el **artículo finalmente aprobado** por el Congreso¹⁷, y que ya será el de la Ley 14/2006, de 26 de mayo¹⁸, quedó del siguiente modo:

«Artículo 5. Donantes y contratos de donación.

1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.

11. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VIII Legislatura, Serie II (Proyectos de Ley), 27 de febrero de 2006, núm. 44 (a). Proyecto de Ley 621/000044.

12. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VIII Legislatura, Serie II (Proyectos de Ley), 22 de marzo de 2006, núm. 44 (c).

13. Presentada por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, pretendía que el artículo 5.3 quedase redactado del siguiente modo: «3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación, y no podrá suponer incentivo económico para ésta. / Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos. / La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación así como el respeto a las normas en materia de publicidad. Las administraciones sanitarias fijarán los límites económicos a aplicar y llevarán a cabo de forma coordinada la inspección y control del cumplimiento por parte de los centros ubicados en sus respectivos territorios, de lo dispuesto en este apartado». La **justificación** es la siguiente: «La Directiva 2004/23 establece unos principios en relación con la donación de células y tejidos. Entre ellos destaca la necesidad de prohibir las donaciones remuneradas de células y tejidos. El proyecto introduce este principio de forma tajante en su artículo 5.3 si bien entendemos que es posible mejorar su contenido y hacerlo más acorde con los mandatos de la citada directiva. / Así en cuanto a las compensaciones que puede recibir la persona donante se incluye mediante la enmienda el término “estrictamente” como cualificador de la limitación de la compensación a recibir. / Por otro lado, el proyecto había olvidado las actividades de promoción y publicidad que llevan a cabo los centros y es necesario incluir determinadas normas respecto a las mismas acordes con la Directiva 2003/23. Por ello se añade que dichas actividades publicitarias en apoyo de la donación no podrán, en ningún caso, llevarse a cabo con vistas a ofrecer o buscar un beneficio económico.

Por último, si bien el proyecto contempla que la Comisión Nacional se encargue de fijar los criterios y límites económicos a aplicar para garantizar el carácter altruista de la donación, entendemos que la labor de la comisión ha de ser la de establecer las condiciones básicas para garantizar los principios que marca el propio artículo pero sin perjuicio de que el desarrollo de los criterios particulares y límites económicos que garanticen la aplicación de dichos principios debe ser regulado por las autoridades sanitarias correspondientes al ser ésta una competencia ejecutiva. Por otra parte, se contempla esta previsión con otra función típicamente ejecutiva cual es la de inspeccionar y controlar a los centros ubicados en el ámbito territorial de cada administración sanitaria».

14. Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, pretendía modificar en todo el texto la palabra «preembrión» o «preembriones» por «embrión preimplantatorio» o «embriones preimplantatorios». La **justificación** residía en que «El concepto preembrión carece de base científica. El término adecuado para el embrión antes de la implantación, obtenido in vitro o in vivo, es el de embrión preimplantatorio».

15. *Vid.* Informe de la Ponencia [Boletín Oficial de las Cortes, Senado, VIII Legislatura, Serie II (Proyectos de Ley), 4 de abril de 2006, núm. 44 (d)], y Dictamen de la Comisión [Boletín Oficial de las Cortes, Senado, VIII Legislatura, Serie II (Proyectos de Ley), 24 de abril de 2006, núm. 44 (e)].

16. *Vid.* Texto aprobado por el Senado [Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VIII Legislatura, Serie II (Proyectos de Ley), 10 de mayo de 2006, núm. 44 (f)], y Enmiendas [Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), 10 de mayo de 2006, núm. 39-15].

17. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), 22 de mayo de 2006, núm. 39-16.

18. BOE núm. 126, de 27 de mayo.

2. La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.

3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.

Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.

El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.

4. El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto.

5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

6. Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.

7. El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones.

Será responsabilidad de cada centro o servicio que utilice gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente. Si se acreditase que el número de éstos superaba el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante.

A partir de la entrada en funcionamiento del Registro nacional de donantes a que se refiere el artículo 21, la comprobación de dichos datos podrá hacerse mediante consulta al registro correspondiente.

8. Las disposiciones de este artículo serán de aplicación a los supuestos de donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja para la reproducción de personas ajenas a ella.»

Será éste el texto con el que se debe trabajar, por ser el de la Ley vigente.

III. REFLEXIONES SOBRE LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 5

Una vez repasado el *iter* legislativo que ha conducido hasta el actual artículo 5, es el momento de detenernos en la regulación de dicho precepto. Vamos a dividir nuestro estudio siguiendo las ideas principales que se aprecian en esta regulación, y que adelantamos antes de detenernos en ellas, así como de reflexionar sobre su mayor o menor corrección jurídica:

– Nos encontramos ante un contrato denominado de donación, contrato que se caracteriza por ser formal, gratuito y confidencial. Además, puede ser revocable siempre que dicha revocación se realice conforme al artículo 5.2.

– Dicho contrato tiene dos partes determinadas: el donante y el centro autorizado. Por otro lado, también se debe incidir en la figura de la usuaria, que sin ser parte contractual será la destinataria del material donado, así como en la figura de su cónyuge, en su caso.

– Las disposiciones del artículo 5 son de aplicación a los supuestos de donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja para la reproducción de personas ajenas a ella.

III.1. Naturaleza jurídica y caracteres del contrato: contrato de donación

La primera cuestión que salta a la vista leyendo el artículo 5 es que se califica al contrato celebrado como de **donación**. El propio rótulo del precepto así induce a pensarlo («donantes y contrato de donación»), y posteriormente el apartado primero del artículo 5 señala de modo expreso que «La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado».

Obviando las dudas sobre la propia naturaleza contractual de la donación, se califica como donación a este contrato que se celebra, algo que puede no estar del todo claro, pues no parece encajar simple y llanamente dentro del diseño del artículo 618 CC¹⁹.

19. Sobre la naturaleza jurídica de la donación, en general, *vid.* los trabajos de CARRIÓN OLMOS, S., «Algunas consideraciones sobre la naturaleza de la donación (Con especial referencia a la mecánica traslativa de aquélla)», *AC*, 1996-3, ref. XXXVI, pp. 775-794 y *Estudios en homenaje a la Profesora Teresa Puente*, vol. I, Valencia, 1996, pp. 199-219, DE LOS MOZOS, J.L., *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, 2000, pp. 46-64, y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., «La naturaleza de la donación», *RJN*, núm. 38, 2001, pp. 71-99.

De hecho, ya en la Ley 35/1988 se configuraba de ese modo y la doctrina discutió bastante dicha configuración. Así, por ejemplo, VIDAL MARTÍNEZ indicaba que la Ley calificaba «rotundamente» al contrato como de donación, sugiriendo que puede que no fuese tan clara esa solución²⁰. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, en interesante trabajo, tras destacar que la calificación jurídica no es aséptica en cuanto a sus consecuencias, indicaba que «sólo por imagen, metafóricamente» se puede hablar de donación, pues ni el objeto ni la función de este negocio jurídico relativo a las técnicas de reproducción artificial humana se corresponde con los elementos tradicionales del Derecho civil patrimonial vigente²¹. Por tanto, resulta *inadmissible* hablar de donación en este caso, y al negocio no le resultan aplicables los artículos 618 y siguientes CC, ni directa ni analógicamente²².

PANTALEÓN PRIETO, por su parte, incidía en hablar de donantes aunque no fuera exacto el término (pues existía habitualmente algún tipo de precio a cambio de la «donación»), pero actuaba así para evitar tener que recurrir a la venta²³. MONTÉS PENADÉS señalaba que, pese a que no estamos exactamente ante una donación, «le son aplicables los parámetros básicos de esta figura»²⁴, y CÁRCABA FERNÁNDEZ, por último, aludía a que, pese a la dicción literal de la norma, no estábamos ante una auténtica donación, a la que no resultaban aplicables ni siquiera analógicamente los artículos 618 y siguientes del CC. Indicaba que estábamos «ante un negocio hasta ahora no tipificado y al que, por llamarle de alguna manera y en base a su gratuidad, llamábamos donación»²⁵.

¿Estamos realmente ante una donación? Parece evidente que no es así: lo que nos encontramos aquí no es exactamente ese «acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta», al que alude el artículo 618 CC. Si es cierto, como indicara PANTALEÓN, que se pretende desvincular de todo tipo de negocios onerosos y, por eso, se incide expresamente en que estamos ante una donación. Pero esa mención del artículo 5 a la donación, como indicamos, no es más que un modo de resaltar la gratuidad presente en el negocio (gratuidad que repasaremos a continuación, y que es necesario matizar parcialmente). Por tanto, pese a compartir con la donación ese ánimo liberal inspirador, no se puede considerar que estemos ante una donación en sentido estricto, sino ante un negocio atípico que comparte con la donación algo de su filosofía orientadora. Es criticable que el legislador no haya asimilado todas las críticas expuestas por la doctrina al hilo de la anterior regulación, pues podía haber aprovechado el nuevo texto legal para zanjar el tema de la naturaleza jurídica del contrato, creando y configurando un nuevo tipo

20. VIDAL MARTÍNEZ, J., «Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho español», en VIDAL MARTÍNEZ, J. (Coord.): *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares-Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1988, p. 91. Sobre la cuestión en general, *vid.* CORRAL TALCIANI, H., «La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines», *RDP*, 1992, pp. 197-198.

21. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., «Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana», en *La filiación a finales del siglo XX. Problemáticas planteadas por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco. Vitoria-Gasteiz, 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987*, Trivium, 1988, p. 238.

22. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., «Las categorías negociales...», *cit.*, p. 239.

23. PANTALEÓN PRIETO, F., «Procreación artificial y responsabilidad civil», en *La filiación a finales del siglo XX...*, *cit.*, pp. 253-255.

24. MONTÉS PENADÉS, V.L., «Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida», *AC*, núm. 47, 19-25 diciembre 1994, ref. XLVII, p. 977.

25. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 110.

contractual, y no para continuar la deficiente regulación existente hasta entonces al respecto. Por tanto, como gráficamente expusiera CLAVERÍA GOSÁLBEZ, sólo de modo metafórico podemos seguir hablando de donación, algo que, para facilitar nuestra exposición, seguiremos realizando nosotros también. Pero teniendo claro que estamos ante un negocio que no es donación y al que no se pueden aplicar los preceptos reguladores de ésta. El régimen a seguir será el de la Ley 14/2006 y, para llenar cualquier laguna que pueda existir, debemos conducirnos conforme a los principios inspiradores de dicha norma, no acudir al régimen general de las donaciones en el CC²⁶.

Por otra parte, este contrato aparece configurado expresamente con varias **características** que el legislador desea que conformen el mismo, como son la gratuidad, la formalidad y la confidencialidad, y así aparecen citadas expresamente en el artículo 5.1 [«La donación (...) es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado»]. Caracteres, todos ellos, observables ya en el texto de 1988, debido a que estamos ante principios que parecen lógicos²⁷. Repasaremos cada uno de ellos pues, aunque son principios lógicos en sí, las verdaderas dudas estarán en sus concretos contornos.

a) En primer lugar, estamos ante un **contrato gratuito**. El apartado tercero del artículo 5 se ocupa de esta característica:

«La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta. / Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos. / El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.»

De entrada, el contrato no puede tener carácter lucrativo o comercial. Ello parece correcto, y aunque hubo quien llegó a hablar de que nos conducíamos con una *res extra commercium*²⁸, esto tampoco es exacto: si aceptásemos ese punto de partida, la conclusión habría de ser la prohibición por el Derecho de toda práctica de inseminación artificial con donante²⁹, ya que estaríamos cerrando el paso a la operatividad de la autonomía de la voluntad.

La gratuidad, en realidad, es una estrategia respetable (aunque no la única), coherente con las connotaciones de exclusividad médica y finalidad terapéutica que se pretenden

26. Es necesario reiterar la idea ya expuesta: hubiese sido una buena ocasión para que el legislador, teniendo presentes las severas críticas doctrinales respecto de la cuestión, hubiese configurado un nuevo negocio y lo hubiese dotado de un régimen jurídico propio, con más detenimiento, dentro del propio artículo 5 de la Ley.

27. CÁRCABA FERNÁNDEZ los califica de principios generales del Derecho aplicables incluso antes de 1988 (*Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, cit., p. 104).

28. En este sentido, ABELLÁN, F., «Reproducción humana asistida y responsabilidad médica. (Consideraciones legales y éticas sobre casos prácticos)», *Biblioteca de derecho y ciencias de la vida*, núm. 12, Comares, Granada, 2001, p. 92. VIDAL MARTÍNEZ entiende, pese a todo, que esto no impide la entrada en el mercado de gametos y preembiones humanos («Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho español», cit., p. 92).

29. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», en *La filiación a finales del siglo XX...*, cit., p. 210.

para la inseminación artificial con donante, pero no es necesariamente una exigencia jurídica³⁰, aunque no se puede negar que en nuestra legislación se ha convertido en uno de los grandes principios organizativos tradicionales³¹. Defender la falta de gratuidad por naturaleza podría producir una comercialización del semen y su inserción en las normas propias del mercado, por medio de las cuales, por ejemplo, un semen podría ser más valioso que otro, teniendo en cuenta las características del donante³² (y esto es algo que se considera positivo). En congruencia con todo ello, cualquier actividad publicitaria de los centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de la misma, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos. Además, la Administración Pública debe velar para que todo se desarrolle conforme al espíritu citado: el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.

Sin embargo, pese a todo lo indicado, sí que se puede fijar una compensación económica rescaritoria para el donante, aunque sólo con la intención de remunerar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación. Por tanto, queda claro que no podrá suponer incentivo económico para la donación, aunque no deja de ser complicado conducirnos en esta cuestión. Parece correcto establecer esta posibilidad de remunerar: la remuneración es una práctica extendida y es mejor integrarla en el texto legal antes que lanzarla a la clandestinidad legal. Pero es complicado generalizar sobre las cantidades a abonar: debe fijarse de tal modo que la existencia de esta compensación respete en todo momento el carácter gratuito de la donación (algo que tampoco será fácil en todo caso). Lo importante es que el no donante se sienta remunerado económicamente, sino gratificado³³.

Precisamente por todo este juego de situaciones expuestas, MONTÉS PENADÉS señaló que esta gratuidad, en realidad, «no pasa de constituir una expresión de buenas intenciones por parte del legislador»³⁴. No es cierto, o no debe serlo: la gratuidad es el principio que inspira la cuestión, y la fijación de una cantidad a modo de remuneración no debe convertirse en un incentivo económico para llevar a cabo este negocio.

Para terminar con este presupuesto debe señalarse que en la anterior regulación no se dedicaba una atención expresa tan completa como ahora a esta cuestión: el antiguo artículo 5 se limitaba a indicar, en su párrafo tercero, que «la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial». Es satisfactoria la modificación producida con el nuevo artículo 5, por

30. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Los consentimientos relevantes...», cit., p. 210.

31. En este sentido, LEMA AÑÓN, C., «Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la Sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Parte I)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 12, 2000, p. 62.

32. En este sentido, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, cit., p. 107.

33. Las SSTC 216/1997, de 4 de diciembre y 116/1999, de 17 de junio, ya han indicado que la existencia de esta compensación no conlleva la patrimonialización de la persona ni de la relación.

34. MONTÉS PENADÉS, V.L., «Las categorías negociales...», cit., p. 958.

tanto, pues se percibe la preocupación del legislador en el sentido de completar adecuadamente la regulación.

b) En segundo lugar, estamos ante un **contrato formal**. El contrato debe cubrir una forma concreta, desarrollada en el apartado cuarto del artículo 5: «El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto». Por tanto, es claro el carácter formal del negocio: se pretende la emisión de un consentimiento informado por parte del donante.

Es lógico que se quiebre la regla genérica del artículo 1278 CC, pues se pretende que el donante sea consciente de qué negocio está realizando exactamente³⁵. Esto ya se producía en el anterior artículo 5 de la Ley 35/1988, donde el párrafo cuarto del mismo mostraba una redacción prácticamente idéntica a la del actual artículo 5.4.

c) En tercer lugar, estamos ante un **contrato confidencial**. Señala el apartado quinto del artículo 5 que «La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. / Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. / Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes».

El anonimato del donante ha sido uno de los temas más polémicos que ha planteado la fecundación artificial³⁶. Como se puede comprobar, estamos ante un sistema de anonimato relativo, ya que se abre la puerta a que se pueda conocer la identidad de los donantes: sólo excepcionalmente y en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, puede revelarse la identidad de los donantes, y siempre teniendo en cuenta que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Nos conducimos, por tanto, con conceptos jurídicos indeterminados que deben ser llenados de

35. Es fundamental la cuestión de la información, ya citada en la propia Exposición de Motivos, apartado II: «Por otro lado, la realidad de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país no puede ser ajena a la consideración de que dichas técnicas se han desarrollado de manera extensiva en especial en el ámbito privado. De esa realidad se deriva que la intervención de los poderes públicos en este campo debe ir dirigida también a compensar la asimetría de información que existe entre quienes acuden a demandar la aplicación de estas técnicas y quienes las aplican, de manera que se garantice en lo posible el equilibrio de intereses entre unos y otros. / Uno de los mecanismos prioritarios para contribuir a la equidad de esa relación es la disponibilidad de una información accesible a los usuarios de las técnicas que sea clara y precisa sobre la actividad y los resultados de los centros y servicios que las practican. Esta necesidad se traduce en la Ley en el reforzamiento de los registros y otros mecanismos de información que deben constituirse, hasta el punto de considerar dicha información pública como un elemento esencial de la práctica de las técnicas, de manera que se proporcionen a los ciudadanos que acuden a los centros los instrumentos adecuados de información que les permitan ejercer con criterios sólidos su capacidad de decisión».

36. En este sentido, CÁMARA ÁGUILA, M. P., «Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 1999, p. 135.

contenido en cada caso concreto (y esto siempre genera cierto grado de inseguridad jurídica). La indicada revelación, además, tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes. Conjugar tantos intereses presentes no deja de ser una importante labor de encaje jurídico³⁷.

Esta regulación, por último, es parecida a la anteriormente vigente en el artículo 5.5 de la Ley 35/1988, aunque más pulida y perfeccionada en su redacción.

d) Por último, no se puede negar la **revocabilidad del negocio**. El apartado segundo del artículo 5 es claro: «La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor». Sobre la oportunidad (e, incluso la constitucionalidad³⁸) de esta revocabilidad se han vertido importantes dudas, y respecto del texto anteriormente vigente (el artículo 5.2 de la Ley 35/1988), cabe destacar la eliminación de la necesidad de que el donante precisase los gametos «por infertilidad sobrevenida», fuente de problemas ya destacados por la doctrina.

El hecho de mencionar expresamente esta causa de revocación es positivo, en el sentido de que garantiza la seguridad jurídica. Recordemos que no operaban las causas de revocación establecidas en el régimen general de las donaciones, que no encajan adecuadamente con la filosofía del caso que nos ocupa.

III.2. Las partes contractuales y otros interesados

El polémico contrato ante el que nos encontramos se celebra entre unas partes muy concretas: el donante y el centro autorizado. El artículo 5.1 es claro, como ya hemos comprobado: «La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado».

Además, para tener una perspectiva completa sobre el sistema, resulta de interés incidir también en la figura de la usuaria, que no es parte contractual pero sí interesada en el entramado contractual configurado, como destinataria del material objeto del pacto, así como en algún otro posible interesado del que puede ser necesario el consentimiento. A todos ellos nos vamos a dedicar en este apartado³⁹.

37. Sobre el tema, aunque referido a la anterior legislación, MORO ALMARAZ, M.J., *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in Vitro*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, pp. 99-112 y CÁMARA ÁGUILA, M.P., «Sobre la constitucionalidad...», cit., pp. 134-148.

38. Sobre ello, *vid.* BLASCO GASCÓ, F., «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, 1991-II, pp. 704-705, donde recuerda la tajante opinión de PANTALEÓN PRIETO respecto de su inconstitucionalidad.

39. Sobre todo esto, con sumo detenimiento, aunque al hilo de la anterior regulación, *vid.* MONTÉS PENADÉS, V.L., «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», en *La filiación a finales del siglo XX...*, cit., pp. 171-199 y LA CALLE GONZÁLEZ-HABA, M.D., «La prestación del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 7, 1994, pp. 145-167.

a) El **donante**. El donante de gametos y preembriones es fundamental en este entramado legal, como cabe imaginar. A él se dedican los apartados 6 y 7 del artículo 5. Conforme al apartado sexto,

«los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitior correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas».

Por otra parte, el apartado séptimo indica que

«El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones. / Será responsabilidad de cada centro o servicio que utilice gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente. Si se acreditase que el número de éstos superaba el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante. / A partir de la entrada en funcionamiento del Registro nacional de donantes a que se refiere el artículo 21, la comprobación de dichos datos podrá hacerse mediante consulta al registro correspondiente.»

El precepto es de una claridad meridiana. De entrada, el donante debe ser mayor de edad, gozar de capacidad de obrar y de un buen estado de salud psicofísico, en el momento de realizar la donación⁴⁰. El goce de dicho estado de salud se verificará conforme a un protocolo obligatorio de estudio de los donantes del modo descrito en el artículo 5.6. No gozar de dicho estado de salud implica que no pueda participar en este sistema, y es responsabilidad del centro receptor comprobar que dicho estado es el adecuado. Además, el donante es perfectamente informado de todas las cuestiones, para que pueda emitir un consentimiento informado: conforme al artículo 3.3,

«la información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica».

40. Podría suceder que una persona gozara de excelente estado de salud en el momento de realizar la donación, pero ello dejara de ser así con posterioridad. Si dicha modificación no influye en dicho estado de salud anterior a la donación, no existe inconveniente en que se utilice el material donado. Pero si este problema de salud posterior puede tener reflejo negativo, de algún modo, en dicho material donado, no debe utilizarse.

Por otra parte, se fija un límite de hijos generados con los gametos de un mismo donante, que es el de seis hijos, determinándose la responsabilidad del centro que utilice los gametos a la hora de controlar esta cuestión.

Por último, cabe indicar que una persona también puede beneficiarse de estas técnicas para inseminar a su esposa, pero ello queda fuera de nuestro objeto de estudio, pues no estamos técnicamente ante el «contrato de donación» que aquí nos interesa. Pero es clara su repercusión dentro del sistema, tal y como se puede comprobar en el artículo 5.8, que estudiaremos en su momento, o en el artículo 9, dedicado a regular la premoriencia del marido.

b) **El centro autorizado.** El centro autorizado es la otra parte del contrato de donación, y es fundamental para el buen desarrollo del sistema. Señala el artículo 4 que «La práctica de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida sólo se podrá llevar a cabo en centros o servicios sanitarios debidamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria correspondiente. Dicha autorización especificará las técnicas cuya aplicación se autoriza en cada caso», y en su párrafo segundo completa indicando que «la autorización de un centro o servicio sanitario para la práctica de las técnicas de reproducción asistida exigirá el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en el Capítulo V de esta Ley y demás normativa vigente, en especial, la dirigida a garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad».

Al centro autorizado se dedican los artículos 17 a 19 de la Ley 14/2006, que forman el Capítulo V al que se alude en el artículo 4. Conforme al artículo 17, «todos los centros o servicios en los que se realicen las técnicas de reproducción asistida, o sus derivaciones, así como los bancos de gametos y preembriones, tendrán la consideración de centros y servicios sanitarios. Se registrarán por lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en la normativa que la desarrolla o en la de las Administraciones públicas con competencias en materia sanitaria, y precisarán para la práctica de las técnicas de reproducción asistida de la correspondiente autorización específica». El artículo 18 establece las condiciones de funcionamiento de los centros y equipos (es un precepto fundamental a la hora de determinar las obligaciones del centro y, por tanto, su posible responsabilidad)⁴¹, mientras que el artículo 19 alude a las auditorías de funcionamiento⁴².

41. «1. Los equipos biomédicos que trabajen en estos centros o servicios sanitarios deberán estar especialmente cualificados para realizar las técnicas de reproducción asistida, sus aplicaciones complementarias o sus derivaciones científicas y contarán para ello con el equipamiento y los medios necesarios, que se determinarán mediante real decreto. Actuarán interdisciplinariamente, y el director del centro o servicio del que dependen será el responsable directo de sus actuaciones. 2. Los equipos biomédicos y la dirección de los centros o servicios en que trabajan incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes, si realizan mala práctica con las técnicas de reproducción asistida o los materiales biológicos correspondientes o si, por omitir la información o los estudios establecidos, se lesionan los intereses de donantes o usuarios o se transmiten a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudio previos. 3. Los equipos médicos recogerán en una historia clínica, custodiada con la debida protección y confidencialidad, todas las referencias sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas. Los datos de las historias clínicas, excepto la identidad de los donantes, deberán ser puestos a disposición de la receptora y de su pareja, o del hijo nacido por estas técnicas o de sus representantes legales cuando llegue a su mayoría de edad, si así lo solicitan. 4. Los equipos biomédicos deberán realizar a los donantes y a las receptoras cuantos estudios estén establecidos reglamentariamente, y deberán cumplimentar igualmente los protocolos de información sobre las condiciones de los donantes o la actividad de los centros de reproducción asistida que se establezcan.»

42. «Los centros de reproducción humana asistida se someterán con la periodicidad que establezcan las autoridades sanitarias competentes a auditorías externas que evaluarán tanto los requisitos técnicos y legales como la información transmitida a las Comunidades Autónomas a los efectos registrales correspondientes y los resultados obtenidos en su práctica clínica.»

Nos encontramos ante centros médicos que deben cumplir las normas generales relativas a los mismos, en general, pero que para dedicarse a esta actividad a la que alude la Ley 14/2006 deben también ceñirse a lo establecido en esta norma. Además, no es escasa su labor y la responsabilidad que asumen, pues deben garantizar que el estado psicofísico del donante cumple las exigencias del protocolo obligatorio de estudio de los donantes al que aludía el artículo 5.6 (estudio que, recordemos, incluye sus características fenotípicas y psicológicas, las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que no padece enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia). En todo caso, indica la Ley que podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas, pero no sólo eso: en caso de que no lo rechacen y exista algún daño, le puede ser exigida al centro la oportuna responsabilidad, por haber faltado al deber de control antes expuesto. Además, conforme al artículo 6.4, debe realizar la elección del donante de semen en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, preservando el anonimato de la donación y procurando garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora.

Conforme al artículo 18.2 de la Ley, se incurre en responsabilidad en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Violación del secreto de la identidad de los donantes.
- b) Defectuosa práctica con las técnicas de reproducción asistida o con los materiales biológicos correspondientes.
- c) Lesión de los intereses de donantes o usuarios por omitir la información o los estudios establecidos, o bien si como consecuencia de ello se transmiten a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudio previos.

Por tanto, no es escasa la responsabilidad de estos centros. Pensemos, además, que se configuran en la Ley como infracciones graves [artículo 26.2.b)], por ejemplo, la vulneración por los equipos de trabajo de sus obligaciones legales en el tratamiento a los usuarios de estas técnicas (apartado 1), la omisión de la información o los estudios previos necesarios para evitar lesionar los intereses de donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias (apartado 2), la omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por esta Ley, así como la falta de realización de la historia clínica en cada caso (apartado 3) y la retribución económica de la donación de gametos y preembriones o su compensación económica en contra de lo previsto en los artículos 5.3 y 11.6 (apartado seis), y como infracción muy grave [artículo 26.2.c)] la realización o práctica de técnicas de reproducción asistida en centros que no cuenten con la debida autorización (apartado tres).

Nos encontramos, en conclusión, no sólo ante un contratante, sin más, sino ante otro auténtico puntal del sistema, imprescindible para que todo se desarrolle adecuadamente.

c) **La usuaria de las técnicas.** Sin ser parte en el contrato de donación del artículo 5, el estudio del mismo estaría incompleto sin citar a la usuaria de las técnicas, que es la que disfruta del sistema establecido. A ella se dedica el artículo 6 de la Ley. «Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa», indica el párrafo primero del artículo 6, que continúa indicando que «la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual».

Por tanto, la usuaria debe gozar de plena capacidad y prestar su consentimiento para someterse a estas técnicas, sin que influyan ni su estado civil ni su orientación sexual. Ese consentimiento debe emitirse en forma concreta, indicio de que se quiere proteger el mismo y lograr que la usuaria lo emita conociendo perfectamente lo que hace. Para ello es básico que dicho consentimiento sea un consentimiento informado. Será el apartado segundo del artículo 6 el que se ocupe de la información que se debe proporcionar a la mujer para que ese consentimiento sea informado: «entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada».

Por tanto, la existencia de toda esa información y de una forma concreta para emitir el consentimiento garantiza que estamos ante un consentimiento auténticamente informado. Añade el artículo 3.3 que «la información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica». El artículo 3.4 incide en la cuestión de la forma, con la intención ya expuesta: «la aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación».

Puede ser necesario, por otra parte, el consentimiento de otra persona especialmente vinculada con la usuaria: conforme al apartado 3 del artículo 6, «Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el **consentimiento de su marido**, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal». Este consentimiento es necesario, además del de la usuaria, y debe cubrir idénticos requisitos que el de ésta.

Por último, el ya citado apartado cuatro del artículo 6, en lo que toca a la receptora, indica que será el equipo médico el que elija al donante de semen, conforme a criterios técnicos, y sin que pueda seleccionarse a petición de la receptora. Estamos ante una obligación del

centro autorizado, que debe velar para que en todo caso esto sea así, y se le puede exigir responsabilidad en el caso de que no suceda.

III.3. El artículo 5.8: cierre del precepto

Una vez repasado lo más relevante que establece el artículo 5, nos encontramos con un último párrafo, el párrafo octavo, cuya regulación ya estaba en el antiguo artículo 5.8, pero con una redacción que ha sido mejorada en el texto vigente.

Señala este apartado octavo que «las disposiciones de este artículo serán de aplicación a los supuestos de donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja para la reproducción de personas ajenas a ella».

Por tanto, en caso de que el marido se haya sometido a este sistema para fecundar a su esposa y existan gametos sobrantes, debido a que cumple con los requisitos necesarios de todo donante (de lo contrario no hubiera podido someterse a este régimen), pueden ser utilizados para la reproducción de otras usuarias, en los términos de la Ley. Es un modo de aprovechar un material perfectamente utilizable, ya que cumple los requisitos oportunos. Una cuestión que no nos interesaba en principio, pues escapaba al «contrato de donación» que estudiamos, pasa a resultarnos de cierto interés en este momento. No existe el contrato en el sentido del artículo 5, pero la situación es parecida y se sobreentiende en el varón el mismo espíritu liberal del donante del artículo 5, por lo que se aplica dicho precepto a este caso.

IV. BIBLIOGRAFÍA SUMARIA DE INTERÉS

- ABELLÁN, F., «Reproducción humana asistida y responsabilidad médica. (Consideraciones legales y éticas sobre casos prácticos)», *Biblioteca de derecho y ciencias de la vida*, núm. 12, Comares, Granada, 2001.
- BLASCO GASCÓ, F., «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, 1991-II, pp. 697-718.
- CÁMARA ÁGUILA, M.P., «Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 1999, pp. 117-148.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., «La naturaleza de la donación», *RJN*, núm. 38, 2001, pp. 71-99.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995.
- CARRIÓN OLMOS, S., «Algunas consideraciones sobre la naturaleza de la donación (Con especial referencia a la mecánica traslativa de aquella)», *AC*, 1996-3, ref. XXXVI, pp. 775-794 y *Estudios en homenaje a la Profesora Teresa Puente*, vol. I, Valencia, 1996, pp. 199-219.

- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., «Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana», en *La filiación a finales del siglo XX. Problemáticas planteadas por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco. Vitoria-Gasteiz, 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987*, Trivium, 1988, pp. 231-242.
- CORRAL TALCIANI, H., «La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines», *RDP*, 1992, pp. 195-207.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», *La filiación a finales del siglo XX. Problemáticas planteadas por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco. Vitoria-Gasteiz, 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987*, Trivium, 1988, pp. 201-229.
- DE LOS MOZOS, J.L., *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, 2000.
- LA CALLE GONZÁLEZ-HABA, M.D., «La prestación del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 7, 1994, pp. 145-167.
- LEMA AÑÓN, C., «Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la Sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Parte I)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 12, 2000, pp. 47-66.
- MONTÉS PENADÉS, V.L., «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», *La filiación a finales del siglo XX. Problemáticas planteadas por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco. Vitoria-Gasteiz, 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987*, Trivium, 1988, pp. 171-199.
- «Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida», *AC*, 1994-4, ref. XLVII, pp. 957-980.
- MORO ALMARAZ, M.J., *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación «in Vitro»*, Bosch, Barcelona, 1988.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Procreación artificial y responsabilidad civil», en *La filiación a finales del siglo XX. Problemáticas planteadas por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco. Vitoria-Gasteiz, 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987*, Trivium, 1988, pp. 245-317.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., «Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho español», en VIDAL MARTINEZ, J. (Coord.): *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares-Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1988, pp. 53-151.

Revista de Derecho de

familia

JURISPRUDENCIA

Inadmisión del recurso de amparo al no haberse causado indefensión al padre biológico que no formalizó la oposición al expediente de adopción dentro del plazo de 20 días que se le concedió al efecto, aun cuando en la providencia no se indicara que para formalizar la oposición necesitaba presentar demanda con asistencia de letrado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, AUTO DE 23 DE OCTUBRE DE 2006

ANÁLISIS DEL CASO

- Por providencia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Córdoba de 25 de noviembre de 2002, en el procedimiento de adopción núm. 966-2002, se acordó admitir a trámite la solicitud de adopción del menor J.M. y que se oyese a los padres biológicos. El 28 de marzo de 2003 compareció el padre biológico don Ángel para manifestar su intención de oponerse a la adopción.
- El 25 de abril de 2003 ese mismo órgano judicial dictó providencia por la que se suspendía la tramitación del expediente de adopción, se acordaba la formación de pieza separada y se concedía al padre biológico el plazo de veinte días para que formalizara la oposición anunciada. Esta providencia dice literalmente «dada cuenta; visto lo actuado en el presente expediente de adopción núm. 966-2002, tramitado ante este Juzgado en relación al menor J. Miguel y habiéndose manifestado por el padre biológico del menor su oposición al expediente de adopción, se suspende la tramitación del mismo, hasta en tanto se ventile en pieza separada y por los trámites del juicio verbal civil la necesidad del asentimiento del padre y/o la madre biológicos dichos o ser simplemente oídos en el expediente, y verificado se acordará lo procedente. Fórmese pieza separada con testimonio de lo necesario para la formación de la pieza separada de oposición dicha, concediéndose al padre biológico el plazo de veinte días para que formalice la oposición. Notifíquese la presente resolución».
- Transcurrido el plazo de veinte días concedido a don Ángel sin que éste hubiese formalizado su oposición, el Juzgado dictó Auto de fecha 5 de junio de 2003 acordando lo siguiente: «razonamientos jurídicos: “Que habiendo transcurrido el plazo para formalizar la demanda de oposición a la adopción sin que se haya presentado la misma por el padre biológico de conformidad con lo establecido en el artículo 781.2, tener por desistido al padre biológico y por finalizado el presente procedimiento de oposición”. Parte dispositiva: “Que debía declarar y declaraba separado del proceso pendiente y desistido de la acción ejercitada a la parte actora en el presente procedimiento de oposición a la adopción 966-2002, seguido a instancia de don Ángel en relación al menor J.M., archivándose las actuaciones en su correspondiente legajo, sin más trámite haciéndose las anotaciones registrales oportunas”».
- Contra dicho Auto la representación procesal de don Ángel interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por Auto núm. 229/2004 de la Audiencia Provincial de Córdoba de 11 de mayo de 2004. El Auto señala que no puede declararse la nulidad de la providencia de 25 de abril de 2003 porque el hecho de acordar en una sola resolución la suspensión del procedimiento, la formación de

pieza separada y el emplazamiento del padre biológico resulta perfectamente ortodoxo y no es causa de nulidad. Rechaza igualmente que sea causa de nulidad el hecho de que la providencia en que se le concedía el plazo para realizar la oposición no explicitara que la demanda debía ir firmada por Abogado y Procurador aunque se tratara de una persona ajena al Derecho, porque «normalmente las resoluciones judiciales se dirigen a personas desconocedoras del Derecho y para eso están los asesoramientos jurídicos, pero en el caso de autos tal argumento carece de la menor fuerza al tratarse de un interno en un Centro penitenciario con permanente asistencia jurídica». Igualmente el Auto señala que la diligencia de notificación fue correcta como consta en el folio 6 y que, en definitiva, el apelante «tuvo pleno conocimiento y plazo legal para ejercer su oposición en plazo si así lo deseaba y no lo hizo, por lo que en modo alguno puede alegarse indefensión».

- ◉ Don Ángel interpuso recurso de amparo contra el Auto de la AP de Córdoba de 11 de mayo de 2004, el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Córdoba recaído en autos de adopción 966-2002 y contra la providencia de este mismo Juzgado dictada el 25 de abril de 2003, por vulneración de los principios de contradicción, audiencia y defensa garantizados en el artículo 24 CE.
- ◉ El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El demandante de amparo imputa a las resoluciones citadas en el encabezamiento la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24 CE por incongruencia omisiva, falta de motivación y por carecer de asistencia letrada. El Ministerio Fiscal, por el contrario, interesa la desestimación de la demanda de amparo por no concurrir ninguno de los reproches alegados.

En primer lugar deben inadmitirse las dos primeras quejas contenidas en la demanda de amparo por incurrir en óbices procesales que impiden su examen de fondo por parte de este Tribunal.

Así, en relación con la incongruencia omisiva denunciada, la demanda de amparo incurre en la falta de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial previa [artículo 50.1.a) LOTC en relación con el artículo 44.1.a) LOTC], por cuanto para su reparación existían recursos útiles en la jurisdicción ordinaria, como el de complementación (artículo 215 LEC) o el incidente de nulidad de actuaciones (regulado tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, por el artículo 241 LOPJ), que, al no ser utilizados por quien hoy acude en amparo, provocan que se vulnere la subsidiariedad del recurso de amparo (artículo 53 CE) y que la queja no pueda admitirse.

Igualmente debe inadmitirse la alegación de falta de motivación del Auto impugnado, no sólo porque no se concreta en qué medida y alcance se ha producido ésta (lo que es carga del recurrente *ex* artículo 49 LOTC), sino porque, si en realidad la misma se concreta, como parece inferirse del

escrito de demanda de amparo, en el hecho de que el órgano judicial acogiera el plazo de veinte días en lugar del de cuarenta para formular la oposición, tal queja carece de contenido constitucional al no ser más que una mera discrepancia con el criterio del órgano judicial, que, como tal, excede de la competencia de este Tribunal Constitucional, ya que, como reiteradamente hemos afirmado, la simple discrepancia con la interpretación razonada que de la legalidad ordinaria realizan los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial no tiene cabida en el marco objetivo del recurso de amparo, por no implicar dicha discrepancia, por sí sola, la vulneración de ningún derecho fundamental (STC 44/1998, de 24 de febrero, FJ 2; AATC 208/1984, 116/1995).

Por otro lado no se incurra tampoco en dicho reproche por parte de la providencia que se esgrime; no sólo porque si fue así aquella debió ser impugnada en su momento procesal oportuno, lo que no consta, sino porque, además, en todo caso la misma resultaba conforme con los parámetros constitucionales, pues, además de otras medidas, establecía claramente que se concedía «al padre biológico el plazo de veinte días para que formalice la oposición», siendo en este punto clara la motivación, no arbitraria, ni incurso en irrazonabilidad o error patente alguno.

Tampoco la vulneración que se aduce respecto de la asistencia letrada del artículo 24.1 CE puede admitirse, habida cuenta de que la indefensión que se dice sufrida es imputable a la propia parte y no al

órgano judicial, infringiéndose con ello el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 50.1.a) en relación con el artículo 44.1.b) LOTC.

En efecto, este Tribunal ha declarado, en consonancia con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, STC 18/2006, de 30 de enero, FJ 2), que, desde la perspectiva constitucional, quien alegue indefensión como consecuencia de la vulneración del derecho de asistencia letrada no ha de haber provocado dicha situación con su falta de diligencia, de forma que la situación de indefensión generada por la falta de defensa técnica no resulte ser consecuencia directa del proceder de la parte.

En el caso concreto consta que el recurrente compareció por sí mismo y adujo su pretensión de oponerse, dictándose a continuación la providencia de 25 de abril de 2003, donde, entre otras medidas, como la suspensión de la tramitación del expediente de adopción y la formación de la pieza separada de oposición, se concedía expresamente «al padre biológico el plazo de veinte días para que formalice la oposición», sin que en dicho plazo alegara quien ahora recurre el derecho a la asistencia letrada que le asistía, ni comunicara o realizara actividad alguna para procurarse defensa o asistencia técnica, ni acudiera al órgano judicial para solventar las dudas que en cuanto al contenido de dicha providencia que ahora se esgrimen,

optando, como reconoce expresamente la propia demanda de amparo, por «no realizar ninguna actuación por lo que esas omisiones me han causado indefensión».

Tal ausencia de actividad en cumplimiento de lo preceptuado por la providencia provocó, no sólo que su contenido quedara firme y resultara intangible (sin que, por ello, y pese a lo que se esgrime en la demanda de amparo, pueda posteriormente abrirse el plazo para la oposición), sino también que se dictara el Auto de 5 de junio de 2003 teniendo por desistido al ahora recurrente y por finalizado el procedimiento de oposición. Auto posteriormente confirmado por el de la Audiencia Provincial de Córdoba de 11 de mayo de 2004, en el que consta que el apelante tuvo pleno conocimiento y plazo legal para ejercer su oposición si así lo deseaba, de manera que con su actitud se confirma que tal omisión sólo es a él imputable cuando, como era el caso, disponía además, en su condición de interno, de permanente asistencia jurídica en el Centro penitenciario, a la que sólo acudió, como se deduce de la documentación adjuntada, con posterioridad a esta última resolución, pero nunca antes, siendo dicha tardanza la causante de la indefensión alegada y exclusivamente imputable a la parte ahora demandante de amparo.

No existe un trato discriminatorio ni por motivos sociales ni por razones étnicas o raciales en la denegación de la pensión de viudedad a una persona que contrajo matrimonio por el rito gitano, no habiéndose vulnerado ningún precepto constitucional en tal decisión.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 69/2007, DE 16 DE ABRIL

ANÁLISIS DEL CASO

- ◉ Doña M.ª Luisa solicitó prestación por viudedad el 16 de marzo de 2001, que fue denegada por Resolución de la Directora Provincial de Madrid del Instituto Nacional de Seguridad Social de 20 de marzo de 2001, por no ser o haber sido cónyuge del fallecido y no existir imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento.
- ◉ Interpuesta reclamación previa, fue desestimada por Resolución de la Directora Provincial de Madrid del Instituto Nacional de Seguridad Social de 9 de mayo de 2001, argumentando que no existe precepto legal que considere viudo/a a la persona que estuviese conviviendo con el causante y que, conforme a las SSTC 184/1990 y 66/1994, no pugna con el artículo 14 CE la exigencia de

vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la prestación de viudedad establecida dentro del sistema de la Seguridad Social.

⦿ Doña M.^a Luisa interpuso demanda en solicitud de prestación de viudedad, alegando que en la cartilla de la Seguridad Social figuraba como beneficiaria del fallecido, en calidad de esposa, sin que tal dato constituyera error material, dado que se trata de su esposa según los ritos y normatividad del ámbito cultural gitano. A esos efectos se destacaba, invocando los artículos 9.2, 14 y 39.1 CE, que los requisitos necesarios para la existencia de forma matrimonial se cumplen en el matrimonio gitano, que está caracterizado por un acto formal, deber de fidelidad, comportamiento conyugal exigible, *affectio*, heterosexualidad y comunidad de vida, no siendo inscribible en el Registro Civil por una defectuosa exégesis jurídica. Por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid de 30 de mayo de 2002, dictada en el procedimiento núm. 113-2002, se estimaron las pretensiones de la recurrente al considerar probado que ésta y el fallecido son de origen gitano y contrajeron matrimonio en noviembre de 1971 por el rito tradicional gitano, teniendo seis hijos, argumentando que «el matrimonio gitano entre la actora y el fallecido, se ha celebrado en territorio español y se ajusta a la ley personal de los contrayentes, se trata de una forma válida y admitida por la costumbre y usos de dicha etnia, por lo que hay que considerarlo válido y debería promoverse su inscripción en el Registro Civil, conforme a los artículos 256 y 257 del Reglamento de Registro Civil» (FJ II) y concluyendo que «el INSS deniega a la actora la prestación de viudedad con el único impedimento de no considerar matrimonio el celebrado en su día por el causante y su viuda lo que indica un trato discriminatorio por razón de etnia contrario al artículo 14 CE...» (FJ 14).

⦿ El Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social interpusieron recurso de suplicación, que fue tramitado con el núm. 4445-2002 por la Sec. 4.^a de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y que fue estimado por Sentencia de 7 de noviembre de 2002. En dicha resolución, en su fundamento jurídico tercero se señala en referencia a que se suprimiera del hecho séptimo la expresión o condición de esposa de la demandante, asociada al contenido de la cartilla de la Seguridad Social, que «... figurando al folio 62 de los autos fotocopia de la cartilla en cuestión y junto al nombre de aquélla en la casilla “parentesco”, una letra retocada que la sentencia interpreta como “esposa” (la inicial correspondiente a esa palabra) y aunque ello pueda suscitar sus dudas, pareciendo más bien una letra distinta, la Sala no puede efectuar una ponderación distinta al respecto y propia de una prueba pericial caligráfica, siendo de significar, en cualquier caso, que lo que aparece es una letra inicial y que tal documento habría sido cumplimentado por el causante, cuya firma aparece en el anverso, no por la entidad gestora y, en fin, que de lo que se trata es de determinar el carácter de la relación o vínculo existente entre aquél y la actora desde el punto de vista legal, con independencia de que coincida o no con el que aparece en la mencionada cartilla, que no constituye un documento fehaciente». Igualmente, en el fundamento jurídico quinto, se argumenta que no existe discriminación alguna por la pertenencia de la recurrente a la etnia gitana y que el matrimonio celebrado conforme a ese rito no tiene la condición de tal en el ordenamiento jurídico español. Respecto de lo primero se afirma que no constituye «... discriminación alguna la exigencia de la observancia en España y por los españoles de la legalidad que a sí mismo se da el pueblo español en uso de su legítima soberanía y a través de sus representantes...» y que «... ha de distinguirse lo que es la legalidad vigente y aplicable en cada momento de aquella que puede entenderse deseable por parte de un sector de la sociedad o de un afectado o grupo de afectados...». Respecto de lo segundo se señala que cualquier español puede contraer matrimonio en los términos establecidos en la ley, pero que entre ninguno de los supuestos legales «... se encuentra el matrimonio celebrado única y exclusivamente conforme al rito gitano, porque aunque se trate de una etnia, no por ello sus normas o formas trascienden jurídicamente de su propio ámbito, ni están consagradas en el ordenamiento jurídico en el que se prevé la pensión litigiosa, de modo y manera que teniendo su

relevancia y reconocimiento social en dicho ámbito, no por ello excluyen, ni sustituyen actualmente, a la normativa general vigente y aplicable al efecto, en cuanto se trata de un matrimonio entre españoles celebrados en España».

⊙ Doña M.^a Luisa interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La recurrente, bajo la invocación del derecho a la igualdad ante la Ley y a no ser discriminada por razones étnicas y de origen social (artículo 14 CE), alega que la resolución judicial impugnada por la que, revocando la de instancia, se le deniega la prestación de viudedad por no concurrir el presupuesto de la relación matrimonial con el causante la ha discriminado étnica y socialmente al equiparar su situación jurídica con la de una pareja de hecho que conviviera *more uxorio* y no con una relación matrimonial, a pesar de que está casada por el rito gitano, con el convencimiento absoluto de la validez del consentimiento que prestó en su día y respetando todos los demás elementos de orden público afectos al matrimonio regulados por la legislación. También argumenta que se daría ese trato discriminatorio bien porque habiendo contraído matrimonio conforme a los usos y costumbres gitanos en noviembre de 1971, no fue entonces libre para poder contraer matrimonio con efectos civiles y tampoco con posterioridad a 1981 al no haber regulado el legislador el consentimiento matrimonial conforme a las costumbres gitanas, bien porque no se ha hecho una aplicación analógica de dicha situación a la de los matrimonios nulos.

Es de destacar, en primer lugar y en relación con el derecho a no ser discriminado, que el Pleno de este Tribunal ha reiterado que la virtualidad del artículo 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad, sino que contiene, además, una prohibición explícita de que se dispense un trato discriminatorio con fundamento en los concretos motivos o razones que dicho precepto prevé (por todas, STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4), entre los que se incluye expresamente la discriminación racial o étnica, criterio «sospechoso» respecto del que este Tribunal ha afirmado tajantemente su carácter odioso y de perversión jurídica contrario tanto al artículo 14 CE como al artículo 14 CEDH (STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 7). Igualmente, se ha destacado que la prohibición del artículo 14 CE comprende no sólo la discriminación directa o patente derivada del tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable

de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo (por todas, SSTC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8 ó 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 7).

Más en concreto, y por lo que se refiere a los presupuestos legales para acceder a la prestación de viudedad, el Pleno de este Tribunal ha reiterado en una serie de resoluciones (SSTC 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991 y 38/1991, de 14 de febrero ó 77/1991, de 11 de abril), que tienen su origen en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, las razones para concluir que no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia. A esos efectos se argumentó que el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales, habida cuenta de que el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado en el régimen contributivo a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica por parte del cónyuge superviviente, ni a que éste estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido (FFJJ 3 y 4). En cualquier caso, el Pleno de este Tribunal también ha hecho especial incidencia en que la extensión de la prestación de viudedad a otras uniones diferentes por parte del legislador tampoco resultaba vedada por el artículo 14 ni encontraría obstáculos en los artículos 32 y

39 CE, ya que la opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible, por lo que es legítimo propugnar que la actual pensión de viudedad se extienda por el legislador a otras uniones, según este Tribunal ha venido señalando (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991 y 38/1991, de 14 de febrero y 77/1991, de 11 de abril, FJ 3, en todas ellas).

En atención a esta jurisprudencia, partiendo de la base, por un lado, de que no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia, y, por otro, de que la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio, no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado dicha prestación a la recurrente por no constar vínculo matrimonial con el causante en cualquiera de las formas reconocidas legalmente. En efecto, en primer lugar, debe descartarse la concurrencia de un supuesto trato discriminatorio por motivos sociales, ya que, por las razones antes resumidas y ampliamente expuestas en la citada STC 184/1990 y en las restantes resoluciones que a ella se remiten, ninguna vulneración del artículo 14 CE desde esta concreta perspectiva se deriva de la limitación de dicha prestación a la concurrencia de vínculo matrimonial.

Del mismo modo, tampoco se puede apreciar la existencia de un trato discriminatorio directo o indirecto por motivos raciales o étnicos, derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbre gitanos con el vínculo matrimonial a los efectos de dicha prestación y de que se les haya aplicado el mismo tratamiento jurídico que a las uniones *more uxorio*. En primer lugar, la pretensión de la recurrente de que, a pesar de reconocer que no concurre en las uniones celebradas conforme a los usos y ritos gitanos la existencia de un vínculo matrimonial reconocido legalmente, resulta discriminatorio que se les dé el mismo trato que a las uniones *more uxorio*, por existir diferencias relevantes con ellas como es la tradición y la base étnica, supone una invocación del artículo 14 CE basada en lo que se ha denominado «discriminación por indiferenciación». Al respecto este Tribunal ya ha reiterado que resulta ajeno al núcleo de protección del artículo 14 CE la «discriminación por indiferenciación», al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no

existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2). Cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del artículo 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En este sentido pudieran tomarse en consideración las peculiaridades y el carácter de minoría étnica de la comunidad gitana, en línea con los principios del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965 (BOE de 17 de mayo de 1969), y con las previsiones de su artículo 1.4. Ahora bien, en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del artículo 14 CE.

En segundo lugar, la exigencia legal de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad y la interpretación efectuada por la resolución judicial impugnada de que sólo cabe apreciar dicho presupuesto en relación con las formas legalmente reconocidas de acceder al matrimonio y no respecto de otras formas de convivencia, incluyendo las uniones conforme a los usos y costumbre gitanos, en ningún caso supone tomar como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas sino, como ha señalado en Ministerio Fiscal, una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, las cuales ni en su forma civil ni en las formas confesionales reconocidas legalmente están condicionadas a la pertenencia a una raza, con exclusión de las demás, ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras, por lo que tampoco concurre en ellas una forma encubierta de discriminación de la etnia gitana.

Tampoco puede asumirse la argumentación desarrollada en la demanda de amparo en relación con la diversa normativa internacional relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato independientemente de su origen racial o étnico y, singularmente, la relacionada con la etnia gitana, ya que, ha de insistirse en ello, el Ordenamiento jurídico no sólo garantiza una forma de acceso civil al vínculo matrimonial con una escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial sino que, incluso en los casos en que se ha optado por dotar de efectos civiles a las formas de celebración confesional de uniones matrimoniales, tampoco es

posible apreciar connotaciones de exclusión étnica alguna, tampoco de la gitana.

Por último, además, también debe desestimarse que el reconocimiento de efectos civiles al vínculo matrimonial contraído conforme a los ritos de determinadas confesiones religiosas, pero no a los celebrados de acuerdo con los usos y costumbre gitanos, y la negativa del órgano judicial a hacer una aplicación analógica de los mismos, implique, directa o indirectamente, la aducida discriminación étnica. Siendo evidente que las formas confesionales reconocidas legalmente de celebración del matrimonio tienen como fundamento exclusivo consideraciones religiosas, ello impide conceptualmente establecer un término válido de comparación con las uniones que, como la alegada por la recurrente, tienen su fundamento en consideraciones étnicas. Al margen de ello, además, no puede apreciarse tampoco una forma indirecta de discriminación de la etnia gitana a partir de la concurrencia de una concreta confesión religiosa identificada como mayoritaria o culturalmente predominante en dicha etnia, cuya forma de celebración matrimonial no cuente con reconocimiento legal.

En resumen, tomando como presupuesto, en primer lugar, que el Ordenamiento jurídico establece con alcance general una forma civil de acceso al vínculo matrimonial que es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica, y, en segundo lugar, que cuando el legislador ha decidido otorgar efectos legales a otras formas de acceder al vínculo matrimonial, lo ha hecho sobre la exclusiva base de consideraciones religiosas y alejado también, por tanto, de cualquier connotación étnica, no cabe apreciar el trato discriminatorio por razones étnicas alegado.

Por tanto, sin perjuicio de que el legislador pudiera, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles matrimoniales, verificado que no ha existido un trato discriminatorio ni por motivos sociales ni por razones étnicas o raciales, el presente recurso de amparo debe ser denegado.

CUESTIONES PROCESALES

Desestimación del recurso de revisión de sentencia de divorcio al no haberse acreditado maquinación fraudulenta alguna, dado que el emplazamiento se realizó en el domicilio de la hermana de la solicitante y la notificación de la sentencia en la persona de la hija mayor de la misma. Por otro lado, la circunstancia de que continuase la convivencia en determinados períodos tras el divorcio, con promesa incluso de volver a casarse, no implica el desconocimiento real del divorcio producido con todas las consecuencias.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Raquel interpuso demanda de revisión contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Torrejón de Ardoz de fecha 19 de noviembre de 2001, en procedimiento de divorcio solicitado por don Juan Ramón.
- ⦿ La sentencia adquirió firmeza al no formularse recurso de apelación.
- ⦿ Por auto de 25 de octubre de 2005 se admitió a trámite la demanda interpuesta por la Procuradora doña Susana Hernández del Muro, en la representación referida, con reclamación de todas las actuaciones del pleito cuya sentencia se impugna y emplazamiento a cuantos en él hubiesen litigado.
- ⦿ Don Juan Ramón, mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Supremo el día 7 de marzo de 2006, se personó en el procedimiento y formuló escrito de contestación en el que, tras la exposición de los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación suplicó la desestimación de la demanda con expresa imposición de las costas a la parte actora.
- ⦿ Citadas las partes a juicio verbal el día 6 de julio de 2006, con comparecencia de las representaciones y defensas de las mismas y del Ministerio Fiscal, y con reproducción de la documentación aportada con los anteriores escritos, aportación por la parte demandada de documento adverado de modificación de medidas acordadas en el convenio regulador aprobado por sentencia firme en autos de separación núm. 85/93 en el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Torrejón de Ardoz y certificaciones de los Registros de la Propiedad de Salamanca núm. 1 y de Ciudad Rodrigo referidas a finca NÚM000 de Salamanca y a finca inscrita al folio NÚM001 del libro NÚM002 de Seradilla del Llano; y practica de prueba a instancia de la demandante, consistente en interrogatorio del demandado y declaraciones testificales de doña Carla, don César y doña Maite. Informando las defensas de las partes en apoyo de sus respectivas pretensiones e interesando el Ministerio Fiscal la desestimación de la revisión interesada.
- ⦿ El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de revisión, hoy demanda de revisión, por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que lo integran haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada, ni pretender una nueva instancia, con un nuevo análisis. Ha de interponerse en el plazo de tres meses desde que se descubrieron los documentos, o el fraude, o la declaración de falsedad y no hayan transcurrido cinco años desde que se publicó la sentencia, y dicho plazo de tres meses es de caducidad, rigiéndose su cómputo por el artículo 5 del Código Civil y la maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismos, evidencian que la sentencia ha sido ganada por medio de ardidés o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial, pudiendo comprender bajo el término «maquinaciones fraudulentas» todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio, con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda (Sentencias de 3 de mayo, 6 de junio y 25 de septiembre de 1968, 23 de febrero de 1976, 30 de mayo de 1980, 15 de abril de 1981, 1 de febrero de 1982, 18 de enero, 23 de noviembre y 2 de diciembre de 1983, 30 de enero, 22 de marzo y 14 de julio de 1984, 3 de marzo, 7 de abril y 19 de mayo de 1987, 14 de julio, 3 de noviembre y 21 de diciembre de 1988, 16 de marzo, 5 de abril y 12 de julio de 1989, 24 de diciembre de 1990, 7 de mayo de 1991 y 25 de mayo y 8 de junio de 1992).

En el presente procedimiento la pretensión de la demandante se dirige a la rescisión de una sentencia firme de divorcio, que de estimarse, llevaría consigo la anulación de las medidas referidas a régimen de visitas de la hija menor de edad del matrimonio disuelto y al régimen de pensión alimenticia a favor de la hija menor y de pensión alimenticia a favor de la esposa, hoy demandante; sin que en tal supuesto ni el Ministerio Fiscal ni la demandante haya ejercitado la acción prevista en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre modificación de las medidas definitivas.

El fundamento de la revisión planteada ha sido referido al artículo 510.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil («habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta»).

La primera circunstancia con la que se pretende haber producido tal motivo de revisión consiste en la alegación de que la esposa, hoy demandante, no tuvo conocimiento de la interposición de la demanda de divorcio formulada por el hoy demandado. Y teniendo en cuenta lo expuesto a tal efecto en el anterior fundamento de derecho, tal circunstancia no puede estimarse acreditada y por tanto no puede ser constitutiva del motivo alegado, que, en su caso, permitiría la revisión solicitada. Y es así porque durante este procedimiento no se ha demostrado que no se hayan producido estas dos diligencias fundamentales. El emplazamiento se practicó en el domicilio de la esposa demandada de divorcio con entrega de la cédula a su hermana doña Diana con fecha 25 de julio de 2001 y la sentencia de divorcio se notificó también en su domicilio de Salamanca a la hija mayor del matrimonio con fecha 21 de marzo de 2002; sin que se haya intentado demostración alguna sobre que la hermana y la hija de la demandada de divorcio ocultaran la cédula de emplazamiento y la sentencia a la interesada.

La segunda circunstancia con la que se pretende haber producido la maquinación fraudulenta determinante de la revisión se articula en base a la alegación, contradictoria con la anterior, de que existía convivencia entre los divorciados y que a la esposa por sus circunstancias personales se le había convencido de que el divorcio era irrelevante pues continuaría la convivencia y se había producido reconciliación, incluso con promesa de volver a casarse.

La maquinación fraudulenta exige una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo a medio de ardidés, argucias o artificios encaminados a impedir la defensa del adversario, de suerte que existe nexo causal entre el proceso malicioso y la relación final y precisa prueba cumplida de los hechos.

Esta prueba cumplida no ha tenido lugar en este procedimiento. No puede admitirse el desconocimiento real del divorcio producido con todas las consecuencias, por las circunstancias siguientes: convivencia conjunta de toda la familia en períodos cortos en Miami para convivencia de las hijas con su padre allí destinado; traslado del domicilio de

la demandada en divorcio a Salamanca; recepción por ésta de las pensiones señaladas en la sentencia de divorcio; otorgamiento de escritura de compraventa a su favor de fecha 16 de agosto de 2003, consignando su condición de divorciada, inscrita en el Registro de la Propiedad de Ciudad Rodrigo; denuncias sobre dificultades surgidas para el cumplimiento del régimen de visitas de la hija menor de edad en Salamanca.

Por otra parte, no puede dejarse de subrayar que la demanda de revisión está presentada transcurrido el plazo de tres meses desde el día en que, de haber tenido lugar, se descubriera el cohecho, la violencia o el fraude.

El artículo 512.2 requiere la fijación por el recurrente, de manera inexcusable, del elemento temporal *dies a quo* para iniciar el cómputo del referido plazo de tres meses.

Tal fijación en la presente demanda se refiere al día 4 de mayo de 2005, por ser, según la actual demandante, la primera fecha en que recoge

personalmente un documento relacionado con el procedimiento de divorcio contencioso y consistente en notificación mediante exhorto librado por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Torrejón de Ardoz al punto de encuentro de Salamanca «aprome» a fin de que se produjera allí la entrega y recogida de la menor.

Las circunstancias expuestas en los anteriores fundamentos de derecho descartan toda posibilidad de estimar esta última fecha como la procedente en cuanto *dies a quo* para el inicio del plazo de caducidad previsto en el precepto legal citado. Es cierto que de ser así la demanda se había presentado sin alcanzar la caducidad. Pero ello no es así, especialmente, si se tiene en cuenta la citada fecha de otorgamiento de escritura de compraventa otorgada en Salamanca, ya citada, ante el Notario don Manuel Álvarez García, el 16 de agosto de 2003, en la que consigna la compradora, demandada de divorcio, su condición de divorciada.

MENORES

Condena por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen al insertar la fotografía de un menor encabezando un artículo sobre discapacidad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 2006

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Fátima y don Augusto, en representación de su hijo menor de edad Hugo, interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra La Opinión de Murcia, SA solicitando se dictase sentencia por la que se declare que la demandada ha cometido una vulneración ilegítima del derecho a la propia imagen del menor Hugo, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a reparar el daño causado y a indemnizar al menor, en la persona de sus padres a la cantidad de un millón de pesetas, más los intereses legales desde el acto de conciliación y a las costas del presente procedimiento.
- ⊙ La Opinión de Murcia, SA, 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 desestime la pretensión de la parte actora con expresa imposición de costas a la misma.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Murcia dictó Sentencia el 24 de junio de 1999 estimando parcialmente la demanda y condenando a la demandada a que abone a la parte actora la cantidad de quinientas mil pesetas más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de esta demanda y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

- ⊙ En grado de apelación la Sec. 4.^a de la AP de Murcia dictó Sentencia el 15 de abril de 2000 desestimando el recurso interpuesto por la Opinión de Murcia, SA.
- ⊙ La Opinión de Murcia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se ha considerado, desde siempre, que la persona, como ser humano, es el centro del Derecho y los derechos de la personalidad se refieren a los aspectos o manifestaciones inherentes a la misma y especialmente trascendentes, tanto físicos, como la vida e integridad física, como morales, como el honor, intimidad e imagen. Los cuales –estos últimos– están protegidos constitucionalmente por el artículo 18 de la Constitución. Cuyo desarrollo se llevó a cabo por Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. No constituyen un solo derecho con varios aspectos (*ius in se ipsum*), derecho tricéfalo, sino tres derechos diferenciados (así, entre otras, Sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 1997).

La imagen es la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible y el derecho a la imagen es un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública (Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2002, de 22 de abril, que citan otras muchas anteriores). Cuyo derecho tiene un aspecto negativo, como facultad de exclusión y un aspecto positivo, como facultad de aprovechamiento; es, por tanto, una facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad (en palabras de la Sentencia de 19 de octubre de 1992 que cita otras anteriores). Su tipificación legal se halla en el artículo 7.5 de la citada ley: la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.

El derecho a la propia imagen está protegido –como se ha dicho– constitucionalmente, pero la imagen del menor tiene una consideración legal especialmente protectora. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor,

dedica el artículo 4 a resaltar que los menores tienen derecho al honor, intimidad e imagen y destaca que se considera intromisión ilegítima cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contrario a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales; no digamos, si no media tal consentimiento.

La utilización ilegítima de la imagen de un menor es una cuestión que ha producido una doctrina jurisprudencial uniforme y reiterada. La Sentencia de 19 de octubre de 1992, antes citada, contempla el caso del reportaje en un periódico sobre una experiencia docente en el que se incluye la fotografía de un menor en el momento de recibir un tratamiento de diálisis, obtenida y publicada sin consentimiento de sus representantes legales y dice textualmente: «la fotografía publicada no guarda ninguna relación con el contenido de la información escrita, por lo que si bien puede afirmarse que la reproducción de esa fotografía resultaba innecesaria al fin pretendido con la información publicada, no puede decirse, habida cuenta del espacio que tal fotografía ocupa así como que la imagen del niño es la única que aparece en ella, que la misma tenga un carácter accesorio, accesoriedad que en la Ley hace referencia a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico».

La de 7 de octubre de 1996 es un caso parecido; una campaña informativa promovida por el Ayuntamiento sobre el respeto a los mayores, incluía una fotografía suministrada por una agencia, obtenida y publicada sin consentimiento alguno y dice: «El derecho a la imagen trata de impedir que sea reproducida o dada a conocer públicamente; el sentido que la persona tiene de su propia individualidad impone la exigencia de reserva o de que sea ella misma quien deba consentir la reproducción de su imagen, más todavía cuando los progresos técnicos actuales facilitan notablemente esa reproducción. Este derecho de la personalidad sólo puede limitarse por el propio titular, consintiendo la divulgación de su propia imagen, o por la ley, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo

público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público (artículo 8.2 a Ley 1/1982). Evidentemente, ninguno de los supuestos concurren en este caso, porque ni medió consentimiento del niño o su representante cuya imagen por fotografía se difunde y publica, ni de los cónyuges, que igualmente son fotografiados y, sin su consentimiento, su imagen es publicada.»

La de 18 de octubre de 2004 también se refiere a un caso semejante: se celebró una fiesta de Reyes en el departamento de oncología de un Hospital, con asistencia de personajes famosos, con la condición de que no estuvieran presentes medios de comunicación; pese a lo cual se publicaron fotografías en una de las cuales aparecía una menor y dice: «la reproducción por la fotografía de la imagen de una persona en su vida privada o fuera de ella, no constituye intromisión ilegítima cuando la publicación se refiere a personas que ejerzan una profesión de notoriedad o proyección pública, y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, cuando la imagen de una persona aparezca como accesorio. Empero, nada de esto ocurre en el supuesto de autos, debiendo tener en cuenta, además, que las imágenes de las menores, están especialmente protegidas en nuestro ordenamiento jurídico».

Todas las anteriores sentencias desestimaron el recurso de casación que se había interpuesto contra las sentencias de instancia que habían estimado la demanda y condenado al medio de comunicación social demandado. Por el contrario, es de notar también la Sentencia de 26 de marzo de 2003 que desestimó la demanda al entender que no se había atentado al derecho a la imagen (y a la intimidad) de un menor que había aparecido en un programa de televisión con la presencia e intervención y, por tanto, consentimiento de su madre, representante legal y de él mismo, que tenía 12 años y se apreciaban condiciones de madurez suficientes para la entrevista que aceptó.

Todo ello conlleva, necesariamente, a la desestimación del recurso de casación que se ha formulado contra la Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 4.ª, de Murcia, de 15 de abril de 2000 que confirma la del Juzgado de 1.ª Instancia de la misma ciudad, de 24 de junio de 1999, que condena al medio de comunicación social LA OPINIÓN DE MURCIA, SA a indemnizar por razón de la publicación en el periódico LA OPINIÓN de la fotografía de la niña menor de edad, sin consentimiento de sus padres, representantes legales, que ejercitaron la acción por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la misma.

Dicha fotografía es de la menor, en primer plano, sentada junto a otro niño con una profesora

que aparece de espaldas, encabezando un artículo titulado, en grandes letras «DISCAPACITADOS»; la fotografía, de gran tamaño ocupa prácticamente la mitad de la hoja del periódico; había sido obtenida del Centro de APANDA (Asociación de padres de niños con deficiencias auditivas).

El recurso de casación contiene un solo motivo, formulado al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 7 de la citada Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo y del artículo 20.1 de la Constitución Española. Aquel artículo tiene siete apartados y éste tiene cuatro: no se expresa cuál de ellos ha sido infringido, lo cual llevaría directamente al rechazo del motivo y, por ende, del recurso al no cumplirse la concreción que exige el artículo 1707 de aquella ley procesal, ya que la inadmisibilidad (artículo 1710.1.2.º) implica desestimación en este momento procesal.

Aparte de ello, es clara la intromisión ilegítima, como la llama el texto de dicha ley orgánica, o por mejor decir, atentado del derecho a la imagen de la menor. Este derecho, en su aspecto negativo o facultad de exclusión, ha sido quebrantado por cuanto ha sido publicada su fotografía, sin que medie ninguna causa que excluya la protección que le brinda la Constitución y la ley que la desarrolla: esencialmente, ni consentimiento (artículo 2.2 de tal ley, en relación con el artículo 3 que se refiere al de los menores) ni exclusión legal (artículo 8.2 que comprende la accesoriedad).

El motivo único del recurso de casación, en su desarrollo, alega tres razones para oponerse a la calificación de intromisión ilegítima y subsiguiente condena a indemnizar. La primera, que el reportaje periodístico obedece a una clara intención divulgativa y social, con la finalidad de ilustrar gráficamente el contenido del artículo sobre la discapacidad; la segunda, que la imagen de la menor aparece como meramente accesorio; la tercera, que se infringe la doctrina desarrollada al respecto del concepto de información veraz, amparada y protegida constitucionalmente.

Ninguna de las tres razones puede ser aceptada. La primera, porque la finalidad e intención del reportaje en nada afecta a la ilegalidad de la publicación de la fotografía; es intrascendente la intención del autor o la función que persigue el reportaje: el hecho que se enjuicia es la publicación in consentida de la foto del menor, sin que le alcance la corrección y el interés social del reportaje al que ilustra. La segunda, porque la foto de la menor no es accesorio, como tampoco lo eran las de los menores a los que se refieren las Sentencias de 19 de octubre de 1992, 7 de octubre de 1996 y 18 de octubre de 2003 que han sido citadas antes; no es accesorio, en primer lugar, la fotografía ocupa

media página y resalta más que el propio artículo de texto escrito; en segundo lugar, el rostro de la menor es el centro de la foto teniendo a su lado un niño y a la profesora de espaldas; en tercer lugar, tratándose de la representación gráfica de la figura de un menor, es mucho más restringida la consideración de la accesoriedad, por la especial protección que le brinda la mencionada ley de protección del menor. La tercera, porque la veracidad se predica de la libertad de información que impide que se aprecie atentado al honor si lo dicho es verdad (no habría honor que proteger), pero no afecta al derecho a la intimidad (así lo dijo el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de julio de 1988, que confirmó y ratificó la del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1992), ni al derecho a la imagen, cuya veracidad es immanente salvo que se manipule la representación gráfica. En el recurso se hace mención del interés históri-

co, científico o cultural, pero no se desarrolla ya que, ciertamente, no tiene sentido en el presente caso, respecto a la fotografía. Y también se menciona la evidente finalidad comercial del periódico, lo que carece de toda trascendencia, pese a que se hace alusión a ello de forma accidental y como argumento a mayor abundamiento, en la sentencia de primera instancia.

Como consecuencia de todo lo expuesto, se aprecia la aplicación correcta del artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo y del artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que protegen el derecho a la propia imagen de toda persona en general y del menor en particular. Se desestima así el recurso de casación y se imponen las costas del mismo a la parte recurrente, así como la pérdida del depósito, conforme dispone el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Nulidad de las cesiones efectuadas en el convenio regulador de la separación por el esposo en favor de la esposa en concepto de pensión compensatoria al haberse realizado en fraude de acreedores.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ El Banco Central Hispanoamericano SA interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra don Antonio y doña Eugenia solicitando que se dictase sentencia declarando la nulidad de las transmisiones que dejó señaladas en los hechos precedentes y ello por causa de simulación y finalidad ilícita en perjuicio de mi representado, subsidiariamente de lo anterior, para el improbable supuesto de no admitirse la nulidad, se declare la rescisión de los citados contratos transmisivos por haber sido celebrados en fraude de mi mandante, acreedor del transmitente; y, en cualquiera de ambos supuestos, como consecuencia de la nulidad o de la rescisión, ordene la cancelación, en el Registro de la Propiedad núm. 1 de Sabadell y núm. 1 de Tarragona, de la inscripción producida por la escritura notarial respecto de los inmuebles reseñados, librando, en ejecución de sentencia, los correspondientes mandamientos; todo ello con expresa imposición de costas a los demandados.
- ⊙ Don Antonio y doña Eugenia contestaron a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaron aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia «por la que se absuelva a mis representados de las pretensiones contenidas en la demanda promovida en su contra por el Banco Central Hispanoamericanos, SA, todo ello con imposición de las costas al demandante dada su manifiesta temeridad y mala fe».
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Sabadell dictó Sentencia el 12 de mayo de 1998 desestimando la demanda.

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 16.^a de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 25 de junio de 1999 estimando el recurso interpuesto por la actora y estimando en su integridad la demanda declaró la nulidad de las cesiones verificadas a favor de doña Eugenia por parte de don Antonio mediante escritura pública otorgada en fecha 15 de enero de 1993, ordenando la cancelación de las inscripciones registrales.
- ⊙ Don Antonio y doña Eugenia interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El ámbito de la controversia, tal y como se plantea en el recurso de casación, se circunscribe a determinar si las desposiciones patrimoniales realizadas por el marido a favor de su esposa mediante un convenio de separación, aprobado judicialmente, en pago de la pensión compensatoria, deben declararse nulas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1276 CC, bien por inexistencia de causa, bien por tener causa ilícita, al responder al único propósito de defraudar los derechos de los acreedores.

La Sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 8 de Sabadell de 12 de mayo de 1998, dictada en los autos de juicio de menor cuantía núm. 107 de 1995, desestimó la demanda; en cuanto a la simulación y la causa ilícita por falta de prueba, y en lo que atañe a la rescisión por fraude de acreedores—acción pauliana— por no haberse demostrado el requisito de carecer la entidad acreedora de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. Sin embargo, la Sentencia de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la resolución del Juzgado, y acordó declarar la nulidad de las cesiones verificadas a favor de doña Eugenia por parte de don Antonio mediante escritura pública otorgada en fecha 15 de enero de 1993, en relación con las fincas que reseña, ordenando la cancelación de las correspondientes inscripciones registrales.

En el primer motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 1214 del Código Civil. El motivo se desestima por las razones siguientes:

En primer lugar porque la resolución recurrida en casación es la de la Audiencia, y no la del Juzgado, por lo que resulta indiferente lo que la resolución de primera instancia manifieste respecto de la prueba de los hechos en contradicción con las apreciaciones fácticas de la Sentencia de apelación.

En segundo lugar porque no se infringe el artículo 1214 CC si se han declarado probados

los hechos, ya sea por valoración de un medio de prueba, por apreciación conjunta de las pruebas, o por presunciones, tanto más si se tiene en cuenta que estas últimas constituyen un mecanismo para la fijación de la realidad de los hechos especialmente idóneo cuando se trata de apreciar la existencia de simulación contractual.

En tercer lugar porque la carga de la prueba de la insolvencia del deudor no se puede hacer recaer sobre el acreedor, pues éste no tiene por qué conocer cuáles son los bienes de aquél y no cabe exigirle una labor de investigación o indagación más allá de lo que es fácilmente detectable por los signos externos o consulta de un registro. Por el contrario, el deudor fácilmente puede desvirtuar la afirmación de insolvencia mediante la indicación de bienes de su propiedad susceptibles de realización, por lo que a él incumbe la carga de la prueba en la materia como tiene reiterado este Tribunal. La postura de la parte recurrente al respecto debe calificarse, con mucha benevolencia, de candorosa, pues, luego de afirmar que «ninguna de las partes ha acreditado la situación económica del Sr. Puig en orden a su insolvencia una vez producida la transmisión patrimonial a favor de su esposa, y que la Audiencia Provincial de Barcelona hace recaer las consecuencias de esta falta de prueba sobre los demandados, y no en la actora», inexplicablemente añade «Ciertamente el demandado podía haber aportado datos de saldos bancarios o datos registrales de otras fincas de su propiedad, o como hizo (al aportar el convenio regulador) datos de acciones de sociedades mercantiles de las que es partícipe; ahora bien, es obvio que dicha actitud hubiera comportado la inmediata traba por parte del Banco actor (en sede del procedimiento ejecutivo en su momento pendiente)», alegación que habla por sí misma y excusa de cualquier comentario.

En el motivo segundo se alega infracción de los artículos 1253 y 1249 del Código Civil.

El motivo se desestima por las razones siguientes.

En primer lugar, no cabe alegar conjuntamente en casación la infracción de los artículos 1249 y 1253 del Código Civil (actualmente sustituidos por el artículo 386 de la LEC 2000), cuya incompatibilidad deriva de que el primero hace referencia a una cuestión de hecho y el segundo a una cuestión de derecho.

En segundo lugar, la alegación de infracción del artículo 1249 CC sólo es posible en casación si se aduce error en la valoración probatoria con mención del precepto que contiene la norma legal valorativa de prueba que se estima conculcada; lo que obviamente no se ha cumplido en el caso.

En tercer lugar, únicamente cabe apreciar infracción del artículo 1253 CC en casación cuando la inferencia entre la afirmación básica y la conclusión extraída es contraria a las más elementales reglas de la lógica; y en el caso ocurre, que, si desde la perspectiva de una respuesta negativa, que por lo demás sería hartamente suficiente, no se aprecia tal contradicción de las normas del buen sentido o del raciocinio humano, lo que no exige que las deducciones sean inequívocas, desde la perspectiva de una respuesta casacional positiva, siempre posible en el propósito de agotar la efectividad de la tutela judicial, debe decirse que este tribunal comparte plenamente las apreciaciones de la resolución recurrida porque no resulta explicable la transmisión de todo un patrimonio para pagar una pensión compensatoria, con la consiguiente colocación en situación de insolvencia, cuando la fijación de dicha pensión tiene lugar mediante convenio entre los cónyuges (la resolución judicial opera como aprobación y no como fijación) y no existe ninguna circunstancia que explique tal desarmonía económica;

y si lo que ocurrió fue que el demandado se reservó bienes, sean o no proporcionales al alto nivel económico que parece había en el matrimonio, —lo que se añade a los efectos meramente dialécticos—, su deber era indicarlos, y no ocultarlos al legítimo acreedor.

En el motivo tercero se alega infracción del artículo 1215 del Código Civil. El motivo se desestima por las razones siguientes.

En primer lugar porque el artículo 1215 CC es un precepto genérico, y además meramente enumerativo de los medios de prueba, que resulta absolutamente inidóneo para fundamentar un motivo de casación.

En segundo lugar, lo que se denuncia en el motivo es una falta de valoración de las pruebas testifical y documental. La improcedencia del planteamiento resulta tanto del vicio formal de no indicar el precepto legal que se estima infringido, como de la falta de consistencia sustancial del planteamiento efectuado para desvirtuar la acertada apreciación de la instancia.

En tercer lugar, tampoco se comparte la argumentación del motivo en relación con la alusión que hace a la prueba de presunciones *hominis* o «judiciales», pues reiteradísima doctrina jurisprudencial resalta su relevancia para acreditar la simulación contractual, precisamente, como ocurre en el caso, por el interés de los intervinientes en el negocio de no dejar huellas que permitan descubrir el propósito de ocultar el patrimonio a la legítima realización por los acreedores.

DIVISIÓN DE COSA COMÚN

Una finca con una casa es un todo (no se trata de dos cosas inmuebles) y por tanto es indivisible, procediendo la división de la cosa común mediante la adjudicación a un copropietario compensando al otro (subasta entre los comuneros) y, en último término, subasta con licitadores extraños.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2006

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Gema interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña Mariana alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se declare la división de la cosa común, es decir,

de la porción de terreno y de la construcción, adjudicando a la actora la tercera parte del terreno (747,97 metros cuadrados según esta parte) y la tercera parte del valor económico de la construcción ubicada en el resto de la finca, adjudicando el valor de ésta en metros cuadrado de terreno (hasta alcanzar los 979,67 metros cuadrados) y entregando el resto en efectivo metálico (997.894 pesetas). Subsidiariamente para el caso de que su señoría considerara que no debe compensarse parte del valor de la cuota sobre la casa en terreno, se divida adjudicando a mi representada su tercera parte de terreno (747,97 metros cuadrados) más un tercio del valor de reposición de la construcción (que asciende a 10.126.104 pesetas) es decir, la cantidad de 3.375.368 pesetas. En cualquier caso, lo que se solicita es que se divida «la cosa común» entregando a mi representada un tercio del terreno y un tercio del valor de la construcción existente en parte de dicha finca. Adjudicando a doña Gema la mitad norte de la misma, la cual quedará identificada con los siguientes linderos: norte con Rosendo, sur con doña Mariana, este con Ignacio y esposa y oeste con carretera Huesca. Solicitándose asimismo se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 50 del Reglamento Hipotecario, fijándose la superficie total de las dos nuevas fincas en que se divida y la de cada una de ellas, indicando que la división se efectúa a consecuencia de la acción de división de la cosa común. Y subsidiariamente, para el extraño caso, de que a pesar de su naturaleza y destino, se considerase que la cosa es indivisible, o que por cualquier motivo no se considerase procedente adjudicar a la actora un tercio del terreno, se ordene (de conformidad con los artículos 404 y 1062 del Código Civil) su venta en pública subasta con intervención de terceros licitadores. Todo ello con expresa condena en costas de la demandada por su actitud contraria a cualquier solución del asunto.

⦿ Doña Mariana contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que desestimando parcialmente la demanda, se proceda a subastar la finca núm. NÚMoo3 del Registro de la Propiedad núm. uno de Lleida en primer término entre las dos copropietarias, tomando como base de licitación su valor real de 24.122.662 pesetas, y sólo en el supuesto de que no se alcance el remate, se proceda a su pública subasta con admisión de terceros licitadores, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.

⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Lérida dictó Sentencia el 30 de abril de 1999 estimando íntegramente la demanda declarando la división de la cosa común constituida por la finca registral núm. ... adjudicando a la actora la tercera parte del terreno (747,666 m²) y un tercio del valor de la construcción existente en dicha finca (3.737.293 pesetas) y a la demandada, los dos tercios del terreno restantes (1.495,334 m²) más la edificación, debiendo compensar a la expresada actora en el tercio del valor de la construcción bien en metálico o especie, a su elección; quedando identificada la parcela resultante de la actora, en la mitad norte de la finca, con los siguientes linderos: norte con Rosendo, sur con doña Mariana, este con Ignacio y esposa y oeste con carretera de Huesca; con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Lleida dictó Sentencia el 15 de julio de 1999 desestimando el recurso interpuesto por doña Mariana.

⦿ Doña Mariana interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que declaró la indivisibilidad de la finca y acordó la división económica de la finca núm. NÚMoo3 del Registro de la Propiedad núm. 1 de Lleida adjudicándose, mediante subasta entre ellas, a la copropietaria recurrente o a la recurrida, demandante en la instancia, doña Gema compensando a la otra en la proporción que le corresponda (un tercio a la primera, dos tercios a la segunda) y, en su defecto, por subasta con intervención de licitadores extraños.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se ejerce en el presente caso la *actio communi dividundo* procedente del Derecho romano, recogida en el artículo 400, párrafo primero, del Código Civil y desarrollada por la jurisprudencia. La idea que se mantiene desde el principio es que nadie puede ser forzado a mantenerse en situación de copropiedad (*nemo invitus compellitur ad communionem*), que no es sino un estado transitorio mirado con disfavor por el ordenamiento (*communio est mater discordiarum*) (Sentencia de 4 de abril de 1997 y las que en ella se citan).

El problema que se plantea es doble. Si, por una parte, la cosa es divisible y, por otra, la forma de practicarse la división. La apreciación de la divisibilidad o indivisibilidad es un concepto jurídico valorativo, deducible de unos hechos (Sentencias de 7 de marzo de 1985, 13 de julio de 1996 y las que se citan en ellas); cuya indivisibilidad puede ser física e indiscutible, o que de dividirse la cosa resulte inservible para el uso a que se destina (artículo 401 y Sentencia de 10 de noviembre de 1995) o que desmerezca mucho por su división (aplicando el artículo 1062 por remisión del 406), o cuya división acarree gastos excesivos (Sentencias de 22 de julio de 2002 y 3 de febrero de 2005). La indivisibilidad de la cosa no excluye la división, ya que ésta puede ser material, adjudicándose cada parte una porción de la misma o económica mediante la venta y reparto del precio, lo que prevé tanto el artículo 404 como el 1062. Parte demandante y parte demandada en la instancia y esta última recurrente en casación aceptan, como no podía ser menos, la división de la finca y no están conformes en los dos extremos aludidos. La primera mantiene que es divisible; la segunda que es indivisible. Aquélla propone una concreta forma de división que ésta no acepta y propone, conforme a su postura sobre la indivisibilidad, que se venda en pública subasta entre las copropietarias y si no alcanza el remate, con admisión de licitadores extraños. Hay que recordar que el artículo 404 dispone que si la cosa es indivisible y las partes no están conformes en que se adjudique a uno de los copropietarios compensando a los demás, se venderá y repartirá su precio; y el artículo 1062 mantiene lo anterior y añade que basta que uno pida su venta en pública subasta para que así se haga. Es decir, que si la cosa es indivisible, a falta de acuerdo de los interesados, se proceda a la subasta y lo mismo debe predicarse si, siendo divisible, no hay acuerdo en la forma de practicarse la división. Dice la Sentencia de 3 de febrero de 2005: «La doctrina jurisprudencial sobre el concepto de indivisibilidad jurídica es pacífica, habiendo declarado numerosas Sentencias (entre

las que cabe citar las de 7 de marzo de 1985, 13 de julio de 1996 y 12 de marzo de 2004) que la misma puede obedecer, bien a resultar [caso de división] inservible la cosa para el uso a que se destina, bien un anormal desmerecimiento, ora a la originación del gasto considerable a los partícipes». Y añade la misma sentencia: «De ahí que, ante la falta de acuerdo de los interesados, sea ajustada a derecho la decisión judicial por la que se ordena que la división tenga lugar mediante venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, repartiéndose el precio entre los copartícipes en proporción a su haber en la indivisión.»

Para resolver el recurso es preciso partir del hecho que se somete a juicio y plantear la cuestión jurídica que se estima aplicable. Una determinada parcela de una urbanización en la que está edificada una casa que sirve de vivienda, es propiedad en dos tercios de la demandada, recurrente en casación, doña Mariana y en un tercio, de su hermana demandante, doña Gema. Esta última es la que interesa la división material adjudicando a su hermana dos terceras partes del terreno y toda la edificación y a ella misma una tercera parte del terreno y la tercera parte del valor de la edificación. Su hermana, Mariana no acepta la divisibilidad ni esta forma de división.

La cuestión jurídica, tal como la contempla esta Sala, parte de la indivisibilidad de la finca. Aceptando, como corresponde a la función de la casación, la cuestión fáctica que declaran las sentencias de instancia, la divisibilidad o indivisibilidad de una cosa cuya división se exige, es una cuestión jurídica que sí corresponde a la casación. Una finca con una casa es un todo, no son dos cosas inmuebles: el terreno y la casa, el primero divisible por ser un terreno y la segunda indivisible por ser casa destinada a vivienda; el total de ambas cosas no se puede escindir en dos, terreno y casa; es una cosa: terreno con casa y este todo no es divisible. La propuesta de la hermana demandante es lógica, racional y equitativa, como dice la sentencia de primera instancia que acepta la de la Audiencia Provincial. Y también sería factible si lo aceptara la copropietaria, pero no es así.

En consecuencia, débense señalar los extremos que se enlazan:

a) La finca como tal, parcela de terreno con casa es indivisible; por más que el solar sí es susceptible de división, no lo es al estar unido a una vivienda; un terreno, mayor o menor, con una salida o con dos, es cosa indivisible si va unido a una casa-vivienda por sí misma indivisible; es, pues,

indivisible física o materialmente y si se parte queda inservible como tal cosa, consistente en casa con terreno, conforme al artículo 401, párrafo primero, del Código Civil, ante la indivisibilidad de la cosa, conforme al artículo 404 se procede a la adjudicación a una de ellas compensando a la otra copropietaria o, en su defecto, se procede a la venta, no necesariamente en subasta y se reparte el precio en la proporción correspondiente;

b) Es aplicable el artículo 1062 por su remisión del 406, por más que se haya discutido por una doctrina minoritaria, como complemento del 404 en el único sentido de que si no hay acuerdo en aquellas formas de división, que son preferentes, se acude a la subasta con admisión de licitadores extraños.

De todo lo anterior se desprende claramente la admisión del recurso de casación. Las sentencias de instancia han infringido los artículos 404 y 1062 del Código Civil al entender que la cosa –unidad formada por terreno y casa– es divisible y ordenar una forma de división material que, sobre ser anti-jurídica, no es aceptada por la copropietaria.

Por ello, debe estimarse el motivo cuarto del recurso que se refiere a la cuestión jurídica de la división, se basa en el núm. 4.º del artículo 1692 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil y considera infringidos los artículos 404, 1061 y 1062 del Código Civil. Efectivamente, según lo dicho, la finca conforma un conjunto unitario e inseparable, es indivisible y debe adjudicarse a una copropietaria, compensando a la otra, venderse sin subasta y, en último término, venderse en pública subasta. En ningún caso, como hacen las sentencias de instancia, partirse físicamente como pide una copropietaria en contra de la otra.

Al estimarse este motivo relativo al fondo del asunto, no tiene sentido ni interés alguno ocuparse de los demás. La Sala asume la instancia, conforme dispone el artículo 1715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y resuelve lo que proceda, según los términos en que aparece planteado el debate. Según lo expuesto y lo peticionado por las partes, se debe dar lugar a la división, no material sino económica, procediendo en primer lugar a la adjudicación a una de ellas pagando a la otra su parte correspondiente (un tercio una y dos tercios la otra) por medio de subasta entre ellas y, sólo en su defecto, subasta con intervención de licitadores extraños; no procede fijar base de licitación, que no se precisa para la adjudicación o venta, pues se realizará sin fijación de tipo.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Los impuestos, hipoteca y gastos comunitarios no suxtuarios sobre bienes inmuebles no forman parte de las cargas del matrimonio que se ha regido por el régimen de separación de bienes, estimándose por tanto la demanda del esposo contra su esposa en reclamación del 50% de tales gastos que se generaron tanto antes de la separación como después de ésta.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Don José Miguel interpuso juicio de menor cuantía contra doña Virginia solicitando que se dictara sentencia condenándola a abonarle la cantidad de 15.516.672 pesetas, más los intereses legales que se devenguen desde la interposición de la presente demanda y todo ello imponiendo las costas del procedimiento a la demandada. Dicha cantidad se correspondía con la mitad de los pagos efectuados por el actor por diversos conceptos referidos a gastos, impuestos y créditos sobre tres viviendas que ambos habían adquirido en copropiedad durante el matrimonio, en el que regía el régimen de separación de bienes, desde la fecha en que había cesado la situación de convivencia, hecho ocurrido durante le mes de julio de 1994.

⊙ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de doña Virginia contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que «... se dicte sentencia por la que: A) Se desestimen todos los pedimentos de la demanda. B) Se condene expresamente al pago de las costas a la demandante por haber litigado con temeridad reclamando unas deudas improcedentes»; al tiempo que formulaba reconvencción, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: «... se dicte sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: A) Que, en la relación interna entre los deudores, el Sr. José Miguel es el único responsable de los préstamos objeto de la presente reconvencción por haber utilizado dolo al inducir a la firma a la Sra. Virginia. B) Con carácter subsidiario, para el caso que no se aprecie el dolo, que, en la relación interna entre los deudores, el Sr. José Miguel es el único responsable de los préstamos objeto de la presente reconvencción por haber dispuesto exclusivamente de los fondos. C) Que se condene al Sr. José Miguel a abonar a la Sra. Virginia la cantidad de 8.606.333 pesetas con los intereses legales desde el momento de la interposición de la demanda por los siguientes conceptos: a) 4.000.000 de pesetas, con las que contribuyó a la cancelación de la póliza de préstamo solicitada el 13 de junio de 1994. b) 213.000 pesetas por los gastos de comunidad más las costas a las que resultó condenada en la sentencia. c) 4.393.333 pesetas por la parte que le correspondía en los saldos de las cuentas que se apropió el Sr. José Miguel. D) Que se condene al pago de las costas procesales de esta demanda reconvenccional al reconvenido, si se opusiere.»

⊙ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 50 de Barcelona dictó Sentencia el 21 de mayo de 1998 estimando parcialmente la demanda y condenando a la demandada a abonar al actor 1.818.837'50 pesetas de principal, absolviendo a la demandada del resto de pedimentos de condena del suplico actor; igualmente estimó parcialmente la reconvencción y condenó al actor a abonar a doña Virginia la cantidad de 106.500 pesetas de principal más la mitad de las costas demostradas en que hubiese incurrido la reconviniente a consecuencia del proceso núm. 1134/95 del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 7 de Barcelona antes referido por obligación real de ambos condóminos litigantes, absolviendo al reconvenido del resto de pronunciamientos de condena contenidos en el suplico de la demanda reconvenccional.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 17.^a de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 17 de julio de 1999 estimando parcialmente los recursos interpuestos por don José Miguel y doña Virginia, y con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado y con parcial estimación de la demanda y reconvencción se procederá, en ejecución de sentencia, a la liquidación de los respectivos débitos en el sentido y conforme a las bases desarrolladas en el del fundamento segundo, epígrafe 2.^o, de la sentencia. En concreto estimó que en la liquidación habrían de incluirse, para su satisfacción por mitad, solamente las cantidades que se deriven de impuestos, pago de hipoteca y gastos comunitarios no suntuarios sobre los inmuebles de que se trata y además, respecto de uno de ellos (casa de Tamariu) los consumos ordinarios de teléfono, gas y luz siempre que se acredite que ambos disfrutaban de la citada vivienda. Por último, en cuanto a los derivados del inmueble de la calle Benítez habrán de incluirse los gastos que haya satisfecho la demandada con las precisiones que la misma sentencia establece. Respecto de otras deudas, objeto de recíprocas reclamaciones entre las partes, estimó la Audiencia que había mediado un pacto de liquidación implícito por lo que no habían de ser consideradas ahora.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial señala en su fundamento jurídico segundo que el régimen jurídico de los bienes comunes pertenecientes a los cónyuges sujetos a régimen económico matrimonial de separación de bienes habrá de ser el general de la comunidad de bienes previsto en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, por lo que no resultan de aplicación las normas relativas a la sociedad de gananciales ni el artículo 95 del Código Civil, que no incide directamente sobre la liquidación de la separación de bienes, tratándose de bienes en común y pro indiviso cuyos gastos de conservación y mantenimiento han de ser sufragados por ambos partícipes en proporción a sus respectivas cuotas, con independencia de la sentencia de separación que en nada se proyecta sobre dicho patrimonio comunitario de ambos esposos. En consecuencia, resuelve que los gastos correspondientes a los bienes en común han de ser satisfechos en proporción a las respectivas cuotas conforme se establece en los artículos 393 y 395 del Código Civil, sin consideración a la fecha de disolución del régimen económico-matrimonial que, como se ha dicho, era el de separación de bienes.

Mediante el presente recurso de casación interesa la recurrente que se revoque y case la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona y, en concreto, que se modifiquen los criterios de liquidación establecidos en su fundamento de derecho segundo en lo referente a los gastos, impuestos y cargas sobre las viviendas familiares, en el sentido de reponer los apreciados por la sentencia de primera instancia, que distinguía según que los devengos se hubieran producido antes de la sentencia firme de separación matrimonial (constante el régimen matrimonial de separación de bienes), en cuyo caso, dada la extraordinaria desproporción de ingresos a favor del marido, debían correr a cargo de éste y no procedería la reclamación, y los devengos producidos después de tal sentencia de separación matrimonial, que los cónyuges deberían satisfacer por mitad como comuneros ordinarios, teniendo en cuenta como fecha de la sentencia firme la de 1 de abril de 1997.

El primer motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 95 del Código Civil en cuanto establece que «la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico-matrimonial», mientras que el segundo motivo denuncia la infracción por inaplicación del artículo 1438 del

Código Civil, referido al deber de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio según lo convenido o, en su defecto, proporcionalmente a los recursos económicos de cada uno, habiéndose aplicado indebidamente, según la parte recurrente, los artículos 393 y 395 del mismo código que regulan la comunidad ordinaria de bienes. Ambos motivos aparecen íntimamente relacionados y reclaman una consideración conjunta en tanto que la propia parte impugnante centra su argumentación en la afirmación, que reitera, de que hasta la firmeza de la sentencia de separación se debía estimar subsistente el régimen económico matrimonial de separación de bienes al que se refiere el artículo 1438 del Código Civil, según el cual cada uno de los cónyuges debe contribuir a las cargas del matrimonio según lo convenido y, en su defecto, en proporción a sus ingresos.

Con tal planteamiento, carece de relevancia en el caso la cita por la parte recurrente de Sentencias de esta Sala, como las de 20 de junio de 1987, 17 de septiembre de 1997, 19 de junio de 1998, que proclaman, junto con otras muchas, que una vez disuelta la sociedad de gananciales y hasta que se produce la liquidación y adjudicación de los bienes que la integran, los mismos se rigen por las normas propias de la comunidad de bienes, pues tal conclusión no resulta aplicable a supuestos como el presente en el que habiendo existido un régimen económico-matrimonial de separación de bienes no podía considerarse incluido en dicho régimen ningún bien de carácter común.

La cuestión cardinal que queda así planteada, que es sobre la que en realidad versa el recurso y en concreto sus dos primeros motivos, radica en la determinación de si el concepto de cargas del matrimonio, a que se refiere el artículo 1438 del Código Civil para establecer la forma de su sostenimiento cuando rige el régimen de separación de bienes, comprende los conceptos que se discuten en este proceso referidos a gastos producidos por bienes de carácter común a efectos de que pueda resultar obligado uno de los cónyuges a una mayor contribución al contar personalmente con mayores recursos económicos. La respuesta ha de ser negativa ya que la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por

uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (artículo 103.3.ª del Código Civil). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia la solución adoptada por la Audiencia al considerar que la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales, no supone la existencia de las infracciones legales que se denuncian en los dos primeros motivos del recurso que, por ello, han de ser rechazados.

El tercero de los motivos denuncia, por la vía del artículo 1692.4 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de lo dispuesto en los artículos 1225 y 1228 del Código Civil, así como la del artículo 1218, párrafo segundo, del mismo código. Se refiere la parte recurrente a la existencia de dos proposiciones de convenio regulador realizadas por el demandante mediante las que asumía una determinada contribución a los gastos derivados de los inmuebles de carácter común de que se trata; propuestas que no fueron aceptadas por la demandada ahora recurrente.

Descartada cualquier atribución de carácter público a tales documentos, y por ello la aplicación del artículo 1218 del Código Civil, que sólo a ellos se refiere, tampoco cabe considerar infringidas las restantes normas que se citan sobre valoración probatoria de los documentos privados (artículos 1225 y 1228 del Código Civil), pues la Audiencia no ha negado valor probatorio a tales documentos sino que simplemente no ha considerado, con acierto, que los mismos supongan la existencia de una obligación reconocida por la parte que ofreció a la contraria su suscripción, cuando los términos de dicha oferta no fueron aceptados por quien hoy recurre y pretende hacer valer en su favor los compromisos de pago que el demandante estaba dispuesto a asumir sin aceptar, por su parte, el resto de los extremos del convenio propuesto, olvidando que la propuesta sólo podía vincular si era aceptada y aprobada por el órgano judicial correspondiente. En consecuencia, también ha de ser rechazado el tercero de los motivos del recurso.

Adquirido un inmueble constante el matrimonio, los pagos del préstamo hipotecario realizados por uno de los cónyuges con posteridad a disolverse la sociedad no le otorgan una mayor cuota en el mismo, sino un derecho de crédito por el importe actualizado de las cuotas abonadas.

La igualdad cuantitativa en las adjudicaciones tiene un carácter más bien facultativo y se aplica en base a las circunstancias concretas de cada caso.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Los gastos por el Impuesto de Bienes Inmuebles y las cuotas de Comunidad de la vivienda familiar cuyo uso se atribuyó judicialmente a la esposa son de cargo de la sociedad de gananciales, y por tanto, si los ha abonado ella, dicha cantidad debe figurar en el pasivo del inventario.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 2006

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Ana interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía, contra don Marcelino y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que estimando la demanda, se practique la liquidación de la sociedad de gananciales y se proceda a la adjudicación de los bienes que conforman dicha sociedad conforme se postula en el cuerpo de este escrito, condenando en costas al demandado si se opusiera con temeridad y mala fe.

⊙ Don Marcelino contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y formulando demanda reconvenicional alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que estimando la demanda reconvenicional, se apruebe el contenido y valoraciones que proponemos, y se proceda a adjudicar los bienes que componían la sociedad ganancial conforme con nuestras postulaciones en particular a mi mandante la vivienda por mejor derecho así como la plaza de garaje, y los muebles relacionados en el inventario, la cantidad de 838.312 pesetas, así como la mitad de los títulos valores existentes, y se condene en costas a la demandante si se opusiera con temeridad y mala fe.

⊙ Tras el oportuno traslado doña Ana contestó a la demanda reconvenicional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimando la demanda reconvenicional, rechazando la liquidación y adjudicación que en ella se contiene y a su vez estime la liquidación y adjudicación propuesta por esta parte en nuestro escrito de demanda, con la condena en costas de la reconvenición al esposo demandado por su expresa temeridad y mala fe.

⊙ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 10 de Valencia dictó Sentencia el 14 de marzo de 1998, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando como estimo parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador don Eladio Sin Cebriá en nombre y representación de doña Ana contra don Marcelino y estimando como estimo parcialmente la reconvenición de contrario formulada, debo declarar y declaro que la liquidación de la sociedad de gananciales y la adjudicación de los bienes que conforman dicha sociedad, se ha de practicar conforme se determina en el tercero de los fundamentos de esta Sentencia y debo condenar y condeno a las partes a estar y pasar por dicha declaración, correspondiendo a cada una de ellas el pago de las costas procesales ocasionadas a su instancia y el de las comunes por mitad.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 7.^a de la AP de Valencia dictó Sentencia el 7 de julio de 1999, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña M.^a Teresa Alamañac Felipo, en nombre y representación de don Marcelino, contra la Sentencia de fecha 14 de marzo de 1998, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de 1.^a Instancia núm. 10 de Valencia en autos de menor cuantía núm. 374/97, revocamos la misma en el particular de la valoración de los inmuebles que se fija en 16.000.000 de pesetas para la vivienda, 1.500.000 de pesetas, para el garaje y en 200.000 pesetas para el trastero, con la consecuente rectificación del resto de cifras que tales incrementos suponen en la liquidación practicada. Sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso.

⊙ Don Marcelino interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, en el único sentido de que en el pasivo debía figura un crédito a favor del mismo por el importe actualizado de las cuotas del préstamo hipotecario abonadas tras la disolución de la sociedad de gananciales.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Como son varias las cuestiones que conforman el objeto del recurso procede analizarlas separadamente:

1. Pagos del préstamo hipotecario abonadas por uno solo de los cónyuges tras disolverse la sociedad de gananciales.

Parte el recurrente del hecho de que, tras la disolución de la comunidad ganancial y antes de la liquidación de la misma ha estado pagando los plazos del préstamo que recibieron los cónyuges, constante matrimonio, para la adquisición de la vivienda. Alega infracción del artículo 1354 del

Código Civil (en relación con los artículos 1396, 1398 y 7.2 del mismo código) por entender que su cuota de dominio sobre aquella vivienda debe ser mayor (en el motivo segundo) y del artículo 1358 en relación con el 1398.3.º del Código Civil (en el motivo tercero) por reclamar la actualización de las cantidades de los plazos que ha estado pagando.

El motivo segundo se desestima porque equivoca la interpretación del artículo 1354: éste se aplica a la adquisición de bienes constante matrimonio, es decir, vigente en el régimen de comunidad de gananciales, por precio en parte ganancial y en parte privativo, cuyo bien adquirido será ganancial y privativo en proporción al dinero aportado. Pero no se aplica al presente caso, en el que el bien es ganancial desde el principio conforme al artículo 1347.3.º: se adquirió vigente el régimen, a título oneroso, a costa del caudal común, préstamo ganancial (artículo 1362.2.º), y si posteriormente a su disolución, uno de los ex cónyuges abona todos o parte de los plazos del préstamo, sin que tengan, pues, aplicación los artículos 1356 y 1357, tendrá derecho de crédito, contra la comunidad, tal como ha declarado la sentencia de la Audiencia Provincial, objeto de este recurso, en su fundamento de derecho tercero.

En este sentido la Sentencia de 4 de junio de 1998, aunque aplicado a un caso de matrimonio de hecho, dice literalmente: «la obligación del abono de la hipoteca hasta que se efectúe la liquidación de la comunidad, con el correlativo reconocimiento de un derecho de crédito contra la misma, no puede suponer vulneración ninguna de las reglas que regulan, bien la liquidación de la sociedad legal de gananciales, bien la llevada a cabo en una comunidad de bienes».

Dentro de este motivo se alega, o más bien se menciona ligeramente, el ejercicio de buena fe de los derechos y se cita el artículo 7.1 del Código Civil como infringidos, pero ni se justifica, ni es pensable en la posición que defiende, sino todo lo contrario. No hay ejercicio de mala fe, cuando se aplican correctamente las normas del Código Civil, al conflictivo caso planteado.

Sin embargo, el motivo tercero sí debe ser estimado. El artículo 1398, número 3.º, segundo inciso, del Código Civil, en relación con el 1358, ha sido infringido. Se trata de las cantidades pagadas por el ex esposo, demandado y demandante reconvenacional y ahora recurrente en casación, que ha pagado por razón del préstamo, contrato celebrado por los cónyuges, constante matrimonio, para la adquisición de la vivienda conyugal; se incluye como crédito del mismo (inventario: apartado del pasivo, subapartado de créditos) en la cantidad que se indica. Y el motivo de casación es que debe

ser actualizada, en lo que lleva razón y así se debe declarar estimando el motivo y aplicando dicho artículo 1398 que dispone que el pasivo de la comunidad de gananciales está integrado por –número 3– el importe actualizado de –inciso segundo– los créditos de los cónyuges contra la sociedad. Por ello, tal como se interesa en el desarrollo de este motivo, la cantidad que en ejecución de sentencia se determine como pagada por el esposo con cargo a su patrimonio privativo habrá de incluirse debidamente actualizada en el pasivo de la sociedad de gananciales.

2. Vulneración del principio de igualdad en las adjudicaciones.

Los motivos cuarto y quinto se refieren a concretos bienes: inmuebles, adjudicados a la esposa, esencialmente la vivienda, trastero y plaza de garaje y muebles, adjudicados al marido. También se desestiman porque se oponen a la ponderada resolución del órgano jurisdiccional *a quo*, que se impone al interés lógicamente parcial de la parte.

El motivo cuarto, al alegar la infracción del artículo 1410 en cuando se remite a los artículos 1061 y 1062, todos del Código Civil, olvida que el principio de igualdad tiene un carácter más bien facultativo y se aplica por el Tribunal a la medida de las circunstancias concretas de cada caso. Así, la Sentencia de 15 de marzo de 1995, recogiendo abundante jurisprudencia anterior, dice: «La jurisprudencia viene entendiendo, respecto al principio de igualdad cuantitativa a que alude el precepto, tomando en cuenta que habla de la «posible igualdad» y las excepciones que contempla el artículo siguiente, que el artículo 1061 del CC tiene un carácter más bien facultativo que imperativo, cual se contempla en las Sentencias de 16 de junio de 1902, 30 de enero de 1951, 13 de junio de 1970, 8 de febrero de 1974, 30 de noviembre de 1974 y 25 de junio de 1977, 13 de junio de 1980, 17 de junio de 1981 o 21 de junio de 1986, citando esta última alguna de las anteriores, y el tener literal del precepto al hablar de la «posible igualdad», antes aludida; y la más reciente de 7 de enero de 1991, que claramente establece que el artículo 1061 tiene más bien carácter facultativo y orientativo que de imperativa observancia.»

En el presente caso, dadas las circunstancias y a la vista de las alegaciones de las partes (que, por cierto, no se discute este punto, en la instancia) ha hecho una adjudicación indiscutible, sin infracción de norma alguna. Por ello, el motivo se desestima.

Igualmente se desestima el motivo quinto, que considera infringidos los artículos 1361 sobre la presunción de ganancialidad, 1324 sobre la confesión de ganancialidad y 7, todos del Código Civil, sin saberse la razón de esta última cita aunque

alega la doctrina de los actos propios como si se fundara en aquel artículo (que no es así; en un principio general del derecho aplicable conforme al artículo 1.4 del Código Civil). Se refiere a unos determinados bienes muebles, que las sentencias de instancia, valorando la prueba practicada, consideran gananciales y atribuyen al marido y la función de la casación no alcanza a la revisión de la prueba practicada, sino que, como dicen las Sentencias de 31 de mayo de 2000, 10 de abril de 2003, 27 de octubre de 2005, controlan la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, que en este caso ha sido impecable, al entender gananciales determinados bienes muebles, al prescindir de un documento privado no reconocido y sin que pueda aplicarse a este caso la doctrina de los actos propios.

3. Pagos relativos al IBI y a las cuotas de la Comunidad de Propietarios.

En los motivos sexto y séptimo del recurso, asimila el recurrente el derecho de ocupación que tiene la mujer, demandante, sobre la vivienda, garaje y trastero, al usufructo (artículos 528, 500 y 504 del Código Civil), por lo que impugna la inclusión en el pasivo del inventario del pago por ella del impuesto de bienes inmuebles (motivo sexto) y de los gastos de comunidad (motivo séptimo), con base en el artículo 1398 del mismo código, que no incluye en tal pasivo las deudas generadas tras la disolución de la comunidad de gananciales.

En cuanto al pago del impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) es un impuesto que recae sobre el derecho de propiedad, no sobre la posesión. El piso, garaje y trastero pertenecían, en dominio, a la comunidad de gananciales y tras la disolución de ésta por la sentencia de separación conyugal, a la comunidad posganancial, romana pro indiviso contemplada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil que, por ello, corresponde en pro-

piedad, por mitad, a ambos cónyuges. Por tanto, si los ha pagado ella, la cantidad abonada integra el pasivo en la liquidación de la comunidad.

No cabe la asimilación del derecho de ocupación de la vivienda conyugal del cónyuge a quien se le atribuya en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, al usufructo, sino que es un derecho real, *sui generis*, oponible a tercero y de constitución judicial.

Por ello, el motivo se desestima.

Tampoco se estima el motivo séptimo, relativo a los gastos de comunidad que ha satisfecho la ex esposa desde la separación conyugal; respecto a la vivienda cuyo derecho de ocupación le fue atribuido. Tales gastos corresponden a la comunidad, cuyos comuneros son copropietarios (artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal) prescindiendo de su uso efectivo, con lo que la Sala reitera el criterio que expuso la Sentencia de 25 de mayo de 2005 que dice: «la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos, sin distinción entre los comunes por naturaleza y por destino, que sean necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble, de manera que la no utilización de un elemento común no exime del pago de los gastos generados en su mantenimiento».

Es perfectamente válida y legal la actualización conforme al IPC de las cantidades donadas a favor de uno de los cónyuges e invertidas en la atención de cargas de la sociedad de gananciales.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La valoración de la licencia de taxi debe efectuarse en el momento en el que se practica el cuaderno particional por el contador dirimente, sin que éste pueda aplicar la valoración que se hizo dos años antes.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ En ejecución de sentencia firme de separación matrimonial se procedió a la liquidación de la sociedad de gananciales existente entre los cónyuges doña Claudia y don Fermín.

- ⊙ Efectuada la liquidación y partición por el contador dirimente, doña Claudia mostró su oposición en los puntos que señaló en escrito presentado al efecto. No habiendo conformidad entre los interesados en la junta celebrada el 22 de abril de 1998, se acordó dar a los autos la tramitación del juicio ordinario de menor cuantía.
- ⊙ Doña Claudia interpuso demanda de menor cuantía contra don Fermín, sobre oposición a cuaderno particional de sociedad de gananciales, solicitando que se dicte sentencia «por la que se adjudiquen los bienes señalados en su día a los cónyuges por el contador Sr. Santiago y que obra en autos su cuaderno particional, con imposición de costas al demandado».
- ⊙ 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 «desestimando íntegramente la demanda planteada, con expresa imposición a la actora de las costas causadas».
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Vitoria dictó Sentencia el 12 de marzo de 1999, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO.— Que estimando en parte la demanda presentada por doña Claudia declaró: 1.º) Equiparables las 15.000 pesetas recibidas por la actora como donación por razón del matrimonio al valor de la casa de labranza y rain que recibió el demandado como donación por razón del matrimonio. 2.º) Valorable en 37.000.000 pesetas la licencia del taxi. 3.º) Cuantificable en 2.000.000 de pesetas el mobiliario de las dos viviendas y adjudicable por mitad. El demandado don Fermín deberá estar y pasar por las precedentes declaraciones. Se desestima en todo lo demás la demanda de doña Claudia absolviendo a don Fermín de las pretensiones deducidas con relación a la adjudicación de los bienes a los cónyuges en la forma hecha por el contador don Santiago; y ello sin hacer una expresa imposición de las costas procesales a ninguna de las partes».
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Álava dictó Sentencia el 2 julio de 1999 con la siguiente parte dispositiva: «FALLAMOS.— Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Carraceja Díez en nombre y representación de don Fermín frente a la sentencia de fecha 12 de marzo de 1999 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de esta localidad en juicio de menor cuantía núm. 864/98 de que este rollo dimana y revocar la misma, dictándose otra en su lugar por la que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Sánchez en nombre y representación de doña Claudia frente al recurrente don Fermín, debemos absolver y absolvemos al mismo de sus pedimentos, haciendo expresa imposición de costas a la parte actora y sin hacer expresa imposición de las producidas en esta alzada».
- ⊙ Doña Claudia ha interpuesto recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo que acordó: 1.º Estima legal la actualización de la donación de dinero hecha en su día a la actora en función del IPC: 2.º Estima que la licencia del taxi debe ser objeto de valoración en ejecución de sentencia, referida a la fecha del cuaderno particional del contador-dirimente, que será objeto de las rectificaciones que proceda según su resultado. Se confirma la sentencia de primera instancia en lo compatible con las anteriores declaraciones. Sin condena en costas a ninguna de las partes en la primera instancia, apelación y en este recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dos cuestiones deben ser resaltadas en el presente comentario: el criterio para la actualización de los bienes privativos invertidos en la atención de las

cargas de la sociedad de gananciales y la fecha en la que deben ser valorados los bienes gananciales cuando se efectúa la liquidación de la sociedad.

1. Criterios de actualización de los bienes privativos invertidos a favor de la sociedad de gananciales.

Alega el recurrente la infracción de los artículos 3, 1398, 1354 y 1364, todos del Código Civil. En su fundamentación se combate el criterio de la sentencia recurrida de que la cantidad recibida por la actora y recurrente en dinero sólo ha de revalorizarse en función del IPC. A juicio de la recurrente, debe serlo en similar cantidad a la revalorización experimentada por los bienes donados al esposo, porque tanto lo donado en metálico como en bienes se cuantificó por igual, en la intención de los donantes y donatarios que éstos comenzaran su matrimonio con quince mil pesetas cada uno, y es lógico que llegado el momento de la extinción de la comunidad conyugal acaben con lo mismo. Además, niega que el artículo 1398 imponga la actualización con arreglo al IPC, sólo exige la actualización de la cantidad a restituir, dejando abierta la adopción de otro criterio.

La sentencia recurrida se expresa en los siguientes términos: «... los padres de ambos cónyuges efectuaron a favor de los mismos sendas donaciones mediante escritura otorgada en fecha 29 de septiembre de 1962 (*vide* documento núm. 8 cuaderno particional Sr. Santiago) constando en el punto primero de su «exponen» el proyecto de contraer matrimonio por parte de ambos cónyuges y la donación a su hijo e hija, en concepto de mejora, de una parte, de una casa de labranza y rain descritos, valorada en quince mil pesetas, y de otra, de la suma de quince mil pesetas también en atención a dicho matrimonio; donaciones que conforme expresó el contador dirimente no eran en favor de ambos cónyuges aun cuando la causa de las mismas fuera el matrimonio, sino en concepto de mejora tal y como se hizo constar en los capítulos, corroborado ello al carácter privativo de los bienes donados al tratarse de unas donaciones *propter nuptias* Al tratarse de donaciones independientes y quedar demostrado el carácter privativo y exclusivo de los bienes donados, el hecho de que la casa y la rain donadas al esposo fueran valoradas instrumentalmente en una suma equivalente a la donada a la esposa por su progenitores no supone en modo alguno que ambas aportaciones tuvieran por qué ser semejantes, cosa que además resultaría ilógica conforme a las más elementales normas de experiencia ya que es obvio que el precio real de una vivienda y de una rain en el año 1962 no podía ser el de quince mil pesetas. Por ello, el incremento sobre tal cantidad debe calcularse en la forma efectuada por el contador-partidor dirimente [*vide* punto 21.b) Pasivo folio 16 cuaderno], esto es, multiplicando 15.000 pesetas por 2.116,1 % correspondiente al IPC desde la fecha de la donación a la de la liquidación, constituyendo

ello el valor actualizado del bien privativo y estando en el supuesto contemplado *ex* artículo 1398 CC, esto es, cuando su restitución deba hacerse en metálico por haberse sido gastado en intereses de la sociedad, importe actualizado al que asimismo se alude *ex* artículo 1358, todo ello con arreglo al artículo 1364 CC».

A la vista de todo ello, el motivo se desestima porque la interpretación de la instancia ha de permanecer incólume en casación salvo que se demuestre que es ilógica por vulnerar las reglas del razonar o bien preceptos legales (Sentencias de 24 de julio de 1997 y 12 de noviembre de 2004). No es ilógica una actualización de una suma de dinero con arreglo al IPC, sin que el hecho de que pudiera teóricamente haberse seguido cualquier otro criterio suponga que el juzgador haya obrado arbitrariamente. Como dijo esta Sala en su Sentencia de 19 de febrero de 2003, la elección dentro de lo razonable no es tarea de la casación sino de la instancia.

En otro motivo insiste el recurrente en la infracción de los artículos 1249, 1250, 1251 y 1253, todos del Código Civil. La fundamentación del motivo radica en esencia en que la casa y rain tenían un valor igual por voluntad de donantes y donatarios a quince mil pesetas; no es lógico que la Audiencia diga, sin haberse practicado ninguna prueba, que el valor real no puede ser igual a las quince mil pesetas. El motivo debe ser rechazado por ser completamente extravagante a la cuestión debatida, que es el criterio de actualización de la cantidad de dinero objeto de la donación recibida por la actora. Valga lo que valga la donación al demandado, ello no mueve un ápice el adoptado para aquella actualización en la instancia, que nada tiene que ver con el valor de lo donado al demandado.

2. Fecha de valoración de los bienes.

En el motivo cuarto se alega la infracción de los artículos 1252, 90, 847, 1045 y 1074 y más concretamente (*sic*) el artículo 1396, todos del Código Civil. En la fundamentación se combate la sentencia recurrida por haber aceptado la valoración de la licencia de taxi dada por el contador dirimente, el cual aceptó a su vez la que consta en otro proceso anterior (el de la separación de los cónyuges), dos años antes de la fecha del cuaderno particional de aquel contador. Por tanto, no se ha realizado la valoración en el momento de la liquidación de la sociedad ganancial, lo que repercute en el valor que se fijó, pues si aquél es del año 1998, no se han recogido las variaciones al alza experimentadas por las licencias desde 1996 (fecha del primer informe).

El motivo se estima porque a la vista del cuaderno particional del contador dirimente se comprueba fácilmente lo cierto de las argumentaciones de la recurrente. El contador no valoró

la licencia de taxi en la época de la liquidación, desatendiendo así los preceptos legales que aceptan como momento de la valoración el de la liquidación o adjudicación (artículos 1074, 1045,

847 del Código Civil). En su lugar, se conformó con la que se había practicado dos años atrás en el anterior juicio de separación, totalmente distinto y anterior a éste.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Tercería de dominio. Embargo de bienes gananciales en ejecución seguida contra uno de los cónyuges. Falta legitimación en el otro dado que no es titular único del bien embargado.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña María Cristina interpuso demanda de tercería de dominio contra la entidad Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla y don Ángel Jesús, solicitando que se dictara sentencia declarando que «la deuda del Sr. Ángel Jesús tiene carácter privativo, y por tanto, decrete el alzamiento del embargo expidiendo el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad de Ayamonte, condenando a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones con expresa imposición de las costas que se causen...». El bien objeto de embargo era la vivienda sita en el término municipal de Ayamonte, Conjunto Residencial ... y alegaba que era de su propiedad al haberle sido adjudicada en la liquidación de la sociedad de gananciales según convenio suscrito por los cónyuges en fecha 1 de diciembre de 1995.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la entidad Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla 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, en definitiva, se dicte sentencia «... desestimando la demanda con expresa condena en costas a la actora.»
- ⊙ Por providencia de 9 de enero de 1998, se acordó declarar en rebeldía al codemandado don Ángel Jesús.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 11 de Sevilla dictó Sentencia el 25 de mayo de 1998 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 28 de mayo de 1999 desestimando el recurso interpuesto por la actora.
- ⊙ Doña María Cristina interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La base para el alzamiento del embargo lo hallaba la recurrente en que el inmueble era de su propiedad al haberle sido adjudicada en la liquidación de la sociedad de gananciales según convenio suscrito por los cónyuges en fecha 1 de diciembre de 1995.

En el primer motivo del recurso denuncia la recurrente la infracción de los artículos 1385 y 1361 del Código Civil que, a su vez, pone en relación con el artículo 24 de la Constitución Española.

Dicho motivo ha de ser rechazado por las siguientes razones: a) Porque en su formulación contiene una variación esencial en cuanto a los pedimentos de la demanda y la causa de pedir incorporada a la misma, ya que si allí sostuvo la demandante que era procedente la tercería de dominio porque ella era la única propietaria del apartamento embargado al haberle sido adjudicado en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, viene ahora a defender el carácter ganancial del mismo y su derecho, como integrante de la sociedad, a su defensa en juicio, lo que supone una variación sustancial en los términos de la controversia que resulta inadmisibles en casación, como esta misma Sala ha declarado en Sentencias, entre otras, de 14 octubre 1991 y 2 junio 1992; b) Porque carece de sentido invocar como infringida la norma contenida en el artículo 1361 del Código Civil, referida a la presunción de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a cualquiera de los cónyuges, cuando precisamente la sentencia impugnada parte en todo momento del carácter ganancial del bien embargado en el momento en que lo fue y c) Porque del mismo modo no puede estimarse infringido el artículo 1385 del mismo Código, en relación con el principio constitucional de tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), pues si bien es cierto que aquel precepto señala en su párrafo segundo que «cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción», no puede predicarse su aplicación al caso ya que el mismo se refiere a la defensa de tales bienes frente a terceros, como resulta adecuado en la generalidad de los supuestos de comunidad de bienes en que cualquiera de los comuneros puede actuar válidamente en beneficio de la comunidad, pero no a los supuestos en que aparece implicado el otro cónyuge e incluso, como es propio de la tercería de dominio, se dirige también contra él la demanda al figurar como ejecutado en el proceso del que la tercería trae causa.

En el segundo motivo del recurso se considera infringidos los artículos 1365, 1366, 1367 y 1378 del Código Civil, así como el 349 del Código de Comercio. La parte recurrente viene a sostener en su formulación el carácter privativo de la deuda reclamada en el juicio ejecutivo, extremo cuya determinación no es propia del juicio de tercería de dominio cuya finalidad es sustraer a la ejecución determinados bienes que el tercerista afirma ser de su propiedad en el momento de la traba.

La Sentencia de esta Sala de 1 de septiembre de 2000 señala que «en materia de bienes gananciales, la jurisprudencia ha establecido que, durante el matrimonio, el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte proporcional, característica de la comunidad de tipo romano allí recogida, ni es atribuible a la mujer, en vida del marido y sin la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es precisa la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente, no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no la legitima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero, que es esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción, conjuntamente con la condición de propietario en exclusiva de los bienes en litigio; la situación jurídica de la mujer respecto a los bienes gananciales es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico, que no permite la división en cuotas ideales, e impide que cualquiera de los esposos tenga la consideración de tercero, todo lo cual no es óbice para que la mujer pueda en este caso disponer de otros procedimientos para resarcirse de las consecuencias originadas por los actos cometidos por el marido en contra de la Ley o de sus legítimos intereses (SSTS de 29 de septiembre de 1986, 26 de septiembre de 1988, 19 de julio de 1989, 12 de junio de 1990, y 4 de marzo de 1994)». Así el artículo 1373 del Código Civil admite el embargo de los bienes gananciales incluso para responder de las deudas propias de uno de los cónyuges, atribuyendo en tal caso al otro ciertos derechos en orden a salvaguardar su parte en la sociedad conyugal; remedio distinto al de la tercería de dominio que, partiendo de la titularidad del tercerista sobre los bienes a que se refiere, postula la liberación total de tales bienes respecto de la ejecución iniciada.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

En el tercer motivo se afirma que se ha infringido el propio artículo 1373 del Código Civil y el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, habiéndose causado indefensión a la recurrente, con cita del artículo 24 de la Constitución Española. Sostiene que no se le hizo oportunamente la notificación del embargo sobre el bien ganancial y, en consecuencia, no pudo actuar los mecanismos legales para la defensa de su derecho. En primer lugar, se trata de una cuestión nueva planteada indebidamente en casación (Sentencias de esta Sala de 4 de diciembre de 2000, 12 de febrero, 8 y 30 de marzo y 31 de mayo de 2001, 21 de abril de 2003 y 9 de febrero de 2006, entre las más recientes). En

segundo lugar, la falta de notificación habría de producir, en su caso, los efectos correspondientes en el mismo proceso de ejecución o en un proceso declarativo que instara la nulidad del mismo, pero en absoluto varía la posible sujeción de los bienes gananciales a la ejecución seguida ni determina que deba prosperar una acción de tercería de dominio sobre tales bienes por parte del otro cónyuge. Por último, en el escrito de resumen de prueba formulado en nombre de la actora se viene a reconocer que fue notificada del embargo realizado pero, como los cónyuges estaban separados de hecho con anterioridad, no instó judicialmente acción alguna por entender que el bien le pertenecía con carácter privativo. Como consecuencia, también ha de ser desestimado este motivo.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Sin perjuicio del carácter privativo de la farmacia adquirida por el esposo antes de contraerse el matrimonio se acuerda la inclusión en el activo de la sociedad del valor de las existencias de la farmacia al momento de su venta, del valor de los derechos de explotación de la farmacia y de una cantidad existente en una cuenta corriente.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 2006

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Jaime de profesión farmacéutico, empezó a explotar la farmacia abierta en Villares de Órbigo el 15 de octubre de 1982.
- ⊙ Don Jaime y doña Andrea contrajeron matrimonio el 15 de enero de 1984
- ⊙ Desde el 20 de diciembre de 1993 los cónyuges vivieron separados como se constata en el fundamento primero de la Sentencia de fecha 28 de noviembre de 1994 del Juzgado núm. 7 en proceso de separación.
- ⊙ El 17 de octubre de 1996 se dictó sentencia en el proceso de divorcio.
- ⊙ El 12 de enero de 1998, don Jaime vendió la oficina de farmacia, desglosándose el precio recibido en los siguientes conceptos, 8.000.000 pesetas por instalaciones, mobiliario y enseres; 3.577.385 pesetas de existencias valoradas a precio de coste; 43.842.000 pesetas por concepto de clientela.
- ⊙ Doña Andrea interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra don Jaime y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se estime la presente demanda y se efectúen los siguientes pronunciamientos: Que las existencias o el valor de las mismas por haberse vendido éstas obrantes en la farmacia del demandado en Villares de Órbigo al momento de producirse la separación

han de considerarse bienes gananciales e incluirse en el inventario que ha de formarse para proceder a la liquidación de la misma, fijando que su valor es el que el demandado haya percibido por la venta de las mismas o el que se acredite en este procedimiento o en ejecución de la sentencia que recaiga. Que el valor o aumento de valor de los derechos de explotación de la farmacia y de arrendamiento y traspaso del local donde se ubica han de considerarse gananciales, fijando este valor o aumento de valor en la cantidad por la que el demandado haya vendido tales derechos, ya que al adquirírdlos no le supuso coste alguno y todo lo que reciba por ellos es aumento de valor de los mismos o, en su caso, aquel que se acredite en este procedimiento o en la ejecución de la sentencia que recaiga. Que para el supuesto de que existieran cantidades de dinero ganancial que bien por desconocerlas la actora o por haberse cobrado pocas fechas después del reparto del metálico fruto de venta de medicamentos u otros productos, se declare que éstas tienen la condición de gananciales y han de formar parte del inventario. Que se impongan las costas causadas en el procedimiento a la parte demandada.

⦿ Don Jaime 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 se desestime la demanda y se absuelva a mi representado de los pedimentos contenidos en la misma, con expresa imposición de costas a la parte demandante. Y formulando reconvencción alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase sentencia estimando la demanda íntegramente y efectuando los siguientes pronunciamientos: Que tanto la oficina de farmacia objeto de litis, como sus instalaciones, enseres, mobiliario y existencias, son bienes de naturaleza privativa y propiedad exclusiva de mi representado, participando igualmente de tal carácter las deudas contraídas por mi mandante con sus proveedores por la reposición de existencias de dicha farmacia, siendo, en consecuencia, también de esa misma naturaleza el precio objeto por la cesión y venta de aquellos derechos y bienes. Que asimismo el derecho de arrendamiento sobre el local base física de la expresada farmacia, era de naturaleza privativa de mi mandante. Que la referida Oficina de Farmacia no ha sido objeto de mejora alguna en los términos establecidos en el artículo 1359, párrafo 2, del Código Civil. Que en el activo a inventariar a fin de liquidar definitivamente la sociedad de gananciales, deben comprenderse exclusivamente el saldo existente en la cuenta corriente núm. NÚM000 del Banco de Castilla abierta a nombre de doña Andrea y en cualquier otra de que pudiera ser titular la misma, así como el saldo, en la proporción correspondiente a mi mandante, que arrojaba la cuenta corriente núm. NÚM001 también del Banco de Castilla, habiendo sido ya liquidados y repartidos entre los cónyuges los demás bienes gananciales y no existiendo pasivo alguno que liquidar.

⦿ Doña Andrea contestó a la demanda reconvenccional oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda reconvenccional, acogiendo los pedimentos de nuestra demanda principal con las concreciones efectuadas en el presente escrito, es decir, señalando como bienes que forman el inventario el 90% o aquel otro porcentaje que se acredite en el transcurso del pleito del precio obtenido por la venta de la farmacia, el 100% del obtenido por la venta de existencias, mobiliario y demás enseres de la farmacia y el beneficio obtenido por dicho negocio desde la fecha de separación de hecho hasta la de sentencia firme de separación, todo ello con expresa imposición de las costas al demandado reconveniente.

⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 10 de León dictó Sentencia el 30 de octubre de 1998, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por doña Andrea, contra don Jaime y desestimando la reconvencción deducida por éste contra aquélla debo declarar y declaro que deben pasar a integrar el caudal ganancial liquidable las siguientes cantidades: a) 3.577.385 pesetas, valor de las existencias de la farmacia al momento de su venta. b) 43.827.000 pesetas valor de los derechos de explotación de la farmacia. c) 1.108.577 pesetas, como saldo existente

a fecha 24 de noviembre de 1994 en las cuentas NÚM001 y NÚM002, ambas del Banco de Castilla. Todo ello sin hacer especial condena en materia de costas procesales.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de León dictó Sentencia el 1 de septiembre de 1999, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Se desestima el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de doña Andrea y se estima parcialmente el formulado en nombre y representación de don Jaime, contra la sentencia de fecha treinta de octubre de mil novecientos noventa y ocho, dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 10 de León, en los autos de juicio de menor cuantía, sobre declaración de derechos, seguidos con el núm. 58 de 1998, a instancia de doña Andrea, frente a don Jaime; formulando demanda reconventional este último frente a doña Andrea. Se confirme la referida sentencia, recaída en los autos citados, salvo en lo que respecta al pronunciamiento relativo a los derechos de explotación de la farmacia, puesto que, con respecto a los mismos, debe integrarse en el caudal ganancial liquidable la suma de treinta y nueve millones cuatrocientas cuarenta y cuatro mil trescientas pesetas (39.444.300 pesetas, en lugar de 43.827.000 pesetas), manteniéndose el resto de los pronunciamientos, sin que se haga expresa imposición de las costas originadas en esta segunda instancia.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El tema central del proceso, en la medida en que ha llegado a casación, se concreta en la inclusión como bien ganancial de una farmacia como negocio y su fondo de clientela y arraigo, como conjunto de existencias y como beneficio consistente en una cantidad en metálico existente.

La sentencia de Audiencia Provincial modificando ligeramente la cifra del valor de la farmacia como negocio que había fijado la de primera instancia, declaró bienes gananciales: primero, una cantidad como valor del conjunto de existencias de la farmacia al momento de su venta; segundo, una cantidad como valor de los derechos de explotación de la farmacia (como negocio); tercero, una cantidad como beneficio o saldo existente tras la disolución de la comunidad de gananciales.

El demandado en la instancia, don Jaime ha formulado el recurso de casación en tres motivos fundados en el número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El punto primero, valor de las existencias, se combate en el motivo primero; el punto segundo, el valor de la farmacia como negocio, se discute en los motivos segundo (el aumento de la clientela) y tercero (valoración final de la farmacia).

El motivo primero, como se ha apuntado, combate el valor del conjunto de existencias de la farmacia, que es tenido como ganancial por las sentencias de instancia y, por tanto, queda sometido a la liquidación de la comunidad y a la adjudicación a cada cónyuge —demandante en la instancia y recu-

rrida en casación y demandado y recurrente— por mitad, como deriva del artículo 1344 del Código Civil y se desprende del concepto y naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales.

Las sentencias de instancia —de primera y de segunda— declaran que las existencias fueron adquiridas durante los largos años en que estuvo vigente la comunidad de gananciales, con dinero ganancial, obtenido por el trabajo y la industria de cualquiera de los cónyuges —sea trabajo en la oficina de farmacia, sea trabajo en el propio hogar— tal como dispone el artículo 1347.1.º, del mismo código.

En el desarrollo del motivo se alega que al constituirse la oficina o el negocio de farmacia, antes del nacimiento (por el matrimonio: artículo 1345) de la comunidad de gananciales, ya había enseres y existencias, que han sido sustituidas por el conjunto que queda a su extinción (por sentencia de separación: artículo 1392.3º). Por lo cual, denuncia la infracción de los números 1.º, 3.º, 5.º y 8.º del artículo 1346.

Sin embargo, por una parte no acredita —en realidad, ni siquiera intentó su prueba— cuáles eran los muebles y objetos que existían al tiempo de empezar la comunidad de gananciales y que puede afirmar que los aportó a la misma como privativos y por otra parte, no puede discutir en casación una situación fáctica, o lo que es lo mismo, una valoración probatoria que ha hecho la sentencia de instancia. Por lo cual, no aparece infracción alguna de las normas citadas y el motivo se desestima.

El motivo segundo del mismo recurso de casación se refiere a la farmacia como negocio –fondo de clientela y aumento de valor– y niega que haya existido mejora de ninguna clase, niega que se haya acreditado aumento de valor de las existencias, niega el aumento de la clientela y, en definitiva, se opone a la valoración que ha hecho la sentencia de instancia de la farmacia como empresa o negocio (ésta dice literalmente en el fallo: «valor de los derechos de explotación de la farmacia») y afirma la infracción de los artículos 1344, 1347.2.º, 1359 y 1360, siempre del Código Civil.

La jurisprudencia ha sido muy reiterada en el sentido de no permitir la alegación, como motivo de casación, de un conjunto heterogéneo de preceptos por no cumplirse de esta forma la exigencia de concreción que impone el artículo 1707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como aparece en este motivo del recurso, pero es que, además, no expone con la mínima precisión en qué y por qué se ha infringido cada uno de ellos.

Simplemente, se expone en este motivo las razones por las que el recurrente discrepa de la sentencia en este extremo. Lógica discrepancia, acorde con su interés subjetivo, que se opone al criterio jurisdiccional objetivo. Las sentencias motivan suficientemente esta valoración, con el precio de venta (reducido); reducción de que se trata en el motivo siguiente) del negocio como tal. Tal valoración es una cuestión fáctica no discutible en casación y es correcta, pues ni siquiera el recurrente, farmacéutico, propone otra o acredita –tampoco lo intenta– una distinta; parece defender algo indefendible: que todo el negocio, tras largos

años de matrimonio, es privativo de él. No hay, pues, infracción alguna de los preceptos invocados y el motivo se desestima.

El tercero de los motivos de casación alega la infracción del artículo 1345 que establece que la comunidad de gananciales comenzará en el momento de la celebración del matrimonio, que en el presente caso, que no mediaron capitulaciones matrimoniales, fue dos años después de constituirse la farmacia. Añade, aunque no cita precepto alguno como infringido, que se mantuvo durante años tras la disolución de aquella comunidad. Por ello, no estima correcta la valoración de la farmacia como negocio o empresa que ha hecho la sentencia de instancia.

Sin embargo, ésta –la de la Audiencia Provincial– ha revocado parcialmente en este extremo la valoración que había hecho la de primera instancia, precisamente por tener en cuenta lo que expone en este motivo la parte recurrente. Por lo tanto, la discrepancia de éste no es con el criterio de valoración, sino con el porcentaje y, por ende, la cuantía de ella. Y de nuevo, aquí, contraponen su lógico interés subjetivo a la decisión objetiva del Tribunal *a quo*.

Por lo cual no aparece infringido el artículo citado, sino que el órgano *a quo* lo tuvo en cuenta, lo aplicó correctamente y, por ello, el motivo se desestima.

Se declara que tienen carácter privativo las acciones de una Sociedad Limitada adquiridas a título gratuito por el esposo constante la sociedad de gananciales al haberse destruido la presunción de ganancialidad.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La actualización de las aportaciones privativas para la adquisición de bienes gananciales llevadas a cabo durante la vigencia de la sociedad de gananciales no puede realizarse en función del valor del porcentaje que, respecto al inmueble, representa lo pagado con carácter privativo, sino que dicha actualización debe realizarse atendiendo a la depreciación monetaria de las cantidades invertidas.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Don Braulio interpuso demanda de menor cuantía contra doña Rosario solicitando que se dictase sentencia fijando el inventario del activo y del pasivo de la sociedad de gananciales conforme interesaba.

⊙ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de doña Rosario 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, en definitiva, se «... dicte Sentencia en su día desestimando la Demanda y declarando que la Sociedad de Gananciales del matrimonio formado por don Braulio y doña Rosario está integrada por los bienes expuestos por esta parte en su Escrito de Constestación a la Demanda, acordando valorar el referido Inventario de esta parte, adjudicando a cada uno de los cónyuges el 50% del haber líquido existente, con expresa imposición de costas a la parte demandante.»

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Eibar dictó Sentencia el 2 de junio de 1998 estimando parcialmente la demanda y declarando que el inventario del activo y del pasivo de la sociedad de gananciales del matrimonio contraído en fecha 18 de marzo de 1970 por don Braulio y doña Rosario queda integrado por las partidas que se describen en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia y en consecuencia se proceda en ejecución de sentencia, en defecto de acuerdo entre las partes, y con observancia de lo dispuesto en los artículos 1399 y siguientes del CC, por los trámites del Juicio de Testamentaría a la liquidación, partición y adjudicación de los bienes, sin realizar expreso pronunciamiento en costas.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Guipúzcoa dictó Sentencia el 28 de junio de 1999 cuyo Fallo es como sigue: «Que estimando como estimamos íntegramente el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Ana San Martín Azofra en la representación de don Braulio, formulado contra la Sentencia a en fecha 2 de junio de 1998 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de los de EIBAR, debemos REVOCAR y REVOCAMOS dicha resolución, en cuanto al Inventario explicitado en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia recurrida, en el que deberán ser modificadas las siguientes partidas: Del Activo. Letra 1) Acciones de la compañía mercantil TORNILLERÍA LEMA, SA, deberán ser detraídas del mismo, por no tener carácter ganancial. Letra K) las acciones contenidas en dicha letra deben figurar en el inventario como VALORES MOBILIARIOS, en lugar de DINERO METÁLICO. Letra 1) deberán incluirse los depósitos situados en BANCO DE COMERCIO, S.A. por importe de 3.644.009 pesetas y en BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA, por importe de 574.765 pesetas. Debiéndose añadir además los movimientos de todas las cuentas bancarias, que supongan detracción de fondos, tras la separación. LINGOTE DE ORO.– Procede incluirlo en el activo inventariado, por el importe que en su momento se determine. Del Pasivo.– Deberá incluirse la cantidad satisfecha, por don Braulio, en la cancelación del crédito de 1.500.000, concertado con Banco de Comercio en fecha 3 de agosto de 1993, a vencimiento 3 de agosto de 1994, en la cantidad que resulte probada, como saldo de cancelación. CONFIRMANDO como CONFIRMAMOS los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida. Todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta alzada.»

⊙ En fecha 30 de julio de 1999 la citada Audiencia Provincial dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: «LA SALA ACUERDA: Corregir los errores materiales y salvar las omisiones manifiestas en el Fallo de nuestra Sentencia de fecha 28 de junio de 1999, conforme a lo desarrollado en los Razonamientos Jurídicos de la presente resolución, de forma que el Fallo de la misma, en relación con el Razonamiento Jurídico Tercero de la misma, quedará bajo el siguiente tenor literal: Que estimando como estimamos íntegramente el Recurso de Apelación interpuesto por la Procurador de los Tribunales doña Ana San Martín Azofra en la representación de don Braulio, formulado contra la Sentencia en fecha 2 de junio de 1998 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de los de EIBAR, debemos REVOCAR y REVOCAMOS dicha resolución, en cuanto al Inventario explicitado en el Fundamento de Derecho Tercero) de la Sentencia recurrida, en el que deberán ser modificadas las siguientes partidas: Del Activo.– Letra j) Acciones de la compañía mercantil TORNILLERÍA LEMA, SA, deberán ser detraídas del mismo, por no

tener carácter ganancial. Letra k) las acciones contenidas en dicha letra deben figurar en el inventario como VALORES MOBILIARIOS, en lugar de DINERO METÁLICO, valores se encuentran en posesión de la demanda (sic). Letra l) deberán incluirse los depósitos situados en BANCO DE COMERCIO, SA. por importe de 3.644.009.- Ptas., y en BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA, por importe de 574.765,- Ptas. Debiéndose añadir además los movimientos de todas las cuentas bancarias, que supongan detracción de fondos, tras la separación. LINGOTE DE ORO.- Procede incluirlo en el activo inventariado, por el importe que en su momento se determine. Del pasivo.- Deberá incluirse: 1.º la cantidad satisfecha, por don Braulio, en la cancelación del crédito de 1.500.000, concertado con Banco de Comercio en fecha 3 de agosto de 1993, a vencimiento 3 de agosto de 1994, en la cantidad, que resulte probada, como saldo de cancelación. 2.º La Suma de 10.511.030 pesetas como Derecho de crédito del apelante frente a la apelada demandada por a la adquisición de la vivienda de DIRECCIÓN 001 NÚM 001-NÚM 002 NÚM 003, y Local del igual portal de Eibar y Vivienda de PLAZA 000 NÚM 004-NÚM 005 de Mutriku. 3.º La Suma de 4.120.000, como Derecho de Crédito del apelante frente a la apelada demandada por Retenciones Indebidas según sentencia de este Tribunal dictada en Rollo de Apelación Civil número 3104/95 de fecha 28 de febrero de 1996. 4.º La suma de 1.279.687, como Derecho de Crédito del apelante frente a la apelada demandada por el pago a metálico ganancial de deuda privativa de la demandada referida a la vivienda C/ CALLE 000 de Eibar. A las anteriores partidas y cantidades les será aplicable el criterio de actualización conforme a lo dispuesto en el artículo 1398 del Código Civil. CONFIRMANDO como CONFIRMAMOS los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida. Todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta Alzada.

⦿ Doña Rosario interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en el particular referido al apartado 2.º del pasivo de la sociedad de gananciales en el que se sustituye la cantidad de 10.511.030 pesetas por la que resulte de la actualización de la cantidad de 623.816 pesetas desde la fecha de amortización total de los préstamos a que se refiere la demanda en el apartado 2.2 del pasivo del inventario que contiene, todo ello sin especial declaración sobre costas de ambas instancias ni sobre las del presente recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Interesa destacar de esta sentencia dos cuestiones relativas a la formación del inventario de la sociedad de gananciales. Por un lado, el carácter privativo o ganancial de unas acciones que adquirió el marido constante la sociedad y por otro la forma de actualizar las aportaciones privativas para atender cargas de la sociedad de gananciales.

1. Carácter privativo de las acciones adquirida por uno de los cónyuges constante la sociedad de gananciales.

Los cuatro primeros motivos del recurso combaten el pronunciamiento de la Audiencia, que en cuanto a ello difería de lo resuelto por el Juzgado, referido a considerar como bien privativo del

demandante las cien acciones de la mercantil Tornillería Lema, SA, que integran el 4% del capital social, al haberlas adquirido por título hereditario de su difunto padre don Juan Enrique, por lo que no habían de integrarse en el activo de la sociedad de gananciales como pretendía la parte recurrente que, para ello, sostenía la validez de la transmisión por venta realizada al actor por el padre de éste constante matrimonio.

Sostiene la esposa que la adquisición onerosa de las acciones constante matrimonio motiva que se integren en el activo de la sociedad de gananciales, lo que ha sido negado por la sentencia recurrida, por lo que denuncia la infracción de los artículos 1361, 1347.3.º y 1253 del Código Civil, con cita de

algunas sentencias de esta Sala que se refieren a la interpretación y aplicación de los mismos.

Los tres motivos han de ser rechazados por las siguientes razones: a) El artículo 1361 del Código Civil establece la presunción de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, y en tal concepto no puede considerarse infringido por la sentencia que se impugna ya que la misma no desconoce dicha presunción sino que estima que concurre prueba suficiente que descarta tal carácter ganancial y determina la condición de privativos de los bienes de que se trata. Es cierto que esta Sala exige que la prueba contraria capaz de destruir la presunción *iuris tantum* de ganancialidad sea cumplida y no meramente indiciaria, pero así se ha estimado por la Audiencia y, en consecuencia, ha partido de la presunción general que dicho artículo proclama; b) La invocación como infringido del artículo 1347.3.º del Código Civil, que considera bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos, viene a hacer supuesto de la cuestión en tanto que precisamente la sentencia que se recurre considera que la adquisición de los bienes de que se trata no tuvo lugar por título oneroso, lo que extrae de las propias alegaciones de las partes y de la prueba practicada sobre ellas. Parte así la recurrente de hechos distintos de los que la Audiencia ha considerado probados, los que en su caso habrían de combatirse mediante la alegación de haber sido vulneradas normas valoratorias de la prueba, sin que el motivo pueda fundarse por ello en la vulneración de la norma invocada. Las recientes sentencias de esta Sala de 14 y 20 octubre, y 10 noviembre de 2005, así como las de 9 de febrero y 10 de marzo de 2006, reiteran que está vedado a la parte recurrente en este recurso extraordinario partir de conclusiones fácticas contrarias a las de la sentencia de instancia; y c) El artículo 1253 del Código Civil dispone que para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba se requiere que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Es sabido que la prueba de la simulación contractual ha de obtenerse por lo común a través de indicios o presunciones ya que precisamente en la simulación se trata por las partes de dar apariencia de validez al negocio que se aparenta como realizado. En el caso, el hecho base para apreciar la situación de simulación viene dado por la circunstancia de que la presunta transmisión onerosa de las acciones a todos los herederos —y, entre ellos, al demandante— tiene lugar precisamente el mismo día del fallecimiento del transmitente sin que

conste la firma del mismo en la transmisión, que se acredita con la sola firma de corredor de comercio, y singularmente se ha de tener en cuenta que tal transmisión onerosa carecía de sentido ya que ante la inminencia del fallecimiento, dada la enfermedad terminal del transmitente, dichas acciones habrían de pasar a los herederos a título de herencia como, en el caso de que efectivamente se hubiera operado una enajenación onerosa, se habría de integrar en el caudal hereditario el precio obtenido que, a continuación, pasaría nuevamente a los propios herederos. Como esta misma Sala tiene declarado con reiteración, la prueba de la simulación comercial se obtiene generalmente mediante presunciones que desmienten las declaraciones formales de la escritura de transmisión (Sentencias de 27 abril 2000, 20 mayo 2002, 22 julio 2002, 3 octubre 2002, 24 septiembre 2003 y 29 junio 2005) y la presunción establecida no tiene por qué ser la consecuencia de una deducción unívoca (Sentencias de 5 de febrero, 16 de junio, 8 de julio y 19 de diciembre de 2003, 25 de mayo y 24 de noviembre de 1998). Sólo cuando la misma sea irrazonable, por faltar notoriamente el enlace preciso y directo requerido en el artículo 1253 del Código Civil puede ser casada la sentencia de instancia (Sentencias de 19 de julio de 2002 y 16 de junio de 2005, entre otras muchas), lo que no ocurre en el caso examinado.

2. Actualización de las aportaciones privativas para atender cargas de la sociedad de gananciales.

El séptimo motivo del recurso, subsidiario del quinto, sostiene por la vía del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción del artículo 1398.3.º del Código Civil y la doctrina jurisprudencial sobre el mismo en referencia al apartado del pasivo que contempla el «pago con dinero privativo de viviendas gananciales» según detalla el auto de aclaración y que se cuantifica en 10.511.030 pesetas, ya que entiende la parte recurrente que se ha procedido a actualizar el importe de lo invertido en su día por el esposo de modo contrario a los criterios legales y jurisprudenciales sobre el modo de llevar a efecto la actualización.

La sentencia impugnada considera probado que el actor invirtió la cantidad propia de 623.816 pesetas en la amortización de préstamos por importe total de dos millones de pesetas solicitados para la adquisición de bienes inmuebles de carácter ganancial, siendo así que la actualización de dicha cantidad se ha efectuado por la sentencia impugnada determinando el porcentaje de dicha cantidad sobre el valor total de adquisición (31,19%) y aplicando el mismo porcentaje al valor actual de los bienes, por lo que aquella cantidad de 623.816 pesetas quedaría ahora actualizada en 10.511.030 pesetas. Se viene a operar así de modo similar al

supuesto de bienes adquiridos mediante precio, en parte ganancial y en parte privativo, contemplado en el artículo 1354 del Código Civil (desde la reforma que significó la Ley 11/1981, de 13 de mayo) en el que la propiedad corresponde pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas, pues en tal caso la participación del cónyuge que invirtió dinero privativo en la adquisición se refleja en un porcentaje de la propiedad del bien. Pero se trata de algo distinto cuando, como aquí sucede, lo ocurrido es que uno de los cónyuges ha aplicado caudal propio para la amortización de los préstamos obtenidos y que son de cargo de la sociedad, supuesto en que lo que ostentará será un crédito contra la misma actualizable con arreglo a los índices de depreciación de la moneda que es a lo que se refiere el artículo 1398.3.º del Código Civil en relación con el artículo 1364 del mismo

Código, según el cual «el cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común», como recoge la Sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1996, citada por la parte recurrente si bien con error en su fecha que refiere al día 9 del mismo mes y año.

En consecuencia dicho motivo ha de ser estimado, y por tanto se confirma la sentencia salvo en el particular referido al apartado 2.º del pasivo de la sociedad de gananciales en el que se sustituye la cantidad de 10.511.030 pesetas por la que resulte de la actualización de la cantidad de 623.816 pesetas desde la fecha de amortización total de los préstamos a que se refiere la demanda en el apartado 2.2 del pasivo del inventario que contiene, todo ello sin especial declaración sobre costas de ambas instancias ni sobre las del presente recurso.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

El pago del IBI y de las cuotas de la Comunidad de Propietarios de la vivienda familiar son obligaciones cuyo pago corre a cargo del titular, en este caso la sociedad de gananciales y por tanto si los ha abonado uno solo de los cónyuges, podrá incluirse en el pasivo una partida con las cantidades abonadas por este concepto, siendo indiferente que uno solo de los cónyuges estuviese utilizando la vivienda.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ◉ Doña Sandra interpuso demanda de menor cuantía contra don Valentín, sobre liquidación de sociedad de gananciales, solicitando que se dicte sentencia por la que: «se proceda, en orden a su liquidación, a la determinación del activo y pasivo de la disuelta sociedad conyugal que en su día existió entre doña Sandra y don Valentín. Declarando la naturaleza privativa por ser propiedad exclusiva de doña Sandra de la vivienda y anexos descritos en la demanda, sitos en esta ciudad en el edificio “La Fuente”, con su consecuente exclusión de dicho inventario y aprobación del practicado por esta representación que constituye el doc. núm. 4 de la demanda, con la adición en el activo del crédito descrito en el hecho cuarto de la misma. Subsidiariamente, de considerarse los bienes dichos como pertenecientes a la extinta sociedad conyugal, quede integrado el activo y pasivo de las mismas, por las partidas enumeradas al hecho sexto de esta demanda. Tras lo cual se procederá a la ejecución de dicha sentencia a los fines de realizar en tal fase las operaciones de división y adjudicación del caudal inventariado, previos la tasación de bienes y pago de deudas que proceda. Todo ello con expresa imposición de costas al demandado si se opusiera a esta pretensión».
- ◉ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo

por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia «por la que se determine el activo y pasivo de la sociedad conyugal que estuvo constituida por doña Sandra y don Valentín, de acuerdo con los hechos contenidos en esta nuestra contestación a la demanda, declarando en consecuencia que las diferentes partidas del activo y del pasivo de la sociedad de gananciales se componen de: Activo.— Inmuebles: 1. Vivienda y anexos sita en Albacete, en la AVENIDA000 núm. NÚM000, en el edificio denominado DIRECCIÓN000, en planta NÚM001, descrita en la escritura pública de compraventa otorgada el 14 de enero de 1981 ante el Notario de Albacete don Federico Barber Montalvá con el núm. 47 de su protocolo por don Carlos como vendedor a favor de los cónyuges doña Sandra y don Valentín como compradores. Es la finca registral núm. NÚM002. 2. Plaza de garage descrita en la referida escritura como “local en planta de sótano NÚM004” sita en el citado DIRECCIÓN000. Es la finca registral núm. NÚM003. Muebles: 1. Mobiliario completo, enseres y electrodomésticos integrantes de la vivienda descrita, según el inventario presentado en su día por esta parte en el procedimiento de separación matrimonial, que damos por reproducido. 2. Vehículo marca Citroën 2Cv matrícula N-... 3. Vehículo BMW 52-CI matrícula OV-...-o.- Pasivo: Deudas pendientes a cargo de la sociedad de gananciales. En la actualidad no existe ninguna deuda pendiente a cargo de la sociedad. Créditos de doña Sandra contra la sociedad de gananciales: A) En este apartado se comprende el importe actualizado de las siguientes cantidades pagadas por doña Sandra y que son de cargo de la sociedad de gananciales. 1. Los importes correspondientes a las amortizaciones del préstamo concedido por la Caja de Ahorros de Albacete durante el período comprendido entre el mes de agosto de 1990 y el mes de abril de 1992, fecha a partir de la cual se comenzó a retener la parte proporcional de la nómina del esposo. 2. Deuda pendiente con la Tesorería Territorial de la Seguridad Social por las cuotas de la empleada de hogar correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 1990, ascendentes a 41.352 pesetas. 3. Deuda contraída con Ebanistería Gómez por importe de 201.109 pesetas. 4. Importe del préstamo hipotecario que grava la vivienda ganancial, y que asciende a la cantidad de 444.517 pesetas. B) Se comprenderá también en este apartado del pasivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1398.2.ª del Código civil el importe actualizado de los bienes privativos de doña Sandra siguientes: 1. Vivienda sita en Albacete en la calle DIRECCIÓN001 núm. NÚM005, que fue vendida en escritura pública de fecha 23 de junio de 1980 ante el Notario don Federico Fernández Rodríguez, núm. 1.450 de su protocolo. 2. Dos trozos de terreno de secano, de haber 3. 46. 87 Ha cada uno de ellos, vendidos en escritura pública otorgada el 16 de mayo de 1980 ante el Notario de Chinchilla de Montearagón don Miguel de Lara Pérez, con el núm. 550 de su protocolo».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Albacete dictó Sentencia el 14 de diciembre de 1998, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Estimo parcialmente la demanda interpuesta por doña Sandra, representada por el Procurador Sr. Ponce Real, y declaro que la vivienda y anexos del Edificio “DIRECCIÓN000”, en Albacete, en la AVENIDA000, NÚM000, pertenece a la sociedad conyugal formada por la demandante y el demandado don Valentín, representado por el Procurador Sr. Leogorburo Martínez, y en consecuencia, dicho inmueble es de naturaleza ganancial, siendo su valor el fijado por el mercado a la fecha de la adjudicación de los citados bienes de la sociedad conyugal. En el activo y pasivo de la disuelta sociedad de gananciales, han de incluirse las siguientes partidas: Activo: Vivienda y anexos sita en AVENIDA000, NÚM000, planta NÚM001, finca registral NÚM002 (edificio DIRECCIÓN000) en Albacete. Más la plaza de garage perteneciente a dicha vivienda. El valor de dichos inmuebles quedará fijado por los precios actuales a la fecha de la adjudicación (precios del mercado inmobiliario conforme a las características de dichos inmuebles). Pasivo: Importe actualizado de las cantidades abonadas por la demandante al Banco Hipotecario (folios 154 y 156). Importe actualizado de las cantidades pagadas por conceptos de Contribución Urbana (IBI que grava la vivienda y la plaza de garage, y las cantidades que se abonen hasta la definitiva adjudicación de los bienes a los cónyuges.- Importe actualizado de las cantidades que en concepto

de cuotas de la comunidad de propietarios se han satisfecho y los que venzan hasta la adjudicación definitiva. Importe actualizado de la vivienda sita en Albacete en la DIRECCIÓN 001, NÚM 005, vendida en junio de 1980. Importe actualizado de dos fincas rústicas, en el término de Chinchilla de Montearagón, en mayo de 1980. (El término “importe actualizado”, significa “a la fecha de la adjudicación”). Una vez firme esta sentencia, se procederá a la ejecución de la misma, realizando las operaciones necesarias para la división, tasación y adjudicación del caudal inventariado. No procede la imposición de costas en este procedimiento, debiendo abonar cada parte las suyas y las comunes por mitad».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Albacete dictó Sentencia el 15 de julio de 1999 con la siguiente parte dispositiva: «FALLAMOS: Que revocamos la Sentencia de 14 de diciembre de 1998, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Mixto núm. 5 de Albacete, en el único sentido de A) incluir en el inventario como activo el mobiliario, enseres y vehículos, y B) excluir del pasivo impuestos y gastos de comunidad de la vivienda conyugal, con las valoraciones que los inmuebles se hace en el fundamento 5 de esta resolución, todo ello sin hacer declaración en cuanto a las costas de la alzada».

⊙ Doña Sandra interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien anuló parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial, en el particular de su fallo que ordena excluir del pasivo impuestos y gastos de comunidad de la vivienda conyugal, confirmando en este mismo punto el fallo de la sentencia de primera instancia que se apeló.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero acusa infracción de la doctrina que prohíbe ir contra los propios actos, recogida en las sentencias que cita, y del artículo 24.1 Constitución Española. Se fundamenta en que la sentencia recurrida desestimó la pretensión de la recurrente de que se incluyesen en el pasivo de la sociedad de gananciales en liquidación las deudas que ella había contraído con terceros en fecha anterior a dictarse la sentencia de separación conyugal, cuando menos aquellas que habían sido incluidas por la contadora-partidora dirimente en su inventario, e infringe así la doctrina de los actos propios, pues el demandado, hoy recurrido, prestó su entera conformidad a este último inventario. Aclara la recurrente que este motivo se contrae exclusivamente (o sea, ya no es «cuando menos») a tales partidas, y entiende la recurrente que al demandado le vinculaba la aceptación expresa que había realizado de las operaciones de la contadora dirimente.

Para la resolución sobre este motivo ha de partirse de que la sentencia recurrida fundó su criterio de no inclusión en el pasivo del inventario de la sociedad de gananciales en liquidación en dos consideraciones (FJ 7): (a) que la separación fáctica de los cónyuges lo impide porque las obligaciones

no redundaban en beneficio de la convivencia; y (b) en que el consentimiento del demandado ha recaído sobre un «todo», por lo que deja de existir si se varía (en este caso, por la demanda de la actora), es decir, que el susodicho consentimiento no se dio a cada partida individual del inventario.

El motivo en examen únicamente combate este último razonamiento, y debe ser desestimado porque en la división judicial de la sociedad de gananciales no se logró acuerdo para que el dirimente hiciese las reformas convenientes, quedando abierta la vía del juicio ordinario (artículos 1086, 1087 y 1088 LEC de 1881). Así las cosas, en modo alguno es aplicable la doctrina de los actos propios a las declaraciones unilaterales que se hicieren a fin de conseguir un acuerdo, cuando éste no tiene lugar por negativa de la otra parte. Carece de sustento razonable pretender que para el demandado sea vinculante lo actuado por la contadora dirimente, y que no lo sea para la otra parte interesada en la partición por negarse a aceptarlo, hasta el punto de pedir en la «súplica» de la demanda origen de este litigio que se aprobase el inventario hecho por ella, con la adición que proponía de un crédito.

En cuanto consecuencia de lo expuesto, decae la hipotética infracción del artículo 24.1 de la

Constitución, que la recurrente basaba en que la doctrina de los actos propios es fundamento de la seguridad jurídica, y, en consecuencia, sustento de la tutela judicial efectiva. En realidad, confunde el que la sentencia recurrida no haya aceptado sus razonamientos con una indefensión inexistente, pues ha tenido acceso a los órganos judiciales donde ha podido exponer aquéllos libremente, sin ninguna limitación ni obstrucción, que es la esencia del derecho fundamental presuntamente infringido.

En otro motivo, que es el que nos interesa destacar, se alega la infracción del artículo 1362.2.º del Código Civil en relación con el apartado 5.º del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto la sentencia recurrida excluye del pasivo de la sociedad en liquidación el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) y los gastos de comunidad de la vivienda familiar y garaje, pagados por la recurrente. La sentencia recurrida se basa en que, al haber disfrutado y seguir en ello la vivienda, los gastos corren de su cuenta.

El motivo se estima porque el IBI es un impuesto municipal de carácter real, cuyo hecho

imponible lo constituye la propiedad de los bienes inmuebles (artículo 61 Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales). Por lo tanto, el IBI sobre la vivienda y garaje, declarados en la instancia de naturaleza ganancial sin que en este recurso se impugne tal calificación, ha de ser soportado por la sociedad de gananciales hasta el momento de la extinción de dicha sociedad por la sentencia firme de separación entre los cónyuges. A partir de ese momento y hasta la liquidación de la sociedad, por ésta como carga de los bienes que componen su activo. En suma, en la liquidación no se puede prescindir en el pasivo de estos cargos.

Otro tanto cabe decir de los gastos de comunidad. El artículo 9.5.º de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960 [al igual que el artículo 9.º1.f) de la vigente de 1999], de una forma clara e inequívoca, impone al propietario el pago de aquellos gastos (Sentencias de 25 de mayo de 2005 y 1 de junio de 2006). Los gastos a que no referimos en este motivo han de figurar como crédito actualizado de la actora contra la sociedad en liquidación, por imperativo del artículo 1398.3.º del Código Civil.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter ganancial de la vivienda adquirida constante matrimonio por uno de los cónyuges aunque la misma se adquiriese exclusivamente con el dinero obtenido con su trabajo, no siendo obstáculo alguno que en la escritura de capitulaciones matrimoniales se indicase que no existían bienes gananciales que liquidar.

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

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Ernesto y doña Carolina contrajeron matrimonio en Madrid el día 18 de abril de 1971, bajo el régimen de la sociedad de gananciales.
- ⊙ Doña Carolina adquirió por compraventa efectuada en documento privado de fecha 15 de junio de 1982 la vivienda sita en Las Palmas de Gran Canaria, siendo vendedores don Benedicto y doña María Inmaculada, por precio de 4.980.000 pesetas.
- ⊙ El 14 de mayo de 1985 ambos cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales ante Notario adoptando como régimen económico-matrimonial el de separación de bienes, haciéndose constar en la escritura que no existían bienes gananciales.
- ⊙ El día 22 de agosto de 1985 se otorgó a favor de la Sra. Carolina escritura pública de venta de la anterior vivienda, que se inscribió en el Registro de la Propiedad como bien privativo de la compradora.

- ⦿ El día 9 de octubre de 1985, la demandada doña Carolina firmó un documento por el que reconocía de modo unilateral que la vivienda antedicha, donde residía con su esposo e hijo, fue adquirida mediante la aportación dineraria de ambos cónyuges en proporción de un cincuenta por ciento cada uno, correspondiendo por tanto al esposo la propiedad de la mitad indivisa del mencionado piso-vivienda.
- ⦿ En fecha 13 de mayo de 1986, la Sra. Carolina formuló ante Notario propuesta unilateral de convenio regulador de separación matrimonial, en la que se establecía que la esposa continuaría ocupando la vivienda y, en caso de enajenarse dicho inmueble, el actor Sr. Ernesto percibiría el cincuenta por ciento del precio obtenido por la venta previa detracción de la mitad de los gastos ocasionados por la compraventa, la mitad del importe de las amortizaciones del préstamo hipotecario que gravaba la misma que hubieran sido satisfechas por la Sra. Carolina y el montante de las mensualidades por alimentos que no hubieran sido satisfechas por el esposo. Dicha propuesta fue aceptada por el demandante ante el mismo Notario, si bien no fue ratificada por el mismo a presencia judicial en el posterior proceso matrimonial.
- ⦿ Don Carolina vendió la vivienda en fecha 30 de enero de 1998 a don José Pedro y doña Valentina por precio de quince millones de pesetas.
- ⦿ Don Ernesto interpuso demanda de menor cuantía contra doña Carolina solicitando que se dictase sentencia por la que: «A) Se declare que la finca NÚM000 letra NÚM001 de la Casa número NÚM002 de la CALLE000 de las Palmas de Gran Canaria pertenecía hasta la fecha de su venta, en común pro indiviso, por mitad e iguales partes a don Ernesto y a doña Carolina. B) Se declare que la demandada viene obligada a pagar al demandante la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, según las bases establecidas en la Propuesta Unilateral de Convenio Regulador de Separación Matrimonial por ella otorgada en 13 de mayo de 1986 como consecuencia de la titularidad del actor del cincuenta por ciento de la Finca sita en Gran Canaria. C) Se condene a la demandada a pagar al demandante la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, según las bases establecidas en la Propuesta Unilateral de Convenio Regulador de Separación Matrimonial por ella otorgada en 13 de mayo de 1986, como consecuencia de la titularidad del actor del cincuenta por ciento de la Finca sita en las Palmas de Gran Canaria. D) Se condene a la demandada al pago de las costas del juicio, por imperio del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. O, subsidiariamente, A) Se declare que la Finca de las Palmas de Gran Canaria pertenecía hasta la fecha de su venta, en común pro indiviso, por mitad e iguales partes a don Ernesto y a doña Carolina. B) Se declare que la demandada viene obligada a pagar al demandante la cantidad que se determine en ejecución de sentencia como consecuencia de la reparación de los daños e indemnización de los perjuicios causados al actor por la no comunicación a mi mandante de las condiciones de la venta para que ejercitara su derecho preferencial de compra. C) Se condene a la demandada a pagar al demandante la cantidad que se determine en ejecución de sentencia como consecuencia de la reparación de los daños e indemnización de los perjuicios causados al actor por la no comunicación a mi mandante de las condiciones de la venta para que ejercitara su derecho preferencial de compra. D) Se condene a la demandada al pago de las costas del juicio, por imperio del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»
- ⦿ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de doña Carolina 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, en definitiva, se «... dicte sentencia en la que desestimando la demanda se absuelva a mi poderdante de todos los pedimentos que contra ella se hacen en el suplico de la misma. Con expresa imposición de costas al actor.»
- ⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera dictó Sentencia el 24 de noviembre de 1999 desestimando la demanda declarando que la Finca de las Palmas de Gran Canaria pertenecía

hasta la fecha de su venta, en común pro indiviso, por mitad a iguales partes a don Ernesto y a doña Carolina y que como consecuencia de ello se declara que doña Carolina viene obligada a pagar al demandante la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, según las bases establecidas en la propuesta unilateral del convenio regulador de Separación Matrimonial por ella otorgado el 13 de mayo de 1986, como consecuencia de la titularidad del actor del cincuenta por ciento de la finca citada, cantidad que se fijará en ejecución de sentencia una vez realizadas las detracciones a que el citado convenio se refiere, con expresa condena en costas causadas en primera instancia y en esta alzada a la parte apelada.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El actor don Ernesto interpuso demanda solicitando: a) Que se declare que la vivienda pertenecía a ambos cónyuges proindiviso y por iguales partes; b) Que se declare que la demandada viene obligada a satisfacerle la mitad del precio obtenido previa deducción de las cantidades a que se refería la propuesta de convenio regulador efectuada por la esposa, determinándose la cantidad correspondiente en ejecución de sentencia, y c) Se condene a la demandada al pago de las costas. Subsidiariamente solicitó que se condenara a la demandada a satisfacerle una indemnización de daños y perjuicios por la falta de comunicación al demandante de la venta que se proponía realizar, al tener atribuido el mismo un derecho preferente de compra según la citada propuesta de convenio.

El primero de los motivos del recurso se formula por infracción del artículo 1355, en relación con los 1325 y 1327, todos del Código Civil.

El motivo ha de ser rechazado pues el artículo 1355 del Código permite a los cónyuges, actuando de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga; supuesto que, a los efectos pretendidos por la parte recurrente, es distinto del ahora contemplado en el que la esposa adquiere constante matrimonio, y cuando ya habían transcurrido once años desde su celebración, una vivienda sita en Las Palmas de Gran Canaria; bien que, según se expresa por la misma en el antecedente segundo del escrito por el que se formula el presente recurso, adquirió con dinero procedente exclusivamente de su trabajo, circunstancia que determina por sí el carácter ganancial del bien de conformidad con lo dispuesto en los apartados 1.º y 3.º del artículo 1347 del Código Civil, de los que se desprende que son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, en el

que se integran los bienes obtenidos por el trabajo de cualquiera de los cónyuges mientras la sociedad de gananciales exista.

Es cierto que los cónyuges celebraron capitulaciones matrimoniales en fecha 14 de mayo de 1985, que se reflejaron en escritura pública, en la que manifestaron ambos que no existían bienes gananciales, pero ello no puede significar una atribución tácita del carácter privativo de un bien que pertenecía a la sociedad de gananciales al haber sido adquirido a título oneroso por la esposa el día 15 de junio de 1982, constante matrimonio, y pagado con dinero procedente de su trabajo y, por tanto, de carácter ganancial, como puso de manifiesto la propia esposa al suscribir el documento de fecha 9 de octubre de 1985 por el que reconocía que el inmueble pertenecía por mitad a su esposo, como reiteró al formular ante Notario propuesta unilateral de convenio de separación en fecha 13 de mayo de 1986.

El segundo de los motivos articulados denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 1206 del Código Civil, alegando la parte recurrente que tal vulneración se ha producido al conceder la sentencia validez al documento de fecha 9 de octubre de 1985 suscrito unilateralmente por la demandada concediendo la participación del 50% en el piso a don Ernesto, sin tener en cuenta la Audiencia, según sostiene la recurrente, que la obligación contraída en dicho documento se había extinguido al formularse la propuesta de convenio regulador de fecha 13 de mayo de 1986, que la modifica y sustituye.

El motivo ha de perecer porque se funda en una norma que nada tiene que ver con lo ahora discutido, ya que el artículo 1206 del Código Civil se refiere a la novación por sustitución del deudor y regula los supuestos de insolvencia del nuevo deudor que hubiere sido aceptado por el acreedor; sin que pueda sostenerse la existencia de novación

cuando, como en el caso, no se trata de obligaciones bilaterales sino del reconocimiento de la existencia de un bien ganancial por parte de la esposa que, después, es reiterado en su propuesta de convenio regulador, supuesto en que no cabe hablar de novación alguna cuando además, como resulta notorio, no se adapta a ninguno de los supuesto de novación de las obligaciones que señala el Código Civil en su artículo 1203, que se refieren al cambio de objeto o de condiciones de la obligación, sustitución de la persona del deudor o subrogación de un tercero en los derechos del acreedor.

En el tercero de los motivos del recurso, se afirma que se ha infringido el artículo 90 del Código Civil al reconocerse validez a la propuesta de convenio regulador de separación de fecha 13 de mayo de 1986, pese a que no fue ratificada por el esposo demandante ante el Juzgado que conoció del proceso matrimonial.

Sin embargo, la Audiencia no reconoce validez ni carácter vinculante para las partes a la propuesta de convenio regulador referida, sino que tiene en cuenta que en el mismo, formulado por la esposa hoy recurrente, se insistía en el carácter común de la vivienda y en la obligación que la misma asumía de que, en caso de venderse, habría de entregar la mitad del precio obtenido al actor previa deducción de la mitad de una serie de gastos asumidos por la parte vendedora –lo que resulta lógico con independencia de que se hubiera o no reflejado en la propuesta de convenio– y de las cantidades que el actor adeudara por pensiones alimenticias. Lo sucedido en el caso presente es que el propio demandante al reclamar su derecho a percibir la mitad del precio obtenido por la venta acepta que del mismo se detraigan las referidas cantidades, por lo que así lo aceptó la Audiencia respetando el principio dispositivo propio del proceso civil; sin que ello, se reitera, supusiera reconocer eficacia vinculante al convenio que, por otra parte, según jurisprudencia de esta Sala presenta carácter de negocio de Derecho de Familia capaz de generar ciertos efectos aunque no haya sido objeto finalmente de aprobación judicial (Sentencias de 22 de abril y 19 de diciembre de 1997 y 21 de diciembre de 1998, entre otras). Por ello, el motivo ha de ser desestimado.

El cuarto motivo del recurso denuncia como infringido el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por incongruencia derivada de falta de pronunciamiento, ya que, según razona la parte recurrente, la sentencia no resuelve sobre

la alegada existencia de deudas del esposo debidamente acreditadas y que una vez deducidas del 50% del valor de la vivienda, habrían dado lugar a la desestimación de la demanda.

En primer lugar, la Sentencia de esta Sala de 18 de septiembre de 2003, como muchas otras, pudiéndose citar en tal sentido las de 9 julio y 22 septiembre 2004, señala que «no puede aducirse la vulneración de un precepto procesal, como es el artículo 359 LEC por el cauce del núm. 4.º del artículo 1692 LEC, sino por el núm. 3.º de dicho precepto y así lo ha señalado la Sentencia de 11 de abril de 1990, al referirse que el recurso de casación por infracción de Ley sólo puede fundamentarse en normas de derecho sustantivo y material y no adjetivo y formal y las normas procesales, según constante doctrina jurisprudencial, carecen de idoneidad para servir de base a un recurso de casación por infracción de Ley, al no determinar vicio *in iudicando* –sentencias de 7 de mayo y 12 de diciembre de 1991, 6 de abril de 1992 y 6 de febrero de 1996–».

En todo caso, el motivo carece de razón y ha de ser desestimado ya que la sentencia no omite el pronunciamiento exigido por la pretensión de la contestación a la demanda a efectos de que se tengan en cuenta los gastos de la compraventa y débitos del actor por alimentos que, en todo caso, han de computarse y detraerse de la cantidad que finalmente se declara como debida por la demandada por razón del precio obtenido con la venta del bien perteneciente a la comunidad, sino que lo que hace la sentencia es dejar para el trámite de ejecución la determinación de tales cantidades que efectivamente se compensarán con el principal objeto de la condena, de modo que, si son superiores, determinarán que el actor no haya de percibir cantidad alguna.

Además, como recuerda la Sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 2005, entre otras muchas, «es facultad discrecional de los tribunales deferir para ejecución de sentencia las determinaciones de la cuantía o saldos de liquidaciones a practicar por las partes (Sentencia de 14 de julio de 1988), y en consecuencia la decisión del juez no está sometida al control de casación (Sentencia de 19 de noviembre de 1974)».

Por ello también ha de ser rechazado este motivo cuarto.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Adición a la liquidación de la sociedad de gananciales de los bienes y cargas que no se incluyeron en la misma, sin que pueda presumirse que el uso de determinados bienes con el consentimiento del otro implican un acceso a la propiedad respecto a los mismos que modifique su carácter ganancial. Igualmente procede la inclusión de parte del saldo de una cuenta bancaria cancelada antes de la disolución y del importe de los vencimientos del préstamo hipotecario que gravaba un inmueble que aparecía libre de cargas.

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

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Montserrat interpuso contra su ex esposo don Sebastián demanda sobre liquidación de sociedad de gananciales, solicitando que a tenor de los bienes gananciales que se demostrasen no fueron liquidados en su momento, se dictase sentencia por la que se acordase la liquidación del resto de bienes gananciales existentes y no liquidados en fecha 6 de abril de 1992, con imposición de costas a la parte demandada. La demanda se basaba en que la sociedad de gananciales existente entre los ex cónyuges fue disuelta y liquidada en aquella fecha, en convenio regulador de la separación y en escritura pública complementada por documento privado. El matrimonio se separó legalmente mediante sentencia, a la que siguió otra de disolución por divorcio el 19 de julio de 1995. Con posterioridad a la separación, dice la demanda que doña Montserrat tuvo conocimiento de la existencia de bienes gananciales que no se dividieron en su momento, de cargas que afectaban a los bienes que ella se había adjudicado, y de dinero ganancial.
- ⊙ 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 «desestimando íntegramente la demanda, absolviéndole de todos sus pedimentos, y alternativamente, se desestimase igualmente por compensación de créditos, condenando en ambos casos a la actora al pago de las costas causadas, formulando a su vez reconvencción.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Elche dictó Sentencia el 19 de julio de 1997 estimando la demanda y desestimando la reconvencción formulada por aquél declaró la liquidación de bienes gananciales existentes y no liquidados en fecha 6 de abril de 1992 que constan en el fundamento jurídico segundo y en forma descrita, procediéndose a su valoración y adjudicación en ejecución de sentencia, condenando al demandado-reconviniente a las costas de esta instancia.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 29 de julio de 1999 desestimando el recurso interpuesto por don Sebastián.
- ⊙ Don Sebastián interpuso recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo: a) En cuanto a la demanda principal: 1.º Se mantiene la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, excepto en cuanto a la suma que, como crédito a favor de la actora se incluirá en el pasivo de la sociedad de gananciales, referente a los pagos del crédito hipotecario que canceló, cuyo monto total se concretará en ejecución de sentencia. 2.º La cantidad a incluir en el activo es la de 18.124.004 pesetas, con deducción de los 4.000.000 de pesetas recibidas por la actora en la anterior liquidación. 3.º Se confirma en todo lo que no contradiga lo expuesto en el apartado anterior. 4.º

Sin condena en las costas de la primera instancia y apelación a ninguna de las partes. B) En cuanto a la demanda reconvenzional: 1.º Se estima la pretensión del demandado-reconviniendo de que se incluyan en el pasivo de la sociedad los gastos de conservación y reparación de la motocicleta y embarcación de recreo gananciales. 2.º Se desestima la pretensión relativa a la compensación de créditos, pues la deudora o acreedora, según los casos, será la sociedad de gananciales, no un titular contra otro.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo se acusa infracción de los artículos 460.4 y 464 del Código Civil, y se refiere a la motocicleta y embarcación de recreo que fueron adquiridas durante la vigencia de la sociedad de gananciales. La sentencia recurrida determinó que ambos objetos forman parte del activo de la sociedad de gananciales. En contra, el recurrente sostiene que a él le pertenece la propiedad por haberlo consentido la actora, que deduce conocía su existencia, según confesó judicialmente, desde 1990, y que permitió que fuera el recurrente quien los usara.

El motivo se desestima porque la cuestión litigiosa no consiste en la reivindicación de unos bienes muebles ni en su propiedad y posesión, sino en la división de un patrimonio ganancial en la parte que no lo fue en la escritura de 1992. En ellos se incluyen la motocicleta y la embarcación. El que entonces no lo fuesen, sabiendo desde 1990 su existencia, no significa que la propiedad la haya adquirido el recurrente. La propiedad exclusiva de un bien que está en comunidad es derivación sólo de la partición (artículo 1068 CC). Además, lo normal y obvio es que si se hubiera querido que la motocicleta y la embarcación fueran del recurrente, se le hubiese hecho una adjudicación particional de los mismos, pero no operar como si esos bienes no existiesen jurídicamente, en contra de las reglas legales que califican su ganancialidad. El consentimiento para el uso de los bienes no equivale a que el recurrente los haya adquirido a título de dueño, mientras no se demuestre que existen actos de los cuales pueda concluirse que cambió el título de su posesión, pasando a poseer como dueño. La valoración probatoria de la instancia no es ésta: los bienes no cambiaron su condición de gananciales, sólo existió un uso consentido por la actora a que los utilizase el recurrente. Por otra parte, aquellos bienes estaban en coposesión (artículo 445 CC), que no prohíbe que los comuneros acuerden lo que estimen conveniente para su uso o goce (artículo 398 CC).

En el segundo motivo se acusa error de derecho en la apreciación de la prueba, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre la eficacia de los documentos privados, recogida en las sentencias de esta Sala que cita. La acusación se fundamenta en que la actora, en la liquidación de la sociedad de gananciales, se le adjudicó la finca registral NÚM000 del Registro de la Propiedad de Santa Pola, como libre de cargas y gravámenes, resultando que estaba afecta a dos préstamos hipotecarios sin satisfacer por completo. La sentencia recurrida declara que en el pasivo de la sociedad debe figurar la cantidad de 1.680.192 pesetas, que fue lo gastado por la actora en levantar la carga. El recurrente ha presentado durante el trámite de la apelación documentos bancarios de los que se deduce la inexactitud de esa cifra, que ascendería a 640.350 pesetas, por haber pagado su padre recibos de las hipotecas, documentos que se le han admitido como prueba documental.

El motivo se estima porque el error padecido por la Audiencia, y antes por el Juzgado, es notorio, patente e indubitado. Los documentos en cuestión, que obran en el rollo de apelación por decisión de la Sala sentenciadora de la Audiencia, acreditan sin ninguna duda de que don Sebastián pagó numerosos recibos de las hipotecas, por lo que mal se puede decir que fueron canceladas por la actora al haber pagado las mismas. Todo ello en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las consecuencias del error patente (STC 55/2001, de 26 de febrero).

En otro motivo se acusa infracción del artículo 1249 en relación con los artículos 1218 y 1225, ambos del Código Civil. Se relaciona con las declaraciones de la sentencia de primera instancia sobre la adquisición de dos fincas por el recurrente. Dice al efecto el fundamento de derecho segundo: «igualmente a través de la documental aportada con la demanda y solicitada en período probatorio, consta que el demandado adquirió con fecha 19 de octubre de 1992 la finca registral número 28.853

por la cantidad de 5.300.000 y con fecha 10 de mayo de 1993 la finca registral número 47.084 mediante subasta pública por importe de 16.251.000 pesetas, lo que significa que el demandado en fechas muy próximas a la de liquidación de gananciales disponía de dinero en efectivo que presumiblemente era de carácter ganancial, al no haber acreditado el mismo el origen de las cantidades invertidas en dichos bienes».

El recurrente niega que el dinero fuese ganancial, y afirma que se adquirieron dinero privativo suyo, alegando su solvencia económica que se demuestra por la imposición bancaria de la cantidad de 16.000.000 pesetas, además del importante patrimonio puesto de relieve en la liquidación de la sociedad.

El motivo se desestima pues el artículo 1249 sólo puede considerarse infringido cuando se yerre en el establecimiento del hecho o hechos que son bases de la presunción, y el motivo no impugna esto, sino la consecuencia que se extrae de los mismos (que el dinero era presumiblemente activo de la sociedad de gananciales que no se llevó a la liquidación).

En el motivo quinto se alega la infracción del artículo 1253 del Código Civil. Es una repetición del anterior, aunque ahora articulado de un modo correcto.

Las conclusiones obtenidas por la instancia de los hechos allí consignados son lógicas y en modo alguno arbitrarias, pues bien fácil le hubiera sido al recurrente la prueba de que el dinero empleado en las adquisiciones nada tenía que ver con la sociedad de gananciales, si efectivamente ello era así. Por otra parte, la imposición bancaria que tanto recalca en prueba de su solvencia económica se hizo antes de la disolución de gananciales en 1991, era por tanto un dinero perteneciente a la sociedad, al no haberse ni siquiera intentado probar que era privativo suyo. En fin, hay que considerar también, en pro de la racionalidad de la conclusión a que llega la sentencia, que el saldo de la cuenta (Banco de Alicante, Ag. urb. 2) fue cancelada por el recurrente antes del 6 de abril de 1992, sin que la instancia dé por probado a qué se debió, sólo que no aparece en el activo de la liquidación llevada a cabo en dicha fecha.

El motivo sexto sostiene la infracción del artículo 359 de dicha Ley y de la jurisprudencia civil y constitucional que se contiene en las sentencias que cita, prohibitiva de la *reformatio in peius*.

Se fundamenta el motivo en que la sentencia recurrida consideró que en el activo de la sociedad de gananciales debía figurar la suma de 18.124.004 pesetas, importe del saldo de una cuenta corriente existente en el Banco de Alicante el 9 de noviembre de 1991, y que se canceló al liquidarse la sociedad en 1992 sin explicación satisfactoria sobre el destino del dinero. Sin embargo, la sentencia de primera instancia ordenaba que de las 18.124.004 pesetas debía deducirse la cantidad de 4.000.000 de pesetas percibidas por la actora en la liquidación anterior, y la diferencia era la que se integraría en el activo social. Esta sentencia fue íntegramente confirmada por la de apelación, y fue apelada sólo por el recurrente, por lo que la actora se aquietó y ahora es favorecida con la que se recurre en perjuicio del que apeló.

Por todo ello el motivo se estima.

La estimación de los motivos segundo y sexto del recurso conducen a la casación y anulación parcial de la sentencia recurrida, y a resolver lo que proceda según los términos planteados (artículo 1715 LEC). En el haber de la sociedad de gananciales en liquidación han de incluirse los gastos de conservación y reparación de la motocicleta y embarcaciones de recreo gananciales, por imperativo del artículo 1362.2.^a del Código Civil. Las cantidades efectivamente satisfechas por la actora para cancelar las hipotecas, se han de incluir también en el pasivo de la sociedad, por el monto que se determine en la ejecución de sentencia. La cantidad a incluir en el activo es la de 18.128.004 de pesetas, con deducción de los 4.000.000 de pesetas recibidas por la actora en la anterior liquidación. No es admisible la pretensión reconventional del demandado de compensación de créditos, porque la acreedora o deudora es la sociedad de gananciales, no uno de sus titulares frente al otro. Falta, por tanto, el requisito exigido por el artículo 1186 del Código Civil para que se produzca la compensación («por derecho propio»).

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

A pesar de que los cónyuges pactaron en el convenio regulador en el que liquidaron la sociedad de gananciales que se procedería a la venta conjunta de la vivienda ganancial por el precio mínimo que fijaron, no pudiendo realizarse ante la oposición del ex esposo es perfectamente procedente la acción de división de cosa común ejercida por la ex esposa.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

- ◉ Doña María Luisa y don Luis Ángel adquirieron durante la vigencia de su matrimonio y para su sociedad de gananciales el siguiente inmueble: «Vivienda sita en la [...] núm. NÚM000, planta NÚM001 letra I de Las Palmas de Gran Canaria, descrita en la escritura pública de compraventa como la número veintiocho-diez: vivienda izquierda en la planta quinta del inmueble denominado Torre A con frontis a la [...], construida sobre parte del solar letra E del plan parcial de ordenación de la nueva Avenida Marítima del Norte. La vivienda ocupa ciento cincuenta metros veintidós decímetros cuadrados de superficie». Se halla inscrita en el Registro de la Propiedad núm. NÚM001 de esta ciudad, al folio NÚM002 del libro NÚM003 de la sección NÚM004, finca NÚM005, inscripción NÚM006, tomo NÚM007.
- ◉ Al finalizar la convivencia, ambas partes suscribieron el 24 de mayo de 1990 propuesta de convenio regulador; convenio que fue aprobado por sentencia de separación matrimonial de 29 de junio siguiente, siendo posteriormente ratificado por la sentencia de divorcio de 21 de enero de 1993.
- ◉ En la estipulación cuarta, apartado a), ambos cónyuges acordaron proceder a la venta de la vivienda por un precio mínimo de veinticinco millones de pesetas, importe que sería distribuido por mitad, una vez descontado el crédito hipotecario que gravaba el inmueble, de modo que hasta que no se llevara a efecto la venta ambos abonarían por mitad las amortizaciones correspondientes.
- ◉ En la estipulación quinta se acordó que hasta tanto se procediera a la venta de la vivienda, el Sr. Luis Ángel tendría en ésta su domicilio, obligándose a desalojarla en el plazo máximo de quince días una vez fuese requerido por la Sra. María Luisa para formalizar la compraventa.
- ◉ En enero de 1992, la Sra. María Luisa requirió notarialmente a su esposo para que en el plazo de quince días desalojara la vivienda y otorgara escritura pública de venta a su favor ofreciendo la compra de su parte por 12.500.000 pesetas, sin que a dicho requerimiento contestara el Sr. Luis Ángel.
- ◉ En marzo de 1994 la actora requirió nuevamente al demandado por vía notarial manifestando la existencia de un comprador dispuesto a adquirir la vivienda en las condiciones estipuladas. El Sr. Luis Ángel contestó al requerimiento aceptándolo pero exigiendo una reunión previa para liquidar cuentas con la esposa y que el comprador le hiciera entrega de un millón de pesetas en concepto de arras penitenciales. Llegado el día 24 de marzo previsto para formalizar la escritura de compraventa, se presentó en la notaría tanto el demandado, como la actora y el comprador, que presentó cheques bancarios, si bien, requerido el demandado para que hiciera entrega de las llaves del inmueble no lo hizo, retirándose el comprador de la operación.

⊙ Doña María Luisa interpuso demanda de menor cuantía contra don Luis Ángel solicitando que se dicte sentencia por la que se acuerde: a) Ordenar que la vivienda sita en ... se venda en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, dividiendo el precio que se obtenga por partes iguales entre los dos copropietarios; b) Condenar al demandado a que indemnice a mi mandante a pagar la diferencia que haya entre la cuantía que le corresponda a ésta como consecuencia de la venta de la vivienda en pública subasta y la cuantía de 10.552.750 pesetas que hubiese percibido de haberse formalizado la compraventa el pasado día 24 de marzo; c) Condenar al demandado al pago de los intereses legales del dinero de la cantidad de 10.552.750 pesetas desde la interposición de la presente demanda; d) Condenar al demandado en costas; e) Retener en depósito en la cuenta del Juzgado la parte que le corresponda al demandado recibir por la venta en pública subasta de la vivienda, a fin de que cuando en ejecución de sentencia se determine la cantidad que le corresponde a la actora recibir de indemnización por daños y perjuicios y de intereses, y se tasen los honorarios de abogado y procurador, se detraigan estos importes de la cuantía depositada, haciéndose entrega de éstos a la Sra. María Luisa y del sobrante al Sr. Luis Ángel. Si aún así no fuera la cuantía depositada suficiente para detraer de ésta los importes por los anteriores conceptos, condenar al demandado a que pague a la actora la diferencia.

⊙ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de don Luis Ángel contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que «... se dicte sentencia por la que, estimando las excepciones opuestas, no se entre a conocer del fondo del asunto y, en su caso, se desestimen íntegramente las peticiones formuladas en la demanda que contesto, absolviendo de ellas a mi representado. Con expresa imposición de costas a la parte actora por su evidente temeridad y mala fe...» Al tiempo formuló demanda reconvenicional y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado que «... se abone al actor las cantidades reclamadas en los hechos segundo, cuarto, quinto, sexto y séptimo de la misma; los intereses de demora que se referencian en el hecho tercero de esta demanda; los intereses legales, que se reclaman en el hecho sexto, devengados por la cantidad de 12.500.000 pesetas desde enero de 1992 hasta la fecha en que sea efectivo el importe de la cantidad principal y se le condene además en las COSTAS de esta demanda reconvenicional.»

⊙ Dado traslado de la reconvenición a la parte actora, por la representación de la misma se contestó alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes para concluir solicitando que, en definitiva se tenga «... por contestada la reconvenición formulada de contrario en tiempo y forma y en base a nuestras alegaciones acordar en la sentencia no haber lugar a dicha reconvenición, siguiéndose ahora con los trámites procesales pertinentes.»

⊙ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 4 de las Palmas dictó Sentencia el 27 de mayo de 1997 cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Estimo parcialmente la demanda formulada por doña María Luisa contra don Luis Ángel y, en consecuencia, acuerdo: a) la venta en pública subasta de la vivienda sita en la C/ [...], NÚM000-NÚM001 de esta Ciudad, a que se contrae la presente litis, con admisión de licitadores extraños, dividiéndose el precio que se obtenga por partes iguales entre los dos copropietarios, actora y demandado, lo cual se llevará a cabo en ejecución de sentencia; b) condeno al demandado don Luis Ángel a que indemnice a la actora en la diferencia que haya entre la cuantía que le corresponda a ésta como consecuencia de la venta de la vivienda en pública subasta y la cuantía de 10.552.750 pesetas que hubiese percibido de haberse formalizado el contrato de compraventa el 24 de marzo de 1994; -c) condeno al demandado don Luis Ángel al pago de los intereses legales del dinero de la cantidad de 10.552.750 pesetas desde la interposición de la demanda. Desestimo la reconvenición formulada por don Luis Ángel contra doña María Luisa, a la que absuelvo de las pretensiones del demandado reconveniente. Sin expresa mención en cuanto a las costas de la demanda principal. Se imponen las costas de la reconvenición al demandado reconveniente, don Luis Ángel.»

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Las Palmas dictó Sentencia el 28 de julio de 1999 desestimando el recurso formulado por don Luis Ángel.
- ⊙ Don Luis Ángel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado los motivos de estricta técnica casacional y centrándonos en los que afectan directamente al derecho de familia, en el primero de los motivos se denuncia la falta de competencia objetiva del Juzgado de 1.^a Instancia por la vía del núm. 2 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil precedente, mientras que el tercero considera infringido, con amparo en el ordinal cuarto del mismo artículo, el 238.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial pues, según la parte recurrente, la Audiencia debió declarar la nulidad de lo actuado por el juzgado incompetente. Se sostiene que la competencia para conocer del asunto venía atribuida a los Juzgados de Familia por tratarse de la liquidación de la sociedad de gananciales posterior a su disolución por separación decretada judicialmente. Tal afirmación ha de ser negada por dos razones: en primer lugar, porque no se trata aquí de una alteración de lo pactado en las medidas acordadas en convenio ni de la propia liquidación de la sociedad conyugal, pues lo acordado por las partes fue proceder privadamente a la venta del inmueble si se obtenía determinado precio por él, para lo que resultaba necesario el concurso de un tercero, sin que en consecuencia se tratara de un acuerdo directamente ejecutable. El hecho de que las partes, en un plazo ya dilatado, no hayan podido obtener su propósito de venta en determinadas condiciones faculta a cualquiera de ellas para el ejercicio de la acción de división de cosa común (artículo 400 del Código Civil) para lo cual la competencia viene atribuida a los Juzgados de Primera Instancia; y en segundo lugar, en el proceso no sólo se ejerce la acción de división sino, además, otra de indemnización de daños y perjuicios cuyo conocimiento desde luego no habría de corresponder a los Juzgados de Familia dada la exclusividad de competencia sobre las materias que le han sido especialmente atribuidas (Sentencias de esta Sala de 8 de marzo de 1993 y 24 de junio de 2004, entre otras).

Se denuncia igualmente en el motivo segundo (artículo 1692.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la inadecuación de procedimiento por entender la parte recurrente que el correcto sería el que se ha de seguir ante los Juzgados de Familia por la vía

prevista en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, fundamentándola únicamente en la modificación de medidas por alteración sustancial de las circunstancias; tesis rechazable por lo ya razonado, además de que la modificación de medidas por alteración de circunstancias difícilmente puede referirse a lo acordado sobre la liquidación de la sociedad de gananciales y en particular sobre el destino de determinado bien que la integra pues el convenio de liquidación ganancial, dada su naturaleza, no podría ser alterado sin la voluntad conjunta de los que integraron la sociedad.

El noveno de los motivos del recurso denuncia, por la vía del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 392 del Código Civil, en tanto que dicha norma dispone que la comunidad de bienes se regirá por las prescripciones del Código Civil sólo a falta de contratos o de disposiciones especiales, sosteniendo la parte recurrente que en el caso existía un contrato entre las partes que excluía la aplicación de las normas legales sobre división de cosa común. Efectivamente las partes convinieron en realizar la venta del inmueble privadamente y a partir de un precio mínimo, pero una vez que ello no se ha conseguido, como claramente queda demostrado mediante la prueba practicada, por razón además de depender de un tercero (comprador), no puede descartarse la posibilidad de que cualquiera de los interesados inste la aplicación de las normas legales del Código Civil sobre división de cosa común, como así ha sucedido, pues lo contrario crearía además una situación injustamente beneficiosa para la parte que ostenta la posesión y disfrute de la vivienda, en este caso el demandado.

En consecuencia ha de ser rechazado este motivo noveno, al igual que el décimo que, con iguales razonamientos, viene a sostener la indebida aplicación de los artículos 400 y 404 del Código Civil dada la existencia del citado pacto entre los cónyuges e incluso el convenio entre los condueños para que se adjudicara la vivienda a uno indemnizando al otro, lo que en forma alguna puede aceptarse como cierto a la vista de la prueba practicada.

Mediante los motivos duodécimo, decimocuarto, decimoquinto y decimosexto, siempre al amparo

del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 1101 del Código Civil, sobre el incumplimiento de la obligación de desalojo de la vivienda por el demandado, 1281, sobre la interpretación de la cláusula quinta del convenio que preveía tal desalojo, 1284, sobre la misma interpretación, y 1256, en cuanto prohíbe que la validez y el cumplimiento de los contratos pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, con cita de doctrina jurisprudencial de la que precisamente se ha de desprender lo contrario de lo pretendido por el recurrente.

Establecida en la cláusula cuarta del convenio matrimonial celebrado en 1990 la voluntad conjunta de las partes de poner en venta la vivienda ganancial por un precio no inferior a 25.000.000 de pesetas, la cláusula quinta contempló una situación meramente transitoria en virtud de la cual el esposo demandado quedaba en la posesión de la referida vivienda con la sola obligación de satisfacer los gastos corrientes de la misma; estipulación que claramente beneficiaba al esposo y que, sin duda, por voluntad de las partes se establecía en atención a que el plazo de ocupación sería breve. Pues bien, en el año 1992 la esposa le requirió de desalojo a fin de comprarle la mitad que le pertenecía satisfaciéndole la mitad del precio mínimo previsto (12.500.000 pesetas); propuesta que no obtuvo respuesta alguna del demandado y es dos años después, en marzo de 1994 —cuando el esposo ya ocupaba en exclusiva la vivienda común durante cuatro años— el momento en que se le hace un nuevo requerimiento de desalojo por la existencia de un comprador, a lo que se opone el demandado si no obtiene previamente la cantidad de un millón de pesetas en concepto de arras penitenciales. De ahí que la intención de los contratantes, como elemento esencial de interpretación previsto en el artículo 1281 del Código Civil, y la producción de efectos a que se refiere el artículo 1284, llevan a determinar que se trataba para el esposo de una obligación exigible con especial rigurosidad, dada la situación de claro beneficio que mantenía, y que no resultaba posible al mismo poner condiciones no previstas para el cumplimiento de dicha obligación. Por ello la conclusión obtenida por la Audiencia, al igual que ya había establecido el Juzgado, de que existió un incumplimiento por parte del esposo que genera responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 1101 del Código Civil consistente en el pago de la diferencia del menor valor que por la venta del inmueble pudiese obtenerse en la actualidad y los intereses correspondientes de la cantidad resultante, respecto de la que en su momento pudo obtenerse si tal cumplimiento se hubiera hecho

efectivo, no infringe ninguna de las citadas normas y los referidos motivos han de ser desestimados.

El motivo decimoséptimo, amparado en el artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1124 del Código Civil sobre la resolución de las obligaciones recíprocas en cuanto a la desestimación de la reconvencción formulada para exigir de la actora el pago de determinadas cantidades referidas a la vivienda (186.252 pesetas por mensualidades del crédito hipotecario que existía sobre ella, los intereses de demora de tal cantidad; 72.496 pesetas por impuesto de bienes inmuebles y 11.282 pesetas por primas de seguro).

Es cierto que la sentencia de primera instancia, con argumentos íntegramente acogidos en apelación, cita como apoyo de tal solución el artículo 1124 del Código Civil, pero la verdadera *ratio decidendi* es distinta. Así se razona que «ha sido la propia conducta del demandado la que ha impedido llevar a cabo la compraventa, habiendo estado disfrutando del bien durante todo el tiempo transcurrido desde el convenio regulador, en aras de un equilibrio y a fin de evitar un enriquecimiento injusto por parte del demandado en cuanto que estaría disfrutando un bien totalmente sin que la actora haya percibido merced alguna por ello». Son razones de equidad y de evitación del enriquecimiento injusto las que llevarán a desestimar tales pretensiones reconventionales.

Enlaza con ello la formulación del motivo vigésimo segundo que, con el mismo amparo procesal, denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto al estimarla mal aplicada, pues la jurisprudencia exige inexistencia de causa (Sentencia de 12 enero 1943) y lo excluyen cuando existe un convenio válido entre las partes (Sentencias de 24 mayo 1979 y 16 diciembre 1959). Pero no puede olvidarse que, en primer lugar, el convenio se estableció en contemplación de un espacio breve en que habría de procederse a la venta de la vivienda, sin que entonces pudiese preverse una ocupación tan prolongada y, en segundo lugar, el enriquecimiento injusto no se sitúa exactamente en la ocupación, pues no se solicita indemnización por ella, sino en el hecho de que con tal situación de hecho tan beneficiosa para el demandado y perjudicial para la actora, aquél hubiese de percibir además de ella las cantidades que le reclama.

Por ello el motivo ha de ser rechazado.

RENDA VITALICIA

En base a lo pactado en el contrato de renta vitalicia, se reconoce legitimación a un hermano para reclamar frente al otro el cumplimiento de la obligación en relación a la madre de ambos. En cambio, se desestima la petición de reclamación de gastos generados por atención domiciliaria y médica ya sufragados por un hermano, dado que la madre posee bienes suficientes para atender estos pagos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2006

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Estefanía interpuso demanda de menor cuantía contra su hermano don Juan Ignacio solicitando que se dictase sentencia por la que: 1) Declare que como consecuencia de la validez y eficacia de los documentos privados otorgados los días 5 de marzo de 1977 y 12 de febrero de 1980, y como consecuencia de la Sentencia dictada el 17 de noviembre de 1990 por el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife don Juan Ignacio viene obligado a pagar trimestralmente a su hermana la suma de 68.750 pesetas, resultado de dividir por cuatro trimestres la suma de 275.000 pesetas, que es el interés anual pactado. Teniendo en cuenta que el último ingreso que realiza don Juan Ignacio es de enero de 1993 y que doña Diana pasó a vivir con mi representada en mayo de 1993 don Juan Ignacio adeuda a mi representada la cantidad de 22.916 pesetas correspondiente al mes de abril del mismo año. 2) Declare la validez y eficacia del documento privado otorgado el 12 de febrero de 1980 en virtud del cual mi representada y don Juan Ignacio pactaron en favor de doña Diana una pensión vitalicia por la cuantía de cien mil pesetas mensuales, a razón de cincuenta mil pesetas cada uno de ellos, actualizada anualmente con el Índice de Precios al Consumo. 3) Declare que como consecuencia del convenio anterior don Juan Ignacio queda obligado al pago de la suma de 4.650.750 pesetas a razón de cincuenta mil pesetas mensuales desde el tiempo transcurrido desde el último pago hasta la interposición de la demanda, más el incremento del IPC. 4) Declare igualmente que dado que la causa del contrato de fecha 12 de febrero de 1980 ya no es posible, por residir la madre en la vivienda de la hija, se libere a mi representada doña Estefanía de la obligación de seguir manteniendo la vivienda para su madre. 5) Declare también, en relación con el contrato de 12 de febrero de 1980, que teniendo en cuenta que doña Diana desde mayo de 1993 tuvo que abandonar la vivienda para irse a vivir con doña Estefanía y que la actora no ha podido utilizar, ni alquilar la vivienda por estar sometida a la obligación de conservarla para su madre, se fije una cantidad indemnizatoria para mi representada, a sufragar por el demandado, por el tiempo que ha estado la vivienda sin poder utilizarse, lo que se determinará en ejecución de sentencia. 6) Declare que don Juan Ignacio viene obligado a pagar a su hermana doña Estefanía la suma de 5.187.076 pesetas que corresponde a la mitad de los gastos generados por los cuidados de atención domiciliaria, enfermeras, gastos médicos y de medicamentos que su madre doña Diana ha necesitado desde abril de 1993 a enero de 1996. 7) Declare, finalmente, que el demandado don Juan Ignacio viene obligado a pagar a su hermana la actora doña Estefanía, desde el mes de febrero de 1996, en adelante, la cantidad que el Juzgado señale, atendidas las nuevas circunstancias por la que pasa la madre de los intervinientes en este proceso, en suma a determinar en el curso de este proceso, a la vista de los gastos mensuales constantes que se vienen produciendo, desde 1993 a la fecha, y que en principio, dicha contribución, no debe ser inferior a la doscientas cincuenta mil pesetas mensuales, a pagar por el demandado, por ser el gasto medio mensual de quinientas mil pesetas. 8) Condene al demandado a estar y pasar por

tales declaraciones, pagando las cantidades que se señalen e imponiéndole las costas del proceso caso de oponerse a la demanda.

⊙ Don Juan Ignacio, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia por la que acogiendo las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva y de cosa juzgada invocadas y las demás excepciones de fondo opuestas, se desestime la demanda y se absuelva de la misma a mi representado, con expresa imposición de las costas procesales a la demandante.

⊙ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 10 de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia el fecha 25 de noviembre de 1997, con desestimación de las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva alegadas y estimando parcialmente la demanda declaró la validez y eficacia del documento privado otorgado el 12 de febrero de 1980 en virtud del cual las partes pactaron a favor de doña Diana, una pensión vitalicia por la cuantía de cien mil pesetas, a razón de cincuenta mil pesetas cada uno de ellos, actualizada anualmente con el IPC, asimismo debo declarar y declaro que como consecuencia del anterior convenio don Juan Ignacio queda obligado al pago de la suma de dos millones de pesetas, a razón de cincuenta mil pesetas mensuales desde el tiempo transcurrido desde el último pago hasta la interposición de la demanda, más el incremento del IPC y que asimismo viene obligado a pagar a la parte actora la suma de 4.694.576 pesetas, debiendo descontarse de esta cantidad 1.750.000 pesetas, más el IPC por los gastos generados por los cuidados de atención domiciliaria, enfermeras, gastos médicos y de medicamentos que doña Diana ha necesitado desde abril de 1993 a enero de 1995, y debo declarar y declaro que el demandado viene obligado a abonar desde el mes de febrero de 1996 de febrero de 1996 la mitad de los gastos mensuales para los cuidados de la madre, a determinar en ejecución de sentencia, previa justificación pormenorizada de todos y cada uno de los gastos que se produzcan. Por auto de aclaración de fecha 25 de noviembre de 1997 se acordó: «aclarar la Sentencia de fecha 25 de noviembre de 1997, en el sentido de que la suma de dos millones de pesetas, a razón de cincuenta mil pesetas (50.000 pesetas) mensuales desde el tiempo transcurrido desde el último pago hasta la interposición de la demanda, más el incremento del IPC deberá abonársela el demandado a la parte actora, y en cuanto a las cantidades a que viene obligado a abonar desde el mes de febrero de 1996, esto es la mitad de los gastos mensuales para los cuidados de la madre, deberá abonárselos hasta el mes de diciembre de 1996 a la parte actora y a partir de esta fecha, deberá ingresarla en la cuenta de su madre, de la que lleva la administración, para los gastos de aquélla.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.^a, de la AP de Las Palmas dictó Sentencia el 26 de junio de 1999, estimando el recurso interpuesto por don Juan Ignacio, revocó parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado, absolviendo al demandado-apelante de la obligación de efectuar pago alguno a la actora.

⊙ Doña Estefanía interpuso recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo, quien declaró la validez del contrato 12 de febrero de 1980 de renta vitalicia por el que los hermanos litigantes pactaron en favor de doña Diana la renta vitalicia en cuantía de 100.000 pesetas a razón de 50.000 pesetas cada uno, actualizada anualmente con el IPC y que el demandado don Juan Ignacio queda obligado al pago de 2.000.000 de pesetas, a razón de 50.000 pesetas mensuales, ambas en su equivalencia actual en euros, desde el tiempo transcurrido desde el último pago hasta la interposición de la demanda, más el incremento del IPC, que deberá abonar a la demandante, la mencionada recurrente en casación.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

De las múltiples cuestiones contenidas como pedimentos en el suplico de la demanda inicial formulada por doña Estefanía frente a su hermano don Juan Ignacio, en relación con la madre de ambos, doña Diana, tan sólo dos han llegado a casación. El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó una serie de pretensiones y acogió dos; a ello se aquietó aquella demandante y el recurso de apelación fue formulado sólo por el hermano demandado, recurso que fue estimado por la Audiencia Provincial que rechazó los dos pedimentos que habían sido aceptados en primera instancia.

Así, las dos cuestiones que aquí se plantean son:

1) Contrato de renta vitalicia otorgado notarialmente el 12 de febrero de 1980 cuyos deudores de la renta o pagadores son los hermanos litigantes y la perceptora o rentista es la madre de los mismos; en el mismo hay una cláusula, la cuarta, que dice: «La obligación de pago en relación a la pensión podrá ser exigido no sólo por doña Diana a quien incumpliere, sino que se estipula y conviene conceder acción civil y procesal, legitimando a cada uno de ellos para que recíprocamente puedan exigirse el cumplimiento de la mencionada obligación a favor de doña Diana»; la sentencia de la Audiencia Provincial ha desestimado la petición de la hermana, doña Diana frente a su hermano don Juan Ignacio, que dejó de pagar su parte, por razón de entender que carecía de legitimación activa;

2) El pedimento de la demanda relativo a que el hermano demandado le pague la mitad de los gastos generados por los cuidados de atención domiciliaria y médica ya sufragados y los que se produzcan en el futuro, ha sido desestimado por la sentencia objeto de este recurso, por razón de poseer la madre un patrimonio con el que hacer frente a tales gastos.

El recurso de casación lo formula la hermana demandante en la instancia y combate la desestimación de los dos pedimentos que hace la sentencia de la Audiencia Provincial y que sí había acogido la de primera instancia. En el primer motivo se mezclan ambas cuestiones; en el segundo se combate la desestimación de la reclamación del pago de la renta vitalicia por falta de legitimación activa; en el tercero, se discute la desestimación de la reclamación de prestación de alimentos. Los tres últimos motivos, simplemente, carecen de sentido.

En cuanto a la primera de las cuestiones. No cabe entender, como hace la sentencia recurrida, que el pacto que ha sido transcrito se califique («sin duda alguna», dice tal sentencia) como mandato

conferido por la rentista, madre de los herederos litigantes a éstos, sus hijos. No es así: el contrato es de renta vitalicia, no contiene ningún contrato o subcontrato de mandato; en tal cláusula se pacta la atribución a cada uno de los pagadores de la renta –los dos hermanos– de interés legítimo en exigir el cumplimiento al otro, caso de que uno incumpla, cuya ampliación de derecho material se traduce en la ampliación de derecho procesal de la legitimación activa. En el caso presente, negar la legitimación como hace la sentencia recurrida, es tanto como ir contra la previsión que hacen las partes –libre, voluntaria y conscientemente, ante Notario– en el contrato de renta vitalicia.

Aunque no es objeto de discusión la naturaleza de este contrato, la calificación de renta vitalicia es clara, a la vista del precedente documento privado de 5 de marzo de 1977 y de la supuesta donación que dice hacer en la misma fecha de 12 de febrero de 1980 que aquel contrato. La madre transmitió una serie de bienes y derechos, en forma de renuncia de derechos hereditarios y de aparente donación, a favor de sus dos hijos y éstos, en reciprocidad, se obligaron al pago de la pensión o renta vitalicia. El demandado no ha cumplido y la demandante, con legitimación activa, le exige correctamente el cumplimiento.

Pero, aunque se quisiera calificar aquel pacto como mandato que se extinguió por la incapacitación de la madre, supuesta mandante (y por ello, le niega la Audiencia Provincial legitimación activa a la hermana demandante) aplicando el artículo 1732.3.º Código Civil, la sentencia recurrida, de 26 de junio de 1999, olvida que la incapacitación es causa de extinción del mandato según dicha norma, desde que se añadió por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, Disposición Final.18.1, que entró en vigor a los treinta días de publicación en el BOE según la Disposición Final.24, que fue el siguiente día 17; es decir, más tarde del contrato (12 de febrero de 1980) y más tarde de la sentencia de incapacitación, (20 de enero de 1996). Por lo cual, no se podría dar la extinción del mandato.

Por todo lo anterior, debe estimarse el motivo segundo del recurso de casación que ha interpuesto la hermana doña Estefanía, demandante en la instancia. Se ha formulado al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1732.3.º del Código Civil y, efectivamente, según se ha dicho, se ha infringido porque ni se trata de un mandato, ya que no se

dio el concepto de contrato por el cual el mandato se obliga respecto al mandante a realizar un acto jurídico por cuenta de este sino es ampliación de interés legítimo y, por ende, de legitimación activa de los hermanos contratantes; ni tampoco es aplicable la incapacidad como causa de extinción del supuesto mandato.

En cuanto a la segunda de las cuestiones. La calificación del pedimento de la hermana demandante, doña Estefanía, frente a su hermano demandado, don Juan Ignacio de la mitad de los gastos generados por los cuidados de la madre de ambos, doña Diana, es obviada por la sentencia de primera instancia que, simplemente, acoge tal pretensión; pero la de segunda instancia, de la Audiencia Provincial objeto de este recurso, lo califica correctamente de alimentos, según el concepto que se desprende del artículo 142 del Código civil, a cuya prestación están obligados los hijos (artículo 143.2) y, siendo varios, se reparte entre ellos (artículo 145).

Dicha sentencia estima que la alimentista tiene bienes suficientes para procurarse sus cuidados normales de la vida y de la asistencia médica, por lo que deniega tal pretensión, afirmando literal y rotundamente: «al declararse la inexistencia de obligación del demandado de abonar los gastos generados en la atención y el cuidado de la madre, al poseer ésta patrimonio con el que hacer frente a los mismos».

Uno de los presupuestos de la obligación legal de alimentos es la necesidad del alimentista, en el sentido de que el mismo no está en condiciones de proveer por sí mismo a su propia subsistencia. Los artículos 146 y 148 del Código Civil resalta este presupuesto al mencionar expresamente las necesi-

dades y el artículo 152.3º, al incluir entre los casos de extinción la falta de tal necesidad.

Por ello, quien las reclama, ha de probar la desasistencia y la necesidad, tal como destaca la sentencia de esta Sala de 23 de febrero de 2000. Esto es lo ocurrido en el presente caso; la demandante no ha probado –realmente, ni siquiera lo ha alegado– que la madre tuviera derecho a alimentos, por su situación de necesidad, ni ha probado tampoco la proporción que exige el artículo 145, primer párrafo. Simplemente, reclama a su hermano la mitad de los gastos devengados en el pasado y los que se producirán en el futuro, sin prueba alguna de los presupuestos de la obligación legal de alimentos.

Por tanto, debe confirmarse la denegación que hace la sentencia de instancia y desestimar esta pretensión de la demanda. Así, se rechaza el motivo tercero del recurso de casación que, al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la vulneración de los artículos 142 a 153 del Código Civil. En este motivo, la demandante y ahora recurrente acepta, como no podía ser menos, la calificación de su pretensión como obligación legal de alimentos; por otra parte, incurre en el error de citar, como motivo de casación, la infracción de un conjunto de preceptos, no lo que no es correcto, ya que debe concretarse en casación la norma que se estima vulnerada por la sentencia que se recurre.

En definitiva, no se ha infringido ninguna de las normas sobre la obligación legal de alimentos y el motivo se desestima.

SUCESIONES

La circunstancia de que un heredero reciba notificaciones de un procedimiento hipotecario de un bien perteneciente al caudal relicto no implica aceptación de la herencia, ya que para que ello tenga lugar se exigen actos claros y precisos que revelen la voluntad inequívoca de aceptar la herencia y en este caso la actitud de las herederas era pasiva.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Jorge y don Cristóbal interpusieron demanda de menor cuantía contra doña Sonia, doña Yolanda y doña Camila, solicitando que se dictase sentencia condenando a las demandadas a abo-

narles la cantidad de 14.678.350 pesetas, más los intereses del quince por ciento anual desde la fecha de presentación de la demanda, así como a las costas procesales.

⦿ Admitida a trámite la demanda, por la representación de doña Yolanda y doña Camila, se contestó a la misma, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, alegando las excepciones de falta de personalidad de las demandadas y litisconsorcio pasivo necesario, para terminar suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se estimaran las excepciones planteadas, sin entrar al fondo del asunto; y de no estimarse las excepciones, se desestimara la demanda y se absolviera a las demandadas de la misma, con imposición de las costas a la parte actora.

⦿ Doña Sonia, no compareció en las actuaciones ni contestó a la demanda por lo que fue declarada en situación de rebeldía procesal.

⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Ávila dictó Sentencia el 9 de junio de 1997 que desestimó tanto las excepciones de falta de personalidad y litisconsorcio pasivo necesario como la demanda.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 11.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 23 de abril de 1996 estimando parcialmente el recurso interpuesto por don Jorge y don Cristóbal y revocando en parte la sentencia del Juzgado condenó a doña Sonia, a abonar a los actores la cantidad de 4.892.783 pesetas, con el interés del quince por ciento anual desde la presentación de la demanda, y al pago de una tercera parte de las costas de primera instancia de la parte actora; y absolviendo a doña Yolanda y doña Camila de las pretensiones formuladas contra ellas, imponiendo sus costas de primera instancia a la parte actora.

⦿ Don Jorge y don Cristóbal interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se denuncia por los recurrentes la infracción del artículo 999 del Código Civil, en el primero de ellos al disentir de la valoración probatoria realizada en la sentencia por la que la Sala de Apelación llega a la conclusión de que no ha habido aceptación de la herencia por las recurridas, y en el segundo motivo, invocando la vulneración del citado precepto en relación con los artículos 596 y 597 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los artículos 1214, 1253 y 1249 del Código Civil, denunciando la existencia de error en la apreciación de la prueba. El propio planteamiento de ambos motivos evidencia que se está ante el intento de una revisión de los resultados apreciados judicialmente de la prueba, fuera del ámbito casacional que exige el respeto a los hechos que se declaran probados y la evitación de cualquier confusión del recurso de casación con una «tercera instancia» según reiterada y notoria doctrina jurisprudencial.

En materia de aceptación de herencia, la Jurisprudencia de esta Sala ha sido profusa (Sentencias, entre otras, 21 de abril de 1881, 8 de

julio de 1903, 17 de febrero de 1905, 12 de febrero de 1916, 6 de julio de 1920, 23 de abril de 1928, 13 de marzo de 1952, 27 de abril y 23 de mayo de 1955, 31 de diciembre de 1956, 8 de mayo de 1957, 31 de marzo y 4 de julio de 1959, 16 de junio de 1961, 21 de marzo de 1968, 29 de noviembre de 1976, 14 de marzo de 1978, 12 de mayo de 1981, 20 de noviembre de 1991, 24 de noviembre de 1992, 12 de julio y 19 de octubre de 1996, 9 de mayo de 1997, y 20 de enero de 1998), así como la doctrina de la Dirección de los Registros (Resoluciones de 25 de mayo de 1895, 21 de mayo de 1910, 21 de enero de 1993, 10 de diciembre de 1998, y 25 de febrero de 1999), exigiendo unánimemente actos claros y precisos que revelen la voluntad inequívoca de aceptar la herencia. Ha de tratarse de hechos que no tengan otra explicación, pues lo que importa es la significación del acto, en cuanto indica la intención de hacer propia la herencia y no de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para después aceptar. Son especialmente diáfanas en tal sentido las Sentencias de 15 de junio de 1982, 24 de noviembre de 1992 y 12 de julio de 1996.

La sentencia recurrida, en efecto, de conformidad con la de primera instancia en cuanto a las recurridas se refiere, tras señalar que la prueba de que se ha aceptado la herencia corresponde a quien funda la acción en tal hecho, explica en el fundamento de derecho Segundo el porqué considera que las recurridas no han realizado acto alguno que suponga tal aceptación, rechazando que el hecho de recibir notificaciones correspondientes al procedimiento hipotecario 485/97 del Juzgado núm. 1 de Ávila, suponga actuación alguna por parte de aquéllas al ser su actitud pasiva, lo cual responde a la Jurisprudencia de esta Sala anteriormente consignada. Por otro lado, mal se puede conculcar el artículo 1214 del Código Civil invocado, en primer término, si se toma en consideración que el precepto en cuestión, «no contiene regla alguna sobre la valoración de la prueba y sólo tiene eficacia en los supuestos en que falta la prueba y el juzgador hace soportar las consecuencias de tal ausencia sobre la parte no gravada con dicha carga y que no viene por ello obligado a liberarla» (Sentencias de esta Sala de 27 de febrero de 1997 y de 15 de febrero de 1999), que es justamente lo contrario de lo que ocurre en el asunto que examinamos. En cuanto los documentos, a que se refiere la parte, ésta les atribuye determinadas consecuencias desde su particular punto de vista, sustitutivo del criterio del juzgador, no conteniendo ningún hecho incontestable que hubiere de haberse tenido en cuenta como error en la valoración de una norma legal. Por último, en cuanto a la prueba de presunciones, cuya vulneración denuncia (artículos 1249 y 1253 del Código Civil), tampoco puede prosperar por cuanto que el juzgador no ha hecho uso de la prueba de presunciones, ni es asumible, casacionalmente, que el recurrente, a partir

del supuesto hecho base que estima probado, obtenga sus propias conclusiones para tener por probado un hecho consecuencia. Según concorde doctrina jurisprudencial, cuando el juzgador de instancia no hace uso del artículo 1253 para fundamentar su fallo, no puede infringirse dicho precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1988, 7 de julio de 1989, 21 de diciembre de 1990, 17 de julio de 1991 y 22 de mayo de 1999). En consecuencia, perecen ambos motivos.

En los otros motivos se invoca de forma subsidiaria la vulneración del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifican la no imposición de costas ya que a pesar de desestimarse la demanda, alega que las demandadas indujeron a error a la actora, circunstancias que justifican su no imposición a la parte recurrente. No obstante lo expuesto, y al margen de que se trate o no de una cuestión nueva, tanto la sentencia de Primera Instancia como la de la Audiencia, objeto de impugnación, difieren de tal pronunciamiento, aplicando el criterio del vencimiento, el cual ha de ser acogido en casación, por un lado porque la argumentación utilizada por la parte no hace sino disentir del fondo de la cuestión litigiosa, imputando a las demandadas una conducta que dice indujo a error a la actora, insistiendo de nuevo en que se produjo una aceptación tácita de la herencia, en contra de lo proclamado en ambas instancias y por otro, porque en la sentencia de apelación no se aprecian las «circunstancias excepcionales» que justificarían que no se condenara en costas, por lo que el criterio del vencimiento ha de ser mantenido en casación con desestimación de ambos motivos.

SUCESIONES

Acción revocatoria de donación realizada en fraude de la Comunidad Foral de Navarra. Disposición sobre bienes inmuebles en función de un crédito que con toda probabilidad nacerá más adelante ante investigación de la Inspección Tributaria. Aplicación de las presunciones *iuris et de iure* establecidas en los artículos 643.2.º y 1297 del Código Civil. Supuesto de la cuestión. No cabe el examen casacional de disposiciones administrativas de carácter reglamentario.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ La Comunidad Foral de Navarra interpuso demanda de menor cuantía contra don Fermín, doña Penélope, don Íñigo, doña María Luz, doña Amelia y don Narciso, en la que se solicitaba que se dic-

tase sentencia revocando las donaciones que los deudores don Fermín y su cónyuge doña Penélope han realizado a favor de sus hijos don Íñigo, doña María Luz, doña Filomena y don Narciso mediante escritura pública otorgada con fecha 20 de mayo de 1993 ante el Notario de Pamplona don José Miguel Peñas Martín, referidas a la vivienda familiar y local comercial sitios en Pamplona.

- ⦿ Admitida a trámite la demanda, los codemandados, bajo una misma representación procesal, contestaron alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimaron oportunos, suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que, estimando la excepción opuesta, se absuelva en la instancia a aquéllos, o se acuerde la suspensión del procedimiento hasta tanto recaiga resolución administrativa en los recursos presentados por don Fermín y doña Penélope o, alternativa y subsidiariamente, y caso de entrar en el fondo del asunto, se absuelva a los demandados de cuantas pretensiones se deducen contra ellos, desestimando la demanda, con imposición de costas a la actora.
- ⦿ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 7 de Pamplona dictó Sentencia el 28 de noviembre de 1997 estimando íntegramente la demanda.
- ⦿ En grado de apelación la Sec. 3.^a de la AP de Navarra dictó Sentencia el 29 de abril de 1999 desestimando el recurso interpuesto por los demandados.
- ⦿ Los demandados interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se argumenta que la parte recurrente no es deudora de la Hacienda Foral Navarra porque las actuaciones administrativas de las que ha tenido conocimiento con el emplazamiento de este procedimiento están en fase de recurso, con lo que todavía no hay una resolución administrativa definitiva que se pueda ejecutar, y, por tanto, no hay acreedor ni deudor.

En primer lugar, la parte incurre en el vicio casacional de hacer petición de principio o supuesto de la cuestión cuando viene a decir que no ha tenido conocimiento de las actuaciones administrativas hasta el emplazamiento en el presente procedimiento, contradiciendo la conclusión fáctica alcanzada en la Sentencia recurrida tras la valoración de la prueba de haber tenido conocimiento de la actuación de la Inspección desde el 5 de abril de 1993, ya desde el inicio de la actuación tributaria investigadora, y asimismo tener conocimiento de actuaciones administrativas posteriores, todas ellas de fecha anterior al emplazamiento para contestar la demanda, que fue presentada el 22 de enero de 1997, hasta el punto de no admitir la Audiencia la tesis de los recurrentes de falta de conocimiento del expediente o de la notificación previa del crédito «pues tras lo constatado resulta evidente que los Sres. Íñigo Filomena, María Luz, Amelia, Narciso

eran perfectos conocedores de la deuda contraída frente a la Hacienda Foral.

En segundo lugar, y ateniéndonos a lo declarado probado por la Sala *a quo* (que aceptó los razonamientos jurídicos de la Sentencia apelada), que no ha sido combatido mediante la alegación de error de derecho en la valoración de la prueba basado en infracción de norma legal tasada sobre la misma, a través de la vía casacional idónea, que es el ordinal 4.º del artículo 1692 de la anterior LEC, ha de considerarse que el 5 de abril de 1993 se notificó al codemandado don Fermín el inicio de un expediente de comprobación e investigación de su situación tributaria, con requerimiento para que el día 14 de abril de 1993 se personara en las oficinas del Servicio de Inspección Tributaria el 14 de abril de 1993, y aportara libros de contabilidad y demás registros, así como justificantes suficientes y extractos de cuentas bancarias, personándose en tal día su hija María Luz (acompañada por don José Manuel), vinculada, al igual que sus hermanos codemandados, al negocio familiar de cuya explotación proviene la deuda tributaria, que sólo aportó Libro de Inventario y Cuentas Anuales y el Libro Diario correspondiente al año 1991, cuando las deudas tributarias se referían a los años 1988 a 1991, y ello por encargo de su padre, tal como

reconoció en la prueba de confesión. Mediante escritura pública otorgada con fecha de 20 de mayo de 1993, los cónyuges codemandados don Fermín y doña Penélope hicieron donación a sus cuatro hijos, también demandados, de los bienes gananciales consistentes en una vivienda, sita en la PLAZAooo, núm. NÚMooo, y en un local comercial sito en la calle Emilio Arrieta núm. 3, dedicado al negocio de restaurante, ambos inmuebles ubicados en la ciudad de Pamplona. El 20 de julio de 1993 fueron extendidas siete actas tributarias, firmadas por don Bruno, autorizado para ello por el Sr. Fermín, que representaban deudas correspondientes a los años 1988 a 1991. Con posterioridad se inició la vía de apremio administrativa. El 4 de marzo de 1997, después de presentada la demanda y ser emplazado para contestarla, don Fermín presentó ante la Inspección Tributaria escrito solicitando la anulación de la providencia de apremio, la prescripción tributaria que proceda por años y conceptos objeto de la inspección, y que se proceda a comunicar el resultado pendiente del acta de inspección.

A la vista de tales hechos, no cabe acoger la alegación de no resultar los donantes deudores de la Hacienda foral acreedora al estar pendiente la resolución de la reclamación administrativa ejercida ante dicha Administración, pues como se dijo en la Sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1997, los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad y ejecutividad, y por aplicación del principio de la *perpetuatio iurisdictionis* hay que referir el pleito a la situación de hecho existente a la presentación de la demanda, como esta Sala ya ha declarado en Sentencias de 25 de febrero de 1983 y 3 de febrero de 1990, y aunque la acción rescisoria de la donación por fraude de acreedores exige que el que la solicita sea acreedor y que el acto de disposición fraudulenta haya tenido lugar con posterioridad al nacimiento de su crédito, esta regla general tiene como excepción, fundada en la identidad de razón, el que el deudor efectúe la disposición en función de un crédito que nacerá con toda probabilidad más adelante, a fin de procurarse una insolvencia frustrante de los derechos del acreedor futuro. Tales circunstancias concurren en el presente caso, puesto que al poco tiempo de conocerse por el Sr. Fermín la tramitación un procedimiento de investigación por la Inspección Tributaria por impuestos impagados de años anteriores, siendo requerido para la presentación de diversa documentación, él y su esposa proceden a otorgar la escritura pública de donación a favor de sus hijos de dos bienes inmuebles, lo que denota un ánimo fraudulento de liberar tales bienes de probables alcances de apremio, y de hecho la Inspección extendió el 20 de julio de 1993 las actas correspondientes en las que se recogen las diversas deudas tributarias, actas firmadas de

conformidad por persona que actuó como representante autorizado por el Sr. Fermín, iniciándose posteriormente la vía de apremio.

Asimismo, se alega en el motivo que no hay en todo el procedimiento ejecución alguna previa a este juicio de menor cuantía, y que no se ha intentado ejecución sobre los bienes del Sr. Fermín. Tal alegación no puede ser acogida, pues la Hacienda Foral dio inicio a la vía de apremio, e investigó los bienes del Sr. Fermín, dando lugar a descubrir la donación cuya revocación se interesa en la demanda ante la ausencia de otros bienes a través de los que satisfacerse de la deuda. Según se deja sentado por el Tribunal *a quo* los bienes de los deudores tributarios donantes –y ello teniendo en cuenta la pensión del Sr. Fermín y un vehículo de su propiedad–, no son suficientes para satisfacer la deuda de los demandados, que asciende a más de 27 millones de pesetas, remitiendo a los argumentos dados por el Juzgador de Instancia respecto a la concurrencia del requisito de la subsidiariedad, quien también señalaba la insuficiencia de los bienes de los donantes para satisfacer tal crédito tributario. Como se recoge en la Sentencia de 28 de junio de 2002, tanto la presencia o ausencia del fraude, como la determinación de la insolvencia del deudor constituyen cuestiones fácticas, cuya apreciación corresponde al Tribunal de instancia, que debe ser respetada en casación, salvo que se pruebe que aquél ha incurrido en error de derecho (Sentencias, entre otras, de 16 de marzo de 1989, 27 de mayo de 1992 y 21 de octubre de 1998). Por lo tanto, no habiéndose alegado error de derecho en la valoración de la prueba, ha de tenerse por insolventes a los deudores tributarios que donaron los referidos bienes. Por otra parte, tal y como se declara en la Sentencia de 31 de diciembre de 1997, no ha de interpretarse la persecución de los bienes que exige el artículo 1111 del Código Civil en un sentido exagerado, es decir, que el acreedor ha de seguir los procedimientos contra esos bienes hasta su final procesal, aun sabiendo que nada útil conseguirá. Esta interpretación formalista debe descartarse pues no es éste el significado del precepto, sino el de que el deudor haya devenido insolvente para el pago de las deudas. Tal insolvencia se puede probar con la demostración de que el mismo no tiene ya bienes libres con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido, pero en modo alguno se puede requerir del acreedor el ejercicio previo a la acción rescisoria de otras abocadas a la esterilidad práctica. Siendo así que se ha tenido por probado que no han quedado en el patrimonio de los deudores bienes suficientes

para atender las deudas tributarias, el motivo ha de ser desestimado.

El segundo motivo se ampara en el número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que en la sentencia recurrida se ha infringido el artículo 1291.3.º del Código Civil.

Argumenta la recurrente que la donación efectuada no se hizo en fraude de acreedores, sino con motivo de las graves enfermedades que ambos cónyuges padecen y dejar organizado en vida el reparto de sus bienes a sus cuatro hijos, e insiste en que no se ha notificado el procedimiento a los cónyuges donantes, ni se ha acreditado que ésta fuera la única manera de cobrar, ni que se haya procedido contra los Sres. Narciso, Íñigo, Filomena, María Luz y Amelia.

Lo relativo a la notificación del procedimiento administrativo y a la subsidiariedad de la acción rescisoria ya ha sido tratado al respecto del motivo anterior.

Por lo que respecta a la presencia del ánimo fraudulento en donantes y donatarios, que también ha sido aludida en el fundamento jurídico primero, se trata de una cuestión de hecho, que ha de responder a una valoración de la prueba que no incurra en el absurdo, y que además responde en este caso a la presunción *iuris et de iure* que establecen el artículo 643.2.º, según el cual se presumirá siempre hecha la donación en fraude de acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella, y el artículo 1297 del Código Civil. Consecuentemente, el motivo ha de ser rechazado, siendo oportuno añadir que la presencia del *consilium fraudis* entre donantes y donatarios se hace evidente en este caso, y como bien señala el Juzgador de Instancia, cuya fundamentación se acepta en la Sentencia recurrida, no hay que olvidar que los padres donantes y los hijos donatarios están vinculados al negocio familiar de cuya explotación dimana la deuda tributaria.

El tercer motivo se formula al amparo del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que en la sentencia recurrida se ha infringido el artículo 643, párrafo 2.º, del Código Civil.

El motivo ha de ser desestimado, al reiterarse que don Fermín tiene bienes bastantes, y que no se procedió en vía de apremio contra los cónyuges donantes, de lo que deduce que jamás podrá decirse que los donantes no se habían reservado bienes bastantes para pagar deudas anteriores, suponiendo que las mismas existieran, cuestiones que ya fueron tratadas en el fundamento jurídico primero de esta resolución, donde, con cita de la doctrina de la Sala, se dejó sentado que la determinación de la

insolvencia es cuestión fáctica reservada al Tribunal de instancia, que la Hacienda Foral inició la vía de apremio e investigó los bienes de los donantes, descubriendo la donación de inmuebles cuya revocación se pretende para que vuelvan a ingresar en el patrimonio del deudor tributario, no siendo suficientes los bienes del mismo para la satisfacción de la deuda. Conviene significar que no es necesario que se acredite la total insolvencia del deudor (SSTS de 28 de julio de 1912, 7 de enero de 1958, 26 de abril de 1962, 9 de julio de 1990 y 31 de octubre de 1994), al no ser indispensable que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, bastando que sus bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores. Por otra parte, la recurrente no sólo contradice lo declarado probado, haciendo supuesto de la cuestión, sino que es insostenible, a la vista de lo actuado, que se alegue desconocimiento de las actuaciones administrativas y del procedimiento de apremio. Resulta significativa, respecto al conocimiento de la vía de apremio, la posición 5.ª de la confesión judicial de Íñigo, quien no pudo desmentir que fuera su firma la que aparece en los documentos 12 a 18 de los acompañados a la demanda, consistentes en providencias de apremio que contienen certificaciones de descubierto de cada una de las deudas tributarias, siendo el referido donatario notificado en ausencia de su domicilio de su padre don Fermín, y advertido de la obligación de entrega al interesado, y que la Providencia de embargo de 15 de abril de 1994 fuera notificada por correo con acuse de recibo a doña Amelia, habiendo quedado demostrada, se insiste, la vinculación de los donantes y donatarios al negocio familiar fuente de la deuda tributaria.

El motivo casacional cuarto se formula al amparo del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que en la sentencia recurrida se ha infringido el artículo 1294 del Código Civil.

Se insiste en el presente motivo en que no se ha acreditado la existencia de la deuda, ni que los deudores hayan devenido insolventes y hayan quedado sin bienes, y que ningún procedimiento o acto de ejecución se ha iniciado para embargar bienes de los cónyuges Narciso, Íñigo, Filomena, María Luz y Amelia, cuestiones que ya han sido abordadas en los precedentes razonamientos jurídicos, debiendo desestimarse el motivo, sin más que insistir en que la parte recurrente hace petición de principio o supuesto de la cuestión cuando parte de proclamaciones fácticas que son distintas de las realizadas en la instancia sin antes alegar error de derecho en la valoración de la prueba por infracción de norma que contenga regla legal tasada, eludiendo aquellos pronunciamientos fácticos que no le son favorables. Como se dice en Sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2005, el vicio casacional de hacer supuesto

de la cuestión está vedado en este recurso extraordinario, de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Sala (Sentencias, 10 y 22 de febrero, 16 de marzo, 8 y 21 de abril, y 9, 12 y 18 de mayo de 2005). El motivo, consecuentemente, fenece.

El quinto motivo se ampara en el número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que en la sentencia recurrida se ha infringido el artículo 1291, párrafo 3.º, del Código Civil y de la jurisprudencia que lo desarrolla, entre otras, Sentencias de 21 de junio de 1945, 14 de diciembre de 1993 y 13 de febrero de 1992.

En este motivo se indican diversos requisitos de la acción revocatoria que la parte entiende no concurren en el presente supuesto, como la existencia de un crédito anterior a favor del actor, realización de un acto de enajenación, intención engañosa de quienes estipularon el contrato, que éste impida la efectividad del crédito y el actor carezca de otro recurso para el cobro, además de que los donatarios sean cómplices del fraude. Todas estas alegaciones ya han sido rechazadas en los fundamentos anteriores.

Se añade la prescripción del crédito y se insiste en el recurso administrativo interpuesto, por lo que se aduce no existe crédito. Esta alegación también ha sido anteriormente objeto de rechazo. Respecto de la pretendida prescripción de la deuda tributaria, no se dispone de suficientes elementos probatorios para juzgar sobre ella, si bien cabe insistir en que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y son inmediatamente ejecutivos (artículos 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), no habiéndose acreditado la suspensión de la eficacia de acto administrativo alguno relativo a la deuda tributaria que justifica la acción revocatoria.

Vuelve la parte recurrente a insistir en el desconocimiento del expediente administrativo, haciendo en tal punto, como antes ha sido dicho, supuesto de la cuestión. En cuanto a la presencia de ánimo fraudulento en los donatarios, es cuestión objeto de presunción legal *iuris et de iure* (artículos 643.2.º y 1297 del Código Civil), y además la intención de fraude es cuestión de hecho irrevisable en casación, haciéndose obvia en el presente caso, al estar todos los demandados vinculados a la explotación del negocio familiar del que trae causa la deuda impositiva, máxime cuando para el surgimiento del mencionado fraude no se exige una intención claramente dolosa o *animus nocendi* sino únicamente una *sciencia fraudis*, es decir una conciencia o conocimiento de que se puede producir un perjuicio (STS de 1 de diciembre de 1997). Por todo ello, se impone la desestimación del motivo.

Finalmente, el motivo sexto se formula al amparo del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que en la sentencia recurrida se ha infringido los artículos 6.3.º y 1961 del Código Civil, en relación con el artículo 28 del Reglamento sobre Organización, Funcionamiento, Procedimiento y Actuación de la Inspección de Hacienda, y el artículo 31 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, del Reglamento de la Inspección de Tributos.

La denuncia como infringido del artículo 6.3 del Código Civil es puramente instrumental, pues dicho precepto contiene una genérica censura de nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, y lo verdaderamente pretendido es que se tenga por nulo el expediente administrativo en virtud del cual se planteó la demanda, y ello basado en normas de carácter administrativo y rango inferior al legal, que cobran de este modo sustantividad en cuanto a la procedencia de la nulidad invocada, y no pueden considerarse complemento de tan genérico precepto del Código Civil, inserto en su Título Preliminar.

Por ello, existe una primera razón para que el motivo haya de ser rechazado, pues, como se declara, entre otras, en Sentencia de 25 de abril de 2002, sólo cabe fundamentar el motivo de casación (Sentencias de 21 de enero y 30 de septiembre de 1991 y 23 de noviembre de 1994) en la infracción de las normas de derecho privado, con categoría de Ley, o asimiladas a las Leyes. La posibilidad de invocar otras disposiciones de rango inferior a la Ley, o de naturaleza no civil, queda reducida a los casos en que tales normas tengan una civil como cobertura, o sean complementarias, o estén íntimamente relacionadas (Sentencias de 25 y 29 de octubre y de 26 de noviembre de 1990, 8 y 10 de junio y 10 de julio de 1991, 19 de julio de 1991 y 31 de diciembre de 1991); no cabe fundar el recurso o el motivo del recurso en preceptos reglamentarios (Sentencias de 31 de octubre de 1997, 3 de noviembre de 1998, 7 de abril de 2000 y 30 de marzo de 2001), en normas fiscales (Sentencias de 21 de noviembre de 1997, 16 de marzo de 2009 o en normas administrativas (Sentencias de 30 de diciembre de 1998 y 26 de septiembre de 2000; Las Sentencias de 20 de marzo de 1992, 7 de febrero de 1994, 21 de noviembre de 1997 y 16 de marzo de 2000 dicen explícitamente: el recurso de casación civil ha de fundarse en normas de derecho civil, es decir, en infracciones de normas sustantivas del ordenamiento jurídico en el sentido y con el contenido del número 1 del artículo 1 del Código Civil. En la Sentencia de 17 de febrero de 1998 se declara que las disposiciones reglamentarias no son citables como base casacional del núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues este precepto se refiere exclusivamente

a normas con rango de Ley material y formal, otras fuentes de derecho y doctrina jurisprudencial consolidadas. Finalmente, en Sentencia de 27 de enero de 1996 se recuerda que no son suficientes para fundar un recurso de casación por infracción de ley, las disposiciones administrativas (Sentencias de 16 de marzo de 1987 y 22 de febrero de 1993).

Respecto a la alegación de infracción del artículo 1961 del Código Civil, que se limita a disponer que las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la Ley, se está intentando referir no a la caducidad de la acción revocatoria ejercida en el presente procedimiento, que no se ha producido

al no haber transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el artículo 1299 del Código Civil entre el otorgamiento de la escritura pública de donación (20 de mayo de 1993) y la fecha de presentación de la demanda (22 de enero de 1997) sino a la de la deuda tributaria, basándose en el artículo 31 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, que aprueba el Reglamento de la Inspección de Tributos, que no se refiere a la prescripción de acciones, sin que, aparte de lo ya expuesto respecto a la prescripción de la deuda tributaria en el motivo quinto, proceda el examen de la infracción de un precepto administrativo en esta sede casacional civil. Por todo lo cual, el motivo decae.

SUCESIONES

Ineficacia de la partición realizada por los herederos con deliberada preterición del legatario de parte alícuota.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Santiago, doña Bárbara y don César, doña Celestina y doña Begoña y don Jesús Miguel todos ellos sobrinos del causante don Juan Miguel, interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía que dirigieron contra los hijos de éste don Juan Enrique, don Lázaro, doña Amelia y don Pedro Miguel solicitando que se dictase sentencia en la que se declare y ordene: «1.º Que queda rescindida la partición de la herencia causada por don Lázaro y practicada en escritura ante el Notario de Córdoba don Juan José Pedraza Ramírez el 6 de mayo de 1998, núm. 1438 de su protocolo, por causar lesión a los legatarios no llamados a dicha partición. 2.º Que deben realizarse nuevamente las operaciones particionales, entregando a los actores, en pago de su legado y en pleno dominio el tercio de libre disposición de la herencia del causante. 3.º Que el legado ordenado por el testador para los herederos, sus hijos hoy demandados, les será satisfecho con cargo a los tercios de legítima estricta y mejora, y sólo en lo que de éstos exceda con cargo al de libre disposición. 4.º Que procede incluir en el inventario de la herencia las joyas, bienes de uso personal, vehículo, mobiliario y ajuar doméstico propiedad privativa del causante indicados en el hecho CUARTO de esta demanda. 5.º Y con expresa condena en costas a los demandados.»

⊙ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de don Juan Enrique, don Pedro Miguel, don Eugenio y doña Amelia 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, en definitiva, se «... dicte sentencia declarando no haber lugar a la demanda e imponiendo las costas a la parte actora.»

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Córdoba dictó Sentencia el 19 de marzo de 1999, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Estimando en parte como estimo la demanda formulada por la

representación de don Santiago, doña Bárbara y Cesar, doña Celestina y doña Begoña y don Jesús Miguel contra don Juan Enrique, don Lázaro, doña Amelia y don Pedro Miguel y otros, se declaran rescindidas por lesión a los demandantes las operaciones particionales otorgadas por los demandados con fecha 6 de mayo de 1998 ante el Notario de ésta don Juan José Pedraza Ramírez respecto a la herencia de don Juan Miguel, al número 1438 de su protocolo, condenando expresamente a los demandados a estar y pasar por este pronunciamiento y a proceder a formalizarlas nuevamente en fase de ejecución de sentencia con intervención de los demandantes como legatarios de parte alícuota de la herencia, debiéndose imputar el legado establecido a favor de los demandados en la cláusula tercera del testamento de fecha 18 de agosto de 1997, en primer término a los dos tercios de legítima y, en lo que no quede cubierto de esta forma, al tercio de libre disposición que corresponde íntegramente a los demandantes, formándose el oportuno inventario en cuya labor se tendrá en cuenta lo establecido en el fundamento jurídico séptimo de la presente resolución, y sin especial pronunciamiento en materia de costas haciendo frente cada parte a las propias y a las comunes por mitad.»

- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Córdoba dictó Sentencia el 11 de junio de 1999 desestimando el recurso interpuesto por don Juan Enrique, don Lázaro, doña Amelia y don Pedro Miguel.
- ⦿ Don Juan Enrique, don Lázaro, doña Begoña y don Pedro Miguel interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en el particular referido a la imputación del legado atribuido a los recurrentes en el testamento otorgado por el causante don Juan Miguel, que se imputará en primer lugar al tercio de libre disposición hasta cubrir, en su caso, el mismo, confirmando en cuanto a los demás pronunciamientos que contiene, todo ello sin especial declaración sobre costas de ambas instancias ni sobre las del presente recurso, procediéndose a la devolución del depósito constituido por la parte recurrente.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del recurso, amparado en el ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1058 del Código Civil en cuanto la sentencia dictada por la Audiencia, aceptando lo resuelto por el Juzgado, declara rescindida la partición efectuada por los herederos al no haber dado intervención en la misma a los actores en su condición de legatarios de parte alícuota, siendo así que el precepto que se afirma infringido atribuye precisamente a los herederos, y no a otros interesados, la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente siempre que fueren mayores de edad y tuvieren la libre administración de sus bienes, salvo que el propio testador hubiere hecho la partición o hubiera encomendado a otro esta facultad.

No obstante, pese a la dicción literal del artículo 1058 del Código Civil, el motivo ha de ser desestimado, pues si bien el artículo 660 del mismo código distingue entre heredero y legatario considerando que el primero sucede a título universal y el segundo a título particular, no puede desconocerse la asimilación a ciertos efectos de la figura del legatario

de parte alícuota a la del heredero en cuanto acreedor de una parte de la herencia. Así ha de entenderse que el régimen del legado de parte alícuota —que en este caso atribuyó el testador a sus sobrinos demandantes— es distinto del legado de cosa específica —cualquiera que sea la posición doctrinal que se adopte acerca de su naturaleza— por la afinidad entre aquel legado y la herencia, derivada en ambos de la común atribución indeterminada de bienes —aunque sea por diferente título— que obliga a que se concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que le corresponde a uno y otro. Al respecto, la Sentencia de esta Sala de 22 de enero de 1963 ya señaló que «dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código Civil, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada». Así el artículo 1038.3.º de la Ley de Enjuiciamiento

Civil de 1881 consideraba a los legatarios de parte alícuota como legitimados para promover el juicio de testamentaría, como igualmente establece la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 en su artículo 782.1 que están facultados para pedir la división judicial de la herencia.

En consecuencia, la preterición en la partición del legatario de tal clase ha de producir los efectos previstos en el artículo 1080 del Código Civil para el caso de preterición de un heredero, de forma que si se produce de mala fe o dolosamente –conociendo su existencia– ha de desembocar en la rescisión de la partición así realizada.

El segundo motivo del recurso, también amparado en el artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considera infringido el artículo 675 del Código Civil referido a la interpretación de las disposiciones testamentarias y viene a afirmar que la sentencia impugnada contraviene la voluntad del testador y los propios términos en que aparece redactada la disposición de última voluntad al establecer que el legado de cosa específica establecido a favor de los herederos –hijos del causante y hoy demandados– ha de imputarse en primer término a los dos tercios de legítima y, en lo que no quede cubierto, al tercio de libre disposición.

Es cierto que la interpretación de las disposiciones testamentarias constituye una facultad de los juzgadores de instancia que sólo debe revisarse en casación cuando evidentementearezca contraria a la voluntad del testador. En el caso presente el testador dispuso en primer lugar un legado para sus cuatro hijos –demandados– cuyo objeto era el pleno dominio de cuantos derechos le pertenecían en el chalé ubicado en Córdoba, calle [...], número NÚM000 «Los Prados» y, a continuación, estable-

ció que «sin perjuicio del legado anterior, lega el tercio de libre disposición en pleno dominio a sus sobrinos carnales», para posteriormente señalar que «en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros, es decir en los tercios de legítima y mejora, instituye únicos y universales herederos, por partes iguales, a sus citados hijos, nombrando sustitutos vulgares de los mismos a sus respectivos descendientes». De ello se desprende que el legado de parte alícuota a favor de sus sobrinos se otorga sin perjuicio del legado de cosa específica atribuido a sus hijos y que en los tercios de legítima y mejora considera que debe integrarse el remanente de todos sus bienes, lo que implica la voluntad de sustraer el bien integrante del legado dejado a los hijos de dichas porciones. De ello se desprende que el legado de parte alícuota a favor de sus sobrinos se otorga sin perjuicio del legado de cosa específica atribuido a sus hijos y que en los tercios de legítima y mejora considera que debe integrarse el remanente de todos sus bienes, lo que implica la voluntad de sustraer el bien integrante del legado dejado a los hijos de dichas porciones. Si éste no cupiere en la parte libre, no parece que fuera voluntad del testador que se procediera a su reducción luego entraría en juego el artículo 828 del Código Civil, según el cual «la manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre». Por ello ha de ser estimado el anterior motivo, sin necesidad de entrar en la consideración específica de los restantes que se referían a la infracción de los artículos 820 y 887 del Código Civil.

SUCESIONES

Nulidad de la partición de la herencia al no haberse liquidado previamente la sociedad de gananciales

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 2006

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Alfonso, don Mariano y don Roberto interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña Elena, don Javier y sus hijos doña Leonor, don Aurelio y doña Dolores, doña Clara y sus hijos doña Esperanza y don Jesús Miguel, don Marcelino y sus hijos doña Angelina, don Bartolomé, don Miguel y doña Soledad, don José Pedro y don Evaristo y alegando los hechos y

fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se declare: 1. Que los hermanos don Alfonso, don Mariano y don Roberto, son herederos por partes iguales, en su conjunto, por su derecho de representación, en sustitución de la estirpe de su madre premuerta, doña Diana, en la sucesión hereditaria de su abuelo don Eloy, y que asimismo y por estirpes son herederos don Javier, don Marcelino y doña Clara, correspondiendo la cuota legal viudal a doña Elena, viuda del causante. 2. Que se declare nulo y sin efecto el testamento de 17 de septiembre de 1993 otorgado por don Eloy y en su consecuencia se declare asimismo nula y sin efecto la partición por falta de capacidad y/o consentimiento del testador y en su consecuencia se proceda a la apertura de la sucesión legítima con la consiguiente distribución igualitaria del caudal entre los herederos y el cónyuge viudo, correspondiendo en su conjunto a mis representados el 25% de la herencia, a salvo el usufructo viudal sobre el tercio de mejora debiéndose llevar a cabo dichas operaciones en ejecución de sentencia, procediéndose previamente a liquidar la sociedad legal de gananciales del testador fallecido y adicionándose el inventario con los bienes que resulten, con expresión de su ganancialidad o no (hecho 7.º de la demanda), y las valoraciones del caudal relicto que se hayan llevado a cabo en este procedimiento. 3. Subsidiariamente y para el supuesto de que no se diere lugar al pronunciamiento anterior se recoge en el apartado 2 de este suplico, se declaren nulos y sin efecto el testamento de 17 de septiembre de 1993 y la partición por falta de capacidad del testador por error de tal entidad, en lo relativo a la colación a que se refiere el dispositivo primero del precitado testamento, que de no haberse producido dicho error el testamento hubiere sido otro y en su consecuencia se proceda a la apertura de la sucesión legítima con la consiguiente, distribución igualitaria del caudal entre los herederos, correspondiendo en su conjunto a mis representados el 25% de la herencia, dejando a salvo el usufructo viudal sobre el tercio de mejora en favor de doña Elena debiéndose llevar a cabo dichas operaciones en ejecución de sentencia, procediéndose previamente a liquidar la sociedad de gananciales del testador fallecido, y adicionándose el inventario con los bienes que resulten, con expresión de su ganancialidad o no (hecho 7.º de la demanda), y las valoraciones del caudal relicto que se hayan llevado a cabo en este procedimiento. 4. Que de no darse lugar a lo anteriormente pedido en los apartados 2 y 3, subsidiariamente se declare nula y sin efecto la partición, por no haberse previamente disuelto la sociedad de gananciales constituida entre don Eloy y doña Elena, dictándose sentencia por la que se declare que los hermanos don Alfonso, don Mariano y don Roberto, en sustitución de su madre premuerta doña Diana sean llamados en su conjunto por dicha estirpe de su madre a la herencia de su abuelo don Eloy, en la misma proporción que lo sean los demás herederos legitimarios don Javier, doña Clara y don Marcelino, a salvo el usufructo viudal sobre el tercio de mejora y asimismo se declare nula la colación recogida en el dispositivo primero del testamento de 17 de septiembre de 1993, debiéndose llevar a cabo dichas operaciones en ejecución de sentencia, procediéndose previamente a liquidar la sociedad de gananciales del testador fallecido, y adicionándose el inventario con los bienes que resulten, con expresión de su ganancialidad o no (hecho 7.º de la demanda) y las valoraciones del caudal relicto que se hayan llevado a cabo en este procedimiento. 5. Que de no darse lugar a lo anteriormente pedido en los apartados 2 al 4, subsidiariamente, se declare nula la partición por haber renunciado con anterioridad a su cargo los contadores partidores, dictándose sentencia por la que se declare que los hermanos don Alfonso, don Mariano y don Roberto, sean llamados, en su conjunto por dicha estirpe a la herencia de su abuelo don Eloy, en la misma proporción que lo sean los demás herederos legitimarios don Javier, doña Clara y don Marcelino a salvo el usufructo viudal sobre el tercio de mejora y, asimismo se declare nula la colación recogida en el dispositivo primero del testamento de 17 de septiembre de 1993, debiéndose llevar a cabo dichas operaciones en ejecución de sentencia, procediéndose previamente a liquidar la sociedad de gananciales del testador fallecido, y adicionándose el inventario con los bienes que resulten, con expresión de su ganancialidad o no (hecho 7.º de la demanda) y las valoraciones del caudal relicto que se hayan llevado a cabo en este

procedimiento. 6. Para el supuesto de que no se diere lugar a las peticiones de los apartados 2 al 5 anteriores, subsidiariamente, se declare nula y sin efecto la colación recogida en el dispositivo primero del testamento de 17 de septiembre de 1993, dictándose sentencia por la que se declare que los hermanos don Alfonso, don Mariano y don Roberto, en sustitución de su madre premuerta doña Diana, sean llamados en su conjunto por dicha stirpe a la herencia de su abuelo don Eloy, en la misma proporción que lo sean los demás, herederos legitimarios don Javier, doña Clara y don Marcelino y que además recibirán los citados don Alfonso, don Mariano y don Roberto el legado a su favor establecido por el testador en el dispositivo primero del testamento, de una cuarta parte indivisa de la finca denominada «DIRECCIÓN000», sita en el término municipal de Mozoncillo (Segovia) e inscrita, en el Registro de la Propiedad núm. 1 de Segovia al Tomo NÚM000, Libro NÚM00, finca núm. NÚM002, con cargo al tercio de libre disposición, debiéndose en su consecuencia, a modificar mediante las oportunas operaciones, en período de ejecución de sentencia la partición y todo ello con intervención del cónyuge viudo doña Elena, a efectos de disolver previamente su sociedad de gananciales constituida con su fallecido esposos y testador don Eloy y adicionándose el inventario con los bienes que resulten con expresión de su ganancialidad o no (hecho 7.º de la demanda) 7.- Para el supuesto hipotético de que no se diere lugar a lo interesado en los apartados 2 al 6, y con carácter subsidiario en dicho caso y de considerarse válida la partición en todo o en parte se declare deberán adicionarse a la partición los bienes que resulten (hecho 7.º de la demanda) con expresión de su ganancialidad o no y asimismo, se partirá de las valoraciones de la totalidad de los bienes relictos que se lleve a cabo en este procedimiento, procediéndose en ejecución de sentencia a la disolución de la sociedad de gananciales del matrimonio constituido por el testador fallecido don Eloy y doña Elena, debiéndose proceder a las pertinentes correcciones en las adjudicaciones a los herederos contenidas en la partición y condenándose a los demás herederos al pago de los frutos e intereses a partir del fallecimiento del testador de los bienes que se le adjudiquen a los hermanos don Roberto, don Mariano y don Alfonso y al cónyuge viudo. 8. De obtenerse alguno de los pronunciamientos se declare por el Juzgado que se deberá, en ejecución de sentencia, reparar el perjuicio causado a mi representado, bien, según corresponda, mediante nueva partición sobre las bases que se fijen en la sentencia, bien mediante la modificación y adiciones de bienes, interesadas en el hecho 7.º de la demanda. 9. Deberán imponerse las costas a quien se opusiere a la demanda.

⦿ Don Javier, doña Dolores, doña Diana y don Aurelio contestaron a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que lo tenga por evacuado, en el sentido del más estricto cumplimiento de nuestro deber ciudadano, allanándonos o aquietándonos a la más estricta justicia que pedimos de ese Juzgado.

⦿ Doña Clara y sus hijos doña Clara y don Jesús Miguel contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que sea procedente con arreglo a lo actuado.

⦿ Don Marcelino, don Bartolomé, doña Angelina, don Miguel y doña Soledad contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda tanto en lo que respecta a la pretensión de que se declare nulo y sin efecto el testamento otorgado por don Eloy y también desestimar consecuentemente el que se declare nula y sin efecto la partición por falta de capacidad y/o consentimiento del testador, desestimándose en definitiva ese punto 2 del suplico de la demanda; como en lo referente a la pretensión de que se declaren nulos y sin efecto el testamento y la partición por la supuesta falta de capacidad del testador por error en lo relativo a la colación a que se refiere el dispositivo primero del testamento en cuestión desestimándose en definitiva y de forma total y absoluta igualmente la petición del punto 3 del suplico de la demanda. Y desestimando

también la demanda en cuanto a las peticiones subsidiarias de declarar nula y sin efecto la partición por no haberse previamente disuelto la sociedad de gananciales, a que se refiere el punto 4 del suplico de la demanda, como asimismo en lo que concierne a la petición de que se declare nula la partición por haber renunciado supuestamente con anterioridad a su cargo los contadores partidores y sin que haya lugar tampoco a la declaración de nulidad de la colación recogida en el dispositivo primero del referido testamento, con desestimación en definitiva de la pretensión reseñada en el punto 5 del suplico de la demanda desestimando también la pretendida declaración de nulidad de tan referida colación y por consiguiente declarando no haber lugar a la petición a que hace mención el punto 6 del suplico del escrito inicial y con desestimación también de las peticiones que lleva a efecto la parte actora en los puntos 7 y 8 del suplico de su demanda. Y en definitiva se desestime la demanda y se impongan las costas a la parte demandante.

⊙ El Procurador Sr. Rubio Muñoz, en nombre y representación de don José Pedro y de don Evaristo, 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 se desestime la demanda, con expresa condena en costas a los actores.

⊙ La codemandada doña Elena, fue declarada en rebeldía por haber transcurrido el término concedido sin haber comparecido en autos.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Segovia dictó Sentencia el 11 de diciembre de 1997 cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que desestimando la excepción dilatoria de litisconsorcio pasivo necesario y opuesta por los codemandados don José Pedro y don Evaristo y estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. González Santoyo en nombre y representación, don Alfonso, don Mariano y don Roberto contra doña Elena, don Javier, doña Leonor, don Aurelio y doña Dolores, doña Clara, doña Esperanza y don Jesús Miguel, don Marcelino, doña Angelina, don Bartolomé, don Miguel y doña Soledad, don José Pedro y don Evaristo, debo declarar y declaro la nulidad de las operaciones particionales realizadas por los albaceas contadores partidores designados por don Eloy en su testamento abierto de 17 de septiembre de 1993 e instrumentadas en los documentos de 1 de diciembre de 1994 y 25 de enero de 1995 por no haberse producido la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales del causante con intervención del cónyuge supérstite doña Elena; y, en consecuencia, debo acordar y acuerdo que, una vez liquidada la sociedad legal de gananciales del causante con intervención de su viuda, por los contadores partidores se realice una nueva partición de la herencia de don Eloy con estricta sujeción a las pautas reflejadas en el fundamento de derecho 7.º de esta resolución, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y absolviéndoles de los restantes pedimentos contenidos en la referida demanda; todo ello sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia.

⊙ En grado de apelación, la AP de Segovia dictó Sentencia el 31 de julio de 1999, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Con íntegra desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Hernández Manrique en nombre y representación de don Marcelino y sus hijos doña Angelina, don Bartolomé don Miguel y doña Soledad y con parcial estimación del interpuesto por la Procuradora Sra. González Santoyo en nombre y representación de don Alfonso, don Mariano y don Roberto, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, salvo las indicaciones o pautas indicadas a observar en la ulterior partición contenidas en su fundamento séptimo, donde confirmando las contenidas en los apartados a) y d), la b) deberá ser corregida respecto de la data de la valoración del mercado, siempre la fecha de las liquidaciones y no la data del fallecimiento del causante; en la c) la obligación de colacionar no será el importe de la vivienda segoviana, sino exclusivamente de la cantidad de 175.000 pesetas incrementada en la variación que sufra el índice de precios al consumo desde febrero de 1965 hasta el momento de las liquidaciones; y se añade un

apartado e): las adjudicaciones de la finca de la «Colina», con determinación de específica localización, en tanto que el causante sólo era titular de la mitad indivisa de la misma, deben entenderse con eficacia condicionada al resultado de la división material de la finca, pues en caso de no coincidencia de la porción resultante de la división con la adjudicada en la partición hereditaria, la adjudicación hereditaria queda circunscrita a abstractas partes indivisas. Todo ello con expresada imposición de las costas originadas en esta alzada por el recurso interpuesto por el Procurador Sr. Hernández Manrique a la parte apelante; y sin especial pronunciamiento sobre las costas derivadas del recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. González Santoyo.

◉ Don Marcelino y doña Angelina, don Bartolomé, don Miguel y doña Soledad interpusieron recurso de casación que fue desestimada por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La demanda rectora del proceso que ahora se halla en casación, contiene una serie de acciones cuyas dos primeras son de nulidad del testamento que otorgó el causante don Eloy el 17 de septiembre de 1993 y de nulidad de la partición de sus bienes, de 25 de enero de 1995. Tras estas acciones se formularon una serie, todas ellas de forma sucesiva y subsidiaria de las anteriores.

La demanda la ejercitaron los hermanos don Alfonso, don Mariano y don Roberto, hijos de doña Diana, hija premuerta de aquel causante, contra la viuda del mismo, doña Elena (abuela de los demandantes) los hijos de ambos (tíos por tanto, de los demandantes) don Javier, don Aurelio y doña Clara, los respectivos hijos de cada uno de ellos y los contadores-partidores, don José Pedro y don Evaristo. A la demanda se han opuesto estos últimos; y asimismo el mencionado don Aurelio y sus hijos, que son los únicos recurrentes en casación.

El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó las dos primeras acciones y estimó la cuarta, es decir, la segunda de las planteadas subsidiariamente: nulidad de la partición por no haberse previamente disuelto la sociedad de gananciales constituida entre aquel causante y su esposa. Dicha sentencia, a continuación, añade que deberá hacerse nueva partición –lo que es evidente– y da una serie de pautas que deberán respetarse, dice literalmente y recalca en el fallo que se hará la partición con estricta sujeción a las pautas que ha signado.

Los demandantes se han aquietado con esta sentencia, al igual que los demandados con excepción de don Marcelino y sus hijos que han formulado el presente recurso de casación. Contiene siete motivos, todos ellos formulados al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil excepto los tres que denuncian incongruencia e infracción del artículo 359 de la misma ley que se fundan en el núm. 3.º Efectivamente, los motivos tercero, quinto y séptimo denuncian incongruencia desde concretos puntos de vista; el motivo segundo versa sobre el verdadero fondo de la cuestión, la nulidad de la partición al no haberse practicado previamente la liquidación de los gananciales; los motivos primero y cuarto se refieren, respectivamente, a sendos pisos en Madrid y en Segovia y su exclusión y valoración en la partición; el motivo sexto se refiere a una de las pautas, la relativa a una finca.

El verdadero fondo, *quaestio iuris*, ha sido resuelta correctamente por las sentencias de instancia; rechazados los primeros pedimentos del suplico de la demanda, sin que los demandantes hayan acudido a la casación, la nulidad de la partición por falta de la previa liquidación de la comunidad de gananciales es incuestionable. La partición produce la extinción de la comunidad hereditaria, mediante la división y adjudicación a los coherederos del activo de la herencia, tal como prevén los artículos 1051 y siguientes del Código Civil, la cual, como dice el artículo 659 comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, es decir, que no se comprende la mitad de la comunidad ganancial que corresponde al cónyuge superviviente.

Tal como precisa la sentencia de esta Sala de 7 de septiembre de 1998, «el objeto de una partición hereditaria sólo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son; y así se proclama en la emblemática Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 13 de

octubre de 1916, cuando, entre otras cuestiones, establece «que es necesario que los bienes distribuidos en una partición testamentaria sean propios del causante».

Hacerlo, mezclando bienes privativos y gananciales no es otra cosa que incluir bienes ajenos al patrimonio del causante. Ya la Sentencia de 7 de diciembre de 1988, citada por la anterior, destacaba que «como requisito condicionante de la validez y eficacia de la partición que contempla el artículo 1056 del Código Civil, es que la misma se refiera a bienes que forman parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto».

No puede decirse, como se pretende en el presente caso, que no había gananciales, cuando en la partición no ha intervenido ni ha sido oído el cónyuge supérstite y cuando, por lo menos, respecto a un inmueble (piso de Segovia) la sentencia de la Audiencia Provincial declara probado que se compró con dinero ganancial.

Por otra parte, no es baldío precisar que no hay una verdadera partición hecha por el testador al amparo del artículo 1056 del Código Civil, sino, como dice la sentencia antes citada de 7 de septiembre de 1998, «una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones –inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes–, pero cuando, así, no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición,

determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione».

Esto es lo ocurrido en el presente caso, en que se han nombrado en el testamento dos contadores-partidores que deberán hacer una nueva partición, conforme prevé el artículo 1057 o lo podrán hacer, en todo caso, los herederos y legatarios de parte alícuota, como partición convencional contemplada en el artículo 1058.

Todo lo anterior lleva a una evidente conclusión, que es el rechazo del motivo segundo del recurso de casación que, como se ha apuntado, afecta al verdadero fondo del asunto. Estima que hay infracción concreta de lo prevenido en el artículo 1056 del Código Civil, en cuanto expresa el mismo que «cuando el testador hiciera, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos», en relación en este caso con la inexistencia de bienes gananciales. En este motivo defiende lo indefendible: alega la inexistencia de los bienes gananciales para justificar la partición sin su previa liquidación y obvia, primero, que de la propia sentencia de instancia aparece la existencia, por lo menos, de unos bienes gananciales (relativos al piso de Segovia); segundo, que en la partición no se tuvo en cuenta la existencia del cónyuge supérstite que pudo renunciar, y no lo hizo, a su parte de los gananciales ni tampoco dijo que no hubieran; tercero, que no hubo partición por el testador, sino por los contadores partidores y aquél tan sólo expuso unas «normas para la partición».

SUCESIONES

Supuesto de preterición no intencional al haberse otorgado el testamento antes del nacimiento del hijo extramatrimonial no siendo obstáculo para dicha conclusión que con posterioridad al nacimiento del hijo el padre no modificase el testamento.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Mercedes, actuando en nombre de su hijo menor de edad Marcelino, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra don Cristóbal y doña Verónica en su condición de padres de la menor Ariadna, doña Asunción y la Congregación Religiosa de las Hermanas de los Ancianos Desamparados y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplica-

ción para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia declarando nulo el testamento otorgado por don Marcelino, ante el Notario de esta ciudad don Francisco Javier Pérez de Camino Palacios, el día 17 de octubre de 1983, con núm. de protocolo 1611 y por tanto único y universal heredero del causante a su hijo, Marcelino.

⊙ Doña Verónica, como representante legal de su hija Ariadna, contestó a la demanda y formuló demanda reconvenicional, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia declarando la paternidad extramatrimonial de don Marcelino respecto de la menor Ariadna y declarando, por tanto, la nulidad de la filiación matrimonial inscrita de dicha menor contradictoria de la anterior, desestime la demanda principal y, en aplicación del artículo 814.2.º, anule la institución de heredero mandando conservar sin embargo las mandas y legados establecidos en el testamento de don Marcelino en favor de doña Asunción y la congregación Religiosa de las Hermanas de los Ancianos Desamparados, conocidas por hermanitas de la caridad, ordenando abrir la sucesión intestada respecto a la legítima.

⊙ Doña Mercedes, en representación de su hijo Marcelino, contestó a la demanda reconvenicional, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia estimando el suplico de nuestra demanda.

⊙ La codemandada doña Asunción se personó pero no contestó a la demanda. La Congregación Religiosa de las Hermanas de los Ancianos Desamparados fue declarada en rebeldía, por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos.

⊙ Doña Verónica presentó escrito allanándose a la demanda y desistiendo de su demanda reconvenicional. En ello se ratificó la propia interesada, doña Ariadna, cuando alcanzó la mayoría de edad y renunció a los posibles derechos hereditarios que pudieran corresponderle.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Arcos de la Frontera dictó Sentencia el 24 de septiembre de 1999, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales don Cristóbal Andrades Gil en nombre y representación de doña Mercedes, en nombre y representación de su menor hijo don Marcelino, contra don Cristóbal y doña Verónica padres de la entonces menor, hoy mayor de edad y rebelde en autos doña Ariadna, contra la Congregación Religiosa de las Hermanas de los Ancianos Desamparados y contra doña Asunción y en consecuencia debo declarar y declaro nulo el testamento otorgado por el causante don Marcelino en fecha 17 de octubre de 1983 ante el notario de esta ciudad don Francisco Javier Pérez de Camino Palacios con el número 1611 de su protocolo, como consecuencia de la preterición no intencional del heredero forzoso menor Marcelino declarándolo único y universal heredero del causante mencionado. En cuanto a las costas del pleito principal serán abonadas por los demandados y las costas de la demanda reconvenicional por la demandante reconvenicional impuestas por auto de 9 de mayo de 1996.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Cádiz dictó Sentencia el 5 de junio de 2000, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Asunción contra la ya citada sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. uno de Arcos de la Frontera, debemos revocar dicha resolución, y en su lugar, y con estimación parcial de la demanda presentada por la recurrente, debemos declarar y declaramos la validez del testamento otorgado por Marcelino en Arcos de la Frontera el 17 de octubre de 1983, ante el Notario de dicha ciudad don Francisco-Javier Pérez de Camino Palacios, así como la preterición intencional del hijo del testador don Marcelino, con los efectos que se establecen en el fundamento jurídico quinto de esta resolución, sin hacer especial imposición de las costas en ninguna de las instancias.

⊙ Doña Mercedes interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia del juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión que se plantea en casación es puramente jurídica, *questio iuris*, sobre la preterición —intencional o errónea, que contempla el artículo 814 del Código Civil— que parte de unos hechos, *quaestio facti*, no discutidos.

Éstos, en la medida que aquí interesa, comienzan con el testamento abierto otorgado el 17 de octubre de 1983 por el causante don Marcelino que contenía estas cláusulas:

«Primera.— Reconoce como hija extramatrimonial a la niña Ariadna, de unos dos años y medio de edad, aproximadamente, de la que ignora si está reconocida por la madre, y a la que instituye heredera en dos tercios de la herencia, en pleno dominio». «Segunda.— Lega, en pleno dominio, a su ahijada Asunción, los derechos que al testador correspondan en la casa señalada con el núm. NÚM000 de la CALLE000, hoy Corredera, de esta ciudad, facultándola para tomar por sí misma posesión del legado.» «Tercera.—El remanente de sus bienes pasará en pleno dominio y en concepto de legado a la Congregación Religiosa de las Hermanas de los Ancianos desamparados, conocidas por Hermanitas de la Caridad, a la que también faculta para tomar posesión del legado».

Dicho testador, desde antes, convivía con doña Mercedes (demandante en la instancia y recurrente en casación) con la que posteriormente, el 23 de abril de 1995, tuvo un hijo, Marcelino (en cuyo nombre, como menor de edad, actúa la demandante), que fue reconocido como hijo extramatrimonial por ambos progenitores. Aquel mencionado causante, padre de éste, falleció el 15 de octubre de 1991.

La demanda ejerció la acción de nulidad del testamento por preterición no intencional y, en consecuencia, que el hijo menor es único universal heredero de aquél. La sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Arcos de la Frontera estimó íntegramente la demanda. Fue revocada por la de la Audiencia Provincial, Sección 3.ª, de Cádiz. La demandante en la instancia ha interpuesto el presente recurso de casación.

La cuestión jurídica que se plantea en casación es la calificación de la preterición. Ésta, sin duda y así lo declaran ambas sentencias de instancia, se ha producido. Es la omisión del legitimario en el testamento, sin que éste haya recibido atribución alguna en concepto de legítima; en el presente caso, efec-

tivamente, al hijo extramatrimonial del causante no se le menciona en el testamento (fue concebido y nació después de otorgado éste) ni nada recibió imputable a la legítima. La declaración de principio del mencionado artículo 814 es clara: la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima, tras cuyo principio declara los efectos distinguiendo si la preterición es intencional o errónea (no intencional, la llama). La primera se produce cuando el testador no ha mencionado ni hecho atribución alguna al legitimario, sabiendo (intencionadamente) que éste existe; la segunda, cuando el testador omitió la mención del legitimario hijo o descendiente (no otro) porque ignoraba (erróneamente) su existencia.

Se advierte que estos conceptos vienen referidos al testamento, no a la muerte. Es decir (como mantiene la sentencia de primera instancia), que la preterición se produce si en el testamento se omite al legitimario, sin importar que en la apertura de la sucesión, producida por la muerte del causante, éste haya sabido o no de la existencia de aquél. No se tiene en cuenta la preterición al tiempo de la muerte, según conozca o no de la existencia del legitimario, sino al tiempo del testamento.

En consecuencia, se estima que en el presente caso el testador omitió al único legitimario, su hijo, en el testamento, ignorando su existencia y, cuando la supo no lo modificó y quedó viciado de preterición errónea con el importante efecto (que reconoce la sentencia de primera instancia) de anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, según dispone el artículo 814, párrafo segundo, número primero. Con ello, la presente resolución no hace sino seguir la doctrina jurisprudencial que plasman las Sentencias de 30 de enero de 1995 y 23 de enero de 2001. La primera dice textualmente: «preterición no intencional de la heredera forzosa nacida con posterioridad a su otorgamiento». Y desarrolla la segunda: «en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada *ex re ipsa*. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento»; y respecto al caso que contempla, añade (con total semejanza al caso presente): «Que la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el

nacimiento y reconocimiento de su sexto hijo en el año 1991 no puede servir de elemento interpretativo respecto al contenido de la voluntad testamentaria expresada el 2 de diciembre de 1988.»

De lo anterior se desprende que débese acoger el único motivo del recurso de casación que, al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega que la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial, conculca expresamente el artículo 814. Efectivamente es así. Como se ha expuesto, ésta yerra e infringe dicha norma cuando mantiene que se trata de preterición intencional, con efectos muy distintos, porque el testador conocía la existencia de su hijo, legítimo, con posterioridad al otorgamiento del testamento y mantuvo éste, sin modificarlo, hasta su muerte. No es así, como se ha apuntado: la preterición viene referida al tiempo de otorgar testamento y si en éste se produce preterición, aunque sea porque el hijo legítimo nace después, la preterición es errónea y despliega sus efectos como tal.

Tales efectos son la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, ya que el legítimo preterido en el presente caso por preterición errónea, es hijo del causante y único legítimo, por lo que cae en la norma antes citada del artículo 814. En el caso, se anulan los dos legados: el de su ahijada doña Asunción, demandada en

la instancia y parte recurrida en casación y el de la Congregación Religiosa, también codemandada que ha permanecido en situación procesal de rebeldía; asimismo la institución de heredera a favor de doña Ariadna, codemandada a través de su representante legal que alcanzó la mayoría de edad en el curso del proceso, se allanó a la demanda y renunció a cualquier derecho que le pudiera corresponder en la herencia del causante.

En el testamento, hay una disposición no patrimonial, que pertenece al llamado contenido atípico del mismo: es el reconocimiento de la mencionada Ariadna como hija extramatrimonial; esta disposición no se anula por la preterición, pero es ineficaz por incurrir directamente en el supuesto que prevé el artículo 113, párrafo segundo, del Código Civil al disponer que no será eficaz la desestimación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria; no cabe reconocer a una persona que tiene legalmente un *status filii* incompatible con el reconocimiento que se pretende hacer; el reconocimiento sólo es posible si previamente se impugna la filiación contradictoria y se deja judicialmente sin efecto. La niña –ahora mayor de edad– es hija matrimonial y así consta en el Registro Civil, sin que judicialmente se haya dejado sin efecto tal filiación: por ello, el reconocimiento es ineficaz.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Concesión de autorización a los tutores de la esposa para interponer demanda de divorcio a fin de legalizar la situación de separación de hecho que se prolonga desde que aquélla sufrió el accidente que provocó su incapacidad.

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª, AUTO DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña María Mercedes Guerrero Romeo

Los actores, tutores de su hija Concepción, solicitan autorización judicial para interponer demanda de divorcio en representación de su hija y contra el esposo de ésta don Juan al amparo del artículo 86 CC. El motivo alegado en el escrito inicial es legalizar la situación de separación de hecho en que vive la pareja desde que en fecha 11 de marzo de 2000 sufrió un accidente, permaneciendo en varios hospitales hasta el 16 de mayo de 2002 que fue a vivir con sus padres y tutores al ser declarada incapaz.

La juez de primera instancia denegó la autorización argumentando que «... estando la sentencia de separación que recayó en autos de Separación Contenciosa 1768/03, pendiente de recurso de casación ante el Tribunal Supremo por discutirse la legitimación para interponer dicho procedimiento, no procede conceder la autorización solicitada».

Interponen recurso de Apelación los tutores alegando infracción por aplicación inadecuada de los artículos 43, 410, y 421 LEC sobre litispendencia; también infracción del artículo 86 CC, en cuanto que el divorcio no se condiciona a que exista una sentencia firme de separación sino que puede instarse directamente; e infracción de lo dispuesto en el artículo 267 CC que concede al tutor la facultad de representación del incapacitado y artículo 24 CE por violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Conviene recordar la sentencia dictada por esta Audiencia el día 20 de diciembre de 2004 (ponente Sr. Tapia), que, partiendo de lo establecido en el artículo 53 CE, artículos 5 y 7 LOPJ sobre la vinculación de jueces y Tribunales a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, declaraba la legitimación de los tutores para ejercitar la acción de separación en nombre de su hija, revocando así la sentencia del Juzgado de Primera Instancia

núm. 4 de ésta Ciudad que estimaba la excepción de falta de legitimación. Esta Sentencia citaba la núm. 311/00 del Tribunal Constitucional (BOE 16 de enero de 2001), que entre los fundamentos expuestos viene a decir: «Al conceder el artículo 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derecho e intereses legítimos, están imponiendo a los Jueces y tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de la legitimación activa para acceder a los procesos judiciales. El artículo 24.1 CE impone que cualquier derecho o interés legítimo obtenga la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales y la separación matrimonial y la acción judicial que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges. La negativa de la legitimación de los tutores para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre desproporcionado por su rigorismo del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial efectiva.»

El voto particular del Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas a esta misma sentencia considera: «No se advierte en el artículo 81 CC ninguna afirmación de exclusividad de la legitimación de los cónyuges. Frente a la tesis de la sentencia de la apelación del proceso de separación sobre la interpretación del artículo 81 CC, creo poder afirmar que dicho precepto nada dice sobre la posibilidad de que la acción de separación que en él se concede a los cónyuges pueda, o no, ser ejercitada en su representación por sus tutores, cuando han sido incapacitados; con lo que no puede verse en él la norma restrictiva del acceso a la justicia... La sentencia recurrida ... completa, como se ha indicado,

su ratio decidendi con la afirmación del carácter personalísimo de la acción de separación... El concepto de acción personalísima, en que las resoluciones recurridas fijan la clave de su decisión, no es una categoría legal discernible sino una mera categoría doctrinal, que, para poder ser admitida en la función que las resoluciones recurridas le reconocen, debiera tener una base legal indubitada. Ello es especialmente exigible, cuando el juego de dicha categoría doctrinal conduce a una restricción del alcance de preceptos legales inequívocos, en función de los cuales resulta con claridad la atribución al tutor de la legitimación que, sin embargo, se le niega por el juego de dicha categoría doctrinal».

Centrados en el caso que nos ocupa, el presente es un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria en el que los tutores requieren la autorización judicial para interponer Demanda de Divorcio en nombre de su hija declarada incapaz, la cuestión planteada se reduce a la existencia de legitimación por parte de los tutores. El artículo 267 CC concede al tutor una facultad de representación del incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación. El artículo 271 CC enumera los actos para los que el tutor necesita autorización judicial, entre ellos el núm. 6 dice «para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía». El precepto no hace ninguna precisión sobre la distinta índole de las acciones a entablar, tan sólo excluye asuntos urgentes o de escasa cuantía, en consecuencia, respecto a la acción de divorcio, entendemos que no existe base legal para interpretar que el artículo 267 CC restringe el acceso a la justicia del tutor en nombre del incapacitado. Como dicen las sentencias citadas, impedir a los tutores que presenten la demanda en nombre de la incapaz sería tanto como negarles el acceso a la tutela judicial efectiva declarada como derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución, y desembocaría en una situación de desigualdad entre los esposos, vulnerando el artículo 14 de la Carta Magna, llegando al absurdo de que el esposo, sin necesidad de representación legal, podría interponer la demanda en defensa de sus derechos personales y patrimoniales, pero no la incapaz que necesita de sus tutores.

Conforme a los preceptos mencionados (artículos 267 y 271 CC), los tutores tienen plena capacidad procesal, independientemente del tipo de acción que pretenda ejercitarse y aun cuando se interpretase que la de divorcio es personalísima conforme a la corriente doctrinal más amplia,

debería declararse plena capacidad de obrar, quedando por determinar, en todo caso, si gozan de legitimación *ad causam*, es decir, si guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen, lo que corresponderá decidir en el procedimiento de divorcio correspondiente.

El reconocimiento de la legitimación del tutor, legitimación procesal, no significa que la demanda de divorcio sea estimada en el procedimiento correspondiente, el Juez deberá decidir si las razones alegadas por el tutor lo justifican, la autorización para interponer la demanda no debe confundirse con el procedimiento en sí. La Sala no comparte el razonamiento del Auto recurrido denegando la autorización mientras esté pendiente el recurso de casación ante el Tribunal Supremo sobre la separación. El divorcio no se condiciona a que exista una sentencia firme de separación previa, conforme establece el artículo 86 CC se decretará judicialmente el divorcio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos, o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81 CC. Hasta que no se interponga la demanda de divorcio no se podrá plantear litispendencia, en consecuencia, la Sala no considera infringidos los preceptos mencionados al respecto, artículos 43, 410 y 421 LEC, la excepción tiende a evitar que sobre un mismo extremo se produzcan resoluciones contradictorias, por lo que es necesario identidad subjetiva, objetiva y causal, apreciación que sólo podrá producirse una vez iniciado el procedimiento de divorcio anunciado.

En conclusión, entendemos que el artículo 24 CE concede el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, el divorcio y la acción judicial necesaria para obtenerlo vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges, la negativa de la legitimación para el ejercicio de esta acción en nombre y representación de la hija incapacitada determina el cierre desproporcionado de acceso a esta tutela. El artículo 86 CC no limita la legitimación a los cónyuges, ni tampoco impide la posibilidad de entablar la acción a los tutores quienes tienen plena capacidad de obrar conforme a lo establecido en los artículos 267 y 271 CC, derecho además reconocido judicialmente sin limitación alguna. A todo lo anterior debe añadirse que para que la demanda de divorcio prospere no es requisito de procedibilidad que existe una sentencia de separación firme. Por todo ello el recurso debe prosperar.

PATRIA POTESTAD

Incompetencia funcional del Tribunal de 2.^a Instancia para resolver discrepancias surgidas en el ejercicio cotidiano de la patria potestad: es cuestión atribuida a la competencia exclusiva del Juzgador *a quo*, al quedar excluida del sistema ordinario de recursos (artículo 156 CC): la Sala no puede pronunciarse sobre la procedencia de requerir a la madre para que mantenga a la hija debidamente vestida, de acuerdo con la temperatura ambiente, y para que ante cualquier incidencia, la lleve a su pediatra, absteniéndose de medicarla bajo su criterio.

AP MADRID, SEC. 22.^a, AUTO DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Impugnando igualmente el auto de fecha 6 de febrero del corriente año, que confirma el decreto dictado en 29 de julio de 2005, solicita dicho litigante que se requiera a doña Juana para que mantenga a la hija debidamente vestida, de acuerdo con la temperatura ambiente y que, para cualquier incidencia que afecte a su salud, cuando dicha menor se encuentre en su compañía, se dirija a la pediatra de la misma, siguiendo los tratamientos prescritos y absteniéndose de administrar a aquélla medicamentos no determinados por la referida doctora.

Pero sobre no haberse justificado debidamente las conductas imprudentes que se achacan a la Sra. Juana, en relación con el cuidado de la común descendiente, es lo cierto que, conforme correctamente se refiere en el escrito de interposición del recurso, nos encontramos ante una problemática concerniente al ejercicio cotidiano de la patria potestad, que encuentra su regulación legal en el artículo 156 del Código Civil.

Dicho precepto proclama la validez de los actos que, en el ejercicio de dicha función, realice uno solo de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias, o en situación de urgente necesidad, y añade que, en la hipótesis de discrepancia entre aquéllos, con sometimiento de la cuestión al Juez, la decisión de este último no será susceptible de recurso alguno.

Tal condicionante legal impide a la Sala pronunciarse sobre una cuestión atribuida a la competencia exclusiva del Juzgador *a quo*, al quedar excluida del sistema ordinario de recursos.

Respecto del auto de fecha 6 de febrero de 2006, igualmente recurrido por el Sr. Luis Enrique, debemos declarar y declaramos la incompetencia funcional de esta Sala para decidir las cuestiones suscitadas, en virtud de lo prevenido en el artículo 156 del Código Civil.

PATRIA POTESTAD

La desidia del padre y su completo desinterés hacia su hija ha dado lugar a que ésta no le haya visto al menos en los últimos tres años (cuando ella tenía seis años de edad) y ello sin impedimento medianamente consistente, por lo que el incumplimiento de sus deberes paterno-filiales no es ya que sea grave o leve, es sencillamente completo, entero y total, y por ello procede la privación de la patria potestad.

AP CUENCA, SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Leopoldo Puente Segura

La sentencia que es ahora objeto de impugnación parte de considerar que «ha quedado probado una total desatención del padre de los deberes inheren-

tes a la patria potestad respecto a su hija, tanto económicos, pues en varios años desde la separación únicamente ha hecho frente a varios pagos parcia-

les por una cantidad de 200 euros en total, como de relación personal con su hija pues no ha ejercido su derecho de vistas (lleva varios años sin ver a la menor). Es evidente que el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad es constante y grave por parte del demandado lo cual es de todo punto reprochable». Resuelve, empero, el juzgador *a quo* no acordar la privación de la patria potestad por considerar que con ello no se salvaguardan los intereses de la menor, en tanto entiende que aquella desatención no ha comportado riesgo en cuanto a la subsistencia económica e integridad física y espiritual de la hija, por lo que, según se concluye en la sentencia de instancia, «no resulta procedente y aconsejable la adopción de una medida tan drástica como es la privación de la patria potestad a uno de los progenitores biológicos». Este punto de vista resulta compartido por el Ministerio Fiscal, quien se opone al recurso interpuesto por considerar que la sentencia es ajustada a Derecho. No, sin embargo, por nosotros. En efecto, la patria potestad se concibe en nuestro ordenamiento jurídico como un haz o conjunto de derechos y deberes que se orientan a la mejor protección de los menores, siendo, en consecuencia, el suyo el interés más digno de protección. En un supuesto análogo al que ahora se somete a nuestra consideración, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 11 de octubre de 2004, estimó que el hecho de que el padre no hubiera visitado a su hija desde hacia varios años, ni hubiera atendido a sus necesidades económicas salvo aportaciones esporádicas y escasamente significativas, constituía un gravísimo incumplimiento de sus deberes familiares, en forma tal que le hacían acreedor de la privación de la patria potestad.

Pues bien, en el supuesto que se somete ahora a la consideración de la Sala, Mariano no ha utilizado en ninguna ocasión el derecho de visitas que quedó establecido a su favor en la sentencia de separación (dictada en el mes de diciembre del año 2003) y salvo aportaciones económicas enteramente episódicas ha dejado también desde entonces de aportar cantidad alguna para el mantenimiento de su hija. Y no sólo esto. También se argumenta en el recurso de apelación, que tampoco con posterioridad al dictado de la sentencia recaída en la primera

instancia, ha acudido Mariano a visitar a su hija los sábados que le correspondía ni en otro momento ninguno, sin que podamos conocer el punto de vista del propio Mariano porque, a pesar de la gravedad de la medida que en su contra aquí se solicita (privación de la patria potestad de su hija), no ha considerado oportuno personarse en estas actuaciones, aunque sí tuvo la deferencia de acudir al acto del juicio para reconocer sustancialmente que ninguna relación había mantenido con su hija desde que se produjo la separación, como tampoco había abonado prácticamente cantidad alguna en concepto de pensión de alimentos y ello, no porque carezca de capacidad económica (admite haber estado trabajando continuamente por cuenta ajena durante este tiempo, percibiendo una cantidad aproximada de 900 euros). Ciertamente, este Tribunal no puede imaginar que más tendría que hacer Mariano, –fuera de la comisión de delitos dolosos distintos del impago de pensiones–, para que hubiera de ser privado de la patria potestad. Su desidia y completo desinterés hacia su hija ha dado lugar a que ésta no le haya visto al menos en los últimos tres años (cuando ella tenía seis años de edad) y ello no por ningún impedimento medianamente consistente, sino porque, según expresa Mariano, –fuera de la comisión de domicilio en el último año (aún manteniéndolo dentro del mismo pueblo), lo que resulta una suerte de fragilísima excusa. De este modo, el incumplimiento de sus deberes paternofiliales no es ya que sea grave o leve, es sencillamente completo, entero, total. La distinción entre los incumplimientos graves o leves de entre los deberes que impone la patria potestad tiene sentido, a nuestro juicio, cuando unos se cumplen y no los otros. Cuando, como en este caso, sencillamente se incumplen todos, de manera continuada en el tiempo y por razones personal y subjetivamente imputables al incumplidor, entendemos que no cabe sino proceder, sobre esa base, a la privación de la patria potestad, naturalmente, sin perjuicio de que la misma pueda ser restablecida cuando la relación con su padre aporte a Maite alguna clase de beneficio, del tipo que fuere. No sería un mal principio que empezaran a abonarse las pensiones de alimentos.

PATRIA POTESTAD

Privación de la patria potestad al padre que hizo una dejación de sus funciones desde que la hija era muy pequeña.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Andrés Pacheco Guevara

Un derecho tan esencial como el descrito por el artículo 154 del Código Civil no debe atribuirse, ni compartidamente, a uno de los progenitores si la actitud del mismo para la prole no es abiertamente favorable a sus intereses y, en especial, a su formación y sustento.

Ciertamente el apelante ha hecho dejación de ese derecho/deber desde que la niña era muy

pequeña, aunque ahora invoque su deseo de compartir la patria potestad sobre María Ángeles, con promesas de ayudas económicas hasta ahora incumplidas.

La edad de la niña ya no permitiría un acercamiento a su, desconocido para ella, padre, sin que sea conveniente obligarle a tan extemporáneo contacto.

GUARDA Y CUSTODIA

Existiendo una resolución de desamparo y asunción de la tutela de las menores ha de acudirse al procedimiento especial de impugnación de este tipo de resoluciones previsto en los artículos 779 y siguientes de la LEC, no pudiendo en consecuencia solicitarse nada respecto a la custodia de los menores en el procedimiento de divorcio de los padres.

AP CUENCA, SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando De La Fuente Honrubia

Como refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 3 de mayo de 2004, si la Administración Pública está bajo la esfera del Derecho Administrativo en lo que se refiere a organización de medios para atender a las necesidades del menor, no puede olvidarse que cuando inicia actividades de investigación y tratamiento de supuestos de desamparo con significación jurídica, se encuentra sometida al Derecho Civil sin ostentar una posición de preeminencia ni facultades exorbitantes, sin perjuicio, desde luego, de las importantes potestades «tuitivas» que se atribuyen a la Administración y las especiales modalidades al ser desempeñadas por sujetos públicos, pero sin olvidar que las instituciones asistenciales (tutela automática, guarda, etc.) están dentro del campo del Derecho Privado, de forma que la frecuente intervención administrativa en la materia no hace decaer su carácter eminentemente civilístico,

siendo así la tutela pública una función social de Derecho Privado orientado a satisfacer necesidades familiares.

Por ello las resoluciones y procedimientos previos de la Administración estarán sometidos al Derecho Administrativo, pero el producto de esa actividad lo están al Derecho Civil con plena sumisión a las normas del Código Civil y de Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos preceptos no pueden modificar, y a los que las Comunidades Autónomas se tienen que supeditar, con frecuentes remisiones a su articulado, sirviendo de complemento o especificación de sus preceptos.

El concepto de desamparo es indeterminado porque el menor cae en él a consecuencia de una situación fáctica, y que lo importante es que el menor se encuentre privado de la necesaria asistencia moral o material.

La resolución administrativa por la que la entidad pública asume la tutela conlleva la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, lo que opera desde el mismo instante en que la Administración asume los contenidos propios de tales potestades, puesto que, por tratarse de un acto administrativo, el mismo está revestido de la presunción de legalidad con la consiguiente ejecutividad.

Incumbe, por tanto, a los afectados por la resolución de la entidad pública, la carga de impugnarla *a posteriori* ante la jurisdicción civil, sin que ello obste, desde luego, a la ejecutividad del acto, viniendo incluso la resistencia que pudieran oponer los padres o guardadores en orden a obstaculizar la medida de protección acordada e, interviniendo de inmediato si hubiere peligro para la vida e integridad del menor o se vulneraran gravemente sus derechos y solicitando, en su caso, de la autoridad

judicial, la adopción de las medidas precisas para hacer efectiva la decisión administrativa.

Existiendo en el presente supuesto una resolución administrativa en materia de protección a menores, concretamente una resolución de desamparo y asunción de la tutela de las menores Paloma y María Dolores, dictada por la Conserjería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha con fecha 26 de enero de 2004 (obstante al folio 32 y siguientes de las actuaciones) en la que se declara a las menores en situación legal de desamparo, ha de acudir al procedimiento especial de impugnación de este tipo de resoluciones previsto en los artículos 779 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades en ellos contenidas, procedimiento en el cual podrá el recurrente oponerse a la resolución administrativa.

GUARDA Y CUSTODIA

Es inviable convertir la custodia que tiene atribuida la madre en custodia compartida al quedar acreditadas las múltiples denuncias e imputaciones de incumplimientos entre los progenitores.

AP LEÓN, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Luis Adolfo Mallo Mallo

Con carácter subsidiario se plantea por el actor-apelante el establecimiento de un régimen de custodia compartida sobre el menor, de modo alterno con cada progenitor por cada año escolar.

En nuestro caso estimamos inviable la guarda conjunta o compartida que se solita desde el momento en que no existe acuerdo al respecto entre los progenitores (supuesto «normal» de custodia compartida del núm. 5), ni se dan los presupuestos que permiten el régimen «excepcional» de guarda compartida (del núm. 8), ya que ni el Ministerio Fiscal se ha mostrado favorable a dicha solución, ni tenemos la convicción de que sólo de

esa forma se protege adecuadamente el interés del menor, pues, reiteramos, ningún informe ha cuestionado la bonanza o adecuación del régimen de custodia actual.

Finalmente añadiremos que las malas relaciones entre los progenitores, la tensión y conflictividad existentes, de la que son prueba el hecho que las entregas del menor se hagan a través de APROME y las múltiples denuncias e imputaciones de incumplimientos, en modo alguno aconsejan el establecimiento de una custodia compartida, contraindicada en casos como el que nos ocupa.

GUARDA Y CUSTODIA

No procede otorgar la guarda y custodia compartida al no haber sido solicitada inicialmente por ninguna de las partes: la petición se efectuó de forma extemporánea, a raíz del informe emitido por el Equipo Psicosocial, lo que implica una alteración del objeto del proceso vedada por el artículo 412 LEC. Tampoco existe informe favorable del Ministerio Fiscal, ni dicha medida es la única que protege el interés del hijo, pues existen actitudes enfrentadas de ambos progenitores que precisan aprender canales de comunicación para evitar que los efectos negativos de la separación incidan en el menor.

AP MADRID, SEC. 22.^a, SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

El debate litigioso en esta alzada ha quedado centrado en las medidas complementarias que, relativas al hijo común de los litigantes, ha de conllevar la disolución del vínculo matrimonial de los mismos, de conformidad con lo prevenido en los artículos 91 y siguientes del Código Civil.

Así, la parte apelante, tras anunciar en el escrito de preparación del recurso que impugnaba los pronunciamientos de la sentencia de instancia concernientes al régimen de visitas acaba, en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interesar que ambos progenitores compartan, por semanas alternas, la custodia del hijo.

En los escritos rectores del procedimiento, ambos litigantes mostraron una postura coincidente acerca de la permanencia del hijo común en el entorno cotidiano de su madre, tal como venía acaeciendo desde la ruptura fáctica de la unidad familiar, según lo acordado en el convenio regulador que aquéllos suscribieron en fecha 17 de junio de 2004.

Bajo tales antecedentes no puede acogerse el primero de los motivos del recurso, en cuanto, a tenor del apartado núm. 8 del artículo 92 del Código Civil, tras su reforma por la Ley 15/2005, de 8 de julio, deviene imprescindible, en primer lugar, que la guarda compartida haya sido solicitada, al menos, por una de las partes, lo que no acaece en el supuesto examinado, puesto que sólo de modo extemporáneo, y a raíz del informe emitido por el Equipo Psico-social adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurrente, que había asumido en el curso anterior del procedimiento que dicha función recayera en la madre, propugna el reparto de tal cometido, lo que implica una alteración del objeto del proceso que no viene permitida por el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De otro lado, el citado litigante no anunció, en el trámite del artículo 457, la impugnación del pronunciamiento relativo al régimen de custodia, lo que, en ortodoxia procesal, impedía el planteamiento *ex novo* de dicha cuestión a través del escrito de formalización del recurso, que viene constreñido, de conformidad con el artículo 458, a la exposición de los alegatos en los que se base la impugnación ya concretada en el anterior momento procesal, lo que excluye la introducción en dicha fase del recurso de nuevos motivos impugnatorios.

Pero aunque pudiera prescindirse de dichos condicionantes procesales, en aras de proteger el prioritario interés del sujeto infantil, tampoco habría de acogerse la pretensión al respecto deducida, pues ni existe informe favorable del Ministerio Fiscal ni, a la vista de lo actuado, puede concluirse que la solución propugnada sea la única que protege adecuadamente el interés del común descendiente, ya que si bien el informe psicosocial unido a las actuaciones estima que la custodia compartida puede ser altamente beneficiosa para el menor, se destaca igualmente por los peritos las actitudes enfrentadas de ambos progenitores, que precisan aprender canales de comunicación, evitando que los efectos negativos de la separación de pareja incidan sobre el menor, deteriorando su desarrollo.

Por lo cual, y en la coyuntura existente al tiempo de sustanciarse y decidirse la litis en la instancia, es obvio que no concurrían los condicionantes que, de conformidad con lo prevenido en el precepto analizado, han de sustentar la distribución de la corresponsabilidad parental, tal como propugna, si bien de forma poco ortodoxa en su planteamiento procesal, el hoy apelante.

GUARDA Y CUSTODIA

El hecho de que la madre trabaje no constituye impedimento insalvable para otorgarle la guarda y custodia de la menor: actualmente es circunstancia común la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y ello no determina la imposibilidad de organizar la vida familiar. El informe psicosocial concluye que la madre ofrece a la menor mejor ambiente familiar al preservarle su estilo de vida, y se afirma que constituye una figura de apego muy estable para ella. La fijación de un amplio régimen de comunicaciones garantiza una relación intensa con el padre.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

Con fecha 4 de abril de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de los de Madrid se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de separación, luego transformada en demanda de divorcio, interpuesta por doña Lina, representada por la Procuradora doña Lina y defendida por la Letrada doña María Mercedes López Carbonero contra don José Ángel representado por la Procuradora doña Cristina Gramage López y defendido por la Letrada doña Almudena Bueno Fernández, debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio de doña Lina y don José Ángel, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, adoptando como medidas complementarias definitivas las siguientes: ... 3.ª) Se atribuye la guarda y custodia de la hija menor de los litigantes a la madre doña Lina, pero ejerciendo conjuntamente ambos progenitores la patria potestad sobre aquéllos.

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado la custodia de la hija, y el derecho de uso de vivienda en favor de la misma y el padre; refiere que la menor no es atendida por la madre, pues su horario laboral se lo impide, sin que exista prueba sobre la existencia de la extensa familia de la madre, mientras que la menor mantiene buena relación con la familia paterna, y el padre cuenta con un horario laboral flexible.

La cuestión relativa a la custodia de los menores debe resolverse conforme a lo dispuesto del artículo 92 del Código Civil, a lo señalado en los artículos 1 y 2 y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, 15 de enero de 1996, en relación con la normativa internacional, Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas,

de 1959, pues en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia sobre los mismos.

Por ello se debe atender, para resolver la medida sobre la custodia, a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en la familia, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente criterios de atención y de cariño, de alimentación, de educación y ayuda escolar, y procurando el mejor clima de sosiego y equilibrio para su desarrollo, lo que comporta la necesidad de tener en cuenta las pautas de conducta de los progenitores y de su entorno.

En este sentido, y aun aceptando el legítimo interés de ambos progenitores en ostentar la custodia de la menor, y sin necesidad de entrar en criterios de descalificación de los progenitores, en el ámbito personal o familiar, pues no concurre circunstancia alguna que lo justifique, según se deduce de la prueba practicada, y en especial, del informe pericial psicosocial, es lo cierto que no concurre ninguna causa para dar lugar al cambio en la medida acordada, sobre la custodia en favor de la madre, y aun aceptando que ambos progenitores son aptos para la custodia, si bien, y así se señala en el informe pericial psicosocial emitido, debidamente ratificado en el acto de la vista, es lo cierto que la madre ofrece mejor ambiente familiar a la hija, pues se preserva así el estilo de vida de la niña, al tiempo que se afirma que la madre constituye una figura de apego estable para la menor; en suma, no se ha acreditado incidencia negativa alguna en el entorno familiar materno que determine, ahora, el cambio en la custodia, pues, por lo demás, y recomendándose un amplio régimen de comunicaciones de la

hija para con el padre, es lo cierto que se garantiza la relación intensa entre el progenitor no custodio y dicha hija a través de la fijación de un régimen de visitas muy amplio que incluye la comunicación en dos días a la semana, al margen de los fines de semanas, festivos, cumpleaños y vacaciones.

Por último, tampoco se ha acreditado que la situación y el horario laboral de la madre constituyan un impedimento insalvable para el adecuado ejercicio de la custodia, pues sabido es que, actual-

mente, y ello se valora positivamente, constituye una circunstancia muy común y general el hecho de la incorporación al mercado de trabajo de la madre que ejerce la custodia, con independencia de su cualificación profesional, lo que no determina la imposibilidad de organizar la vida familiar, buscando la compatibilidad de dicha vida familiar con el hecho objetivo de dejar diariamente la vivienda familiar para trabajar.

GUARDA Y CUSTODIA

No procede la guarda y custodia compartida: la disfunción del marco vital de las menores, con alternancia de viviendas, sólo podría paliarse en supuestos de responsabilidad máxima de los progenitores que se relacionaran en condiciones de confianza y entendimiento, que permitan un marco referencial de afinidad en orden a un proyecto común.

AP MADRID, SEC. 22.^a, SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se pide se resuelva sobre las pretensiones que han quedado imprejuizadas el ejercicio compartido de la guarda y custodia de las hijas con las medidas inherentes.

Por su parte doña Concepción pide se desestime el recurso y alega que no existe razón alguna para que incluso contraviniendo la voluntad de las menores le sea adjudicada al Sr. José María una custodia que las propias hijas no desean.

No mejor suerte ha de correr la cuestión concerniente a la custodia compartida de las hijas del matrimonio Asunción y Flor de 12 años de edad, y 8 años de edad como nacidas el 9 de julio de 1994 y 17 de abril de 1998, respectivamente.

La cuestión así suscitada relativa a la guarda y custodia de las menores habrá de ser resuelta conforme a la vigente normativa del CC y la ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya que «En todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en

los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación o separación».

Con tales presupuestos normativos la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc.

Así establecidos los criterios orientadores la Juzgadora de la primera instancia resolvió fijar la guarda y custodia de las hijas, a favor de la madre, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre y respecto a las citadas menores de fines de semana alternos con los puentes y la mitad de los períodos vacacionales.

El examen de lo actuado revela la pertinencia de lo acordado en la primera instancia a la vista de las diligencias practicadas, y si pensamos fundamentalmente que la guarda y custodia compartida

requiere para su establecimiento unas condiciones y circunstancias concurrentes en la situación familiar y los interesados, progenitores de los hijos en cuestión, definidas por los especialistas, en orden a un proyecto común, comunicación y flexibilidad, ausentes por lo general, en el conflicto familiar objeto de la contienda judicial.

En efecto, cabe paliar, compensar o desvirtuar, la disfunción o alteración del marco vital de los menores, que supone la alternancia periódica de viviendas, entornos, desplazamientos, hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica, en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo en común, se relacionan en condiciones tales de confianza y entendimiento, que permiten un marco referencial de afinidad, para el hijo, presupuesto básico inexistente, en el conflicto y relación contradictoria resuelta en la contienda judicial, lo que hace decaer la pretensión apelante, en los términos solicitados, y máxime en aquellos de más corta duración, (períodos cada 6 meses,) lo que determina en este punto la

confirmación de la sentencia recurrida, y conlleva a su vez, el rechazo de las pretensiones derivadas de la anterior.

En efecto, el informe psicológico obrante a las actuaciones pone de manifiesto y considera adecuado que la guarda y custodia sea ejercida por la madre de las niñas y que exista para el padre un régimen de visitas amplio y flexible haciéndose eco de los deseos de las niñas que manifiestan a los peritos que quieren seguir viviendo con su madre y visitar a su padre, significando aquel dictamen, que ha sido la madre de las niñas la que más tiempo ha estado con ellas y ha ejercido de forma adecuada sus funciones parentales, todo lo cual determina en este punto el rechazo de este motivo de apelación.

Que desestimando el recurso de apelación formulado por don José María contra la Sentencia dictada en fecha 10 de abril de 2006, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Alcalá de Henares, en autos de divorcio seguidos, bajo el núm. 546/05, entre dicho litigante y doña Concepción, debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada.

GUARDA Y CUSTODIA

Se otorga la custodia compartida, pese a la oposición de la madre a dicho sistema: tal oposición no es un obstáculo insalvable para su sanción judicial, máxime cuando el Equipo Psicosocial y el Ministerio Fiscal informaron favorablemente. El principio del *favor minoris* es prioritario sobre cualquier requisito sustantivo o procesal. Ambos progenitores han estado implicados en el cuidado cotidiano del menor, en función de sus horarios laborales: tras la ruptura, no procede delegar en los abuelos maternos el cuidado del menor en los horarios que la madre no puede atenderlo, debiendo prevalecer la opción paterna.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Entrando en el análisis de fondo de la problemática suscitada acerca de la custodia de la común descendiente, no podemos por menos de compartir, sin perjuicio de lo que luego se dirá, el criterio decisorio plasmado en la resolución impugnada, en cuanto el mismo aparece sólidamente asentado en el resultado de la prueba incorporada a las actuaciones, e inspirado por el prioritario principio del *favor minoris*.

Pues es lo cierto que ha quedado cumplidamente justificado, incluso por reconocimiento de doña Elsa, que, durante su convivencia con el Sr. Luis Francisco, uno y otro se involucraron, de modo efectivo y responsable, en las diversas tareas relativas al cuidado y educación de la común descendiente, distribuyéndose las mismas en función de sus respectivos horarios laborales, lo que conllevaba que, sin perjuicio de puntuales

ayudas familiares, don Luis Francisco asumiere personalmente tales atenciones durante los turnos de trabajo de tarde y noche de doña Elsa, en que ésta se ausentaba del domicilio familiar.

El informe elaborado por el Equipo Psico-social adscrito al Juzgado destaca, entre otros aspectos, la capacidad de ambos progenitores para asumir la custodia, como así se había venido realizando mientras el grupo familiar permaneció unido. Ello queda igualmente corroborado por las manifestaciones de Sara en orden a la implicación de uno y otro procreador en sus cuidados cotidianos. En dicho dictamen, sin perjuicio de exponer que la menor muestra una ligera preferencia hacia la figura materna, con la que en aquel momento convivía habitualmente, se destaca también la vinculación positiva existente con ambos progenitores.

De otro lado, no constan especiales impedimentos o dificultades de don Óscar para el ejercicio responsable de la función debatida, ya que no se ha justificado, en el curso de las actuaciones, que sus pasados, y coyunturales, problemas de salud impliquen, en la actualidad, un riesgo cierto para la común descendiente en los períodos en que la misma ha de permanecer en el entorno de aquél. Los alegatos de la recurrente, o su dirección Letrada, sobre consumo por don Luis Francisco de sustancias tóxicas han quedado huérfanos de toda corroboración probatoria. Tampoco el invocado carácter violento de dicho litigante puede determinar su exclusión, en la forma que se propugna, de la función debatida. Así lo evidencia la propia estrategia diseñada por la parte demandada que, sin perjuicio de reclamar para sí la guarda de la menor, acepta un régimen de visitas normalizado, e inclusive de evidente amplitud en su planteamiento subsidiario, al remitir al convenio en su día suscrito; por lo que mal se entiende que dichos hipotéticos, en cuanto no acreditados, riesgos tan sólo hayan de surgir en una convivencia amplia con el padre, ya aceptada respecto de los períodos vacacionales, acerca de los cuales no se solicita ninguna limitación.

Bajo tales condicionantes, y teniendo en cuenta igualmente la imposibilidad de doña Elsa de asumir directa y personalmente el cuidado de la menor, fuera del horario escolar, en determinados períodos, en función de sus horarios laborales, lo que le obliga a delegar la correspondiente responsabilidad en los abuelos maternos, hemos

de considerar, con inexcusable aplicación al caso del principio del *favor filii*, que la opción paterna debe prevalecer, en tales coyunturas. Ello no supone sino sancionar la asunción compartida de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, y entre ellos el de tener consigo a la hija, que, recogidos en el artículo 154 del Código Civil, han de seguir cumpliendo ambos progenitores, máxime cuando, como se ha expuesto, uno y otro se encuentran perfectamente capacitados para el ejercicio responsable de dicha función.

Como bien se expone en la sentencia recurrida, la oposición de una de las partes a la distribución de la función que se debate no constituye un obstáculo insalvable para su sanción judicial, conforme así lo previene el apartado número 8 del artículo 92 CC, máxime cuando, tras el dictamen emitido por el Equipo Psico-social adscrito al Juzgado, el Ministerio Fiscal mostró su criterio favorable al respecto. Ciertamente es que una rigurosa y literal aplicación del otro requisito exigido por el precepto examinado, esto es el de que «sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor», podría conducir, en la inmensa mayoría de los casos, a la exclusión del sistema de alternancia en la custodia que contempla la reforma legal; no podemos, sin embargo, olvidar que tal requisito debe ser interpretado y aplicado en cada caso concreto bajo la inspiración del repetido principio del *favor minoris* que, por el rango de las normas en que aparece consagrado (artículos 39 de la Constitución y 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996) debe prevalecer sobre cualquier otro condicionante sustantivo o procesal.

Ello nos lleva a concluir que, a salvo de las hipótesis excluyentes recogidas en el apartado número 7 del referido precepto, y concurriendo los requisitos exigidos en el número 8, la posible sanción judicial de la custodia compartida será viable cuando la misma se revele como la solución más idónea para el sujeto infantil, en orden a favorecer, por el contacto regular y fluido con uno y otro progenitor, un desarrollo armónico y equilibrado de aquél en sus distintos aspectos, paliándose así las nocivas consecuencias que, para el mismo, conlleva, por regla general, la ruptura convivencial de quienes asumieron la responsabilidad de traerle al mundo.

GUARDA Y CUSTODIA

Concesión de la custodia compartida puesto que desde la separación de hecho los hijos residían con el padre los martes y jueves y los fines de semana alternos.

AP GIRONA, SEC 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Lacaba Sánchez

Dictada sentencia de divorcio, la madre y demandada se opone a la medida de custodia compartida acordada a instancias del padre y actor.

Las escasas ocasiones en las que este Tribunal ha conocido de una pretensión de guarda y custodia compartida de los hijos menores, en favor de ambos progenitores, han sido tenido en cuenta, las circunstancias concurrentes en cada caso, que hacían pertinente, en interés de los menores, la declaración de procedencia de tal medida.

Se determina la posibilidad legal de conceder dicho régimen e incluso es susceptible de ser tratada ampliamente por el órgano jurisdiccional, incluso de oficio, sin afectar pues al derecho dispositivo, y siempre teniendo presente los intereses de los menores, tal como proclama el artículo 92 del Código Civil (modificado por la Ley 15/2005) y el artículo 82.2 del Código de Familia de Cataluña.

Es cierto, que por regla general, la atribución de una guarda y custodia compartida no es siempre favorable a los intereses de los menores, debiendo ponderarse la edad de los mismos; la inestabilidad que les supone el residir en distintos domicilios, según el período de tiempo que estén con el padre o la madre; las tensas relaciones de los progenitores, tras la ruptura o crisis matrimonial con la consecuencia del cese de la convivencia; la influencia que cualquiera de los progenitores pueda tener en relación a los hijos, usada con la finalidad de desprestigiar o desmerecer la figura del otro; las malas relaciones que en ocasiones se producen entre los hijos y los compañeros sentimentales o nuevos cónyuges, en el caso de divorcio, que dificulta la convivencia de los menores, sobre todo cuando la tercera persona tiende a sustituir la figura paterna o materna; el distinto grado de implicación del padre y la madre en la evolución educativa y afectiva de sus hijos, usando una mayor disciplina y corrección uno que otro, lo que permite cierto grado de permisividad de un progenitor que favorece los deseos de los hijos, a veces no justificados, etc.

En el presente supuesto se trata de aplicarla a dos menores, Gregorio de 14 años y Juan Ignacio de 9 años en la actualidad, y que la Sentencia aplica

tras la exploración del primero de los citados y la testifical del Dr. Constantino.

El recurso debe de ser desestimado, puesto que, lejos de sustentarse sobre un auténtico error en la valoración de la prueba, se basa en una mera discrepancia con la concesión del régimen compartido, unido a un posicionamiento de la madre en total discrepancia con dicha posibilidad, tal y como manifestó en el acto del juicio.(00:24:45 y ss).

A lo ya manifestado en la sentencia impugnada, debe añadirse que, desde la separación de hecho del matrimonio a principios de 2004, los hijos residían con su padre, los martes y los jueves desde la finalización de clases hasta el día siguiente y los fines de semana alternos; situación que vino siendo consentida por ambos progenitores y que se ve alterada en el momento de judicializar la separación.

La recurrente manifestó en el juicio que no había mucha distancia entre los domicilios de ella y la del padre (00:40:34) y mostró su discrepancia, con dicha medida, en el hecho de que, los hijos no tienen un orden y una rutina (00:41:06), criterio que es el utilizado como *lev motif* de su recurso, pero no adujo ningún motivo concreto de tipo perjudicial para sus hijos, si continúa con un régimen de custodia compartida, que vino funcionando desde la separación de hecho de los padres, los cuales conviven con sus actuales parejas en el mismo municipio de Olot, sin que ello suponga ninguna alteración en las relaciones paternofiliales de los litigantes, lo que llevó al Ministerio Fiscal a no oponerse a la medida adoptada en la sentencia y que recoge, precisamente, la estancia de los hijos con su padre las tardes y noches de los martes y jueves y los fines de semana alternos, todo ello, desde la finalización de las clases hasta el retorno a las mismas.

El pediatra y testigo don Constantino, que viene tratando a Gregorio de su trastorno de déficit de la atención, manifestó, que dicho déficit lo padecen muchos adolescentes y preadolescentes y que el tratamiento va encaminado a una mayor concentración, mediante medicación y medidas psicopedagógicas, lo cual no impide una vida normal de aquél. Y en relación a la medida de guarda y custo-

dia compartida, concluyó en que, si los dos domicilios son normales no tiene por qué haber ningún problema, que lo importante es que los menores tengan dos familias, y no dos casas (01:31:20).

Ante todo lo expuesto, la Sala se inclina también por establecer el régimen de custodia compartida por considerarlo adecuado al interés de los menores, pues la similitud de los estilos educativos de los progenitores podrá paliar los pretendidos inconvenientes derivados de la falta de comuni-

cación fluida y continuada con uno solo de los progenitores, que por otro lado son inherentes a toda crisis matrimonial contenciosa; se estima en consecuencia que se dan las circunstancias necesarias, requeridas por el artículo 92 del Código Civil, redactado conforme a la reforma llevada cabo por Ley 15/2005 de 8 de julio, para el establecimiento de este sistema de guarda, incluido el informe favorable del Ministerio Fiscal, que ha pedido la confirmación de la sentencia.

GUARDA Y CUSTODIA

Tras dictar sentencia en la instancia que otorgaba la custodia a la madre, ésta traslada su domicilio a Chile, estando en vía de apelación: se mantiene dicha custodia pero condicionada a que la ejerza en España. Para que se otorgue al padre la custodia deberá acudir a una modificación de medidas, pues el Tribunal de apelación carece de elementos de juicio para resolver al no haberse practicado pruebas en la instancia tendentes a acreditar la aptitud de los progenitores, ya que tales pruebas no se practicaron al haber acordado los cónyuges una custodia compartida que no fue aprobada judicialmente.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La parte apelante, en el acto de la vista que se celebró en el día de ayer, modificando de modo definitivo las peticiones contenidas, inicialmente en el escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto en su momento, y a través de su dirección letrada, solicitó la custodia de los hijos menores en favor del padre, el establecimiento de un régimen de visitas para la madre en España, la fijación de 1.200 euros mensuales, como mínimo, en concepto de pensión de alimentos, o a determinar en fase de ejecución de sentencia, la supresión del pronunciamiento relativo al alquiler de la vivienda y el gasto de colegio, y reprodujo las peticiones formuladas en el escrito de fecha 12 de octubre pasado, presentado ante la Sala, por considerar que se ha producido un traslado ilícito de los hijos a Chile, donde reside actualmente la madre, y en relación a la restitución de los menores, formulando las alegaciones que tuvo por conveniente en justificación de las pretensiones formuladas en el acto de la vista y en dicho escrito.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, y también el acto de la vista se opuso a cuantas peticiones se han formulado de modo definitivo por parte del recurrente, alegando las razones por las que no se consideró la existencia de retención ilegal de

dichos hijos, al tiempo que reiteró la falta de aptitud del padre para ostentar la custodia.

Asimismo, en el acto de la vista se solicitaron diligencias finales, que fueron rechazadas por el Tribunal.

Ciertamente, con posterioridad al dictado de la sentencia hoy apelada se han producido circunstancias fácticas novedosas, y en relación al traslado de la madre y los tres hijos, de los que dos son menores de edad, a Chile, alegando el esposo, que fue oído en el acto de la vista, que el traslado de residencia se produjo en el mes de junio del presente año, sin consentimiento ni autorización del mismo, y sin obtener el refrendo judicial oportuno; y tal circunstancia no ha sido contradicha por la dirección letrada de la esposa, que no compareció al acto de la vista celebrada el día de ayer, y que tenía por fin la audiencia de los progenitores, en orden a la determinación de las circunstancias, personales, familiares, materiales, etc., que han motivado la decisión judicial que resuelve otorgar la custodia de los hijos menores a la madre, sin tener en consideración los acuerdos conseguidos en el acto de la vista, por ambos progenitores, sobre custodia compartida y con la conformidad personal y expresa de los mismos manifestada en dicho momento procesal.

Así las cosas, y en razón del acuerdo conseguido en la instancia, sobre la custodia compartida, es lo cierto que en el proceso se ha obviado y se ha prescindido de la práctica de la prueba que, en estos casos, hubiera servido para determinar la aptitud de uno u otro progenitor para el adecuado ejercicio de la guarda y custodia sobre los hijos, por cuanto que falta la prueba de interrogatorio, así como las pruebas periciales, y en especial la psicosocial, en relación al grupo familiar, y por cuanto que sólo tuvo lugar, en el acto de la vista celebrada en la instancia, la exploración de una de las hijas, quien matizó su deseo en orden a períodos más largos, de estancia y convivencia con uno u otro progenitor; en suma, no constan los criterios necesarios para dar adecuada respuesta a la problemática suscitada, si bien no existe prueba alguna, por el momento, de que las hijas menores estén en posibilidad de sufrir alguna incidencia negativa, pues, también por el momento, se ignoran las consecuencias, para las hijas, del cambio de residencia que se ha producido.

Actualmente, y en razón del cambio de residencia de la madre, se ignora si con carácter definitivo o no, se torna imposible en esta alzada completar el material probatorio necesario y suficiente para resolver, con carácter definitivo y por el momento, la cuestión relativa a la custodia.

En el ámbito procesal tampoco es posible la admisión de las pretensiones solicitadas en el escrito presentado por el recurrente, de fecha 12 de octubre de 2006, por cuanto que resultan inviables, como también resultan improcedentes y extemporáneas las pruebas que se proponen en el citado escrito, y no obstante lo establecido el artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que dada la situación actual, las pruebas que pudieran tener cierto interés, como la pericial, resultarían incompletas dada la imposibilidad de la audiencia y el examen de los hijos menores y de la madre, ausentes del territorio español.

Por lo demás, dichas peticiones no pueden tener encaje en el presente procedimiento, al margen de lo que se dirá después, en torno a la obligación de la madre de ejercer la custodia en España, pues en este sentido, y para su permanencia en el territorio nacional, se otorgó la custodia a la misma, y para propiciar el régimen de visitas establecido en favor del padre, y sin perjuicio de lo que procede resolver en fase de ejecución de sentencia.

Dicho lo anterior, llegado el caso, no es posible descartar la posibilidad de revisar el pronunciamiento sobre la custodia, si bien en sede de procedimiento de modificación de efectos, y una vez convenientemente acreditada la definitiva situación afectante a los hijos menores, y en lo que se

refiere al domicilio y residencia de los mismos, y después de justificar convenientemente la aptitud del recurrente para el ejercicio la custodia, llegado el caso y el momento en el que la hoy apelada opte de manera definitiva por la residencia en Chile.

Por cuanto antecede, el pronunciamiento relativo a la custodia de los hijos debe confirmarse, dado que a la fecha de hoy la Sala no cuenta con argumentos, debidamente probados y justificados para efectuar otra declaración sobre el ejercicio de la custodia, al margen de la circunstancia objetiva relativa al cambio de residencia, lo cual deberá valorarse en su justa medida en el procedimiento de modificación de efectos, ámbito procesal que permitirá, tanto en fase de alegaciones como en fase de pruebas, una decisión fundada al respecto de un posible cambio de custodia.

Señalado lo que antecede, se aclara que el ejercicio de dicha función sobre custodia debe realizarse por la madre en España, y por cuanto que ello era presupuesto esencial que justificaba el pronunciamiento ahora impugnado, como lo demuestra el hecho de que se hubiera reconocido en favor del padre un régimen de visitas normalizado, de fines de semanas y períodos vacacionales, así como el pronunciamiento relativo al pago de alquiler de la vivienda o el gasto del colegio; por ello, y una vez que en ejecución de sentencia se determinen las posibilidades en relación al régimen de visitas concedido al padre, lo que exige el regreso de la madre y de los hijos menores a España, está en posibilidad el hoy recurrente, cuando demuestre de manera definitiva la alteración de las circunstancias, en lo que se refiere al cambio de residencia y a la nueva situación de los hijos, de solicitar, en la sede procesal antes indicada, la modificación de la medida relativa a la guarda y custodia.

Por lo demás, y manteniendo el pronunciamiento relativo al gasto de colegio, que deberá afrontar el recurrente sólo en el supuesto en el que los hijos regresen y cursen sus estudios en España.

Así mismo, y manteniendo la obligación de afrontar la pensión alimenticia, se concede al apelante la facultad de efectuar el pago mensual mediante consignación en la cuenta del Juzgado y hasta tanto la esposa e hijos no regresen a España, y tal facultad también es extensiva a los gastos extraordinarios, y por cuanto que, según se dijo anteriormente, todas las medidas adoptadas en sentencia lo fueron bajo el condicionante de la residencia en España, tanto de los hijos como de la madre y, consecuentemente, el ámbito de las obligaciones impuestas al apelante se circunscribe al territorio español, en el que se valoraron en su justa medida las necesidades y gastos de los hijos en España y lugar de residencia.

GUARDA Y CUSTODIA

Es cierto que la madre sufrió un síndrome ansioso depresivo fruto de la quiebra de su relación conyugal, que fue diagnosticado como trastorno adaptativo mixto ansioso-depresivo por ruptura familiar por separación o divorcio, el cual, según el psiquiatra que informó en el acto del juicio, no le impide el normal desarrollo de sus obligaciones laborales y domésticas, considerando que se encuentra capacitada para cuidar a su hijo.

AP A CORUÑA, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg

El otro extremo de impugnación es el concerniente a la guardia y custodia del menor y el régimen de visitas, que la sentencia apelada atribuye a la madre y padre respectivamente.

Las medidas relativas a los hijos del matrimonio han de adoptarse siguiendo el principio del *favor filii*, es decir atendiendo, de forma preferente, a su interés y beneficio, al que queda subordinado el de sus progenitores. Este principio, que conforma una regla áurea en los procesos de familia, se encuentra también reconocido en distintos tratados internacionales suscritos por España y que, por lo tanto, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, como la Convención, de 20 de noviembre de 1989, relativa a los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo artículo 3.1 se establece 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, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño», expresión normativa que se repite a lo largo del articulado del Tratado. Son otras manifestaciones de tal principio en nuestro derecho positivo las recogidas en los artículos 92, 103, 154, 161, 172 y 176 del CC, y, a nivel autonómico, en la Ley 3/1997, de 9 de junio, de Protección Jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia de Galicia, que, en su artículo 3.3, bajo el epígrafe de los principios rectores, proclama «la primacía del interés del niño y de la niña y del adolescente y de la adolescente sobre cualquier otro interés que inspire las actuaciones públicas o privadas encargadas de su protección».

En este sentido, se ha expresado, con reiteración, la jurisprudencia (STS de 31 de diciembre de 1982, 2 de mayo de 1983), destacando esta última resolución que: «la discrecional actuación del juez en pro de los superiores intereses de los hijos, ya destacada por la legislación precedente (artículos 68, reglas segunda y tercera, y 73), cobra todavía

mayor relevancia en el texto actual, informado para todas las situaciones de separación, divorcio y nulidad del matrimonio por el criterio primordial del *favor filii*. Y, en el mismo sentido, la de 9 de julio de 2003, cuando dispone que «el *favor filii*, es el que tiene que presidir las relaciones con los padres y como dice la sentencia de 27 de marzo de 2001, es el interés de los hijos el que debe prevalecer, incluso por encima del de sus progenitores». De igual forma nos hemos manifestado en las sentencias de esta sección 4.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña de 12 de junio de 2002, 1 de octubre de 2003, 3 de abril de 2004 o 7 de diciembre de 2005.

En efecto, el niño, en cuanto individuo en formación, precisa de una protección especial en los órdenes fisiológico y psicológico, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo, que es necesario, en la medida de lo posible, salvaguardar, en este sentido en el derecho alemán se viene hablando del principio de promoción de su personalidad (*förderungsprinzip*) como esencial a la hora de adoptar las decisiones de las autoridades públicas sobre los menores. La infancia conforma un período de la vida fundamental en la formación futura de la personalidad del ser humano, de ahí la importancia que alcanza desarrollar un adecuado sistema jurídico de protección del mismo, que incluso tiene su refrendo en el artículo 10.1 de la Carta Magna, en cuanto proclama el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En definitiva, quien no puede por su edad defenderse por sí mismo, velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas que han de cuidar por que aquéllos sean debidamente respetados.

Pues bien, en el caso presente, la sentencia apelada atribuyó a la madre la condición de conyuge custodio, pronunciamiento que es objeto del presente recurso de apelación. Sin embargo, no apreciamos error alguno en la sentencia apelada en cuanto a la determinación de tal régimen de guarda. Es cierto que la madre sufrió un síndrome ansioso depresivo fruto de la quiebra de su relación conyu-

gal, que fue diagnosticado como Trastorno adaptativo mixto ansioso-depresivo (CIE 10: F 43,22) y ruptura familiar por separación o divorcio (CIE 10: F 63,5), el cual, según el psiquiatra que informó en el acto del juicio, no le impide el normal desarrollo de sus obligaciones laborales y domésticas, considerando que se encuentra capacitada para cuidar a su hijo. En dicho dictamen consta como, al tiempo del reconocimiento practicado, no se le aprecia ansiedad, ni trastornos en el curso y contenido del pensamiento, constando además una estabilización sensible de su cuadro a raíz de la decisión de la separación legal. Es por ello que no apreciamos que su estado psíquico pueda afectar al desarrollo de la personalidad del menor, como tampoco lo hace en el ámbito laboral, en donde existe informe del centro de trabajo para el que presta sus servicios de plena satisfacción.

Igualmente se procedió al examen psicológico del niño por el psicólogo adscrito a los Juzgados de Familia de esta ciudad de A Coruña, del que resulta que el menor tiene una excelente relación con sus padres, lo que dice mucho a favor de los litigantes, que son capaces de no transferir a su hijo su problemática conyugal. Incluso el deseo del menor es que ambos vuelvan a convivir, reconstruyendo, en definitiva, la unidad familiar, incluso al ver que, tras la separación, las relaciones entre ellos son mejores, ya no discuten como antes, le lleva a hacerse ilusiones al respecto, siendo necesario, no obstante, que vaya aceptando y acostumbrándose a la nueva realidad. Eloy no puede decidir, ni se le puede exigir nada al respecto, con cuál de sus progenitores desea convivir. Durante la exploración señala que «me gustaría estar como estoy ahora», aunque también añade, más adelante, que le gustaría vivir en la nueva casa que está realizando su padre, ya que en esa zona tiene muchos amigos. Se

le practicaron varios test, de los que resultó que su nivel de ansiedad es bajo, que no se aprecian síntomas de somatización como consecuencia de la tensión psíquica por la separación de sus padres, ni culpabilizaciones o autoinculpación. Con relación a su adaptación familiar se halla satisfecho y contento con cualquiera de sus progenitores, afectivamente se encuentra bien tratado, considera que ambos le quieren y le animan, sin que exteriorice rechazo o hostilidad hacia alguno de ellos. La inseguridad, miedos e inquietud que puede sufrir el menor es por el temor al abandono de algún progenitor, situación con relación a la cual no existe atisbo alguno de que así sea.

Por todo ello, no vemos razón para variar el régimen de custodia del menor, que en la actual situación se halla perfectamente adaptado, sin evidencia de alguna de alteración psíquica que pueda afectar al libre desarrollo de su personalidad. Tampoco contamos con suficientes elementos de juicio para fijar una custodia compartida, máxime cuando se fija en la sentencia apelada un rico régimen de comunicación entre padre e hijo, dos veces por semana martes y jueves a la salida del colegio, así como fines de semana alternos desde el viernes a domingo, así como la mitad de las vacaciones escolares, que permitirá al menor, amén de tener una vivienda como referencia, mantener una fluida e intensa, siempre beneficiosa, comunicación con su padre, que se viene desarrollando con normalidad como así debe ser. El hecho de que el menor se pueda quejar con algunos compañeros de juego, con los que no se adapta, podrá dar lugar, en su caso, a que se tomen medidas al respecto, aunque en las condiciones actuales no es motivo para cambiar una custodia.

RÉGIMEN DE VISITAS

No fijación de régimen de visitas cuando el padre no ha mostrado ningún interés en relacionarse con el hijo, habiendo encauzado todos sus esfuerzos en negar la paternidad.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Álvaro Castaño Penalva

La resolución apelada decreta la separación de los litigantes y establece las medidas inherentes a tal pronunciamiento, tanto las atinentes a ambos como en relación con el hijo común. Así, atribuye

la tenencia del menor a la madre con un régimen de visitas normalizado para el padre, y a éste el domicilio familiar, imponiéndole el pago de una pensión alimenticia de 200 euros/ mes pagaderos desde la

fecha de la sentencia, desestimando finalmente la petición de la esposa de que se le otorgue pensión compensatoria.

La madre discrepa de la mayoría de los anteriores pronunciamientos. El primer motivo se centra en el régimen de visitas, que entiende que no es beneficioso para el menor, de tan sólo tres años de edad, alegato que comparte plenamente esta alzada. Como afirma la recurrente, el padre no ha demostrado ningún interés en relacionarse con su hijo, encauzando todos sus esfuerzos a impugnar su paternidad, que han resultado finalmente estériles porque esta misma Sala lo desestimó tras la práctica

de las correspondientes pruebas biológicas. En ese contexto de absoluto desinterés, confirmado por la propia contestación a la demanda en la que nada se solicita al respecto, las relaciones padre e hijo pueden ser gravemente dañinas para éste, por lo que deben suspenderse totalmente. Ello sin perjuicio de que si el demandado lo solicitare se pudiese acordar su reanudación, previo el imprescindible estudio pericial psicológico, el cual, en el caso de que finalmente concluya que las relaciones padre e hijo son positivas para éste, deberá proponer la forma concreta de articularlo, valorando en este último caso la conveniencia de que sea progresivo y la distancia geográfica que separa a los afectados.

RÉGIMEN DE VISITAS

Esta situación de permanente enfrentamiento entre la abuela materna y el padre de la menor ha de redundar indudablemente en perjuicio de ésta, que se ve así involucrada en una problemática a la que es ajena, pero cuyas consecuencias adversas soporta, por lo que el establecimiento del régimen de visitas solicitado por la abuela en nada ha de favorecer el equilibrio emocional de la menor, sino que al contrario, resulta desaconsejable en las actuales circunstancias.

AP ASTURIAS, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Ramón Avello Zapatero

Correctamente planteados los términos de la controversia en el primero de los fundamentos de derecho de la Sentencia de instancia, e invocadas con acierto las pautas interpretativas del artículo 160 del Código Civil, contenidas en el fundamento segundo y se dan por reproducidas en evitación de repeticiones innecesarias, la cuestión suscitada en virtud del recurso de apelación interpuesto por doña Estela contra la indicada resolución, que desestimó la demanda formulada por dicha recurrente en solicitud del señalamiento de un régimen de visitas respecto de su nieta Dolores, se centra en dilucidar si debe mantenerse el criterio de la recurrida, o si por el contrario debe accederse a lo solicitado, ya que la enfermedad mental de la actora viene propiciada, en gran medida, por la falta de relación con su nieta, no consta que la menor tenga problemas con la abuela ni cuál sea el interés de aquélla; impugnando asimismo la limitación impuesta en el fundamento jurídico quinto de la Sentencia, así como la condena en costas, cuestiones a las que debe darse respuesta en esta resolución.

Un nuevo examen de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas ha de conducir a conclusión coincidente con la alcanzada por el juzgador de instancia que en el fundamento jurídico tercero de su Sentencia resume acertadamente el resultado de la prueba practicada, cuyos hechos y circunstancias no impugnó de modo expreso la parte recurrente en su escrito de interposición del recurso, y entre los que deben destacarse el perfecto estado de la menor Dolores en compañía de su padre y abuelos paternos, el cumplimiento normal y satisfactorio del régimen de visitas establecido en favor de su madre María Ángeles, así como las malas relaciones que la abuela doña Estela mantiene desde hace tiempo con don Antonio, padre de la niña, y su familia, de las que son muestra los diversos incidentes que la Sentencia recoge y, además, la formulación en enero del pasado año de una denuncia penal contra don Antonio, carente de todo fundamento.

Esta situación de permanente tensión y enfrentamiento ha sido propiciada en gran medida por la

actitud de doña Estela quien, por la enfermedad mental que le afecta o por otras circunstancias, tiene un carácter airado y agresivo como la propia Sentencia reconoce; sin que sea acogible el argumento de que esta situación tiene su causa u origen en la falta de comunicación con su nieta Dolores, pues la enfermedad mental es de origen antiguo, ya que data al menos del año 1997 como recoge el informe del Centro de Salud Mental de Mieres y es, por tanto, anterior incluso al nacimiento de la niña.

Esta situación de permanente enfrentamiento entre la abuela materna y el padre de la menor ha de redundar indudablemente en perjuicio de ésta, que se ve así involucrada en una problemática a la que es ajena, pero cuyas consecuencias adversas soporta, por lo que el establecimiento del régimen de visitas postulado en nada ha de favorecer el equilibrio emocional de la menor, sino al contrario

resulta desaconsejable en las actuales circunstancias; sin que tampoco sea acogible el argumento de que la comunicación entre la nieta y abuela repercutirá favorablemente en el carácter de ésta, pues lo que, obviamente, parece conveniente es que la abuela modere su comportamiento y evolucione hacia posturas de mayor cordura, siendo entonces cuando podría reconsiderarse la cuestión ahora planteada.

En definitiva, puesto que en materias referidas a los menores la pauta primordial a que ha de atenderse es la de su interés o beneficio, como establece el artículo 92 del Código Civil, que ha de prevalecer sobre cualquier otro interés, y en el presente caso las pruebas aportadas corroboran que en la actual situación la petición de la abuela redundará negativamente en la menor, habrá de confirmarse la Sentencia apelada.

RÉGIMEN DE VISITAS

La recogida y entrega del menor fuera del domicilio familiar constituye un supuesto excepcional que sólo está justificado en casos de conflictividad familiar y no cuando haya existido un incidente aislado.

AP TERUEL, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Fermín Francisco Hernández Gironella

En segundo término, pretende el esposo recurrente que se fije un punto de encuentro fuera del domicilio de la madre donde hacer la entrega y recogida del menor, señalando el recurrente a tales efectos el Cuartel de la Guardia Civil de Alcorisa. Pues bien, a estos efectos debe señalarse que el hecho de que la entrega y recogida de los menores, a efectos del ejercicio del derecho de visita, se realice fuera de su propio domicilio, esto es, el del cónyuge custodio, constituye un supuesto excepcional, que tan sólo se justifica cuando existe una especial conflictividad en las relaciones entre los cónyuges que impiden que tal derecho pueda ser ejercido con normalidad, y ello no se aprecia en el caso debatido, pues si bien es cierto, y así consta en las actuaciones, que entre los cónyuges se produjo un incidente con motivo de una discusión en la que mediaron insultos, un episodio aislado no justifica una medida tan traumática para el menor como lo es el hecho de ser recogido y entregado en una sede policial.

En último término, es objeto de discrepancia entre las partes la cuantía de la contribución al levantamiento de las cargas familiares, que la sentencia recurrida establece en cuatrocientos euros mensuales, entendiendo el demandado que la misma no debe superar los doscientos cincuenta euros. Fundamenta el recurrente esta pretensión en dos alegaciones: en primer lugar entiende que las necesidades de los alimentados, no han sido objeto de prueba en las actuaciones, en tanto que la prueba practicada ha justificado que la capacidad económica del alimentista no supera los novecientos euros mensuales. De acuerdo a lo establecido en el artículo 147 del Código Civil la cuantía de los alimentos ha de ser proporcionada a las necesidades del alimentista y a la fortuna del alimentante. Ciertamente la sentencia recurrida no especifica cuáles son las necesidades de los alimentados a los efectos de establecer la cuantía de la pensión alimenticia, pero ello no resulta necesario, pues el gasto medio puede deducirse de la edad y situación personal de los alimentados, en este caso dos hijos

varones de diecisiete y cinco años de edad respectivamente, ambos por tanto en edad escolar y en situación de dependencia económica total de sus progenitores. Por otra parte, en lo que a la capacidad económica del alimentante se refiere, ciertamente la documental que el mismo aporta refleja unos ingresos que rondan los novecientos euros mensuales, pero no hay que olvidar que la sentencia recurrida, partiendo de las propias declaraciones

del alimentante ha tomado en consideración que el mismo, percibe, además de dichas sumas, primas por los viajes internacionales que lleva a efecto en el ejercicio de su profesión de camionero, que le suponen unos doscientos cincuenta euros por viaje; por lo que, en tales condiciones, la suma de cuatrocientos euros mensuales no resulta desproporcionada ni a las necesidades de unos ni a las posibilidades del otro.

RÉGIMEN DE VISITAS

El régimen de visitas con pernocta viene estableciéndose habitualmente a partir de los tres años de edad.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Carrillo Vinader

Por último, se denuncia infracción del artículo 94 del CC al haber fijado un régimen de visitas sin restricciones cuando la corta edad de la niña (tres años y medio) y los antecedentes del padre (conductas abusivas en el consumo de alcohol, episodios depresivos y comportamientos agresivos con la esposa) aconsejaban no permitir la pernocta. Por ello pide que se fije el siguiente régimen de vistas y estancias: las tardes de los miércoles, desde la salida del colegio hasta las 21'00 horas; los fines de semana alternos, desde las 10'00 a las 21'00 horas del sábado y desde las 10'00 hasta las 21'00 horas del domingo, y mitad de períodos vacacionales, siempre que la pernocta sea en el domicilio de los abuelos paternos.

La Sala no puede aceptar tales argumentos. La edad de la menor, en la actualidad de cinco años y cuatro cuando se interpuso el recurso, es suficiente para que se adopte un régimen normalizado de

visitas, que viene habitualmente estableciéndose a partir de los tres años de edad.

No se ha acreditado ningún comportamiento violento del padre, pues la existencia de una denuncia que dio lugar a una sentencia absolutoria no es prueba de que existiera, sino todo lo contrario.

Los episodios de abuso de alcohol, según consta en la documental y testifical practicadas, son antiguos y no se han repetido, y el mero temor de la madre ante una posible recaída no es bastante para impedir la relación entre la hija y su padre, sobre todo cuando la propia madre viene reconociendo que han existido unas relaciones normales, incluso con pernoctas por ella consentidas.

En consecuencia, no se aprecia ningún motivo para limitar los contactos entre padre e hija, que no sólo son un derecho del progenitor, sino de la propia hija a ser cuidada, educada y atendida por su padre.

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede suprimir las visitas intersemanales con pernocta en base a las alegaciones de la madre de falta de entendimiento y de flexibilidad de los progenitores en las recogidas y entregas.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández

Por lo que respecta al régimen de visitas, establecido en la sentencia de fecha 14 de junio de 2004

dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de A Coruña, aprobando el previo convenio sus-

crito por las partes, se establece un amplio régimen de visitas del padre con la hija común, nacida el 5 de octubre de 1999, y se interesa su modificación en demanda presentada en fecha 16 de marzo de 2006, casi unos dos años después, aduciendo el trastorno que supone a la niña el continuo trasiego de cambio de domicilio, deterioro de la relación de los padres que se manifiesta en la falta de entendimiento para llevar a efecto el régimen de visitas pactado al no mostrar flexibilidad en su aplicación el demandado, lo que estima se agravará con el paso del tiempo a medida que vaya cumpliendo años la menor, lo que fue estimado en la sentencia apelada suprimiendo por ello las visitas, con pernocta, establecidos para los martes y jueves a favor del padre. Lo cierto es que no se alegan en demanda razones suficientes para su modificación, en el sentido de restringir el régimen de visitas del padre para con su hija establecido en sentencia firme, cuando no concurren circunstancias sustanciales sobrevenidas que alteren las tenidas en consideración para su establecimiento, no pudiendo basarse en meras expectativas de futuro, no justificadas de forma suficiente, para limitar la relación paterno-filial como se pretende, cuando no se aporta prueba alguna que determine la inconveniencia para la niña del sistema estable-

cido en su día libremente por los progenitores, con aprobación judicial.

La convivencia de la niña con personas unidas con vínculos afectivos en vez de ser un óbice, lo consideramos incluso beneficioso para la menor, en cuanto que los abuelos y tíos paternos pueden prestarle mayor atención, tanto en el orden afectivo, de cuidado, educativo e incluso material, en definitiva mejores condiciones para el pleno desarrollo integral de la niña. No nos olvidemos que el derecho de relacionarse con los hijos por parte del progenitor que no tiene su custodia se establece en beneficio de los propios menores (función tuitiva), pareciendo oportuno, en consideración del propio, y en interés del correcto desarrollo psico-afectivo y emocional de los menores que se mantenga para el padre un régimen de visitas lo más normalizado posible, y estimamos en el caso que el régimen de visitas y comunicaciones establecido en la sentencia apelada ha de ser mantenido, cuando de común acuerdo los progenitores lo establecieron, para un mayor beneficio de la hija común, con informe favorable del Fiscal y aprobado en sentencia firme, salvo en determinadas concreciones, precisamente con la finalidad de evitar disfunciones e interpretaciones del mismo por las partes en su cumplimiento.

VIVIENDA FAMILIAR

Se otorga a la esposa el uso de la vivienda familiar, si bien se permite al esposo que siga residiendo en la referida vivienda junto a la esposa, hasta que obtenga plaza en una residencia de ancianos: la esposa carece de ingresos, frente la pensión de 524 euros que percibe el marido, y además, éste ha solicitado una plaza en una residencia cuyo importe será en gran medida satisfecho por la Comunidad de Madrid, y según ha informado la asistenta social, tiene una puntuación alta para la obtención de esa plaza.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Chamorro Valdés

Que en fecha 13 de febrero de 2006, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arganda del Rey se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Estimando en lo esencial la demanda presentada por la Procuradora doña Marta Murúa Fernández en nombre y representación de doña Carina, contra su cónyuge don Fernando, debo efectuar los siguientes pronunciamientos:

– Atribuir el uso y disfrute del domicilio conyugal sito en la carretera Madrid-Valencia Km

NÚM000 de Fuentidueña de Tajo, así como el ajuar familiar, a doña Carina. El esposo podrá continuar residiendo en dicha vivienda hasta tanto obtenga plaza en una Residencia de Ancianos.

La dirección letrada de don Fernando se alzó contra la sentencia de instancia reclamando su revocación y que se acuerde la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar al esposo, al ser este interés más necesitado de protección...

En ausencia de hijos comunes o siendo los mismos independientes que es lo que ocurre en el

caso enjuiciado la atribución de uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges se rige por el interés preferente en el uso de dicho vivienda tal como se desprende del artículo 96 párrafo tercero del Código Civil que establece que no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

La demandante doña Carina, nacida el 29 de mayo de 1930 carece de ingresos propios (*vid.* documento acompañado al escrito rector del proceso que obra al folio 24), lo cual es admitido expresamente tanto en la contestación (hecho sexto) como en el escrito de formalización del recurso de apelación (alegación primera), dicha carencia contrasta con la situación del demandado que recibe una pensión de 524 euros mensuales, tal como consta en el documento acompañado a la contestación que obra al folio 36 y se admite expresamente en el recurso de apelación. Por otra parte no podemos acoger la afirmación del recurso de apelación consistente en que en las dos viviendas de Lerma la participación mayoritaria corresponde privativamente a doña Carina a la vista de las notas informativas acom-

pañadas a la contestación en las que consta que en ambas fincas la demandante sólo es titular del pleno dominio con carácter privativo en la sexta parte, y en el resto ambos son titulares del pleno dominio con carácter presuntamente ganancial (documentos que obran del folio 45 al 48 ambos inclusive).

En base a lo expuesto y teniendo presente que el demandado, según la trabajadora social, ha solicitado una residencia habiendo obtenido una puntuación bastante alta y el importe de la plaza en la misma será satisfecho totalmente o en gran medida por la Comunidad de Madrid, hay que concluir que la demandante representa el interés preferente en la atribución de uso de la vivienda familiar y la decisión de la juzgadora de instancia es conforme a Derecho.

A mayor abundamiento hay que señalar que la afirmación contenida en el recurso de apelación consistente en que don Fernando tiene mayor necesidad de conservar el uso y disfrute de la vivienda conyugal no concuerda con el acuerdo que llegaron los litigantes, que son privilegiados conocedores de la realidad familiar, en el procedimiento de medidas provisionales previas, en materia de atribución de uso de la vivienda familiar, si bien el mismo no es vinculante.

VIVIENDA FAMILIAR

La única atribución de uso que se contempla en el Código Civil, lo es al amparo del artículo 96 del mismo, y con referencia a la vivienda familiar, por lo que excede del ámbito del derecho de familia la atribución de uso de la segunda vivienda sin perjuicio de lo que resulte del proceso de liquidación de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Rosario Hernández Hernández

En proceso de divorcio contencioso, a fecha 20 de febrero de 2006, recayó sentencia en cuya parte dispositiva, entre otros pronunciamientos, se acuerda atribuir a la madre y a los hijos comunes con los que se convive, el uso del domicilio familiar sin limitación temporal alguna, se asigna alternativamente a ambos consortes por períodos de seis meses, la segunda residencia que posee la familia en Manilva (Marbella), se fijan alimentos a favor de los hijos comunes en cuantía de 2.100 euros al mes por hijo, que totalizan 6.300 euros a cargo del progenitor masculino, así como una pensión compensatoria de 2000 euros mensuales también, por período de tres años, a favor de la esposa.

La representación procesal de la parte actora, interpone recurso de apelación frente a mentada sentencia, solicitando de la Sala, se declare improcedente la asignación de uso de la segunda vivienda antes dicha, se eleven los alimentos de los hijos a 2.700 euros al mes para cada uno de ellos, lo que totaliza 8.100 euros al mes, sufragándose por mitad los gastos extraordinarios, previo conocimiento y consentimiento del gasto, y, finalmente, se eleve la pensión compensatoria a 2.500 euros mensuales, sin limitación temporal.

El primer motivo de recurso que se deduce por la parte actora, que va referido al uso de vivienda

que no constituye domicilio familiar, ha de ser estimado, con revocación de la sentencia de instancia, toda vez que, como con acierto sostiene la parte, la única atribución de uso que se contempla en el Código Civil, lo es al amparo del artículo 96 del mismo, y lo es de la vivienda familiar, y a efectos de mero asentamiento, de donde excede del ámbito del derecho de familia la atribución alternativa

hecha, sin perjuicio de lo que resulte del proceso de liquidación de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes.

En consecuencia, procede en este punto estimar el recurso y revocar la resolución disentida, dejando sin efecto la atribución de uso alternativo que se acordó.

VIVIENDA FAMILIAR

Respecto a la vivienda común cuyo uso se ha atribuido a la esposa, el esposo debe abonar la mitad del IBI, de los gastos extraordinarios de comunidad y de las obras de reparación necesarias. Por tanto la esposa abonará en su integridad la tasa de recogida de basura y las cuotas ordinarias de la comunidad.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg

El objeto del presente litigio sometido a consideración judicial en la alzada, en virtud del recurso de apelación interpuesto, radica en la demanda que es formulada por la actora doña Lorenza, contra don Marcos. La base fáctica en la que la misma se funda radica en que actora y demandado fueron judicialmente separados por sentencia de 28 de julio de 1989, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Carballo, en la que se aprobó el convenio regulador suscrito, en el que los litigantes liquidaban su sociedad legal de gananciales, adjudicándose la vivienda sita en la CALLE000 núm. NÚM000 de Carballo, pro indiviso y por mitad, otorgando ulteriormente capitulaciones matrimoniales en las cuales ratificaron dicha adjudicación. En el mentado procedimiento se atribuyó a la demandante el uso de la mentada vivienda, en la que habitaba con la hija del matrimonio. Así las cosas, en el presente litigio la demandante reclama al actor los gastos de comunidad de propietarios ordinarios, por importe de 1.190 euros, las cuotas extraordinarias por importe total de 443,03 euros, gastos de obras necesarias en el inmueble por un total de 2.956,99 euros, de los que 504,85 euros corresponden a cierre de balcones, 348,59 euros a parquet deteriorado, y 2.103,55 euros de instalación de cocina, el pago del IBI por total de 389,99 euros, así como la Tasa municipal de Recogida de Basuras por 227,64 euros. En definitiva, 5.207,65 euros, cuya mitad, 2.603,82 euros, constituye la suma objeto del presente litigio. La demanda se apoyaba normativamente en lo dispuesto en los artículos 392, 393 y 395 del CC.

Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Carballo, en la que estimando parcialmente la demanda condenó al demandado a satisfacer la suma de 426,72 euros, es decir la mitad de las obras necesarias de reparación del cierre de balcones y parquet deteriorado, desestimando la pretensión actora en el resto de sus peticiones. Contra la mentada resolución interpuso recurso de apelación la parte demandante, con lo que es firme en Derecho los pronunciamientos condenatorios a satisfacer por parte del demandado la mitad del importe de las referidas obras, siendo objeto litigioso en la alzada los otros conceptos que se reclaman en dicho escrito rector.

En primer término, considera el Tribunal que es obligación del demandado contribuir a satisfacer el impuesto sobre bienes inmuebles, el cual conforme a lo normado en el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, se trata de un tributo directo de carácter real que grava el valor de los bienes inmuebles en los términos establecidos en esta ley, siendo el hecho imponible que grava, conforme a lo normado en el artículo 61.1.d) del referido texto legal, el derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles rústicos y urbanos, por lo que nada tiene que ver con la atribución de su uso, por lo que el demandado, en su condición de copropietario, debe contribuir a satisfacer la mitad del importe de dicho tributo satisfecho por la actora.

En este sentido, se ha pronunciado la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de junio de 2006, cuando señala que: «en cuanto al pago del impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) es un impuesto que recae sobre el derecho de propiedad, no sobre la posesión. El piso, garaje y trastero pertenecían en dominio a la comunidad de gananciales y tras la disolución de ésta por la sentencia de separación conyugal, a la comunidad postganancial romana por indiviso contemplada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil que, por ello, corresponde en propiedad, por mitad a ambos cónyuges. Por tanto, si los ha pagado ella, la cantidad abonada integra el pasivo en la liquidación de la comunidad», es decir que no considera que tales gastos deba hacerse cargo de forma exclusiva el cónyuge a quien se le atribuyó el uso de tal vivienda, y al respecto sigue diciendo dicha sentencia: «No cabe la asimilación del derecho de ocupación de la vivienda conyugal del cónyuge a quien se le atribuya en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del CC al usufructo, sino que es un derecho real *sui generis*, oponible a tercero y de constitución judicial».

Con respecto al importe reclamado por abono al Ayuntamiento de la tasa de recogida de basura domiciliaria, prevista en el artículo 20.4.s) del mentado RDL, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Pues bien, conforme a su artículo 24.1: «Son sujetos pasivos de las tasas, en concepto de contribuyentes, las personas físicas y jurídicas así como las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria: ... b) Que soliciten o resulten beneficiadas o afectadas por los servicios o actividades locales que presten o realicen las entidades locales, conforme a alguno de los supuestos previstos en el artículo 20.4 de esta ley «siendo evidente en este caso que quien resulta beneficiada de dicho servicio es la actora, en cuanto se aprovecha de la recogida de los residuos que genera en el piso litigioso. En su condición de copropietario el demandado sólo tendría la consideración de sustituto del contribuyente, al normar el apartado 2.a) del mentado artículo 24, que tendrán dicha consideración jurídica «en las tasas establecidas por razón de servicios o actividades que beneficien o afecten a los ocupantes de viviendas o locales, los propietarios de dichos inmuebles, quienes podrán repercutir, en su caso, las cuotas sobre los respectivos beneficiarios», operando sólo la repercusión en el caso de abono del propietario sin que lo hubiera hecho el sujeto pasivo, es decir la actora, que es a quien compete el abono de dicha tasa de forma exclusiva, sin posibilidad de repercutir la mitad de su importe en el demandado, por las razones precedentemente expuestas.

En cuanto a las derramas extraordinarias no ofrece duda que derivan de obras necesarias para el mantenimiento del edificio, que deben ser sufragadas por los propietarios del mismo. En relación con las cuotas ordinarias de la comunidad igualmente son de cargo de ambos litigantes. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de junio de 2006, con cita expresa de la de 25 de mayo de 2005, aquella resolución señala al respecto: «Tales gastos corresponden a la comunidad cuyos comuneros son copropietarios (artículo 9.5 LPH) prescindiendo de su uso efectivo, con lo que la Sala reitera el criterio que expuso la sentencia de 25 de mayo de 2005 «, y esta última resolución señala, por su parte, que: «... la sentencia impugnada ha excluido del pasivo del inventario la partida correspondiente al crédito de la esposa por los pagos hechos a la Comunidad de Propietarios a la que pertenece la vivienda conyugal, con base en que la recurrente «es la única que viene usando y disfrutando de la citada vivienda y de sus servicios y suministros», sin embargo esta explicación carece de apoyo legal, pues, según el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios, y, además, su cumplimiento incumbe a éstos no sólo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento— se estima porque la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos, sin distinción entre los comunes por naturaleza y por destino, que sean necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble, de manera que la no utilización de un elemento común no exime del pago de los gastos generados en su mantenimiento, salvo acuerdo de la Junta, determinación en el Título constitutivo o en los propios Estatutos».

Por último, en cuanto el tema de las obras necesarias ejecutadas en la vivienda, el único tema litigioso, que queda por resolver, es el concerniente a la instalación de la cocina, y, en este sentido, el Tribunal no puede sino ratificar la sentencia apelada, por sus propios y acertados fundamentos, dado que la repercusión de tal gasto sobre el demandado requería la cumplida prueba de que el piso careciese de cocina apta, o que se hallase en tan mal estado que requiriese su restitución, lo que no ha sido demostrado, por lo que la realización de tales gastos de forma unilateral por la actora no son repercutibles al demandado.

VIVIENDA FAMILIAR

Habiendo venido residiendo el matrimonio en un inmueble propiedad privativa de la esposa, no procede con ocasión del procedimiento de separación la atribución del uso de otro domicilio propiedad de la sociedad de gananciales.

AP PONTEVEDRA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Juan Gutiérrez Rodríguez-Moldes

La impugnación de la esposa se refiere a la fijación del domicilio familiar. En su pretensión no se aprecia un verdadero interés familiar, sino más bien un puro y privado interés económico con vistas a la futura liquidación de la sociedad económica matrimonial.

De entrada es indudable la doble titularidad de las dos casas identificadas con los números NÚM000 y NÚM001 del mismo lugar de DIRECCIÓN000, en O Rosal, según sendas escrituras de 8 de abril de 2002 y de 21 de abril de 1992. En principio sólo la segunda es ganancial, mientras que la primera es privativa de la esposa en virtud del contrato de vitalicio concertado con sus padres y por tanto sometido a condición resolutoria por incumplimiento. Hacia estos aspectos legales trata la esposa impugnante de desviar el debate, con olvido de que lo único ahora importante es la determinación del

domicilio familiar para que en él continúen viviendo los hijos en compañía de la madre.

Lo que se ha probado es que la familia estaba viviendo en las fechas de la separación en el núm. NÚM000 y que lo hacía desde unos tres años antes, a pesar de ser propietarios formales los abuelos y contar el matrimonio con otra casa. La titularidad de los abuelos no es incompatible con la medida que establece la sentencia, sino más bien al contrario pues la esposa se ha convertido en propietaria por el contrato de vitalicio y además su presencia se ha convertido en imprescindible por la obligación aceptada de prestar ayuda y cuidados a sus padres. Su derecho de propiedad es actual y además viene siendo el domicilio real de la familia, por lo que es correcto mantenerlo así, con independencia de la existencia de otra casa que también pudo ser domicilio, pero no lo es ni necesita serlo en la actualidad.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Consta en autos que en la actualidad el hijo está estudiando, aunque ello no le impide trabajar los fines de semana en una pizzería. Los ingresos que puede obtener por un trabajo, eventual y no cotidiano no le suponen otra cosa que una ayuda para sus propios gastos, pero en modo alguno le facultaría para hacer una vida independiente.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Álvarez Seijo

El artículo 91 *in fine* del Código Civil establece la posibilidad de modificar las medidas adoptadas en un procedimiento de crisis conyugal en los casos en que se produzca una alteración sustancial de las circunstancias. Quiere esto decir que de un análisis comparativo de la situación existente en el momento de constitución de la medida en cuestión con el momento actual debe apreciarse un cambio esencial, esto es, apreciable, estable y duradero, que no contingente, del *statu quo*. No

es suficiente, por ello, una variación esporádica o intermitente.

En el caso que nos ocupa, es un hecho cierto y deducible fácilmente de las actuaciones que tanto Amparo, de 24 años, e Ignacio, de 20, han desempeñado desde el año 2003 diversos trabajos en diferentes empresas, mas sin que pueda hablarse de estabilidad, habiendo pasado mayor tiempo sin trabajar que en actividad laboral, sin que en definitiva ello les haya permitido alcanzar la independencia

económica, pues ambos continúan en el momento presente residiendo con su madre.

Consta en autos que en la actualidad Ignacio está estudiando, y aunque los fines de semana ello no le impide trabajar en una pizzería, los ingresos que puede obtener por un trabajo, eventual y no cotidiano no le suponen otra cosa que una ayuda para sus propios gastos, pero en modo alguno le facultaría para hacer una vida independiente ni subvenir a todas sus necesidades cotidianas, aunque sí un mayor desahogo, lo que no implica que pueda

prescindir de los alimentos que le abona don Luis Francisco.

Lo mismo cabe resaltar en cuanto a Amparo, que en la actualidad no trabaja, y aunque lo hiciera de una manera intermitente o esporádica ello no le daría opción a un cambio en su régimen vital.

En suma, si bien no se niega que ambos hijos ya han entrado en el mercado laboral, no lo ha sido con suficiente continuidad y de un modo estable, sin que de manera alguna haya llegado a alcanzar la independencia económica, lo que tampoco ha acontecido en el momento presente.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Habiendo quedado acreditado que el hijo se encuentra actualmente preparando oposiciones para el ingreso en el Cuerpo de Policía, no procede extinguir la pensión alimenticia, por más que también se haya acreditado que trabaja 24 horas semanales como repartidor de pizzas.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández

Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda de modificación de medidas instada por don Pedro Miguel, modifica la pensión alimenticia en favor de los hijos y a cargo del padre establecida en sentencias de separación matrimonial y de divorcio, esta última de fecha 20 de septiembre de 1993, en el sentido de extinguir la correspondiente al hijo mayor, Donato, formula recurso de apelación la representación de doña Araceli y don Donato, interesando, con revocación de la sentencia apelada, la desestimación de la demanda, manteniendo de tal modo la pensión de alimentos a favor del hijo Donato.

Debemos de partir para la debida resolución del recurso de apelación interpuesto, que se pretende la modificación de medida económica fijada en la sentencia de divorcio de fecha 20 de septiembre de 1993, pronunciamiento judicial firme que no puede ser alterado, salvo la plena acreditación del cambio de circunstancias sustanciales que aconsejen su extinción como se interesa en demanda. Y de la prueba practicada no podemos dar por acreditado que el hijo mayor tenga vida económica independiente, para que proceda acordar la extinción de la pensión alimenticia fijada a su favor y a cargo del padre en sentencia firme.

Es claro, que la circunstancia de haber alcanzado el hijo la mayoría de edad, no implica la concurrencia de un supuesto legal de extinción de la prestación alimenticia, convive con la madre y no goza de independencia económica, desde el momento en que no podemos estimar finalizada su formación, cuando se encuentra preparando oposiciones al Cuerpo de Policía, que el padre incluso muestra su conveniencia al abonarle voluntariamente el coste mensual de la Academia donde la prepara, y si bien es cierto que tiene trabajo, repartidor de pizzas a tiempo parcial (24 horas semanales), no podemos estimar que con el mismo haya alcanzado su independencia económica, tampoco por el mero hecho de haber accedido al mercado de trabajo durante breves períodos de tiempo anteriores en otros empleos. El trabajo actual puede servir como ayuda o complemento para satisfacer sus necesidades primarias pero no por ello procede la extinción de la pensión alimenticia establecida en resolución judicial firme a cargo del padre, cuando la alteración de circunstancias alegada por el demandante no es permanente o duradera sino coyuntural o transitoria, por otra parte es indiscutible el deber del padre de contribuir económicamente a satisfacer los alimentos de sus hijos, los que sean necesarios para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, incluyendo su educación e instrucción (artículo 142

CC), que debe prestarse en proporcionada cuantía al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (artículo 146 CC). En definitiva, consideramos que no puede admitirse, no ha llegado el momento, de declarar la supresión de la pensión alimenticia, debiendo mantenerse la misma para que el hijo pueda acceder a un empleo más cualificado, sin perjuicio que de demostrarse falta de diligencia o esfuerzo por parte de Iván en su preparación, pueda interesarse la extinción de la

pensión alimenticia por parte de su progenitor. Por todo ello, no existe causa bastante para dejar sin efecto la prestación alimenticia, y hacer recaer en el patrimonio exclusivo de la madre la satisfacción de los alimentos de Iván.

Procede por tanto la revocación de la sentencia apelada, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en ambas instancias dada la materia de que se trata.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Basta en el presente caso para rechazar la pretensión del apelante el hecho por él reconocido de que la disminución de sus ingresos fue debida a cambiar de puesto de trabajo de manera voluntaria.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Carrillo Vinader

Para la prosperabilidad de esta mutación se viene exigiendo que se trate de un hecho trascendente, novedoso y permanente, aparte de que no dependa de la voluntad de quien lo interesa, por aplicación de la regla general de las obligaciones contenida en el artículo 1256 del Código Civil, conforme al cual «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratados», y así viene siendo reiteradísima doctrina de esta Sala la que niega trascendencia alguna al cambio de circunstancias que haya sido provocado directamente por el obligado a cumplir con la medida de que se trate, pues no es aceptable que el que se ha comprometido mediante convenio aprobado judicialmente a abonar unas determinadas cantidades en concepto de pensiones a su familia ya existente pueda, unilateralmente, por el hecho de contraer nuevas obligaciones o disminuir voluntariamente

sus recursos económicos, dejar sin efecto tales compromisos.

En consecuencia, basta en el presente caso para rechazar la pretensión del apelante el hecho por él reconocido de que la disminución de sus ingresos fue debida a cambiar de puesto de trabajo de manera voluntaria, aparte de que esta Sala coincide con las apreciaciones del Juez *a quo* sobre la falta de credibilidad de los ingresos declarados por el actor, ya que la adquisición de dos turismos en un corto período de tiempo, el uso de una moto de gran cilindrada o la acometida de la construcción de una nueva vivienda, junto a su cualificación profesional y el desarrollo de otros trabajos en fines de semana y vacaciones, permiten concluir que sus ingresos económicos reales son muy superiores a los que aparecen en las nóminas aportadas.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El hecho de que el obligado al pago de los alimentos haya voluntariamente satisfecho más cantidad de la señalada en la sentencia de separación y que esa cantidad la haya abonado mensualmente, entraña un claro reconocimiento de que las necesidades de la menor han ido aumentando.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ignacio Álvarez Sánchez

La sentencia que puso término al procedimiento en la primera instancia estimó la demanda de divor-

cio, incrementó la pensión alimenticia a favor de la hija de los litigantes y estableció la obligación

del padre de contribuir en un 50% a los gastos extraordinarios de la misma, explicando cuáles tienen esta naturaleza y señalando que deberán ser debidamente acreditados por la madre. Son estos dos últimos pronunciamientos los que apela el padre de la menor, postulando que se mantenga la pensión de alimentos establecida en la sentencia de separación y que se justifique la necesidad del gasto extraordinario y, en caso de discrepancia, deba ser objeto de aprobación judicial.

El primero de los motivos del recurso no puede resultar acogido. El hecho de que el obligado al pago de los alimentos haya voluntariamente satisfecho más cantidad de la señalada en la sentencia de separación y que esa cantidad la haya abonado men-

sualmente, entraña un claro reconocimiento de que las necesidades de la menor han ido aumentando, así como que no se trata de gastos extraordinarios sino de los ordinarios, ya que, en otro caso, la aportación se produciría cuando se produce el gasto y no de forma periódica. Han transcurrido, además, casi tres años desde la sentencia de separación, que impuso esa obligación, hasta la presentación de esta demanda de divorcio y en ese período los emolumentos que percibe el aquí apelante también se han incrementado notablemente como revelan las nóminas aportadas. Ha de concluirse, por tanto, que esos abonos se efectuaban para atender las necesidades alimenticias ordinarias de la hija y no para atender contingencias extraordinarias.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Los gastos, de los que se presentó la oportuna documentación, se refieren exclusivamente a tratamiento bucodental, no cubierto por la seguridad social, debiendo ser considerados como extraordinarios, siendo innecesario el previo acuerdo entre los progenitores.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, AUTO DE 18 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Guillermo Sacristán Represa

La oposición de la demanda ejecutiva se tramitó de conformidad con el artículo 560 de la LEC, es decir por motivos de fondo, pese a que la oposición formulada se refería a la inexistencia de acuerdo para afrontar tales gastos, es decir por la unilateralidad de los mismos, lo que no se encuentra entre causas de oposición del artículo 556 LEC, que se reducen al pago o cumplimiento, caducidad de la acción o pactos y transacciones convenidos para evitar la ejecución que consten en documento público.

Partiendo de tal base, lo cierto y verdad es que la mencionada sentencia ratificaba lo acordado por las partes en el convenio regulador que a propósito de gastos extraordinarios lo que decía era lo siguiente: «igualmente, el padre hará frente, junto con la madre, a los gastos extraordinarios y necesarios que haya que efectuar en interés de la menor». Los gastos, de los que se presentó la oportuna documentación, se refieren exclusivamente a tratamiento bucodental, no cubierto por la

seguridad social, exigido, como señala informe de médico estomatólogo por «un apiñamiento importante en las dos arcadas dentarias: la superior y la inferior que además provoca una mordida cruzada anterior», que tiene «importante repercusión tanto a nivel funcional como estético», pudiendo derivar en «problemas de caries y periodontales a corto, medio y largo plazo» (folio 69). Evidentemente, se trata de gastos extraordinarios, necesarios, de manera tal que el pretendido acuerdo previo de los padres como imprescindible para afrontarlos es por completo innecesario. Los derechos de los menores incluyen alimento, salud y formación, y el aspecto dental dentro del segundo de los reseñados, por expresa especificación en el convenio regulador de los litigantes como gastos extraordinarios, naturalmente que ha de ser cubierto, tanto por la madre bajo cuya custodia se encuentra la niña, como por el padre, como así le obliga la sentencia de cuya ejecución se trata.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Reducción de la pensión alimenticia del hijo de 20 años que realiza ocasionalmente trabajos no fáciles de comprobar.

AP A CORUÑA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Ángel Rodríguez Cardama

No se ha acreditado que la situación económica del Sr. Miguel Ángel, apelante, hubiese variado sustancialmente desde que se dictó la sentencia de separación matrimonial e interpuso la demanda de divorcio, por lo que, desde esa perspectiva, su pretensión, de extinción de la obligación de dar alimentos a su hijo José Ángel, de 20 años de edad, ahora, no podría prosperar.

Por lo que respecta a este último, consta que desde el 28 de diciembre de 2004 hasta el 27 de diciembre de 2005, por contrato de trabajo de formación, en la Escola Obradoiro «Pazo de Vilabo», percibió una retribución bruta mensual de 448,88 euros, sin que a partir de entonces, salvo que estaba matriculado en el curso 2005/2006, en el IES Eusebio da Guarda, para la obtención del título de

Graduado en Educación Secundaria para adultos, Nivel III, conste claramente si presta alguna actividad laboral, pues el documento obrante al folio 95, al parecer, de Aluminios Bouzas, SL, no ha sido autenticado y, en el mejor de los casos, se desprende de su texto que sería operativo a la finalización del curso escolar de 2005 a 2006. Así las cosas, ha de llegarse a la conclusión de que no existe prueba bastante acreditativa de que dicho descendiente no necesite de la pensión alimenticia para subsistir, que tiene además, una duración temporal, pero como también es cierto, cual resulta de lo antes expuesto, que pueda percibir ocasionalmente determinados ingresos, por trabajos esporádicos, no fáciles de comprobar, la cuantía de aquélla debe reducirse, ponderadamente, a 140 euros mensuales, a partir del 1 de enero del año en curso.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede extinguir la pensión compensatoria pactada en la separación, pues con anterioridad a la firma del Convenio la esposa ya venía desarrollando los mismos trabajos que hoy realiza, caracterizados por la inestabilidad. Tampoco se ha probado que mantenga una relación *more uxorio* recogida en el artículo 101 CC que requiere: auténtica comunidad de vida, espiritual y corporal, estabilidad y plena comunidad de intereses con arraigo en el pasado y previsible proyección de continuidad. Tales datos no pueden desprenderse de un informe de detectives en el que se hace un seguimiento sólo durante 4 días.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

Que en fecha 13 de diciembre de 2005, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Collado Villalba se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que desestimando íntegramente la Demanda promovida por la Procuradora doña Nuria Sánchez Samaniego en nombre y representación de don Luis Antonio contra doña Raquel, mantengo las medidas aprobadas por Sentencia de Separación de fecha 30 de diciembre de 2004.

La dirección letrada de don Luis Antonio se alzó contra la sentencia de instancia reclamando su revocación y que se dicten en su lugar las siguientes medidas: 2.º Que no ha lugar a pensión compensatoria a favor de la Sra. Raquel.»

La actividad laboral desplegada por la demandada después de dictarse la sentencia de separación conyugal no permite acoger la pretensión supresora de la parte apelante, ya que con anterioridad a la firma del Convenio de separación conyugal había

desarrollado trabajos, tal como consta en su informe de vida laboral a fecha 7 de julio de 2005 que obra al folio 86.

Por otra parte la actividad laboral de la demandada sigue estando caracterizada por la inestabilidad laboral (*vid.* documento que obra al folio 97), debiendo destacarse la moderación de la cuantía que reflejan las nóminas acompañadas con la contestación. Esgrime la parte apelante también en apoyo de su pretensión supresora que la demandada mantiene una relación *more uxorio*, pero el informe

de detective aportado con la demanda resulta insuficiente para acreditar la convivencia marital recogida en el artículo 101 del Código Civil que se caracteriza por al existencia de una auténtica comunidad de vida, tanto en lo espiritual como en lo corporal, definida por las notas de permanencia, estabilidad y plena comunidad de intereses con arraigo en el pasado y previsible proyección de continuidad en el futuro, habida cuenta de los escasos días que comprende dicho informe, a saber 28 y 29 de marzo y 4 y 6 de abril. Procediendo por lo tanto desestimar asimismo el recurso de apelación en esta materia.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque en el convenio regulador se pactó expresamente que la extinción de la pensión compensatoria sólo procedería cuando la ex esposa contrajese nuevo matrimonio, interpretando dicha cláusula conforme a la realidad social, debe admitirse la posibilidad de que su extinción también pueda tener lugar por una convivencia *more uxorio* prolongada en el tiempo, no teniendo esta cualidad la convivencia que se acredita en el procedimiento.

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Roque Villamar Montoro

Como necesario antecedente de esta resolución hemos de dejar constancia, por ser de interés, que la contienda quedó circunscrita tras la celebración de la comparecencia de 3 de julio de 2006 a «si procede o no la extinción de la pensión compensatoria a favor de la esposa por convivencia *more uxorio* de la misma», conviniendo las partes en lo relativo a la procedencia del divorcio y de la pensión para los hijos comunes, gastos extraordinarios de los mismos y falta de retroactividad del pronunciamiento que sobre pensión compensatoria, caso de aceptarse la tesis de la parte demandante, todo ello sobre la base de que en la demanda lo que se ejercitó es la acción de extinción de aquella por esa convivencia, siendo así que la parte demandada, en su escrito de contestación, vino a aceptar que concurriese esa circunstancia pero, remitiéndose al convenio aprobado judicialmente en el procedimiento de separación anterior, en orden a excluir la misma como causa de extinción de la tan citada pensión compensatoria. Quedó reducida la controversia a un plano estrictamente jurídico, a lo que añadimos, que ello será en los términos que previamente plantearon las partes. Por otra parte, y a la hora de fijar el régimen jurídico aplicable, resulta que el convenio regulador antes citado prevenía en su estipulación quinta (folio 20) que «pese a lo dispuesto en

los artículos 100 y 101 del Código Civil y al amparo de la libertad de pactos que la materia permite a las partes, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge», cifrándose a efectos económicos cuando se podían producir esa alteración sustancial excluyendo lo relativo a nuevas cargas familiares del pagador o el desempeño de trabajo remunerado por la beneficiaria, si bien en este último caso, se fijaban un tope (6.000.000 pesetas anuales netas) a partir del cual se establecían escalas y reducción proporcional de aquella, y concluye indicando que «sólo podrá ser extinguida, única y exclusivamente, por el hecho de que la esposa contraiga nuevo matrimonio civil, en caso de divorcio, o canónico, en caso de nulidad».

Llegados a este punto, el régimen jurídico a aplicar tiene que ser el derivado del convenio regulador aprobado judicial en anterior proceso de separación, cuyos términos se han de mantener en tanto no se postule y se declare la nulidad de alguna de sus cláusulas de poder instarse por el tiempo transcurrido. Esta conclusión no es novedosa en esta Sala, pues aborda esta misma cuestión la reciente sentencia de 7 de noviembre de 2006 (rollo 458/2006) que a propósito de la naturaleza del convenio regulador, con apoyo en la STS de 22 de abril de 1997, dice que «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», y que determina que tenga la consiguiente eficacia procesal que ello supone, alcanzando eficacia normativa entre las partes los convenios de naturaleza económica. Sigue diciendo la citada sentencia de esta Sala que se impone la homologación judicial «para asegurar el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad y protección de los hijos establecidos en los artículos 32.1 y 39 de la Constitución; de manera que si el convenido se ajusta a lo preceptuado en la Ley se procederá a su homologación y en caso contrario, deberá el Juez denegar la aprobación de aquellos pactos contrarios a la misma», deviniendo obligado para las partes, concluyendo que para pretender un pronunciamiento que suponga apartarse del convenio, «es necesario, como señala la sentencia del TS de 8 de febrero de 2003, que se postule su nulidad, pues mientras ésta no se declare sigue desplegando todos sus efectos al tratarse de pacto lícito, enmarcado en la libre voluntad de los otorgantes y los vincula conforme a los artículos 1254, 1255 y 1258 del Código Civil.»

De cuanto antecede se desprende que si se ha de estar al convenio regulador homologado judicialmente, éste regula las causas de extinción y no contempla la causa invocada para justificar la medida pretendida, con lo que la demanda en ese extremo tenía que haber sido rechazada. Esto se dice en cuanto que a la hora de la regulación de esta materia, las partes, debidamente asesoradas, establece como causa de extinción únicamente el matrimonio, civil o canónico de la beneficiaria de la pensión, con exclusión evidente de la otra causa de extinción que previene el artículo 101 del Código Civil, la convivencia marital con otra persona. Estipulación que se ha de considerar acorde con el principio dispositivo que a las partes se les ha de conceder en tanto se refiere sólo y exclusivamente a cuestiones económicas que sólo a ellos les afectan, hasta el punto que su reconocimiento y, en su caso, extinción (fuera de cambios de la situación económica) depende de la voluntad de la perceptora, incluso la cuantía que fijen los interesados, es la que habrá de aprobarse judicialmente (y en esto conviene la sentencia recurrida), sin que en ningún modo se autorice intromisión judicial en esta materia, lo que se ha de considerar predicable igualmente para las causas de extinción, por las mismas razones, sólo a ellos les afecta, encontrando cobijo en el principio de libertad de pactos (artículo 1255 del Código Civil). No existe criterio que determine que las causas de extinción respondan a presupuestos distintos que las otras situaciones que se pueden dar respecto a esta institución. En definitiva, en cuanto

relativo a prestaciones económicas entre cónyuges no hay ninguna restricción a los pactos que puedan establecerse como no sea la genérica que para cualquier estipulación pueda predicarse, y que aquí no se da. Buena prueba de ello es la regulación que al respecto se contiene en la Ley Andaluza de Parejas de Hecho de 12 de diciembre de 2002, en su artículo 10, como fiel reflejo del carácter que ha de tener la regulación que sobre esta materia, dice: «Los pactos que acordaren podrán establecer compensación económica cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes, en relación a la posición del otro y que suponga una merma con respecto a su situación previa al establecimiento de la convivencia». En el mismo sentido y para cuando se produzca su disolución el artículo 12 previene expresamente que: «2. Los miembros de la pareja podrán regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de disolución de la pareja, respetando en todo caso los derechos mínimos contemplados por la legislación general aplicable. 3. En todo caso, los pactos a que se refiere este artículo, nunca podrán perjudicar a terceros». Se ve claramente que nada se dice sobre las causas de extinción de esas prestaciones caso de consistir en pagos periódicos, como buena muestra del carácter dispositivo que también en cuanto a su extinción se ha de afirmar.

Al hilo de lo anterior se considera que lo que han querido las partes es, excluyendo la mera convivencia marital, considerar la exclusión sólo por matrimonio, pero esta estipulación ha de ser considerada siempre desde la perspectiva que da la realidad actual de la sociedad y de la propia familia del momento presente. Así la propia Exposición de Motivos de la Ley Andaluza antes citada expresamente reconoce que «En la sociedad actual, la familia no se constituye exclusivamente sobre la base de una unión matrimonial, sino también sobre unidades de convivencia que han ido surgiendo como consecuencia del ejercicio por los ciudadanos del derecho a regular sus relaciones personales, sin la sujeción a reglas previamente establecidas que condicionaran su libertad de decisión». Aquí se ha de recordar la STS de 12 de septiembre de 2005 con remisión a la de 17 de junio de 2003, cuando dice que «las uniones *more uxorio*, cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos –constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial– han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos». No obstante, como reconoce la citada sentencia, no existe regulación estatal sobre esta materia, sólo algunas regulaciones

autonómicas, y algunas de éstas establecen previsiones para casos de extinción, desde derechos sucesorios (Navarra y Baleares), compensación económica para el cónyuge perjudicado (Extremadura). Esta sentencia, tras abordar las distintas respuestas que ha venido a dar nuestra jurisprudencia sobre las consecuencias económicas tras la extinción de estas uniones de hecho, viene a establecer como presupuestos de esta intervención, la ausencia de norma reguladora, y de pacto entre los interesados —lo que vuelve a recordar que estamos en una materia sometida al principio dispositivo—, remite la solución a esta cuestión al derecho resarcitorio y al principio del enriquecimiento injusto, y concluye que se estará «al supuesto, a la existencia de pactos, promesas o la creación y el sostenimiento de situaciones *de facto* de las que, por la vía de los *facta concludentia* se pueda deducir que hubo ese proyecto de vida en común y que se ha producido lo que se denomina la «pérdida de oportunidad», que sería, aquí, el factor de soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de «empeoramiento» que ha de calificar el desequilibrio». Esto es, a diferencia del matrimonio en el que basta contraerlo, en el caso de las uniones de hecho hace falta algo más que implique la existencia de un proyecto de vida en común, de una permanencia en el tiempo, y el que nuestra jurisprudencia se muestra partidaria de conceder indemnización al cónyuge perjudicado sobre la base de la existencia de un enriquecimiento injusto.

Por lo tanto, se está en el caso de que, en el caso de autos, la extinción se prevenía exclusivamente cuando existiera matrimonio, se hacía en un momento histórico en el que no existía regulación

de las parejas de hecho que permite lo antes reflejado, y con las miras puestas en que con la mera convivencia se perdería la pensión compensatoria que aquí se está discutiendo, y, de romperse, esa situación de convivencia, no había base alguna para que pudiera nacer otra nueva pensión compensatoria o indemnización económica, de concurrir los presupuestos para ello. Es por ello que, se ha de entender, en caso modelo de convivencia similar al matrimonio, como puede ser una unión de hecho requiere una permanencia en el tiempo de algunos años para que, caso de ruptura, ésta pueda tener consecuencias económicas. Pues bien, esta permanencia no puede predicarse en el caso de autos en el que la convivencia se remite a escaso tiempo para que pueda afirmarse que se está en presencia de una unión como la antes aludida.

Desde esta perspectiva, se ha de interpretar la estipulación tan citada en el sentido de exigir para que proceda la extinción de esa pensión compensatoria, la existencia de una unión con vocación de permanencia, que efectivamente la tenga de tal modo que genere unas determinadas consecuencias jurídicas, también desde el punto de vista económico, caso de ruptura. Si esto es así, la situación que se invoca, mera convivencia *more uxorio*, y que se reconoce de contrario, sería la convivencia marital que menciona el artículo 101 del Código Civil y excluida por convenio aprobado judicialmente, pero ni matrimonio, ni la unión con vocación de permanencia a la que antes se aludía, para cuya afirmación sería preciso el transcurso de lapso de temporal de algunos años, para que se le pueda considerar que concurre causa de extinción.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Extinción de la pensión compensatoria que ha venido percibiendo la esposa durante 24 años, cuando el matrimonio se prolongó exclusivamente durante 6 años, constatándose una desidia total de la esposa en la búsqueda de un puesto de trabajo.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña María Nuria Zamora Pérez

Recurrida la sentencia por don Juan, el recurso se centra en la petición de supresión de la pensión compensatoria. Reconoce el apelante que, como a lo largo de la sustanciación del proceso en primera instancia no ha conseguido acreditar que la mujer realice actividad laboral alguna por cuenta ajena, ese fundamento de su pretensión decae, si bien la supresión de la pensión compensatoria vendría jus-

tificada por la escasa duración del matrimonio, seis años, y el largo período durante el que ha venido satisfaciendo la pensión compensatoria, nada menos que veinticuatro años, tiempo suficiente para que la mujer hubiera procurado conseguir un puesto de trabajo y así reequilibrar su situación económica, haciendo desaparecer la causa que justificó el reconocimiento de esa pensión, siendo éste también uno

de los motivos de su pretensión tal y como ya apuntaba en el apartado IV, puntos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º de la fundamentación jurídica de su demanda, y reiteró en el acto del juicio, siendo contestado por la parte demandada quien no se opuso a su introducción como uno de los motivos del debate.

Según dispone el artículo 101 del Código Civil, una de las razones que justifican la extinción de la pensión compensatoria es el cese de la causa que motivó su concesión. La fijación de esa pensión a favor de uno de los cónyuges y con cargo al otro, se justifica por el desequilibrio económico que la separación le va a irrogar, tanto en relación a la situación de la que disfrutaba constante matrimonio, como en relación con el otro cónyuge. Desequilibrio que en determinados casos es de prever desaparezca con el transcurso del tiempo, en la medida en la que el cónyuge beneficiado con ella, se adapte a su nueva situación, acceda al mercado laboral y obtenga unos ingresos. A esa situación cabría equiparar aquellos supuestos en los que el beneficiario pudo acceder a un trabajo y si no lo ha hecho ha sido por pasividad, conveniencia o desidia, tal y como sucede en el caso

de autos, y como dijo esta misma Sala en sentencia de ocho de mayo de dos mil dos.

Hay que tener presente que el matrimonio de los litigantes duró seis años, que cuando se separan la mujer es una persona joven, cuenta con veintisiete años, gozaba de buena salud, tenía plena disponibilidad horaria, ya que no tuvieron hijos, y en consecuencia no existen cargas familiares que limiten sus posibilidades de alcanzar una formación profesional que le permita acceder a un puesto de trabajo más cualificado o si no lo desea incorporarse al mercado laboral, situación que se viene manteniendo durando veinticuatro años, tiempo más que suficiente para que de haber querido la apelada se hubiera producido la extinción de la circunstancia que justificó la fijación de la pensión. En esa situación resulta inaceptable el mantener una pensión compensatoria, cuya supresión quedaría justificada con arreglo al artículo 101 del Código Civil, de haber mostrado la apelada cierto interés por trabajar, procediendo la extinción de la pensión compensatoria desde esta sentencia.

PENSIÓN COMPENSATORIA

El hecho de que el hijo, aprovechando un viaje a España decidiese quedarse a vivir con el padre, y motivase que la madre decidiera abandonar el trabajo que desarrollaba en su país para trasladar su residencia a España, no puede estimarse que altere esa situación de absoluta independencia económica mantenida tanto durante la convivencia matrimonial como en la fecha del cese de la misma y hasta más de tres años después, a efectos de solicitar una pensión compensatoria.

AP ASTURIAS, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elena Rodríguez-Vigil Rubio

En relación a la pensión compensatoria niega el recurrente en su recurso pueda serle reconocido tal derecho a la ex esposa con fundamento en invocar que no existía desequilibrio en la fecha el cese de la convivencia, siendo el invocado en la demanda el producido tres años y medio después y derivado no del cese de la convivencia sino del hecho de haber abandonado la citada el trabajo que desempeñaba en su país (Chile) para trasladar su residencia a España ante la negativa del hijo común de ambos de regresar con la misma.

El divorcio y/o la separación no genera en nuestro derecho en forma automática el derecho de un cónyuge a percibir del otro una pen-

sión compensatoria pues para ello el artículo 97 del Código Civil exige la concurrencia de una desigualdad o desequilibrio económico derivado directamente de la ruptura de la convivencia y ponderado en atención a la posición del otro cónyuge y a su situación anterior en el matrimonio. Concurrencia o no de desequilibrio que habrá de ser valorada en cada caso teniendo en cuenta que la finalidad de esta medida no lo es en absoluto igualar la situación económica de los cónyuges, sino la de procurar que aquel al que la convivencia matrimonial haya supuesto esa situación de desequilibrio que constituye el presupuesto de su concesión pueda tener o lograr en un futuro más

o menos próximo una situación de independencia económica.

El presupuesto de su reconocimiento es así que se produzca esa situación de desigualdad o desequilibrio patrimonial entre los cónyuges que resulte claramente evidenciado del análisis comparativo de las condiciones económicas de cada uno de ellos, antes y después de la ruptura de la convivencia y cuyo origen esté precisamente en ese cese de la convivencia. Es por ello que se ha venido sosteniendo por la totalidad de las Secciones Cíviles de esta Audiencia y concretamente por esta Sala con absoluta reiteración, (Cf. sentencias núm. 193, de 11 de abril de 1996 y núm. 19, 21 de enero de 1999; 39 de 2004, de dos de febrero y la más reciente núm. 163, de 24 de abril de 2006)) que no procede el reconocimiento del derecho a pensión a un cónyuge a cargo del otro si ha transcurrido entre el cese de la convivencia y la solicitud de la misma un período de tiempo de cierta entidad. Todo ello con fundamento en que la separación dilatada en el tiempo sin auxilio económico alguno entre los cónyuges, presupone la plena y completa ruptura de la comunidad personal y patrimonial que el matrimonio implica que es, en última instancia, la base de tal pensión.

La aplicación de la doctrina precedente al supuesto de autos lleva a acoger este primer motivo de impugnación tendente a dejar sin efecto la pensión fijada en la recurrida.

Ello es así porque la situación de hecho invocada en el recurso en su apoyo es indiscutida; resulta debidamente acreditada con la propia prueba documental aportada con la demanda y además de ella parte la sentencia de primera instancia.

De la misma resulta que la hoy ex esposa durante la situación de convivencia matrimonial, al

menos desde el año 1994, estaba plenamente incorporada al mercado de trabajo obteniendo ingresos por el desarrollado para una importante firma de abogados de su país natal (Chile) (Cf. certificación obrante al f. 32 de los autos), situación que persistió una vez producida la ruptura de la convivencia en el año 2001, a partir de la cual no existió auxilio o contribución económica alguna para la citada por parte del hoy recurrente.

El hecho de que, debido a que el hijo del matrimonio, tras haber venido a España a visitar a su padre, decidiera quedarse a vivir con él, determinara que la citada decidiera abandonar el trabajo que desarrollaba en su país para trasladar su residencia a la de su hijo, en España, no puede estimarse altere esa situación de absoluta independencia económica mantenida tanto durante la convivencia matrimonial como en la fecha del cese de la misma y hasta más de tres años después.

La actual situación de desequilibrio invocada, deriva así, no del cese de la convivencia sino de una decisión, explicable por las causas que la determinaron, pero que no deja de ser voluntaria y que, en cualquier caso no puede determinar por ser muy posterior al cese de la convivencia, teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de la pensión compensatoria ya razonada en el fundamento precedente, el reconocimiento de la misma, tanto más teniendo en cuenta que cuando se produjo ya no existía vinculación alguna entre los patrimonios de los cónyuges no pudiendo retrotraerse a ese momento la apreciación del desequilibrio.

Se deja por ello sin efecto el reconocimiento de la pensión compensatoria establecida en la recurrida.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se estima adecuado fijar la pensión compensatoria en el 20% de los ingresos netos que por cualquier concepto perciba el esposo.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña María Paz Fernández-Rivera González

Reducido, pues, el debate a determinar el importe de aquella este Tribunal tras el examen de lo actuado y el estudio de las alegaciones de las partes llega a la misma conclusión que se sienta en la

recurrida sobre la repetida pensión por lo propios razonamientos que se vierten en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia de instancia que, en aras de la brevedad, se dan aquí por reprodu-

cidos, si bien a los solos efectos de abundar en lo allí dicho, debe señalarse que en contra de lo que sostiene dicha recurrente –que califica de escaso el 20% de los ingresos netos que por cualquier concepto perciba el esposo, que como pensión compensatoria se establece en la recurrida, lo que la lleva a solicitar un 40% ó 50% según tenga o no que prestar alimentos a lo hijos– dicho porcentaje se considera ponderado, teniendo en cuenta que si bien es cierto que los ingresos mensuales del esposo ascienden a 2.472,66 euros, también lo es que el mismo debe hacer frente mensualmente a los plazos de amortización de unos préstamos contraídos vigente la sociedad legal de gananciales, entre los que se cuenta el hipotecario que grava la vivienda

conyugal, cuyo uso se atribuye a la esposa, cuyo importe total suma unos 685 euros (fol. 35), a lo que debe unirse que junto con él convive el hijo común don Carlos Alberto a quien también debe prestar ayuda alimenticia pues, aunque ha realizado trabajos esporádicos, también continúa su formación académica en la Universidad de Oviedo (fol. 37), por lo que dicho tanto por ciento se estima adecuado para restablecer el desequilibrio económico que la separación provoca a la esposa apelante teniendo en cuenta los 42 años que tenía al momento de interposición de la demanda (fol. 1 vto.) y que no consta que la misma tenga un estado de salud precario que le dificulte su acceso al mercado laboral.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Extinción de la pensión alimenticia de la esposa al dictarse la sentencia de divorcio, no pudiendo incrementarse la cuantía de la pensión compensatoria al no haber sido solicitada por la esposa.

AP CIUDAD REAL, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Luis Casero Linares

En cuanto a las pensiones establecidas a favor de la ex esposa, la de carácter compensatorio igualmente debe ser ratificada, sin que pueda aumentarse su cuantía, por lo que después se dirá con relación a la pensión por alimentos, en tanto que con relación a la misma rige el principio dispositivo propio de todo el ámbito procesal-civil.

El problema surge con relación a la pensión alimenticia, pues si bien la misma es posible en la separación, al mantenerse el vínculo matrimonial, no ocurre así en el divorcio donde al desaparecer tal vínculo y con él toda relación familiar no puede

fijarse. Así lo establece el artículo 143 del Código Civil al señalar las personas que están obligadas a darse alimentos recíprocamente, y que no son otras que los cónyuges, los ascendientes, los descendientes y de forma limitada los hermanos.

Así pues no cabe establecer pensión por alimentos a favor de la esposa, pues una vez transformado el procedimiento de la inicial separación al divorcio, por petición de las partes, no cabe mantener como expresamente hace la parte demandante una petición por alimentos a quien deja de ser pariente por efecto de la propia sentencia.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque se haya acreditado una prolongada separación de hecho procede fijar una pensión compensatoria toda vez que durante gran parte de aquella, el esposo entregaba cantidades a la esposa para atender las necesidades alimenticias de la familia.

AP A CORUÑA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Pena

Se ciñe el citado recurso en combatir el establecimiento de la pensión compensatoria a favor de

la esposa, basándose para fundamentar su pretensión en la ausencia de convivencia desde hace 14

años, por lo que, no cabe el imponerla cuando la solicitante ha dejado transcurrir tanto tiempo sin solicitarla, lo que es un signo más de que contaba con suficientes medios económicos para sobrevivir sin necesidad de la misma.

Como se ha dejado expuesto en el apartado anterior es suficiente que la esposa sufra un claro desequilibrio económico para el establecimiento de una pensión compensatoria a cargo del marido; y en el caso presente, ha quedado demostrado que ello ha sucedido sin que se hubiese demostrado que la esposa realice trabajo remunerado alguno, solamente que convive con su madre, la que le ayuda en sus necesidades.

No puede sostenerse para negar el derecho a la pensión compensatoria que la esposa ha dejado pasar mucho tiempo sin solicitarla, desde que se han separado de hecho, fecha de dicha separación definitiva que por cierto no ha quedado debidamente demostrada en el proceso, únicamente se ha probado que el marido hasta el mes de julio de 2004, pasaba a su esposa la suma de 600 euros mensuales, aun cuando reconoce que en dicha suma iban incluidos los alimentos, los que no tienen razón de ser al haber alcanzado sus hijos, independencia económica. Por lo expuesto y teniendo en cuenta además los ingresos del marido, la cantidad fijada por tal concepto en la sentencia apelada se considera ajustada y así por lo tanto debe mantenerse, debiendo ser desestimado el recurso.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Desestimación de la petición de incremento de la pensión compensatoria basada en un agravamiento de las enfermedades del cónyuge beneficiario de la misma.

AP ALBACETE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Mateos Rodríguez

La pretensión de incremento de la cuantía de la pensión compensatoria la apoyó la recurrente en el agravamiento de sus enfermedades, su mayor edad, y el aumento de la capacidad económica del obligado.

En la sentencia apelada se recuerda que la pensión compensatoria tiene una naturaleza jurídica radicalmente distinta a la de contribución al sostenimiento de los hijos. Esta última se establece teniendo en cuenta fundamentalmente la capacidad económica de quien ha de abonarla y las necesidades de sus beneficiarios. Sin embargo, la pensión compensatoria está destinada (según el artículo 97 del Código Civil) a reestablecer el desequilibrio económico que produce a un cónyuge la separación o el divorcio respecto del otro, siempre y cuando tal desequilibrio conlleve un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Ese desequili-

brio únicamente debe contemplarse, lógicamente, en el momento en el que se produce la primera resolución (separación o divorcio) que determina el cese de la convivencia, puesto que cuando se decreta el divorcio existiendo separación previa no puede hablarse de empeoramiento (ni de mejora) respecto de la situación de normalidad matrimonial.

Además de por lo anterior, la sentencia apelada deniega la elevación de la cuantía de la pensión compensatoria porque no considera acreditado el empeoramiento de la salud de la apelante, que ya padecía todas las enfermedades que esgrime en el momento de la separación, porque la cuestión de la edad no es un acontecimiento imprevisible, y porque está probado que la apelante ha venido desarrollando diversos trabajos desde que se produjo la separación.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Por más que la esposa alegue que su convivencia con un tercero obedece sólo a «mutua compañía» sin que exista más relación ente ellos, se considera que es causa para la extinción de la pensión compensatoria.

AP ALBACETE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Mateos Rodríguez

La Sala comparte la denegación del incremento de la pensión porque, aunque el demandante se ha visto libre de la carga económica que le suponía el mantenimiento de sus hijas (hoy mayores de edad e independientes materialmente), no consta que sus ingresos sigan siendo los mismos, y además consta que la demandada ha estado trabajando desde que se produjo la separación (v. declaraciones testimoniales de las hijas del matrimonio), lo cual redundo, lógicamente, en una disminución del desequilibrio que sirvió de base al establecimiento, en su día, de la pensión.

Pero resulta fundamental también otro elemento contemplado en la resolución apelada, y que supone la supresión de la pensión. Las hijas de los litigantes han explicado que desde hace años la apelante convive maritalmente con un señor llamado «Casimiro», desarrollándose tal convivencia en Benidorm primero y después en Valdeganga. Ello ha motivado que, por aplicación del artículo 101 del Código Civil, se haya decretado la extinción de la pensión.

En el recurso se alega que la relación de convivencia es de mera mutua compañía, pero no se dan argumentos que convenzan de que no se trata de una unión *more uxorio*, tal y como sin duda expusieron las hijas de las partes. Como es lógico, no se tiene constancia indubitada de la existencia de relaciones íntimas entre la apelante y su compañero, pero su convivencia, contemplada por personas tan cercanas como sus hijas, es interpretada como una relación de pareja, similar a la matrimonial. En el recurso se debería haber explicado de manera muy convincente por qué razón dos personas de distinto sexo conviven, e incluso se trasladan desde Benidorm hasta el pueblo de una de ellas en la provincia de Albacete, para seguir conviviendo, sin que entre ellas existan los lazos afectivos propios de una pareja. Como tal explicación no se ha dado, es lógico que en la sentencia apelada se haya llegado a la conclusión de que Sofía mantiene una relación similar a la matrimonial, y por ello se haya suprimido la pensión compensatoria.

CONVENIO REGULADOR

Habiendo pactado los cónyuges la venta de la vivienda suntuaria para con su producto adquirir dos viviendas, procede respetar dicho pacto y atribuir el uso de la vivienda familiar hasta tanto tenga lugar la venta del inmueble.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Rosario Hernández Hernández

Resta por examinar el primer motivo de recurso de la contraparte, que pretende se atribuya el uso de la vivienda familiar con carácter provisional a los hijos hasta tanto se proceda a la venta del domicilio, de conformidad con lo acordado libre y voluntariamente por ambos consortes.

Una cuestión semejante quedó resuelta en la sentencia de separación recaída en el rollo 2172/96, de 25 de noviembre de 1997, de la Sección 22.ª de esta Audiencia Provincial, que conoció del recurso frente a la sentencia de separación de los litigantes, de 21 de noviembre de 1996, en cuanto afirma que

el artículo 96 del Código Civil, se asienta en lo concerniente a la atribución de uso del domicilio familiar en el principio de prioritaria protección de los intereses de la prole, en el marco del proceso matrimonial de los progenitores, en desarrollo del artículo 39 de la Constitución Española, también plasmado en el Código dicho, artículos 92, 94 y 103, así como 2 y 11.2 de la LO 1/1996, sobre Protección Jurídica del Menor.

No obstante, éste no es un derecho *erga omnes*, absoluto, indiscriminado, de manera que no pueden desconocerse los derechos e intereses legítimos de los progenitores, de manera que existen supuestos excepcionales, como acontece en autos, y que imponen una armónica compatibilización de todos los intereses en juego, de modo que el amparo de uno determine un desmesurado e injusto sacrificio para los otros.

En el presente caso obra en autos descripción necesaria y suficiente de la vivienda familiar, a través del Certificado Técnico del Estudio Constructivo, de fecha 20 de junio de 2005 (folios 129 y siguientes de autos, a los que nos remitimos y damos en aras

a la brevedad por reproducidos), resultando una edificación de 554,70 m² de superficie total, que es desde luego ahora excesiva para dar cobertura a las necesidades de vivienda del nuevo núcleo familiar, y en condiciones de venta que se pactó, susceptibles de obtener un precio que permita la adquisición de dos, ambas dignas, a dar cobertura a la necesidad de ella tanto del progenitor no custodio, como de la prole, en condiciones no muy diferentes a las que actualmente se encuentran disfrutando, y así vinieron ambas partes a considerarlo, en cuanto libre y voluntariamente lo pactaron, sin que quepa aducir, sin sustrato probatorio alguno, vicio del consentimiento, siendo el pacto válido y con fuerza vinculante entre las partes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1255, 1091 y 1256, todos ellos del Código Civil.

Ello nos conduce a la estimación de este motivo de recurso, limitando la atribución de uso de la vivienda familiar, como pretende el recurrente a su vez apelado, hasta que se proceda a la venta del domicilio.

CONVENIO REGULADOR

Se revoca el auto del juzgado de instancia que modificó el régimen de custodia compartida pactado en el convenio regulador, ya que no existe ningún obstáculo para que la alternancia de los hijos con los progenitores sea semanal y no trimestral como acordó el juzgado.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Damián Álvarez García

El régimen de custodia compartida de los menores Jorge y Pablo Doblas Aguilar por períodos semanales alternativos es el pactado y propuesto de común acuerdo por ambos progenitores, el querido por el menor, que acaba de cumplir 16 años, y el aplicado de hecho en la práctica con resultados satisfactorios desde que hace varios años se iniciara la separación de hecho.

Aparentemente y en abstracto, los cambios de domicilio y de progenitor custodio con una periodicidad semanal pueden repercutir en la estabilidad de los dos hijos menores del matrimonio en crisis, y ser fuente de trastornos para los mismos.

Sin embargo, no se aprecia en concreto la concurrencia de razón objetiva y constatada que justifique la imposición de un sistema de custo-

dia alternativa por períodos trimestrales, distinto al propuesto, consensado y aceptado por los cónyuges y sus hijos, sin que resulte acreditado que sea contraproducente para los menores las estancias de corta duración, dado que ambos hermanos permanecen siempre juntos, acuden a un colegio cercano, y cuentan con ropa y enseres en los domicilios de uno y otro progenitor (el padre reside en Palomares del Río y la madre en Mairena del Aljarafe, localidades que distan entre sí sólo dos kilómetros).

Por ello, procede acoger el recurso articulado de consuno por ambos progenitores, y aceptar el régimen de custodia compartida por períodos semanales, pese a sus teóricos inconvenientes más aparentes que reales.

CONVENIO REGULADOR

Eficacia del convenio regulador no ratificado judicialmente aun cuando posteriormente se hubiese dictado sentencia de divorcio en procedimiento contencioso, que no contempló el pacto cuya ejecución ahora se solicita.

AP SEGOVIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Andrés Palomo del Arco

Reurre el demandando la sentencia de instancia, alegando como motivos de apelación de carácter procesal, en primer lugar infracción del artículo 770 LEC, por concurrir inadecuación de procedimiento; y en segundo lugar infracción del artículo 222 por entender que debió apreciarse excepción de cosa juzgada.

Entiende que el procedimiento a seguir debió ser el establecido de forma vinculante en el artículo 770 LEC para las pretensiones que se formulen al amparo del título IV del libro primero del Código Civil, es decir sustanciación por los trámites del juicio verbal con las concretas especialidades que dicha norma explicita.

Tanto la sentencia como la parte apelada niegan que se trate de la exigencia de una pensión compensatoria, como medida consecuenta a la resolución de divorcio, sino de una reclamación de la asunción de las obligaciones contraídas en el documento de 14 de marzo de 2005.

En concreto la estipulación cuya exigencia se reclama, es la tercera:

Teniendo en cuenta que la esposa desde que contrajo matrimonio se ha dedicado exclusivamente a la familia, lo que ha redundado en que el esposo haya podido dedicarse a su trabajo con exclusividad, reconocen ambos cónyuges que esta separación causa un importante desequilibrio económico en la esposa. Por ello, para compensar este desequilibrio y en pago de los 75.000,00 euros que le correspondían a la esposa de su participación en la venta de la vivienda familiar, don Luis Pablo se obliga en este acto a sufragar completamente el coste económico (166.920,00 euros) de la vivienda sita en Palazuelos de Eresma (Segovia), Residencial «La Solana», bloque NÚM003 planta baja letra NÚM004, el garaje núm. NÚM005 y el trastero NÚM005, que doña María Rosa ha adquirido en contrato privado suscrito con Edificaciones Quirós Servicios Inmobiliarios, SL en fecha 30 de julio de 2004, habiendo realizado una entrega a cuenta de 33.384,00 euros más el IVA correspondiente. Se acompaña a éste documento como anexo copia del

referido contrato, formando parte inseparable del mismo.

Así, Don Luis Pablo se obliga a abonar puntualmente todas las cantidades que a tenor del contrato hayan de ser satisfechas hasta que la vivienda, el garaje y el trastero le sean entregadas a doña María Rosa libre de cargas y apto para su utilización.

Conviene precisar que dicho pacto resulta inserto en un convenio regulador de común acuerdo, suscrito por ambos cónyuges, pero que ulteriormente no fue objeto de ratificación, pues el procedimiento para resolver la crisis que siguió ulteriormente fue de divorcio, no de separación, además de tramitarse en su modalidad contenciosa.

Sobre estos convenios, el Tribunal Supremo tiene establecido en sentencia de 22 de abril de 1997: la cuestión jurídica esencial que se plantea es la naturaleza jurídica del convenio regulador, en las situaciones de crisis matrimonial, contemplado y previsto su contenido mínimo en el artículo 90 CC, que no ha obtenido la aprobación judicial. 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. Y añade: deben, por ello, distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 CC.

A su vez, dicha resolución, cita las sentencias de 25 junio 1987 que expresamente atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial; y la sentencia de 26 enero 1993 que añade

que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes, hasta el extremo de que un contenido estrictamente económico relativo a la liquidación de gananciales, aunque se encuentre en convenio regulador de la separación aprobado judicialmente en sentencia, no precisa para su impugnación, la utilización de los recursos previstos en sede de crisis familiar.

Igualmente la Sentencia de 21 diciembre 1998 pone de manifiesto la posibilidad de compatibilizar los aspectos patrimoniales al margen del proceso de separación; y efectivamente es lo que sucede en autos, donde como expresamente se afirma en la demanda y recoge la sentencia, no se ejercita la solicitud del establecimiento de una pensión compensatoria, ni medida consecuente a la declaración de divorcio, sino la exigencia del cumplimiento del compromiso contenido en un determinado convenio, al amparo de la libertad contractual establecida en el artículo 1255 CC; y de ahí que no se trate de cuestión formulada al amparo del título IV del libro I del Código Civil; y por ende no resulta de aplicación la previsión del artículo 770 LEC.

Procedimiento cuestionada, en modo alguno podría prosperar, cuando el utilizado, el juicio ordinario, conlleva mayor amplitud de alegaciones y carece de limitación en sus medios probatorios; de modo que ningún perjuicio ha podido conllevar para el recurrente; pues las especialidades procedimentales previstas en el artículo 770 no integran peculiaridades a observar en atención del estricto objeto de este litigio.

Otro tanto debe reiterarse sobre la excepción de cosa juzgada invocada al amparo del artículo 222 LEC, cuando la jurisprudencia anteriormente citada permite la posibilidad de compatibilizar los aspectos patrimoniales al margen del proceso de separación y la propia parte recurrente en su contestación a la demanda, reconoce que no mediaba petición económica en el proceso de divorcio instado. Ninguna coincidencia pues en el suplico, lo que impide la estimación de la excepción solicitada.

Igualmente la STS citada de 23 de diciembre de 1998, recuerda que incluso mediando Convenio homologado judicialmente, los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios, que no precisan aprobación judicial.

Como cuestión de fondo, alega el recurrente, infracción de los artículos 97, 99 y 101 CC, cuando dicho convenio tiene por objeto regular los efectos que han de derivarse de la separación matrimonial de común acuerdo; y esta demanda es previa a una

ulterior de divorcio contencioso, por lo que entiendo nulo el convenio al no haber mediado tal separación de común acuerdo; y además porque en la estipulación que se pretende hacer valer, una parte 75.000 euros es la cantidad que le corresponde a la actora de la venta de un bien ganancial, pero la otra 125.000 euros, integra una pensión compensatoria fijada en función del desequilibrio económico que se causa a la esposa y la dedicación exclusiva que ha tenido a la familia, y el artículo 101 establece que la pensión cesa cuando el acreedor vive maritalmente con otra persona, como sucede en autos.

Motivos que igualmente han de ser desestimados; pues en primer lugar, dada la naturaleza económica de la cuestión litigiosa, exclusivamente de contenido patrimonial, resulta intrascendente que la nueva situación sea tras mediar separación o divorcio, e incluso con anterioridad a producirse, pues lo definitivo es que atiende a una situación de crisis, en orden a regular en la forma que los otorgantes han tenido por conveniente, aspectos generales o parciales de la nueva situación; mientras que no haya sido aprobado judicialmente, no le priva de eficacia, conforme a la doctrina jurisprudencial antes citada.

Así la sentencia de 15 de febrero de 2002, afirma que comparte (con la Audiencia Provincial que dictó la sentencia en apelación) la doctrina que recoge en relación con dichos acuerdos, pues los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (artículo 1255 CC), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (S. 22 abril 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (artículo 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (Sentencias, entre otras, de 26 de enero 1993, 7 marzo 1995, 22 abril y 19 diciembre 1997 y 27 enero y 21 diciembre 1998) y la doctrina registral (Resoluciones de la DGRN de 31 de marzo y 10 noviembre 1995 y 1 septiembre 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante interpartes a la aprobación y homologación judicial.

Aunque el pacto, parcialmente en el apartado correspondiente a la liquidación de la enajenación del domicilio familiar en La Lastrilla, podría integrar un pacto referente a la liquidación efectiva del

régimen de gananciales, cuya disolución se había pactado previamente en capitulaciones, tampoco existirían problemas en relación con la formalidad del documento, pues como establece la doctrina y jurisprudencia del TS (SS de 4 de diciembre de 1985, 7 de noviembre de 1990, 3 de julio de 1999 y 20 de marzo de 2000) estas operaciones particionales o liquidatorias de la sociedad ganancial disuelta no se incluyen en los supuestos de exigencia de escritura pública del artículo 1327 del C.C., pues el carácter constitutivo o *ad solemnitatem* del mismo, correctamente interpretado, se refiere exclusivamente a las capitulaciones matrimoniales, es decir, las estipulaciones a través de las cuales los esposos establecen el régimen económico de su matrimonio, modificación o sustitución por otro, mas no los pactos que tuvieran esta naturaleza distinta de ejecución.

Por último, resta la invocación del artículo 101 CC, sobre la extinción de la pensión compensatoria, en caso de convivencia marital con otra persona. Precepto que tampoco resulta de aplicación, pues ya hemos reiterado que no estamos ante derechos

regulados en el Libro I del CC, sino del IV, negocios jurídicos familiares pero de estricto contenido económico. Pero además, la estipulación cuyo cumplimiento se pretende, contenida en el Convenio de 14 de marzo de 2005, si tiene algún paralelismo dentro de la normativa que regula la pensión compensatoria, sería con el artículo 100 CC, donde se prevé la sustitución de la pensión compensatoria periódica por la entrega de un capital en bienes o en dinero, en este caso la adquisición de una vivienda; supuesto que en absoluto resulta revocable, sean cuales fueren las condiciones de convivencia de quien las recibe; de igual modo que declara extinguida la pensión periódica, no existe posibilidad de recobrar las cantidades ya entregadas.

Tanto más, cuando ya ha entregado el importe de la entrada de la referida vivienda, cuyo contrato de compra a favor de la esposa se incorpora como documento inseparable al convenio; por lo que además de las consideraciones anteriores, su actual negativa implica un absoluto quebranto de la buena fe, desde la perspectiva de la doctrina de los actos propios.

CUESTIONES PROCESALES

No se produce indefensión a las hijas mayores de edad por no haber sido demandadas, ni oídas en un procedimiento de modificación de medidas en que se insta la supresión de su pensión de alimentos: cuestión resuelta por la STS de 24 de abril de 2000: corresponde únicamente a los progenitores la legitimación, tanto activa como pasiva, para defender los derechos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales, al igual que ocurre en los procesos de modificación de medidas, en los que no se altera la legitimación procesal.

AP MADRID, SEC. 22.^a, SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado que se mantenga la pensión de alimentos en favor de las hijas ... derechos reconocidos en la sentencia de 10 de mayo de 2000, con imposición de las costas de la instancia a la parte hoy apelada; advierte que se ha producido indefensión a las dos hijas, que no han sido demandadas ni oídas, y por cuanto que la mayoría de edad de las mismas no justifica la supresión de la pensión de alimentos.

No puede acogerse el argumento relativo a la indefensión en el proceso de dichas hijas, no obstante no haber sido demandadas ni oídas. En efecto, la cuestión relativa a los derechos de los hijos en el procedimiento matrimonial ya ha sido resuelta a partir de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de 24 de abril de 2000, de la que se ha hecho eco esta propia sala, entre otras, sentencia de 23 de enero de 2001, y así se afirmaba que «el artículo 93 del Código Civil no establece norma alguna que modifique la legitimación para ejercitar las acciones de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, que se reconoce únicamente a los

cónyuges (a salvo la legitimación que en determinados supuestos se reconoce al Ministerio Fiscal y a los terceros interesados para ejercitar la acción de nulidad) únicos que pueden promover esta clase de procesos, ejercitando aquellas acciones principales así como las accesorias relativas a los llamados efectos civiles, entre los cuales se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores por el progenitor con quien éstos convivan frente al otro en quien no se da esta situación de convivencia»; se añade que «las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad y con él conviven, tienen un interés legítimo, jurídicamente dignos de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores».

En suma, teniendo en cuenta esta interpretación amplia y flexible del citado precepto, se apunta al derecho del progenitor a ejercer en nombre y representación de sus hijos cuantos derechos afecten a los mismos, en el seno de la litis matrimonial, y aun aceptando la mayoría de edad de dichos hijos, tratándose de un derecho propio que genera exclusiva legitimación en orden a la acción entablada, tanto en su condición de demandante como de demandado, y si lo anterior es así y de aplicación para el procedimiento de separación, divorcio o nulidad, consecuentemente, también lo es para el proceso de modificación de las medidas adoptadas en un anterior procedimiento, cuya legitimación procesal no se altera.

Por ello, puede concluirse que no ha existido indefensión de las hijas, cuyos derechos de aquéllas se han ejercitado convenientemente por la demandada.

CUESTIONES PROCESALES

Falta de competencia de los Tribunales españoles para conocer el divorcio de un matrimonio de colombianos, celebrado en Colombia, donde radicó el último domicilio familiar y llevan 26 años de separación de hecho sin que se sepa nada del esposo. No aplicación de ningún reglamento europeo para determinar la jurisdicción, al existir en el esposo una falta total de vínculos con el territorio de cualesquiera de los Estados miembros: ausencia de nacionalidad de dichos estados y carencia de domicilio o residencia en los mismos: no se conoce su paradero y no se sabe si está vivo o muerto. No concurren los requisitos del artículo 22.3.º LOPJ.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

Con fecha 12 de diciembre de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Por cuanto antecede Se acuerda declarar la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la presente demanda con sobreseimiento de las presentes actuaciones, debiendo la parte demandante dirigir su pretensión ante la jurisdicción colombiana».

La resolución que nos ocupa declara la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la demanda de divorcio presentada por la representación de doña Mariana contra

don Cosme, relatándose en la demanda que el matrimonio se celebró el 20 de septiembre de 1975 en Colombia, que el último domicilio conyugal estuvo en este país y que llevan 26 años de separación absoluta de hecho sin saber del demandado, colombiano igual que la demandante, la cual tiene permiso de residencia.

Esgrime la parte apelante ante dicha resolución infracción de normas procesales por no aplicación de la normativa europea y más concretamente el Reglamento (CE) 1347/2000, hay que precisar que en la fecha en la que se dictó la resolución que nos ocupa este reglamento había quedado derogado,

pues el 1 de marzo de 2005 era de aplicación el reglamento (CE) 2201/2003 que entró en vigor el 1 de agosto de 2004 (*vid.* artículos 71 y 72 de este reglamento).

Este reglamento determina simplemente el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales tienen competencia, pero no el órgano jurisdiccional competente en ese Estado miembro, ya que esta cuestión pertenece a la legislación procesal nacional.

Pero ni uno ni otro reglamento puede determinar la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la demanda de disolución del vínculo matrimonial aludida, dada la ausencia en el demandado de la nacionalidad de uno de los Estados miembros y la carencia de domicilio o residencia en uno de estos estados, es decir existe una ausencia total de vínculos en el demandado con el territorio de cualquiera de los Estados miembros. Por otra parte no puede dejar de señalarse las enormes dificultades procedimentales que conllevaría la admisión de esta demanda en los tribunales españoles, dado que la demandante lleva 26 años sin tener noticias de don Cosme y se afirma por don Narciso en la declaración notarial juramentada

acompañada con el escrito rector del proceso (folio 11) que hace más de 20 años no se conoce el paradero del demandado y que no puede dar fe si está vivo o muerto.

En base a lo expuesto es notorio que no concurren los requisitos del artículo 22.3.º de la LOPJ que establece que los juzgados y tribunales españoles serán competentes en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, ni del artículo 22.2.º de la Ley citada que dispone que los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes cuando las partes se hayan sometido expresamente o tácitamente a éstos, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España.

Procediendo por todo ello la desestimación del recurso de apelación.

CUESTIONES PROCESALES

No se accede a la nulidad de actuaciones que solicita la parte por no haberse concedido el trámite de conclusiones tras la práctica de la prueba propuesta.

AP ALBACETE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Mateos Rodríguez

La defensa del demandado considera que se le ha causado indefensión al no haber podido formular sus conclusiones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 447.1 de la LEC, al que remite el artículo 770 del mismo cuerpo legal.

El análisis de las actuaciones pone de manifiesto que el Juez, al constatarse al final de la vista que no iba a poder explorarse a la hija de los litigantes aquel día, puesto que no se encontraba en el Tribunal, acordó llevar a cabo la exploración al día siguiente, indicando a las partes que una vez llevada a cabo la diligencia, les daría traslado de la misma para que evacuaran el trámite de conclusiones, trámite, por cierto, previsto no en el artículo 447 de la LEC, sino en el artículo 185.4 de la misma.

Practicada la exploración el día siguiente de la vista, el 21 de julio de 2006, por providencia

de la misma fecha se dio traslado a las partes por cinco días para que alegasen lo que a su derecho conviniera, evacuando el traslado conforme a lo establecido la representación de Lina. Sin embargo, la representación del demandado se limitó a valorar el resultado de la exploración de la menor.

Con posterioridad, el 5 de septiembre de 2006, se dictó providencia teniendo por evacuado el traslado y dejando los autos conclusos para sentencia.

La sentencia se dictó el 14 de septiembre, y el día 15 de septiembre Manuel Serna Espinosa, procurador demandado, presentó recurso de reposición contra la providencia de 5 de septiembre, el cual fue inadmitido «por carecer de objeto al haberse dictado sentencia en el procedimiento».

No se da, por lo tanto, la indefensión que se denuncia. Es cierto que el texto de la providencia de 21 de julio de 2006 no indicaba expresamente para qué se daba el traslado de la exploración de la menor a las partes, ni cuál era el sentido del trámite conferido (literalmente «para que aleguen lo que a su derecho convenga»). Pero también es cierto que ese trámite había sido anunciado y explicado por el Juez en el acto de la vista, de modo que el demandado no puede aducir que ignoraba que el traslado que se le dio tenía por finalidad permitir el resumen o análisis de toda la prueba practicada.

Además de que el Juez se atuvo al trámite que concretó en la vista, sin que ninguna de las partes hiciera alegación o preguntas sobre él, debe destacarse que ese trámite era el único lógico y adecuado a los principios de la Ley y al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Efectivamente, lo que parece deducirse del escrito del demandado es que primero se les iba a dar un trámite para alegaciones sobre la prueba de exploración y después otro para alegaciones sobre todas las demás pruebas.

No procede, por ello, la nulidad del juicio.

CUESTIONES PROCESALES

No se considera válida la citación a juicio realizada por correo con acuse de recibo o por telegrama cuando no consta la recepción por el interesado, no pudiendo admitirse que la falta de asistencia fuese achacable al demandado que no compareció ante la oficina de Correos para recoger la citación tras dejarse el aviso de entrega.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Carrillo Vinader

Esrime el apelante que no se le citó al juicio celebrado el 11 de julio de 2005, pues se remitió un telegrama para ello, pero no consta que le fuera entregado, con lo que se han infringido los artículos 496 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solicitando, por ello, que se decrete la nulidad de todo lo actuado, retrotrayendo las actuaciones para proceder a notificarle la rebeldía y a citarle para el juicio.

Se opone la apelada alegando que tal notificación se intentó hacer mediante correo con acuse de recibo, dejando nota dos veces en el domicilio del demandado al estar ausente, pero no se personó en las oficinas de Correos para retirar el envío, achacando a la inactividad y pasividad del demandado su incomparecencia en el proceso.

No se discute que el demandado fue correctamente emplazado y que no compareció en el término concedido, por lo que tampoco se cuestiona su declaración de rebeldía. Ello hace irrelevante que no se le notificara la resolución en la que así se acordaba, pues resulta irrelevante tal formalismo, al considerar correcta tal decisión. Pero sí tiene trascendencia la falta de citación a juicio. Los artículos 440 y 429.6 señalan la necesidad de citar a juicio a las partes, incluso a las no personadas.

En el presente caso, consta que para dicha citación se libró comunicación por correo con acuse de

recibo, acompañando cédula, siendo devuelta por no haber sido retirada de la lista de Correos, sin que conste que el aviso fuera entregado al destinatario [folios 27 y 32 bis.b)]. Ante esa devolución se acuerda librar un telegrama para citarlo (folio 34), existiendo en las actuaciones copia del mismo (folio 35), pero no hay ninguna constancia de si el mismo llegó o no a su destino, negándolo el apelante. Lo que sí es evidente es que el demandado-rebelde no compareció al acto del juicio (folio 36), que se celebró sin su presencia.

En consecuencia, no fue citado a juicio el demandado, y ello ha impedido valorar su interrogatorio, imprescindible para la acreditación de los hechos referidos por la actora como soporte de sus pretensiones, no habiendo propuesto ésta otras pruebas al respecto que determinen que era innecesaria, por lo que, aunque no lo exprese la sentencia, ha sido realmente la inasistencia del demandado a juicio la que ha determinado conceder plena credibilidad a la actora, suponiendo erróneamente que su ausencia era voluntaria y producto de su desinterés.

En consecuencia, debe estimarse el recurso de apelación planteado y declarar la nulidad de actuaciones interesada, devolviendo los autos al Juzgado para la correcta celebración de la vista.

CUESTIONES PROCESALES

Por vía de aclaración de sentencia no puede atribuirse el uso de la vivienda familiar cuando en la sentencia no hay ninguna referencia a esta cuestión.

AP LA RIOJA, SEC. 1.ª, AUTO DE 30 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Luis Miguel Rodríguez Fernández

Ha de ser objeto de consideración previa a la resolución del recurso de apelación, la petición contenida en el expositivo primero del recurso presentado por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa León Ortega, en nombre y representación de don Juan Alberto, en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar. El recurrente solicita la nulidad del Auto aclaratorio de fecha 28 de julio de 2006, resolución en la que se atribuyó el uso de la vivienda familiar, así como el mobiliario, a doña Mariana y a su hijo Isaac. Se expresa que esta determinación es algo más que la subsanación de un error u omisión, por cuanto que la sentencia también omite cualquier razonamiento respecto a esta atribución, y que a la aclaración solicitada por la actora no se le ha dado el trámite previsto en el artículo 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El precepto en cuestión señala que «si se tratare de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de la parte en el plazo de cinco días desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla».

Por su parte, el artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Redacción según Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre), determina que «1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales». A su vez, se ha consagrado como doctrina jurisprudencial la procedencia de la declaración de nulidad, bien de oficio, bien a instancia de parte, cuando las normas violadas afectan al orden público procesal de carác-

ter tan imperativo que dan lugar a vicios absolutos o insubsanables. A la luz de los indicados preceptos, y tal como señala el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 4 de marzo de 1986 y 12 de mayo de 1987, la nulidad de actuaciones procesales constituye un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación, dada la notoria conmoción procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad y economía procesal, que constituye una de las metas a cubrir por la justicia, como servicio que aspira a satisfacer adecuadamente las pretensiones que en petición de amparo jurisdiccional se hace a los órganos judiciales.

Tal y como se señala por parte del recurrente, Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Logroño de fecha 17 de julio de 2006 omite no sólo el pronunciamiento relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar y el mobiliario a doña Mariana y a su hijo Isaac, sino cualquier razonamiento que fundamente esta atribución, que parta de las alegaciones de las partes y contenga una valoración de las pruebas practicadas al respecto en el acto del juicio oral. Por su parte, el Auto aclaratorio de 28 de julio de 2006 integra un pronunciamiento ayuno de cualquier fundamentación en la propia resolución, que tampoco ha dado cumplimiento a las previsiones del artículo 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo preciso un previo traslado de la solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas que permita fijar las posiciones de las partes y evite la indefensión en la que ha sido colocado el recurrente.

En este sentido, la STC de 8 de febrero de 2002 declara que la tutela judicial ha de obtenerse, dice el artículo 24.1, «sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión», pero como dice la STC 186/1998, expresando también reiterada doctrina del Tribunal, tal indefensión, para que alcance la relevancia constitucional que exige el precepto, «es tan sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impida poder defender sus derechos e intereses

legítimos en la esfera del proceso jurisdiccional (SSTC 145/1990, 230/1992, 106/1993, 185/1994, 1/1996, 89/1997, entre otras muchas).

Con base en esa argumentación otorgando amparo a esta pretensión lo dispuesto en los artículos 24 y 10.2 de la Constitución Española, artículo

6.1 del Convenio de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, resulta procedente acceder a la declaración de nulidad solicitada.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Desestimación de la causa de oposición a una demanda ejecutiva de reclamación de pensiones alimenticias y compensatorias basada en la compensación por haber abonado el ejecutado los gastos de matrícula y el alquiler de la vivienda que ocupan la madre y los hijos.

AP ASTURIAS, SEC. 7.^a, SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Julián Pavesio Fernández

Frente a la sentencia que estima la oposición a la ejecución despachada, al entender el juzgador *a quo* que procede la compensación de créditos, el que ostenta la ejecutante, en concepto de pensión alimenticia y compensatoria, y el que ostenta el ejecutado, en concepto de gastos de matrícula y de alquiler de vivienda, que es superior al de aquélla, se alza en apelación la ejecutada, reproduciendo como motivos de la apelación los mismos de la oposición a la ejecución, en síntesis, que no ha existido pacto alguno posterior con respecto al pago de dichas pensiones, siendo irrenunciable la obligación alimenticia de los progenitores para con los hijos no susceptible de compensación alguna, debiendo pagarse las pensiones en metálico como así se convino en el convenio regulador de la separación, debiendo acudir para la compensación de créditos a los procesos declarativos correspondientes; existiendo un manifiesto incumplimiento de pago de las pensiones por parte del ejecutado. Interesando la revocación de la sentencia de instancia y se dicte otra estimando íntegramente los pedimentos de la demanda de ejecución presentada.

Es conveniente señalar por ser de interés al recurso de apelación, que la demanda ejecutiva de la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2002 en juicio de separación núm. 702/02, por el Juzgado de Primera núm. 7 de esta villa, formulada por doña Estibaliz, venía referida al impago por parte de don Gerardo de la pensión alimenticia de los hijos, desde julio a diciembre de 2004 y de enero a abril de 2005, 3.079,34 euros, de la compensatoria a favor de la ejecutante, nunca abonada, 8.038,30 euros. Formulándose por el ejecutado oposición frente al auto dictado, el 11 de mayo de 2005, despachando

la ejecución interesada, en base a la excepción contenida en el artículo 556.1 LEC, alegando pago o cumplimiento de la obligación. Estamos pues, ante una demanda de ejecución de una sentencia de separación, con aprobación judicial del Convenio Regulador presentado, que debe cumplirse en sus propios términos, lo que obliga al demandado a abonar las cantidades reclamadas sin traer a colación conceptos no previstos en la misma, dado el carácter tasado de los motivos de oposición.

Por ello, no podemos estar de acuerdo con la compensación de créditos aplicada por el juzgador de instancia y acoger el recurso de apelación interpuesto. Pues al venir fijada en la sentencia de separación cuya ejecución se solicita una cantidad determinada de pensión de alimentos para los hijos y de pensión compensatoria para la ejecutante, no le es dable a quien así se le ha impuesto dicha obligación pretender eludir el pago de las mismas asumiendo directamente gastos correspondientes a quien debe satisfacerse ese dinero pues en principio corresponde al que lo recibe administrarlo conforme a su criterio. Y es que en modo alguno supone cumplimiento de la sentencia las disposiciones o los pagos realizados por el demandado, de pago de la matrícula escolar, que ni es pensión alimenticia ni tiene el carácter de gastos extraordinario a pagar por mitad por ambos progenitores conforme a la sentencia que se ejecuta, y pago del alquiler de la casa, que tampoco es pensión alimenticia ni puede imputarse a la pensión compensatoria, pues conforme a la sentencia cada uno iría a vivir con sus padres; pagos que a la postre implican deducciones o compensaciones que no pueden hacerse efectivos en este trámite en el que sólo cabe el cumplimiento

íntegro de lo ordenado, pues incluso los pactos o las transacciones que se hubieran convenido, que no es el caso negada por la ejecutante la existencia de acuerdo verbal alguno sustitutorio del pago de dichas pensiones de forma distinta a la fijada en la sentencia, en todo caso, para evitar la ejecución deberían haberse reflejado en documento público, como exige el artículo 556 de la LEC.

Pues, al margen de que dichos pagos contravienen los términos en que se expresa la resolución a ejecutar, que deben mantenerse al no haber sido impugnados por quien debía, no pueden ser objeto de compensación como se ha hecho en la sentencia de instancia con las obligaciones contenidas en la sentencia que es objeto de ejecución, pues basándose la demanda en un título ejecutivo judicial no extrajudicial, no puede oponerse ni asimilarse al pago, por tratarse de una ejecutoria judicial, en contra de lo sostenido por la sentencia recurrida, por tener las causas de oposición tasadas, no estando incluida entre las causas o motivos tasados de la oposición para la ejecución de sentencias o resoluciones judiciales, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sección (Autos de 12 de noviembre de 2003 y 5 de diciembre de 2005, entre otros). Pues el artículo 556 LEC respecto a los títulos judiciales como es el presente, únicamente permite oponer el pago o el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, así como la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacciones que se hubieran convenido para evitar la ejecución y que consten en documento público; a diferencia de lo que ocurre en el artículo 557, que sí contempla la compensación como uno de los posibles motivos de oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales o arbitrales, siempre que el crédito que se trate de compensar sea líquido y resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva.

Como recuerda la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento, la oposición a la ejecución de sentencias y títulos judiciales sólo puede hacerse por «unas pocas y elementales causas, que no pueden dejar de tomarse en consideración» que son las únicas que podrán ser objeto de controversia, buscando así un sistema equilibrado que, por una parte, permita una eficaz tutela del derecho del acreedor ejecutante, mediante una relación limitada de los medios de oposición, que no desvirtúe la eficacia del título ejecutivo, y que, por otro lado, no prive al deudor ejecutado de posibilidades de defensa frente a los supuestos más graves de ilicitud de la ejecución. Y como quiera que entre estas causas de oposición no figura la compensación, lo que resulta coherente con el sistema establecido en la nueva ley pues su viabilidad exigiría analizar primero la realidad, exigibilidad y liquidez del crédito que esgrime el ejecutado, introduciendo así nuevos elementos a la controversia, ajenos a lo que propiamente constituyó el objeto de debate, habrá de dejarse imprevista esta excepción, sin perjuicio de que la parte pueda hacer valer su derecho en el juicio que corresponda.

De otro lado, la compensación de créditos realizada por el juzgador de instancia, en cuanto a la pensión alimenticia de los hijos, supone una compensación de créditos que, además de no cumplir las exigencias de los artículos 1195 y siguientes del Código Civil, pues los acreedores del derecho serían los hijos y los deudores los padres, viene expresamente prohibida por los artículos 151 y 1200 del mismo texto legal. En consecuencia, procede, estimar el recurso interpuesto, y revocar la sentencia apelada, ordenando seguir adelante la ejecución despachada.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Denegación del despacho de ejecución cuando se reclama el pago de la pensión de un mes y se solicita diez días después de los 5 primeros días del mes previstos para el pago, puesto que siendo de aplicación el artículo 548 de la LEC, hay que esperar 20 días desde el incumplimiento para instar la ejecución.

AP SORIA, SEC. 1.ª, AUTO DE 18 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael María Carnicero Jiménez de Azcarate

Doña Irene formuló demanda ejecutiva el 15 de noviembre de 2006 contra don José María.

Fundamentó la acción en que por Sentencia 266/99, de Separación judicial, se acordó el pago de una

pensión por desequilibrio a favor de la esposa de 1.652,78 euros mensuales, pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes. La demandante sostuvo su pretensión sobre la base de que el demandado no ha satisfecho el pago completo correspondiente a la mensualidad de noviembre del año en curso, siendo la presente demanda la tercera que se ha presentado contra el Sr. José María.

El Juzgado dictó resolución acordando incoar el correspondiente proceso de ejecución y denegar el despacho de ejecución, puesto que consideró abusivo instar la demanda de ejecución tan sólo diez días después de transcurridos los cinco primeros días del mes en que debe hacerse el pago.

Contra esta resolución se alza el demandante interesando la revocación del auto y que se despache la ejecución interesada.

El artículo 548 LEC establece que «el Tribunal no despachará ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales o de convenios aprobados judicialmente dentro de los veinte días posteriores a aquél en que la resolución de condena o aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado». La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece un plazo de cortesía sin antecedentes en la derogada LEC. El artículo 548 LEC, contiene por lo tanto un plazo de espera de veinte días, para facilitar el cumplimiento voluntario por parte del condenado, que, en los casos de ejecución de títulos judiciales, no necesita ser requerido de pago. Ahora bien, el plazo de espera se fija para el despacho de ejecución y no para la interposición de la demanda ejecutiva que podrá

plantearse inmediatamente, tal y como sucede en este caso. Es cierto que el Tribunal debe controlar la existencia de los requisitos para despachar ejecución (entre ellos el plazo de espera) –artículo 551 LEC–. Por lo tanto, según el tenor literal del artículo 548, el Tribunal no despachará ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales o de convenios aprobados judicialmente dentro de los 20 días posteriores a aquel en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado. Por su parte según los artículos 551 y 552 del mismo texto legal, el Tribunal debe denegar el despacho de la ejecución cuando no se cumplan los presupuestos o requisitos procesales.

En nuestro caso, y dado que el ejecutante presentó la demanda antes del plazo legalmente establecido para el despacho de ejecución, la denegación del despacho de ejecución se atemperó de forma escrupulosa al tenor literal de los artículos citados. En conclusión, consideramos que el auto dictado por el Juzgado es conforme a lo establecido en la LEC, al haber acordado incoar el correspondiente proceso de ejecución y haber denegado el despacho de ejecución, si bien el Juzgado pudo aclarar que denegaba el despacho de ejecución en tanto no transcurriera el plazo de cortesía referido. Por ello, debemos aclarar que simplemente deberá esperarse a que transcurra el plazo que resta –de hecho ya ha pasado– a tenor del artículo 548 LEC, para despachar ejecución, y no será necesaria la interposición de una nueva demanda de ejecución.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La alegación de que no tiene que pagar la pensión alimenticia porque el hijo es independiente económicamente no puede ser atendida en fase de ejecución.

AP CIUDAD REAL, SEC. 2.ª, AUTO DE 23 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo

Cuando como en este caso el ejecutado, lo que en realidad alega es que no está obligado a pagar la pensión de alimentos a uno de sus hijos por ser independiente desde todos los puntos de vista (laboral y familiar), claramente nos situamos a extramuros del citado precepto. Se podría alegar llegados a este extremo, que en la oposición se ha formulado la falta de legitimación de la ejecutante,

al ostentar según dice el ejecutado la legitimidad para reclamar alimentos el hijo que es mayor de edad. A ello es preciso responder que en el presente caso, nos encontramos ante un proceso de «ejecución de títulos judiciales» no, ante un proceso de reclamación de alimentos, que dicho título judicial, lo constituye una Sentencia firme de Separación, en la que, aprobándose el Convenio Regulator, el

ejecutado viene obligado a pagar en concepto de pensión de alimentos a favor de sus dos hijos la cantidad total de 726 euros, cantidad que será «administrada por la madre», y que por lo tanto como

depositaria y administradora de un crédito a favor de sus hijos ostenta toda la legitimación y desde todos los puntos de vista para acudir a los tribunales en petición de que dicha obligación se cumpla.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No puede el juzgado aplicar de oficio el plazo de prescripción quinquenal del artículo 1966 del CC. Habiéndose pactado la actualización de la pensión compensatoria conforme al IPC no cabe cuestionarla con el argumento de que las pensiones no se actualizan en Suiza conforme a dicho índice.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg

A los efectos resolutorios de la presente controversia hemos de partir de la base que lo que se postula en el presente procedimiento son los atrasos que se reclaman en el procedimiento de separación matrimonial, concretamente desde la fecha de la sentencia de separación de 14 de mayo de 1998 hasta la sentencia de divorcio de 24 de octubre de 2000, por lo que no existe la postulada excepción de litispendencia, pues por mor de providencias de 18 de octubre de 2004 y 6 de octubre de 2005, así se acordó en la ejecutoria 799/2004 dimanante de los autos de divorcio.

Pues bien, en cuanto a la reclamación de atrasos por falta de actualización de la pensión compensatoria con base en el IPC, dicha actualización se pactó expresamente por las partes en el convenio regulador aprobado por la sentencia de separación, por lo que la misma no cabe cuestionarla con el argumento de que las pensiones no se actualizan en Suiza conforme a dicho índice. La decisión de la juzgadora *a quo* negando dicha reclamación no es de recibo, en cuanto la fundó en la aplicación de oficio del plazo de prescripción quinquenal del artículo 1966

del CC, cuando es sabido que la prescripción para poder ser apreciada debe ser alegada por la parte que se considere beneficiada de la misma, sin que en el escrito de oposición a la demanda ejecutiva nada se ha hecho constar al respecto.

No obstante lo cual lleva razón la parte apelante en que la actualización está mal hecha, pues si la sentencia de separación es de 14 de mayo de 1998, la primera actualización procede en el mes de junio de 1999, en que aplicando el IPC supondría una renta de 829,22 euros, es decir 17,85 euros más al mes, por lo que multiplicando por 12 meses supone la suma de 214,2 euros de atrasos. La siguiente revisión procede en junio de 2000, en que, conforme a dicho índice, la pensión se elevaría a la suma de 857,41 euros, que por cinco meses de junio de 2000 a octubre de 2000 incluidos, pues la sentencia de divorcio es 24 de octubre de 2000 suponen 230 euros, resultantes de multiplicar 46,04 euros de incremento por cinco meses, lo que arroja la suma de 230,2 euros. Por todo ello, la suma final por atrasos de actualizaciones asciende a la cantidad de 444,4 euros y no la que se postula en la demanda ejecutiva.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Procede acceder a la petición de la actora de incluir en el activo ganancial el crédito que ostenta la sociedad conyugal frente al esposo por las rentas percibidas por el alquiler de la nave industrial.

AP PONTEVEDRA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Juan Gutiérrez Rodríguez-Moldes

Volviendo al primer motivo y reconocida la naturaleza ganancial de la nave industrial así como su

ocupación por Zico España SL, es también cierto que esta sociedad viene pagando al Sr. Enrique

una renta mensual por ese uso, por más que se haya disfrazado como cesión sólo del terreno.

Como renta producida por un bien ganancial las rentas son también un bien ganancial como expresamente dispone el artículo 1347.2.º CC, al igual que para los frutos e intereses.

Ha sido probado que ese arrendamiento fue concertado exclusivamente por el Sr. Enrique en su doble condición de administrador por un lado de la sociedad de gananciales propietaria de la nave y por otro de Zico España SL.

En consecuencia procede acceder a la petición de la actora de incluir en el activo ganancial, tal

como solicita, el crédito que ostenta la sociedad conyugal frente al Sr. Enrique por las rentas percibidas por el alquiler de la nave industrial, de las que la mitad corresponderán a la esposa.

Y esta renta no puede ser otra que la que consta documentalente probada de 901'52 euros, con independencia de que se considere insuficiente y desproporcionada, pues no se ha acreditado la realidad de ninguna otra y mucho menos su percepción por el demandado a cuenta de la sociedad conyugal, que es lo que ahora se trata de determinar. Las restantes hipótesis corresponden a un problema de administración que en su caso habrá de resolverse en otro juicio.

REGÍMENES ECONÓMICOS

A pesar de que existió una previa separación de hecho, se acuerda que la disolución de la sociedad de gananciales se produjo con la sentencia de separación, ya que si en lo personal estuvieron separados de hecho, en lo patrimonial existió una actividad económica común.

AP PONTEVEDRA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Juan Gutiérrez Rodríguez-Moldes

Punto común de gran parte de las alegaciones es la fijación del momento de la disolución de la sociedad de gananciales, pues consta por un lado la fecha formal de la separación acordada por sentencia de 12 de noviembre de 2001 y por otro la muy anterior separación de hecho libremente consentida que se fija en el año 1985. Cada una de las partes defiende una tesis en función de sus particulares intereses y en base al artículo 1392.3.º CC y jurisprudencia que lo desarrolla.

La sentencia apelada acoge la remisión a la separación de hecho, en base a la conocida doctrina del TS por la que «la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social, y que rota la convivencia conyugal, no cabe que se reclamen, por un cónyuge, derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforme uno de los requisitos del abuso del derecho, al ejercitar una aparente derecho más allá

de sus límites éticos», como expone la sentencia de 24 de abril de 1999, citando otras anteriores de 23 de diciembre de 1992 y 27 de enero de 1998.

Sin embargo, esta doctrina exige una matización como la que hace el mismo TS en su posterior sentencia de 26 de abril de 2000 que explica que «aun cuando alguna de las sentencias citadas haya considerado disuelta la sociedad de gananciales por la separación de hecho durante un tiempo aproximado al del caso ahora examinado, y aun cuando la separación de hecho seguida de la formación de otra unidad familiar, extramatrimonial, por uno de los cónyuges separados sea precisamente una de las situaciones que esta Sala ha considerado como de efectiva conclusión de la sociedad de gananciales sin previa separación judicialmente acordada, no debe olvidarse que la aplicabilidad de la mencionada doctrina jurisprudencial, correctora de la literalidad del núm. 3 del artículo 1392 CC, requiere, como elemento indispensable, de una inequívoca voluntad de poner fin, con la separación de hecho, al régimen económico matrimonial».

Esta voluntad inequívoca de poner fin al régimen económico es precisamente lo que no se aprecia en el matrimonio litigante que vino a compaginar por un lado, en lo personal una separación total con vidas

independientes y en lo patrimonial el mantenimiento de una actividad económica en común expresada en operaciones de compraventa y de construcción que continuaron durante los años 80 y 90.

En este punto y con base en esta jurisprudencia se estima el recurso de la esposa y se modifica el fundamento segundo de la sentencia, con efectos sobre varios de los motivos de apelación.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No procede dejar sin efecto lo acordado en la liquidación de la sociedad de gananciales puesto que el esposo no ha acreditado que en aquel momento las alteraciones psíquicas que alega le ocasionaran la falta de conciencia de la trascendencia procesal de sus actos.

AP A CORUÑA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Ángel Rodríguez Cardama

Alega el recurrente que sus alteraciones psíquicas, que dieron lugar a tratamiento psiquiátrico, ocasionaron la falta de conciencia de la trascendencia procesal de sus actos.

Se quiere dar a entender que el actor, no incapacitado, no estaba en condiciones de prestar un consentimiento válido, por carecer del pleno dominio de sus facultades intelectivas, pero esto no se ha acreditado debidamente, constando tan sólo, en la documental aportada, que en enero de 2000, es decir, bastante tiempo después de la liquidación de los gananciales, acudió por primera vez a la Unidad de Salud Mental del Complejo Hospitalario Juan Canalejo, remitido por su médico de cabecera a consejo de su Abogado, para valoración especializada debido a problemas legales relativos al derecho de visitas a su hija, después de su separación matrimonial, resistiéndose a ser evaluado y diagnosticándose, en definitiva, que presentaba rasgos de personalidad de tipo impulsivo, con dificultades para controlarse en situaciones de estrés, lo que no implica, desde luego, que estuviese privado de sus facultades superiores, intelectivas y volitivas, en grado suficiente para desconocer el alcance de sus actos.

Se aduce, también, que el actor estuvo desprovisto de Procurador durante algún tiempo y al no asistir este profesional a la junta para inventario y

avalúo de los bienes gananciales, no estuvo representado en ella.

Consta que asistió a dicha junta el actor, acompañado del Letrado Sr. Fernández Piñeiro, y que por esa parte se aceptaron las valoraciones de bienes hechas por la contraria, excepto la partida quinta del pasivo (deudas por pensiones alimenticia y compensatoria).

Pues bien, si compareció el propio interesado y un Letrado, que, como es de suponer, defendía sus derechos, no se alcanza a comprender qué importancia tendría que no lo hubiese hecho un Procurador, que, además, poco podría hacer en una diligencia de tal clase. Conforme al artículo 1065.1.ª de la LEC, Texto de 1881, vigente entonces, debían ser citados para la formación del inventario, los herederos, en este caso, los cónyuges, o sus legítimos representantes, y es claro que así sucedió, pues ha de entenderse, como se dijo, que el Letrado interviniente defendía los intereses de la parte por él asistida, también presente.

En la referida junta, por la parte ahora recurrente se aceptaron, como se expuso, las valoraciones de bienes hechas por la contraria (incluida la de la vivienda familiar que se impugna), y las partidas del activo y del pasivo, salvo la quinta de éste, sin que conste, como ya se manifestó, la existencia de vicio que pudiese invalidar la prestación de ese consentimiento.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Una indemnización obtenida por declaración de invalidez permanente absoluta se concibe como rendimiento del trabajo, y tiene un carácter económico que no puede identificarse con el derecho personalísimo a trabajar, ni con los bienes inherentes a su persona, por lo que tiene naturaleza ganancial.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Guillermo Sacristán Represa

Las restantes indemnizaciones tienen un mismo origen: accidente de circulación sufrido el 20 de marzo de 1999, que dio lugar a que fuera declarada su incapacidad permanente absoluta, con fecha 14 de noviembre de 2000, como recoge la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Oviedo, de fecha 25 de julio de 2001. Ello dio lugar al cobro de dos cantidades: una de 5.000.000 de pesetas, de la aseguradora Azur, y la otra, del mismo importe, percibida de la aseguradora Axa por la misma declaración (según consta en finiquito firmado por el beneficiario en fecha 3 de mayo de 2001). Pues bien, como se acaba de decir, las indemnizaciones derivadas de la declaración de una invalidez permanente absoluta para el trabajo ofre-

cen mayores dudas. Las Audiencias Provinciales no se han pronunciado en una sola dirección, sobre todo atendiendo a los aspectos particulares que cada supuesto puede presentar. Ahora bien, la STS de 25 de marzo de 1988, en relación con una indemnización obtenida por declaración de invalidez permanente absoluta, señalaba que se concibe como rendimiento o producto, al menos indirecto, del trabajo, y tiene un carácter económico que no puede identificarse con el derecho personalísimo a trabajar, ni con los bienes inherentes a su persona, por lo que se presenta con naturaleza ganancial. Por ello, habrá de llevarse al activo el remanente que exista en el momento de la disolución, de existir alguno debidamente acreditado.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La indemnización percibida de una aseguradora a consecuencia de un accidente de circulación sufrido por el esposo tiene naturaleza privativa.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Guillermo Sacristán Represa

La cantidad de 9.384'04 euros que el Sra. María Luisa percibió de la aseguradora MAPFRE-Caja Salud entre el 21 de marzo de 1999 y el 20 de marzo de 2000 (folio 12), y como consecuencia de un accidente de tráfico, es considerada por la resolución excluida del pasivo, por venir a «compensar el importe de los salarios que ha dejado de percibir por estar de baja temporal», teniendo en consecuencia dimensión de ganancialidad. La parte apelante entiende que dichas cantidades fueron cobradas por doña Virginia y gastadas por ella sin consentimiento de su entonces esposo, así como que, de acuerdo con el apartado 6.º del artículo 1346 del Código Civil, su dimensión es estrictamente privativa del Sra. María Luisa.

Enuncia dicho precepto como bien privativo, en su apartado 6.º «el resarcimiento de daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o de sus bienes privativos». Pues bien, un accidente de circulación supone un evidente daño sufrido por la persona que lo padece, en el presente caso el cónyuge indemnizado. Así lo ha reconocido el TS en resoluciones como la de 29 de mayo de 2001, y este criterio ha sido seguido por numerosas Audiencias Provinciales como Orense (12 de mayo de 2005), Burgos (12 de junio de 2003 y 31 de enero de 2005), Toledo (12 de septiembre de 2002), y Madrid (5 de abril de 2001 y 18 de marzo de 2002). Debe señalarse que no se trata de otro tipo de indemnizaciones, que pueden plantear mayores dudas, como por

ejemplo la derivada de la declaración de una invalidez permanente absoluta para el trabajo, o las que puedan provenir de una relación directa del cónyuge con su actividad laboral y que pudiera asimilarse a las rentas del trabajo propiamente dichas, a que

se refiere el artículo 1347.1.º En consecuencia, debe estimarse el recurso para declarar que la indemnización percibida de la aseguradora MAPFRE a consecuencia de un accidente de circulación sufrido por don Abelardo tiene naturaleza privativa.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Ha de estimarse que la disolución de la sociedad conyugal tuvo lugar en junio de 1997, en que se produjo la separación de hecho y el cese definitivo de la convivencia conyugal, teniendo desde entonces los cónyuges economías separadas.

AP LA RIOJA, SEG. 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Araujo García

Pretende el impugnante que, dictada la sentencia de separación en fecha 25 de enero de 1999, la extinción de la sociedad de gananciales se produce desde esa fecha, conforme a los artículos 1435 y 1392.3 del Código Civil, continuando, a pesar de la separación de hecho, la sociedad de gananciales hasta su extinción, según el artículo 95 del mismo Código, por lo que, según el impugnante, a la fecha de la disolución o extinción del régimen ganancial, sólo existían como bienes gananciales, la vivienda, con su ajuar, el trastero y el garaje y el vehículo.

No se discute que la separación de hecho se produjo en junio de 1997, sin reanudación de la convivencia, y no puede obviarse que la jurisprudencia ha flexibilizado la rigurosa interpretación literal que surgía del artículo 1392.3.º del Código Civil que declara que la sociedad de gananciales concluye de pleno derecho cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges (SSTS de 26 de abril de 2000, 24 de abril de 1999, 27 de enero de 1998 y 23 de diciembre de 1992), llegando a decir que en algunos supuestos la disolución de la sociedad conyugal se produce con la separación de hecho, y para ello es necesario la concurrencia de una serie de presupuestos como son la inequívoca voluntad de poner fin a la misma con tal conducta y que se dé un largo período previo de separación

en el que haya habido una absoluta independencia económica en la relación interna entre los cónyuges. La STS de 26 de abril de 2000, señala que se ha «considerado disuelta la sociedad de gananciales por la separación de hecho durante un tiempo aproximado al del caso ahora examinado, y aún cuando la separación de hecho seguida de la formación de otra unidad familiar extramatrimonial por uno de los cónyuges separados sea precisamente una de las situaciones que esta Sala ha considerado como de efectiva conclusión de la sociedad de gananciales sin previa separación judicialmente acordada, no debe olvidarse que la aplicabilidad de la mencionada doctrina jurisprudencial, correctora de la literalidad del número 3.º del artículo 1392 del Código Civil, requiere, como elemento indispensable, de una inequívoca voluntad de poner fin, con la separación de hecho, al régimen económico matrimonial».

Conforme a lo expuesto, ha de estimarse que la disolución de la sociedad conyugal, como establece la sentencia de instancia, se produjo en junio de 1997, en que se produjo la separación de hecho, el cese definitivo de la convivencia conyugal, teniendo desde entonces los cónyuges economías separadas, desestimando, en suma, la impugnación formulada.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No se incluye en el activo de la sociedad la cantidad que la esposa extrajo de la cuenta bancaria al quedar acreditado que se dedicó a atender los gastos odontológicos.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Fuentes Candelas

En cuanto al dinero dispuesto por la esposa, estamos conformes con la decisión de primera instancia, no obstante que la suma de las cantidades que abonó al dentista sea por una cifra inferior a la tenida en cuenta en la sentencia, y que los trabajos profesionales y los pagos fueran posteriores a la transferencia ordenada por aquélla, pues está claro que se trató de necesidades odontológicas reales que generaron unos gastos que hubieron de ser atendidos con el dinero obtenido anticipadamente;

y en cuanto al resto, el régimen de gananciales estaba vigente y no se había producido la ruptura, remitiéndonos a lo razonado en la sentencia. Lo que ya resulta inadmisiblemente procesalmente es el intento de introducir la cuestión nueva referida al saldo de la cuenta de destino de la transferencia, pretendiéndolo como ganancial, lo que provocaría indefensión a la parte contraria al impedirle poder rebatir y probar con garantías el carácter privativo de la misma o de todo o parte de su saldo.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No es necesario el consentimiento de la madre biológica para la adopción, sino que debe ser simplemente oída, al estar incurso en causa de privación de la patria potestad por incumplimiento reiterado de sus deberes materno-filiales: se declaró el desamparo de la menor 3 días después de su nacimiento, al haber firmado antes del parto un consentimiento para darla en adopción; tampoco ha cumplido las visitas, sin que pueda ser excusa no tener medios económicos, pues ni solicitó ayuda a los Servicios Sociales para ello. Tampoco se ha opuesto nunca a las resoluciones administrativas de desamparo y acogimiento preadoptivo.

AP MURCIA, SEC. 1ª, SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Álvaro Castaño Penalva

El Juzgado de instancia citado dictó con fecha 13 de febrero de 2006 en los autos principales de los que dimana el presente Rollo, la sentencia cuya parte dispositiva, transcrita en lo que interesa, dice así: «FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda origen de este proceso, siendo suficiente pues con que doña Andrea, madre biológica de la menor Ana, sea oída en el expediente de adopción de ésta. Sin especial imposición de costas.»

Se promueve el presente juicio contradictorio a que alude el último inciso del artículo 177.2.2.º

del Código Civil a fin de que se declare que doña Andrea debe ser simplemente oída en el expediente de adopción de su hija Erica con familia ajena, promovido por la Dirección General de Familia y Servicios Sectoriales de la Consejería de Trabajo y Política Social de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

La resolución apelada desestima la demanda y declara que aquélla debe ser simplemente oída, apoyándose en la prueba practicada, que revela cómo la madre ha incumplido de forma reiterada

sus deberes paterno-filiales. Concretamente razona que tres días después de su nacimiento (24 de octubre de 2003) se declaró en situación legal de desamparo, acuerdo de la Entidad Pública que no fue recurrido; que se le fijaron unas visitas que sólo cumplió en una ocasión; que carece de vivienda adecuada, vive de la mendicidad y se dedica a beber; ha abortado en tres ocasiones; no controló correctamente el embarazo de Erica, firmando incluso antes del parto un consentimiento para la adopción y el día del alumbramiento otro, no ratificando el tercero; que tampoco impugnó la decisión de la Entidad de dar en acogimiento preadoptivo a la niña; nunca ha colaborado con los Servicios Sociales, no reconociendo la situación de desprotección y finalmente, culpabilizando a los terceros de lo que le ocurre.

Contra la anterior decisión interpone la Sra. Erica recurso de apelación en el que se denuncia error en la apreciación de la prueba. De un lado, por las irregularidades que la propia sentencia apelada expone sobre la actuación de la Entidad Pública al recabar el mismo día del parto el consentimiento de la madre autorizando la adopción; de otro, sobre su pasividad a la hora de impugnar las resoluciones administrativas, que no es tal porque siempre mostró su disconformidad con las medidas de intervención, ello unido a sus notables dificultades para comunicarse, tanto por su pobre conocimiento del idioma español (como lo evidencia la diligencia judicial en que manifestó que no debía prestar el asentimiento a la adopción, en la que en realidad quería decir que se oponía a ella) como por su situación económica precaria (que ha impedido al Juzgado y a su Defensa contactar con ella); finalmente, el incumplimiento del régimen de visitas no es aquí relevante al no haber acreditado la Entidad la inexistencia de razones que pudieran haberle hecho imposible acudir, hasta el punto de que ni siquiera se le pudo citar para el juicio, careciendo de medios para desplazarse desde Mula, lugar de su residencia, al Hogar Infantil de Cartagena, donde estaba internado el bebé. Apunta también que la propia sentencia reconoce que ni el alcoholismo ni la toxicomanía están acreditados, que la falta de recursos económicos y de vivienda no pueden ser aquí relevantes, y que el incumplimiento puntual del régimen de visitas no es suficiente para privarle de la patria potestad.

Centrado el debate en los expuestos términos, lo primero que debe resaltarse, como argumenta la resolución apelada, es que el presente juicio tiene por objeto simplemente determinar si los padres biológicos han de prestar el asentimiento a la adopción de sus hijos o por el contrario basta con que sean simplemente oídos, cuestión que debe discernirse, cuando no obra sentencia firme que le haya privado de la patria potestad, en el juicio contradictorio regulado en el artículo 781 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme ordena el artículo 177.2.2º del Código civil, debiendo decidirse la controversia atendiendo a si los padres pudieran estar incurso en causa de privación de la patria potestad.

La falta de interés de la recurrente por cumplir con las obligaciones inherentes a la patria potestad es patente. Las dificultades de comunicación por razón del idioma no constan acreditadas y, desde luego, no se deduce de la diligencia no prestando su asentimiento a la adopción, que revela claramente que entendía lo que se le preguntaba y que se oponía a ella; y en cuanto a la carencia de medios pecuniarios para desplazarse al Hogar Infantil de Cartagena, debe destacarse que ni siquiera solicitó ayuda económica de la Entidad Pública o de los Servicios Sociales, lo que permite concluir que no tenía un verdadero deseo de relacionarse y recuperar a su hija, incumbiendo a la madre, por el principio de disponibilidad de los hechos y las pruebas (artículo 217.6 de la LEC) demostrar las razones que imposibilitaron el cumplimiento del régimen de visitas que, por lo demás, no fue puntual (sólo se presentó en una ocasión). Además, dicha apatía viene confirmada por su deseo inicial de desprenderse de su hija ya durante el embarazo, y luego al abstenerse de impugnar las decisiones administrativas, no basando con una ambigua y simple disconformidad, que tampoco ha quedado evidenciada.

Ésas son las razones de las que se colige que la demandante no cumplió con las obligaciones inherentes a la patria potestad, y no el alcoholismo, la falta de recursos económicos y de vivienda que se citan también en el recurso.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

El perjuicio que conlleva para los nietos el establecimiento de la medida interesada por la apelante es patente, pues aquéllos están ya actualmente en situación de acogimiento preadoptivo, con el que se pretende su integración en una nueva familia y entorno social y geográfico, lo que unido a su corta edad, 4 y 3 años, convierte en insoslayable la total ruptura con la familia de origen.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Álvaro Castaño Penalva

Se deniega en la instancia la impugnación que hace la actora, abuela materna de los menores Félix y Jesús, del acuerdo de la Entidad Pública por el que cesaba el acogimiento inicialmente acordado con los abuelos paternos y se suspendían las visitas entre la citada abuela y el menor. La primera denegación se fundamenta en que la demandante carece de legitimación para plantear esa impugnación, que compete a los abuelos paternos; y la segunda, en que, habiendo optado la Administración por integrar al menor en familia ajena mediante acogimiento preadoptivo, es conveniente para éste el cese de las relaciones con la familia biológica, apuntando que la demandante no está capacitada para hacerse cargo de sus nietos, pues su propia hija hubo de ser objeto de medidas de protección, habiendo fracasado todo programa de intervención desplegado por los Servicios Sociales con la familia de origen.

Se interpone ahora recurso de apelación por la misma abuela en que se expone, en lo que aquí interesa, que el estado de abandono del que venían siendo objeto los pequeños por parte de sus padres debe valorarse atendiendo al ambiente eminentemente rural en que aquéllos se desenvolvían; que la razón de suprimir las visitas no es otra, según informaron en el juicio los técnicos de la Entidad, que evitar que los niños llorasen en el momento de despedirse de la abuela, situación que les crearía un conflicto interno; y finalmente, discrepa igualmente de que a los menores haya que adoctrinarlos mediante un cuento para que se preparen para

entrar en la esfera de afecto de su nueva familia y rechacen la propia, técnica que expuso otro profesional de dicho equipo técnico.

En opinión de esta Sala el recurso no puede prosperar. Sin dejar de reconocer la difícil inteligencia de los motivos de apelación antes sintetizados, lo determinante de su rechazo es que no se ha alegado ni probado por la parte actora, a quien incumbía la carga procesal, que el restablecimiento del régimen de visitas sea positivo para los menores. No se ha dado ni un solo argumento en tal sentido. En este caso, además, la cabal y justificada decisión del Servicio de Protección de Menores de dar a los menores a familia ajena aconseja romper todos los vínculos con la familia biológica. Como ya dijo esta misma Sala a propósito de los citados menores, en sentencia de 16 de octubre último que resolvía la reclamación de visitas por parte del padre y los abuelos paternos, el perjuicio que conlleva para los nietos el establecimiento de la medida interesada por la apelante es patente, pues aquéllos están ya actualmente en situación de acogimiento preadoptivo, aprobado judicialmente por auto de 17 de abril de 2006, con el que se pretende su integración en una nueva familia y entorno social y geográfico, lo que unido a su corta edad, 4 y 3 años, convierte en insoslayable la total ruptura con la familia de origen, cuyos contactos, como razona la resolución apelada, no harían sino perturbar ese proceso, perjudicando gravemente su desarrollo y equilibrio psíquico y emocional.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La aparición de la figura del padre en estos momentos, no puede llevarnos a sustituir de forma absoluta a la familia acogedora, en la que la menor está bien aceptada e integrada, por la persona del padre, que de momento es un extraño a quien prácticamente no conoce y a cuyos hábitos y costumbres ha de irse acomodando y adaptando progresivamente, por lo que procede dejar sin efecto el acogimiento permanente y transformarlo en simple, con fijación de visitas a favor del padre.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña María Nuria Zamora Pérez

La sentencia de instancia en el fundamento de derecho segundo considera que don Jesús, padre biológico de la menor Margarita, se halla incurso en causa de privación de la patria potestad y en consecuencia desestima la oposición que éste formula frente al acogimiento familiar permanente que, como medida de protección de la menor propone la Consejería de Bienestar Social del Principado de Asturias, negando al progenitor derecho a mantener visitas con ésta.

Recurrida la sentencia por don Jesús, el Ministerio Fiscal se adhirió al recurso en el sentido de solicitar que se sustituyera el acogimiento familiar permanente por un acogimiento familiar simple, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre biológico, términos a los que el apelante, en el acto de la vista, reconduce las pretensiones de su apelación, considerando que quizás en estos momentos no es oportuno el concederle a él la guarda y custodia de la menor, siendo preferible el establecer previamente un régimen de visitas que permita el mutuo conocimiento y adaptación.

La resolución de los recursos planteados exige un previo examen de las circunstancias concurrentes en el caso de autos. El apelante, hacia 1995 mantuvo una convivencia estable con doña Mari Luz, fruto de la cual fue el nacimiento, el 6 de junio de 1996, de Margarita. Cuando la niña contaba unos ocho meses se produjo la ruptura de la convivencia de sus progenitores, momento a partir del cual el apelante dejó de mantener relación con la menor, a pesar de haber intentado continuarla como lo demuestra la denuncia presentada en la comandancia de la Guardia Civil de Villaviciosa, el 8 de septiembre de 1997.

En abril del año 2001, al llegar a conocimiento de la Consejería que la menor, durante el tiempo que la madre estaba trabajando, quedaba al cuidado de terceras personas que no le prestaban las atenciones que precisaba por su edad, dicta resolución

el 16 de abril acordando, la incoación de expediente de protección al menor, al que se opuso la madre.

El 3 de febrero de 2004 tiene lugar la comparecencia de doña Mari Luz, en los servicios sociales de Villaviciosa, proponiendo el acogimiento familiar simple de la menor, haciéndose cargo de ésta, la familia acogedora, los fines de semana, festivos y período vacacional, que la madre no pueda permanecer con ella, medida que bajo la modalidad de «acogimiento familiar simple» fue aprobada por la Consejería de Bienestar Social en resolución de 19 de mayo de 2005.

En resolución de 7 de julio de 2005 la Consejería acuerda sustituir el acogimiento familiar simple por el acogimiento familiar permanente, proveyendo que la madre pueda visitar a la menor siempre que lo desee, en tanto que nada se dice respecto del padre «por encontrarse en paradero desconocido». La madre de la menor fallece el 12 de septiembre de 2005, lo que indujo a la Consejería a solicitar la autorización judicial para adoptar la medida de acogimiento familiar permanente, procedimiento en el que comparece el padre oponiéndose a esa medida, en el sentido de solicitar que se le atribuya a él la guarda y custodia de la niña, pretensión que como se apuntó anteriormente matiza en el acto de la vista de apelación.

Asumidas por la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias [artículo 10.1.p) del Estatuto de 30 de diciembre de 1981, actualmente apartado 25 de dicho artículo] competencias en materia de «asistencia y bienestar social, incluida la política juvenil», para la efectividad de esas competencias ha aprobado una serie de normas en las que prevé medidas a través de las cuales materializar, en su territorio, la protección de los menores, considerados como sujetos sociales, titulares de derechos subjetivos, con independencia del ámbito familiar en el que normalmente desarrollan su vida. Medidas que persiguen, en todo caso, el superior interés del menor, dentro del marco de los derechos recono-

cidos en la Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 y ratificada el 30 de noviembre de 1990.

En principio el núcleo familiar biológico, será el marco idóneo y normal en el que el menor consiga un pleno desarrollo físico y la estabilidad psíquica y emocional que es de desear. De no ser así se producirá la intervención de los organismos públicos, en un primer momento con la finalidad de prestar la ayuda y colaboración necesaria a la familia biológica, siendo éste el primer recurso que contempla el artículo 18 de la Ley de 27 de enero de 1995, de Protección del Menor. En el caso de que esa medida se revele insuficiente, deberá acudir a otros mecanismos complementarios o en su caso supletorios de aquélla, dentro de los cuales se halla el acogimiento del menor bien en un centro específico, o en el seno de otra familia, medida que por la relación personal y afectiva que lleva insita se revela como preferible frente al acogimiento en un centro, que debe verse con carácter meramente temporal, en espera de una familia de acogida. Dentro del acogimiento, el artículo 1 del Reglamento 46/2000, de 1 de junio, sobre Acogimiento familiar y Adopción de Menores en su artículo primero, al igual que el artículo 173 bis del Código Civil, prevé tres modalidades, 1) el acogimiento familiar simple; 2) el acogimiento familiar permanente y 3) el acogimiento familiar preadoptivo, medidas cuya asunción dependerá de las concretas circunstancias personales y familiares del menor y de las posibilidades que existan de reintegrarlo al seno de la familia biológica.

Los distintos avatares familiares por los que ha pasado la vida de la menor, Margarita, aconsejaron el acogimiento familiar simple, y ello fundamentalmente por el carácter monoparental de la familia, integrada únicamente por la madre, quien al carecer de otros familiares no contaba con la colaboración que éstos prestan. A ello se unía la escasa disponibilidad de tiempo de la progenitora quien trabajaba por cuenta ajena, lo que unido a sus insuficientes recursos económicos le impedía contratar a una tercera persona para la atención de la menor. A pesar de todas esas circunstancias, las relaciones afectivas entre madre e hija eran cordiales y fluidas, hasta el punto de que la madre nunca quiso renunciar a la convivencia con la menor, lo que aconsejó que la medida de acogimiento fuera con carácter simple y orientada a que si en el futuro era posible se reanudase la convivencia permanente con la progenitora.

En esas circunstancias a comienzos del año 2005 se produce un desequilibrio de la madre, como consecuencia del consumo abusivo de bebidas alcohólicas, llegando a plantearse la Consejería

la adopción de la medida de acogimiento permanente. En ese estado de cosas fallece la madre, produciéndose la aparición del padre biológico frente a quien la Consejería adopta una postura defensiva negándole cualquier contacto, visita o relación con la menor, imputándole una total dejación de las funciones inherentes a la patria potestad. Postura que si bien en el acto de la vista de apelación, se ve obligada a matizar, dado el resultado de la prueba pericial psicossocial, sigue manteniendo cierta reticencia a que se establezca un régimen de visitas continuo y en su caso progresivo a la vista de como vaya evolucionando la relación entre ambos.

De las pruebas practicadas en autos no cabe afirmar, al menos no en los términos tajantes que lo hace la Consejería, un abandono voluntario por parte del padre de los deberes inherentes a la patria potestad. Es cierto que a raíz de la ruptura de la convivencia con doña Mari Luz no volvió a ver a su hija, pero ello fue debido en parte a la oposición de la madre que no se la dejaba, a los cambios de domicilio de ésta y la menor, que le impidió saber dónde vivían, la juventud del apelante, tenía veintitrés años cuando se rompe la convivencia, lo limitado de los medios económicos de que disponía, y la escasez de iniciativas. A ello debemos añadir cierta pasividad por parte de la Consejería en la averiguación del domicilio del padre. Cuando tuvo que efectuarle alguna notificación lo hizo por edictos, omitiendo cualquiera otra diligencia que le permitiera conocer su residencia. Paradójicamente el domicilio del apelante se conoce en este proceso y se persona en los autos.

La aparición del padre biológico mostrando un claro deseo de reanudar las relaciones con su hija, supone un cambio importante en la situación preexistente. El padre se trata de una persona normal, con un trabajo estable y con una vida estructurada, carece de antecedentes penales y su salud es buena, existiendo una posibilidad de que la menor, con el transcurso del tiempo y manteniendo un contacto periódico y continuado con el padre, llegue a crear lazos afectivos que le permitan convivir con su progenitor. En esa línea abunda el informe psicossocial emitido en esta alzada en el que se apunta el deseo de la menor y la conveniencia para ésta de mantener relaciones y contactos con aquellas personas con las que le ligan vínculos sanguíneos, como es la hermana por parte de madre Leonor, con quien estuvo tres meses en el verano, e incluso en estos momentos con el padre, persona plenamente apta y capacitada para desempeñar ese papel, relaciones que permitirán a la menor el evitar la sensación de abandono, de desafectación que de otra manera podría sufrir en el futuro de impedirse esas visitas.

Todo ello nos lleva a estimar el recurso del apelante, con las matizaciones que introduce en la

vista y que en definitiva son las apuntadas por el Ministerio Fiscal en su recurso adhesivo. Y es que la aparición de la figura del padre en estos momentos, no puede llevarnos a sustituir de forma absoluta a la familia acogedora, en la que la menor está bien aceptada e integrada, por la persona del padre, que de momento es un extraño a quien prácticamente no conoce, a cuyos hábitos y costumbres ha de irse acomodando y adaptando progresivamente. En esa línea se orientan las medidas propuestas por el equipo psicosocial, procediendo el iniciar esa toma de contacto entre padre e hija, mediante un régimen de visitas de fines de semana alternos, tres horas uno de los dos días del fin de semana, bien el sábado o el domingo, en función de las posibilidades laborales del apelante, quien deberá comunicar de forma fehaciente y con suficiente antelación el día que va a ejercer su derecho. Visitas que en un primer momento, deberán hacerse en el punto de encuentro de Gijón, y bajo la presencia de un trabajador de ese centro, que controle la evolución de la visita, entendiéndose preferible que sea una tercera persona quien se halle presente y no uno de los miembros de la familia de acogida, que aunque fuera de forma involuntaria podría coartar o limitar la espontaneidad de la menor. Para la materialización de esta visita será la familia acogedora quien deberá llevar a la menor al punto de encuentro y

pasar a recogerla cuando concluya. Realizadas las visitas correspondientes a los tres primeros fines de semana deberá emitirse informe por el equipo psicosocial acerca de la evolución de las mismas y de la posibilidad de que pasen a realizarse fuera del punto de encuentro, y por un período superior al inicialmente previsto, siendo entonces el padre quien pasará a recoger y entregar a la niña en el domicilio de la familia de acogida. Además el equipo psicosocial deberá emitir informe trimestral acerca de cómo evoluciona la relación entre padre e hija, siendo dicho equipo psicosocial quien junto con el Ministerio Fiscal, según prevé el artículo 50 de la Ley de Protección del Menor, quienes deberán controlar periódicamente la evolución de esas visitas, profesionales ajenos a la Consejería, que dada su condición de parte en este proceso no parece la más indicada para informar al juzgado. Todo ello sin perjuicio de los informes que de forma periódica puedan realizar los técnicos de la Consejería en cumplimiento de sus obligaciones.

Lo anteriormente expuesto impide que se fije en estos momentos un plazo de duración de la medida de acogimiento familiar simple, debiendo aguardar a que el equipo psicosocial emita el primer informe trimestral a efectos de establecer dicho plazo, en función de cómo evolucionen las visitas.

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

Ponente: Ilmo. Sr. don Guillermo Sacristán Represa

La sentencia que se impugna decide confirmar la resolución dictada por la Consejería de Vivienda y Bienestar Social, de 7 de diciembre de 2005, que acordaba medidas de protección en relación a los hijos de doña Soledad y don Fermín.

Son motivos de su desacuerdo con la retirada de la custodia de los tres hijos menores de edad el hecho de no existir ninguna circunstancia negativa respecto de doña Soledad, que además afirma no convive con doña Soledad. Por último, las edades de los tres menores exigen la presencia de la madre y un contacto continuado con los mismos como

requisito imprescindible para el fortalecimiento de los lazos afectivos.

El origen de la resolución administrativa fue un hecho tan grave como diversos malos tratos del padre de los menores hacia uno de ellos, Ángel, nacido el 25 de enero de 2003. Dichos malos tratos fueron detectados tras su ingreso en el servicio de urgencias del Hospital San Agustín de Avilés debido a vómitos, apreciándose múltiples lesiones en su cuerpo que ratificó el informe del médico forense (folios 48 y 49), que enumeraba: «dos excoriaciones numulares en la cara», «erosiones lineales en el cue-

llo con costra», «equimosis figurada que marca el contorno de dos arcadas dentarias de 5 por 4 centímetros en el hombro derecho», «equimosis figurada que marca el contorno de una arcada dentaria de 6 por 4 centímetros», «contusión con eritema de 6 por 4 centímetros en el tercio superior de la cara posterior del antebrazo izquierdo», «excoriación numular de un centímetro de diámetro en el dorso de la mano derecha», y «hematomas numulares de entorno al centímetro de diámetro y pálida coloración oscura a nivel de región clavicular izquierda, costal izquierda, cadera izquierda, región pretibial, borde externo del pie izquierdo y espalda». En dicho informe se señala que la etiología de las mismas era compatible con la agresión, fundamentalmente las lesiones por mordedura, «impresionando las causadas por un cigarrillo encendido la lesión existente en el dorso de la mano derecha», mientras que el tamaño de la arcada dentaria «indica que pertenece a un adulto».

Una vez que se aceptó el acogimiento familiar administrativo de los tres menores, mediante resolución de 10 de agosto de 2006 por parte de los abuelos maternos, se estableció un amplio sistema de visitas, acordándose también una Medida de Intervención Técnica de Apoyo, para realizar un seguimiento de las visitas. En esta situación, la madre decide unilateralmente retirar a los tres menores de la vivienda de sus padres, llevándolos consigo y reanudando al mismo tiempo la convivencia con el padre.

Ni que decir tiene que aquellas medidas iniciales trataban de evitar la situación de riesgo nacida

de un comportamiento del padre violento frente a su compañera y frente a sus propios hijos, sometido a la ingestión de sustancias como la cocaína, y que había rechazado el programa de deshabitación. Precisamente por aquel alto nivel de riesgo para los menores, se acordó que el retorno de éstos con la madre estaba condicionado, entre otras cosas, a que la convivencia con su compañero no se reanudara. El incumplimiento manifiesto no permite otra resolución que la confirmación de la decisión adoptada en la primera instancia y la desestimación del recurso.

Los artículos 2 de la Ley de Protección del Menor (LO 1/1996, de 15 de enero) y el 6.2.b) de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias, en cuanto a la primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, exige en el presente caso que la medida adoptada se presente como la única posible e imprescindible, aun cuando haya de imponerse a la idea de procurar la integración de los menores con su familia biológica. Y ello desde el momento en que acordar lo contrario, es decir la reincorporación de los mismos con sus padres supondría mantener el riesgo de los niños a maltratos, así como a incidencias en absoluto recomendables en la etapa de formación íntegra en la que se encuentran.

En definitiva, se considera perfectamente valorada la prueba que se practicó para mantener las medidas recogidas en la resolución administrativa impugnada.

FILIACIÓN

Estimación de la demanda de impugnación del reconocimiento de filiación paterna realizado por error, aún cuando no se ha practicado la prueba biológica.

AP HUESCA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Santiago Serena Puig

De las dos acciones impugnatorias de la paternidad que establecen los artículos 136 y 138 del Código Civil (sentencias de 20 de junio de 1996 y de 31 de diciembre de 1998), la que se ejercita en estos autos es la segunda, la que se refiere a aquellas acciones que tengan por objeto la impugnación de los reco-

nocimientos que determinen conforme a la Ley una filiación matrimonial. Resulta incuestionable el principio legal y jurisprudencial que atribuye al reconocimiento de paternidad los caracteres de acto unilateral, personalismo, formal y sobre todo irrevocable (artículos 120.1 y 741 del Código Civil)

perdiendo su fuerza legal únicamente si se acredita que se ha incurrido en un vicio de la voluntad (sentencias de 27 de octubre de 1993 y 26 de marzo de 2001). Nadie duda en el estado actual de la ciencia médica y jurídica de la oportunidad, eficacia y fiabilidad de la prueba biológica en la determinación de la paternidad. Con el artículo 127 del Código Civil, derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y sustituido por el 767.2, se admiten las pruebas biológicas en los juicios sobre filiación, sin embargo no son las únicas posibles ni resultan indispensables u obligatorias, «en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas». Según la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 «la ciencia biológica y la jurisprudencia muestran que el grado de certeza es absoluto cuando el resultado es negativo para la paternidad; y, cuando es positivo, los laboratorios de medicina legal señalan grados de probabilidad del 99% (sentencias del Tribunal Supremo de 30 junio de 1989, 5 de abril de 1990, 2 de enero y 11 de julio de 1991)». El artículo 767.4, por su parte, regula los efectos de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica.

Es sabido que las partes de un litigio en que se ejerciten acciones de investigación de la paternidad tienen el deber de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas admitidas por el Tribunal competente, para no colocar a la otra en una situación de indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución Española, impedida de justificar su pretensión mediante la utilización de un medio de prueba pertinente y admitido (Sentencia del Tribunal Constitucional 95/1999, de 31 de mayo). Pero si a la voluntad obstruccionista injustificada se le atribuyen consecuencias jurídicas, como medio de llegar a juicios de valor por equivalencia, queda excluida la indefensión que, en otro caso, habría sufrido la parte proponente de la prueba. La negativa injustificada a someterse a la práctica de la prueba biológica de paternidad no constituye un supuesto de *ficta confessio* (al modo de comportamiento concluyente de significado unívoco y decisivo, favorable a la pretensión del proponente). Antes bien, se le atribuye el valor de indicio para declarar o negar la paternidad, valioso pero no exclusivo ni aislado, sino a conjugar con los demás que ofrezca el proceso y los medios de prueba practicados en él, sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 y sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1987, 3 de junio de 1988, 30 de noviembre de 1989, 25 de octubre de 1996, 19 de mayo de 1997, 1 de julio y 1 de octubre de 2003, 5 de julio de 2004 y 23 de noviembre de 2005.

El actor no ha mencionado a todo lo largo de las actuaciones que hubiera mediado dolo, violencia o

intimidación en el momento del reconocimiento; su alegación siempre se ha referido al error, y a este vicio del consentimiento debe ceñirse el análisis y valoración de la prueba que obra en Autos. De lo actuado resulta lo siguiente: 1) El niño Lorenzo nació en La Habana el 16 de junio de 1997, y figura inscrito en el Registro Consular el 2 de enero de 1998 –folio 7– como hijo de Marcelino y Regina. 2) El demandante Marcelino y la demandada Regina contrajeron matrimonio el 8 de octubre de 1997 –figura inscrito en el Registro Civil consular con fecha 11 de noviembre de 1997, folio 6–, después de haber mantenido relaciones durante varios meses en los diversos viajes que el demandante hizo a la República de Cuba, de donde es natural y residía la demandada. 3) Después de la boda, el matrimonio se instaló con el niño en Binéfar, donde fijaron el domicilio familiar. 4) El 17 de septiembre de 1998, Marcelino presentó una denuncia ante la Guardia Civil por el abandono de familia de la demandada ocurrido a partir del 4 de abril de 1998, cuando la demandada se marchó a Cuba con el niño. 5) Presentó la demanda rectora de este procedimiento de impugnación de la paternidad del niño Lorenzo el 31 de diciembre de 1998. 6) Al emplazar a la demandada, ésta efectuó una comparecencia ante el Juzgado el 14 de mayo de 1999 en la que se allanó totalmente, interesando que se dictara sentencia de conformidad con los pedimentos de la demanda, folio 33. El 24 de mayo de 1999, pidió el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio, así como la justicia gratuita, de cuya solicitud desistió el 26 de mayo. El 22 de noviembre de 1999, hallándose el proceso en período de prueba, compareció la demandada por medio de Abogado y Procurador y propuso la prueba biológica, para el caso de que la otra parte no lo hubiera hecho. 7) En prueba de confesión, practicada por exhorto el 23 de noviembre de 1999, a la única pregunta «confiese ser cierto que sabe y le consta que su hijo Lorenzo, no es fruto de su relación con don Marcelino», respondió «que no es cierto, que sí es hijo del Sr. Monfort Bono». En el presente caso la prueba biológica no ha podido practicarse. Una vez admitida se convocó a las partes y al niño al Instituto Nacional de Toxicología de Barcelona, donde debía procederse a la extracción del material biológico con el que realizar los análisis. Acudieron el demandante y la demandada, si bien ésta no presentó al niño. Requerida para ello, alegó que se encontraba en Cuba y no podía sacarlo porque la legislación era muy restrictiva y exigía una autorización especial condicionada al cumplimiento de unos requisitos que se le facilitaron a través de su letrado, e incluso el demandante apoderó a una persona cubana para que trajese el niño, titular de pasaporte español, –folios 134 y 135– pero el niño no salió de Cuba.

Ya en trámite de conclusiones, el Letrado de la demandada expuso que su cliente se había trasladado a Cuba, de donde no pudo sacar al menor, pero que, con objeto de despejar las dudas planteadas acerca de la paternidad del mismo, realizaron la prueba biológica con la colaboración de Sergio, que dio resultado positivo, lo que le impedía continuar con la postura mantenida hasta el momento. Como prueba, el demandante presentó un vídeo doméstico hallado en la casa familiar de Binéfar, una vez la abandonó la esposa. La grabación de las imágenes que ha tenido ocasión de examinar la Sala consiste en un paseo por todas las dependencias de la vivienda familiar, mientras una voz femenina con fuerte acento cubano apoya el contenido de las imágenes con explicaciones diversas. En una de esas imágenes al enfocar un espejo, se ve fugazmente que es la demandada, la misma mujer de la fotografía del folio 12, la que maneja la cámara, a la par que habla y graba el sonido. A continuación la grabación se centra en el niño a quien constantemente llama Lorenzo, y comienza diciendo «sabes que hora es aquí, son las once y media». Siguen imágenes del niño a quien llama repetidamente, hasta que en un momento determinado, ya avanzada la grabación, aparece el niño jugando con una foto enmarcada, la que aparece en el folio 12, que muestra al niño en medio de la madre y un hombre que no es el demandante, besándolo uno por cada mejilla. En otro momento de la grabación del niño dice la voz femenina: «qué le hace mamá a papá Joan», pero no se ve qué es lo que hace.

En este caso no se ha negado formalmente la demandada a colaborar en la práctica de la prueba biológica. De hecho ella acudió al centro médico donde había de practicarse y permitió la obtención del material biológico necesario para hacerlo, pero no presentó al niño alegando que estaba en Cuba. Más adelante, como hemos visto, indicó que no podía sacarlo de la isla sin un permiso especial sujeto al cumplimiento de determinadas exigencias que le fueron facilitadas, todo esto desconociendo que el niño tenía pasaporte español. Es decir, no manifestó de una forma clara y precisa la negativa a la práctica de la prueba biológica, pero de hecho la impidió por medio de reticencias y excusas,

para, finalmente, confesar que la habían realizado en Cuba y resultó que el niño era hijo de Sergio y no, por consiguiente, del demandante. Cuando la Sala tuvo conocimiento de esta declaración a través de la representación procesal de la demandada intentó la aportación de dicha prueba a los autos por la única vía de comunicación que tiene con la demandada, es decir, por medio de su representación procesal, pero ha resultado infructuoso porque ha cortado toda comunicación con dichos profesionales que ignoran su paradero actual, como indica el letrado en el escrito remitido a la Sala. En un intento de apurar las posibilidades de contar con tan decisivo medio de prueba esta Audiencia, amparada en el artículo 752.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dirigió una Comisión Rogatoria a la República de Cuba para requerir a la demandada o al dicho Sergio para que aportasen el resultado de la tan repetida prueba biológica. Esta comisión se cumplimentó pero sin éxito ya que no se localizó a ninguna de las citadas personas. La excusa de la demandada, o más bien, su reticencia y los obstáculos puestos a la práctica de la prueba, que han impedido que se llevara a cabo, no puede tomarse sino como una táctica puramente dilatoria equivalente en un todo a la negativa a colaborar en la práctica de la prueba biológica (sentencias de 25 de julio de 2000 y 12 de julio de 2004), lo que, unido al allanamiento efectuado, la grabación de la cinta, que evidentemente no estaba dirigida a presentarla al actor y su familia, dado el contenido de ciertas expresiones y las últimas declaraciones a través de su representación procesal sobre el resultado de la prueba biológica practicada en Cuba, nos lleva al convencimiento de que el demandante no es el padre biológico del menor. Todo lo cual fundamenta la verosimilitud de que el actor erró al reconocer a dicho menor como hijo, por lo que, en contra de lo resuelto por el juzgador de instancia, debe estimarse su demanda impugnatoria, ya que la acción se ha interpuesto dentro del plazo fijado en el artículo 141 del Código Civil.

FILIACIÓN

Inadmisión a trámite de la demanda de impugnación de la filiación paterna al apreciarse la caducidad de la acción.

AP A CORUÑA, SEC. 4.^a, AUTO DE 30 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Manuel Busto Lago

El objeto del recurso de apelación interpuesto frente al Auto dictado en la primera instancia declarando la inadmisión a trámite de la demanda de impugnación de la filiación matrimonial paterna interpuesta por el representante procesal de don Gerardo y cuyo conocimiento nos compete, está constituido por la valoración de la adecuación a Derecho del pronunciamiento que constituye el fundamento de aquella declaración cual es la caducidad de la acción impugnatoria que pretende ejercitar el padre del menor Eloy. El análisis de la cuestión objeto de esta litis desde la perspectiva de la obligación interpretada del artículo 136 del CC a la luz de las Sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo y 156/2005, de 9 de junio, realizado por esta Sala arroja como resultado la adecuación a Derecho de la resolución impugnada y con ello la necesaria desestimación de la impugnación deducida por la representación procesal del actor y ello a tenor de los Fundamentos de Derecho que, a continuación, se exponen.

Las Sentencias del TC 138/2005, de 26 mayo 2005 y 156/2005, de 9 de junio –ya referenciadas en el Fundamento de Derecho primero de esta resolución–, sin que declaren la nulidad párrafo 1.º del artículo 136 del CC, sí suponen la declaración de inconstitucionalidad de la determinación legal del *dies a quo* del plazo anual de caducidad de la acción de impugnación de la filiación matrimonial derivada del mencionado precepto, por entender contrario a las exigencias de tutela judicial efectiva (*ex* artículo 24 de la CE) que el marido de la madre –el actor– sufra la caducidad de la acción de impugnación antes de que pudiera ser sabedor o conocedor de que no es el padre del hijo inscrito como común en el Registro Civil.

En el asunto sujeto a la resolución del TC en la antes citada Sentencia de 26 de mayo de 2005 tenía como objeto una acción de impugnación instada poco después de transcurrido el año del nacimiento del hijo cuya filiación se impugnaba, fundándose la acción ejercitada por las sospechas derivadas de los rasgos raciales –peruanos– del menor y en el resultado de las pruebas biológicas de paternidad practicadas con anterioridad a la interposición de la demandada ejercitando la acción impugnatoria.

El TC considera que la acción de impugnación ejercitada no debe caducar ni el plazo comienza a correr si el marido desconocía y no podía sospechar que no era el padre, lo que, *a contrario sensu*, significa que si la acción se ejercita transcurrido más de un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento del menor por quien aparece como su progenitor y cuando aquél conocía o tenía elementos suficientes para poder sospechar fundadamente que no era el padre, la acción ha de entenderse caducada. En palabras del TC, «ninguna objeción cabe a que el legislador haya señalado un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción. Hemos dicho que el establecimiento de un plazo de caducidad de la acción, como tal presupuesto procesal establecido en aras del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) no vulnera en sí mismo el derecho a la tutela judicial efectiva siempre que el legislador habilite unos plazos suficientes y adecuados en orden a hacer valer los derechos e intereses legítimos ante los Tribunales, de manera que su tutela no resulte imposible por insuficiencia del plazo concedido al efecto (SSTC 77/2002, de 8 de abril, FD 3.º; 126/2004, de 19 de julio, FD 3.º y 44/2005, de 28 de febrero, FD 3.º). Tampoco ofrece dudas de constitucionalidad que el indicado plazo de caducidad para el ejercicio de la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial tenga, en principio, como *dies a quo* la fecha de inscripción de la filiación en el Registro Civil, ya que la finalidad de la referida acción no es sino destruir los efectos de la paternidad proclamada por los asientos registrales, permitiendo la desaparición, entre los sujetos afectados, de un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial. Igualmente, tampoco merece reproche desde la perspectiva constitucional que se incorpore como excepción la previsión de que el mencionado plazo no comenzará a correr si quien ha sido reputado legalmente como padre no conoce todavía el nacimiento del hijo. Lo que se cuestiona es que el legislador no prevea, a los efectos de que el plazo para el ejercicio de la acción comience a transcurrir, que el padre legal desconozca que no es el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como su hijo. Es aquí donde el precepto resulta contrario

a la Constitución, en lo que tiene de norma excluyente. Es cierto que en determinados casos el solo conocimiento del nacimiento o de su fecha será dato suficiente que permita al marido advertir que el hijo no ha sido procreado por él. Pero en otros supuestos el mero conocimiento del nacimiento será por sí mismo insuficiente. Son estos casos los que exigen que se extienda la excepción a la regla general sobre la base de que el desconocimiento de la realidad biológica debe dar lugar a las mismas consecuencias que el desconocimiento del hecho del nacimiento».

El caso que nos ocupa, la aplicación de esta doctrina constitucional, entendida y aplicada de acuerdo con las exigencias dimanantes de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ, determina que la caducidad de la acción impugnatoria estimada por el Juzgador *a quo* que ha conllevado la inadmisión *in limite litis* de la demanda es adecuada a las previsiones constitucionales, sin que se produzca vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libre investigación de la paternidad que ha sancionado la CE de 1978 (artículos 24 y 39.2, respectivamente). En efecto, la propia causa invocada por el actor conlleva el conocimiento de la misma en el momento mismo del nacimiento del menor, sin que sea posible su invocación cuando

han transcurrido sobradamente cinco años desde aquel momento, existiendo un reconocimiento de la paternidad por el actor, así como la posesión de estado.

Así las cosas, no cabe duda del transcurso del plazo de caducidad previsto en el tantas veces citado artículo 136 Código Civil que, en el caso enjuiciado, no se ve afectado por los términos de la declaración de inconstitucionalidad derivada de las Sentencias del Tribunal Constitucional 138 y 156 de 2005, pues el motivo en que se funda por el actor el ejercicio de la acción impugnatoria de la filiación matrimonial, constituido por la aseveración de que «no mantuvo relaciones íntimas desde mediados del año 1999, no pudiendo ser (...) el progenitor del menor Eloy, pese a que lo reconoció como su hijo en el Registro Civil de Muros», determina por su mera invocación el conocimiento de la no paternidad desde el mismo momento de la concepción y, por supuesto, desde el momento de la inscripción registral, que se produjo el día 21 de septiembre de 2000 y siendo la fecha de nacimiento del menor el día 12 del mismo mes y año. Habiéndose interpuesto la demanda ejercitando la acción impugnatoria en fecha 28 de marzo de 2006, es claro que la acción ejercitada había caducado mucho tiempo atrás.

UNIONES DE HECHO

Aunque los convivientes mantuvieron cuentas bancarias independientes donde ingresaron el producto de su trabajo, ha quedado acreditado que con cargo a las mismas se atendieron gastos imputables al otro conviviente o gastos comunes. Siendo imposible realizar una exacta contabilidad de lo acontecido en los 15 años de convivencia, prudencialmente se fija la cantidad de 25.000 euros que un conviviente debe entregar al otro en concepto de liquidación final.

AP ZARAGOZA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Antonio Pérez García

Quienes son partes en este proceso han constituido una pareja de hecho durante unos quince años. La actora expone en su demanda que mientras que su remuneración mensual se dedicaba íntegramente a atender los gastos propios y habituales de la convivencia, el sueldo del marido se destinaba al ahorro, salvedad hecha de una cierta cantidad que en el año 1995 se invirtió en la adquisición de fondos financieros a nombre de ambos, siendo los salarios de las partes muy similares por desempeñar cada

uno de ellos semejante actividad de profesores de instituto de enseñanza, por lo que interesa que la mitad del saldo existente en la cartilla del demandado le sea adjudicada. Sostiene el demandado la falta de veracidad de esa argumentación, afirmando que parte de su salario se destinaba también a cubrir gastos de la unión, o a efectuar reformas en el piso propiedad de la demandante, y que sus ingresos en su cuenta corriente procedían de otras fuentes distintas a su trabajo, como determinadas donaciones

realizadas por sus padres y otros familiares u otros rendimientos obtenidos en el ejercicio particular de la docencia. En el caso es de destacar dos cuestiones, como son, por un lado, que la existencia de dos cartillas bancarias, cada una abierta a nombre de cada parte, en las que se ingresaban sus respectivos sueldos, sin que se hayan determinado otras procedencias económicas, demuestra sin necesidad de mayor razonamiento la voluntad de cada uno de mantener su respectivo patrimonio totalmente separado sin injerencia alguna de la otra parte, no obstante la convivencia mantenida durante el señalado tiempo, excepción hecha de los rendimientos devengados de los actos financieros adquiridos con dinero común, y, por otro lado, que en la resolución del caso cobra especial interés el resultado de la prueba pericial practicada, dado el carácter técnico del asunto controvertido, pues se trata, en principio y con las debidas salvedades, de la liquidación de dos patrimonios, y además teniendo en cuenta que el ámbito de su conocimiento queda reducido a quienes vivieron juntos, y por tanto difícilmente puede llegar a noticia de terceras personas la procedencia del dinero en los gastos efectuados durante esos aproximados quince años de convivencia, aun cuando sean hermanos de los litigantes, quienes en esa condición declararon en el juicio, y no puede ser óbice a la apreciación de esa prueba que el perito fuera de designación de la actora, porque luego su pericia se extendió ya en fase probatoria del juicio al examen de los movimientos de la cuenta titularidad del demandado, solicitando la defensa del demandado las aclaraciones que estimó oportunas como se autoriza en los puntos 3.º a 5.º del artículo 347 de la Ley de Enjuiciamiento. Las conclusiones obtenidas en esa pericia son claras y de las que sin duda es necesario partir para fundamentar la decisión del caso, en cuanto que muestran unas directrices que es necesario seguir, al afirmarse respecto de la primera parte objeto de la pericia que los rendimientos de trabajo obtenidos durante el tiempo 1989 a 2004 se ingresaron en su cuenta bancaria, y en la misma estuvieron domiciliados todos los gastos normales generados durante la convivencia, no existiendo capacidad de ahorro que permitiera la suscripción de los valores financieros, y ya con referencia a la ampliación de la prueba se expresa que, si la mitad de los gastos soportados en la cuenta titularidad de la actora lo hubieran sido en la de titularidad del demandado, su saldo sería negativo en más de tres mil quinientos euros.

Pero ni las particulares circunstancias propias de una convivencia estable *more uxorio* mantenida durante muchos años hacen aconsejable la aplicación sin más de las reglas sobre la liquidación de patrimonios sociales ni tampoco la prueba pericial puede considerarse en cuestión no estrictamente económica tan exacta como para determinar con tal precisión matemática el saldo favorable a favor o en contra de una u otra parte, y así sería de considerar en principio que en los gastos de la comunidad de propietarios soportados por la actora se incluirán derramas realizadas por mejoras que incrementarán el valor del piso en beneficio exclusivo de esa parte, o que por el contrario el demandado ha compartido el uso de un piso de propiedad ajena sin pagar en prolongado tiempo merced alguna, todo lo cual debería tener un reflejo contable ciertamente imposible de lograr, pero sobre todo la especial dificultad ha de radicar en la imposibilidad material de determinar el destino de los gastos realizados por cada una de las partes o en beneficio de cuál de ellas en cada caso concreto pudo efectuarse, quedando demostrado por la prueba pericial que el demandado también soportó de su cuenta importantes gastos, como son los que se relacionan en el folio 570 de las actuaciones, algunos ciertamente serían en interés exclusivo del demandado, otros por su naturaleza realizados en el de ambas partes, al igual desde luego que los mantenidos por la actora, algunos de aquéllos bien por su destino bien lo cuantioso de las extracciones realizadas tuvieron que realizarse en beneficio de ambos, y otros presumiblemente atendiendo a su elevado importe debieron realizarse en mejorar el piso de la demandante —como el de «Saneamientos Marín»—, sin que ni por aproximación pueda determinarse qué utilidad pudo en particular reportar a cada parte, y las fechas de cómputo del inicio de esos gastos en una y otra cuenta tampoco son totalmente coincidentes, por todo lo cual, al presumirse en definitiva otros varios pagos aun cuando fueran de más ínfima cuantía que el demandado pudiera haber realizado a favor de los convivientes, rechazando el grado de precisión con el que en la prueba de tan constante referencia se ha calculado el saldo deudor del demandado, cuyo único criterio ha servido de guía y soporte para argumentar la Sentencia del Juzgado, se ha de establecer el mismo en la suma de veinticinco mil (25.000) euros, por cuya cantidad se ha estimar la demanda y acoger el recurso.

UNIONES DE HECHO

Desestimación de la acción de anulación del convenio suscrito entre los convivientes para liquidar el patrimonio común al no haberse acreditado ni vicio en el consentimiento ni intimidación.

AP ASTURIAS, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. Jaime Riaza García

La sentencia de instancia desestimó tanto la acción de anulación del convenio firmado por los litigantes a la finalización de su convivencia *more uxorio* por no haberse acreditado vicio en el consentimiento, como la de enriquecimiento injusto en que se sustenta la segunda de sus pretensiones y frente a aquélla alza la demandante el presente recurso en el que reproduce los mismos argumentos en que sustentó la demanda.

Como cuestión previa señalaremos que con arreglo al artículo 406 del CC la división de la comunidad de bienes sigue las mismas reglas que la división de la herencia y por tanto una de las fórmulas por las que puede practicarse es por acuerdo de los interesados pues así lo refleja el artículo 1058 del CC.

La división así practicada tiene naturaleza contractual (SSTS de 19 de junio de 1997 y 18 de marzo de 1999) al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfecciona con la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, al acomodarse a sus intereses (SSTS de 3 de enero de 1962, 25 de febrero de 1966, 21 de mayo de 1966, 18 de febrero de 1967, 8 de febrero de 1996 y 12 de noviembre de 1996, no exige forma especial (sentencia de 13 de marzo de 2003) y ni siquiera exige que afecte a la totalidad de los bienes (STS de 19 de junio de 1997 ya citada).

En el caso de autos el convenio salda las deudas y créditos que existían entre ambos como consecuencia de la convivencia *more uxorio* y, tras afirmar que los comparecientes vivían separados desde hacía más de dos años y gozaban de plena autonomía económica viviendo cada cual de forma independiente y a sus propias expensas, obvia cualquier medida de auxilio entre ambos para el futuro; puede decirse por tanto que agota el capítulo de las relaciones patrimoniales entre ambos que, a diferencia de lo que afecta a las relaciones paterno-filiales, son materia sometida al imperio de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Corolario de cuanto se lleva expuesto será que tal contrato vincula necesariamente a quienes lo celebraron sin posibilidad de desistimiento unila-

teral, por más que finalmente no haya respondido a las expectativas de utilidad o beneficio esperados por uno de los contratantes; así pues no cabe nueva división, ni pretensión alguna que tenga por objeto la lesión que de aquel convenio pudiera haber resultado sin previa anulación del mismo (sentencias de 9 de marzo de 1961 y 13 de marzo de 2003), de modo que sólo podrán examinarse los efectos que la ruptura de la convivencia produce en las relaciones patrimoniales entre los miembros de la pareja si la primera de las acciones hubiera tenido éxito y pudiéramos por tanto prescindir del mentado convenio regulador de las relaciones patrimoniales entre los litigantes, incluida la liquidación del caudal común.

El juez *a quo* examina con toda corrección las dos hipótesis suscitadas en la demanda para atacar la validez del consentimiento prestado por la apelante; esto es la enajenación mental transitoria padecida por esta última, y la intimidación que hipotéticamente habría podido sufrir por parte del demandado pues, aunque la demanda obvia cualquier fundamentación jurídica relativa a esa pretensión, sí refiere que la recurrente padecía una situación de ansiedad y depresión reactiva a la ruptura de esa relación sentimental y subsiguiente precariedad económica, y añade que además sufría la presión psicológica ejercida por su pareja.

En relación al primero de dichos vicios señalaremos que cuando el artículo 1264 del CC dice que no pueden prestar consentimiento los incapacitados se refiere tanto a los que hayan sido declarados judicialmente como tales al amparo del artículo 199 de ese mismo texto legal en relación con el 756 a 763 de la LEC, como a aquellos que se encuentren incurso en alguna de las causas de incapacitación del artículo 200, aunque aún no haya sido declarada la incapacidad.

Ahora bien, ya en el campo de las patologías mentales, sólo son causa de incapacitación aquellas que bien privan a las personas del raciocinio o inteligencia de sus actos de suerte que no pueden comprender el alcance de los mismos, o bien les hacen esclavos de sus pulsiones hasta el punto que pueda decirse que no son dueñas de su conducta.

Sin embargo lo aquí acontecido se describe como un proceso de ansiedad y depresión reactiva a la separación de la pareja, es decir una patología harta frecuente en situaciones como la que nos ocupa, que no limita la inteligencia ni el control de los actos realizados por quien las padece; a mayor abundamiento la recurrente había recibido tratamiento por esa causa desde septiembre de 2002, mientras que el convenio del que pretende apartarse fue suscrito en julio de 2003, lo que torna tanto más inverosímil su alegato de incapacidad transitoria.

Siguiendo esa misma línea abordaremos la intimidación que se denuncia como vicio del consentimiento recordando que el artículo 1265 del Código Civil establece que será nulo el consentimiento prestado por intimidación y el 1267 dispone, en los párrafos segundo y tercero, que hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes, y que para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona.

Igualmente recordaremos que, aunque la intimidación puede excepcionalmente implicar una falta total de consentimiento lo que supondría la inexistencia contractual (artículo 1261.1.º), generalmente afecta sólo al consentimiento libre dando lugar a la anulabilidad, impugnabilidad o nulidad relativa (artículos 1300 y 1301), en sintonía con la regla *voluntas coacta voluntas est* (Sentencias de 18 de

marzo de 1958, 27 de febrero de 1964 y 5 de marzo de 1992).

En definitiva los requisitos de la intimidación contractual son los siguientes: amenaza injusta o ilícita (que tiñe de antijuricidad la conducta); temor racional y fundado; mal inminente y grave; prestación de un consentimiento contractual; y nexos causal entre la amenaza y el consentimiento prestado (sentencia de 21 de octubre de 2005, que acota con la reiterada jurisprudencia recaída al respecto a la que nos remitimos).

En el supuesto enjuiciado la amenaza que se dice sufrida se refiere al anuncio de la posible negativa al pago de la pensión de alimentos pactada para el hijo común, amén de aprovechar la apariencia formal de que los bienes litigiosos estaban a nombre de uno solo de los otorgantes para oponerse a la liquidación judicial de los mismos; ninguna prueba se ha practicado al respecto, cuanto más que en las fechas en que se negoció el convenio litigioso la apelante tenía asesoramiento letrado por lo que tenía que saber de la futilidad de dichos motivos; así pues ni consta que hubiera mediado anuncio de un mal injusto, inminente y grave, pues no puede calificarse como tal la simple advertencia del uso de una determinada estrategia procesal, ni menos aún puede decirse que tal amenaza torciera la voluntad de la apelante; de ahí que procede desestimar la acción de anulabilidad de la partición convenida entre los litigantes y consecuencia de ello será que no deba siquiera examinarse la segunda de las pretensiones ejercitadas por lo que se desestimará el recurso.

UNIONES DE HECHO

Existe una comunidad de bienes entre los integrantes de la pareja que se deduce del hecho de la compra por mitad del inmueble y pago de los vencimientos en una cuenta común, procediendo la división del mismo, si bien, antes de repartir el precio entre ambos, deberá abonarse al conviviente los gastos que realizó en beneficio de la comunidad.

AP GUADALAJARA, SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Concepción Espejo Jorquera

Las consideraciones expuestas precedentemente y las contenidas en la sentencia apelada impiden que pueda ser acogido el pedimento de que sea declarada la propiedad exclusiva del demandado del inmueble cuya división se ha instado en este proceso, puesto que, al margen de que como razona el Juzgador *a quo*, no ha quedado acreditado que la totalidad de las aportaciones efectuadas para el

pago del precio lo fueran por el apelante; constando, por el contrario, que tanto los pagos periódicos previos al otorgamiento del instrumento público como las cuotas hipotecarias satisfechas durante la convivencia fueron pagadas con cargo a una cuenta común en la que obran ingresos ajenos a las nóminas del demandado, el cual no acreditó ser el único que efectuó abonos, de cualquier modo,

tanto en el documento privado precedente como en la escritura pública de compraventa las partes hicieran constar que adquirirían la finca por mitad y pro indiviso, en base a lo cual, se ha de estar a la voluntad declarada, al no haberse probado (ni siquiera alegado) que se incidiera en error en la prestación del consentimiento, ni que mediara simulación contractual; habiendo declarado, entre otras, la STS de 2 de noviembre de 1994 que el pretender negar una cuota de participación en el condominio previamente reconocida al copropietario en documento privado o público vulneraría la doctrina de los actos propios, en contra de los que no cabe actuar, por contravenir el principio de buena fe consagrado en el artículo 7.1 CC y la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, los cuales han de referirse a actuaciones que, por su trascendencia o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente las situaciones jurídicas de sus autores, de modo que han de tratarse de actos o declaraciones ejecutados con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca de los mismos, de tal manera que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción; no siendo de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan es de carácter ambiguo e inconcreto o cuando aquéllos carecen de solemnidad o de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico, SSTS de 26 de julio de 2002, 15 de marzo de 2002, 25 de octubre de 2000 y 1 de octubre de 1999, que glosa las de 19 de mayo de 1998 y 23 de julio de 1997, igualmente SSTS de 16 de septiembre de 2004, 18 de noviembre de 2003, 22 de octubre de 2002, 15 de marzo de 2002, 27 de julio de 1999, 9 de julio de 1999, 24 de octubre de 1998, entre otras muchas; siendo de precisar que la declaración contenida en una escritura pública (y también en un documento privado) en la que las partes dicen adquirir un bien por mitad y pro indiviso en modo alguno es una declaración ambigua o falta de solemnidad, sino un acto concluyente, de significación inequívoca contra el que no cabe actuar después legítimamente por ser contrario a las referidas exigencias de la buena fe contractual; habiéndose pronunciado en análogo sentido la STS de 25 de septiembre de 1993, que señaló que el otorgamiento de una escritura pública en la que los adquirentes manifiestan adquirir por iguales partes y pro indiviso un bien constituye un negocio eficaz que da lugar a una titularidad plural y compartida por iguales partes debida y formalmente instrumentalizada, que vincula a los otorgantes por su propia proyección obligacional y la de los

propios actos que no puede desconocer, por lo que es plenamente ajustado a Derecho el pronunciamiento que declaró la propiedad por mitad de las dos partes de la finca, sin perjuicio de la obligación de restituir al demandado las sumas que éste ha satisfecho en exclusividad, cantidades que no son otras que las establecidas pormenorizadamente por el titular del Órgano decisor.

Reproduce seguidamente el recurrente su reclamación por los pagos y gastos por los que dice debe de ser resarcido; limitándose a transcribir nuevamente los alegatos contenidos en su reconvencción, sin exponer argumento alguno tendente a evidenciar el error en que hubiere podido incurrir el Juzgador *a quo*, el cual, como el propio impugnante recurrente señala, efectuó un minucioso examen de la documental y de las restantes pruebas practicadas para llegar a la liquidación de las cantidades que se acreditan como debidas en la sentencia, con la cual manifestó su conformidad el apelante al inicio de su escrito de apelación, en el que, como se ha indicado precedentemente, aseveró estar básicamente de acuerdo con la resolución y, en concreto, en lo relativo a la «compensación que por vía reconvenccional obtiene mi mandante», lo cual bastaría para desestimar el pedimento contenido luego en el suplico de que la cifra fijada en la instancia sea sustituida por la que unilateralmente propone el apelante, consideraciones a las que se añade que todos y cada uno de los conceptos objeto de reclamación han sido acertadamente valorados por el titular del Órgano decisor; habiendo sido varios de los peticionados en el escrito de recurso ya acogidos en la sentencia; resultando improcedentes los restantes incrementos pretendidos. Así, respecto de la ampliación de la hipoteca para la adquisición de un vehículo, esta Sala comparte la consideración de que, al margen de cual de los integrantes de la pareja condujera el turismo, efectivamente éste fue utilizado por ambos para sus desplazamientos habituales, incluidos los necesarios para acudir al lugar de trabajo del recurrente; habiéndose domiciliado las cuotas de amortización de la referida ampliación de la hipoteca en la cuenta común, la cual no se nutría únicamente con aportaciones del demandado; no habiendo revertido la adquisición en beneficio exclusivo de la actora; no pudiendo olvidar que se trata de un bien que se devalúa notoriamente por el uso e incluso por el mero transcurso del tiempo, lo que impide que pueda acogerse la petición de que la ahora recurrida deba reintegrar el total precio de adquisición de aquél más los intereses correspondientes; siendo correcta la opción adoptada en la sentencia, a saber, el abono por la apelada de la cantidad que se determine en ejecución como correspondiente a la mitad del precio de venta del

referido móvil. Igualmente ha de ser desestimada la reclamación efectuada por el monto del préstamo cuyo importe, se dice, fue destinado a pagar una operación de cirugía estética a la que se sometió la demandante reconvenida, dado que las facturas aportadas ascienden a una suma muy inferior a la de dicho préstamo, sin que se haya probado debidamente el destino del capital percibido, ni que tal coste fuere íntegramente satisfecho con dinero de la exclusiva titularidad del recurrente, por lo que no procede establecer por dicho concepto un importe superior al ya establecido en la sentencia de instancia. También resulta conforme a lo acreditado en autos la suma concedida por la liquidación de la tarjeta Visa, por la que únicamente procederá satisfacer el importe fijado en la instancia, correspondiente a la mitad de lo cargado en el período posterior a la ruptura de la pareja, pero no todos los gastos producidos en el año inmediatamente

anterior, atendida la comunidad de vida y gastos e ingresos existentes durante la convivencia y la domiciliación bancaria de aquéllas en una cuenta que se nutría con ingresos de ambas partes y en la que se hicieron diversos cargos durante dicho período reseñados por el Juez *a quo*. Finalmente, procede desestimar también la reclamación por gastos derivados de la tarjeta Advant, atendido que tanto la misma como la cuenta en la que se hallaban domiciliados son de la exclusiva titularidad del recurrente, sin que se acreditara uso alguno por la recurrida, en base a todo lo cual; siendo ajustada a las pruebas practicadas la suma en la que fue estimada la reconvencción, cuya corrección admitió al inicio del escrito de recurso la parte apelante, procede desestimar la reclamación por las cantidades adicionales pretendidas, por lo que ha de ser íntegramente confirmada la sentencia, con imposición al apelante de las costas de la alzada.

CUESTIONES PENALES

Se revoca la sentencia de instancia que condenaba a la madre como autora de dos delitos del artículo 450.1.º CP por omisión del deber de impedir los delitos cometidos por su compañero sentimental contra sus hijos menores. Resulta vulnerado el principio acusatorio pues se retiró la acusación por la vía del artículo 450.1.º CP, subsumiendo su conducta en el tipo del artículo 450.2.º CP. La acusación ha de ser clara y precisa respecto del hecho y del delito por el que se formula, y la sentencia no puede condenar sorpresivamente por algo por lo que no se acusó. Doctrina al respecto del Tribunal Supremo.

AP BALEARES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Julio Álvarez Merino

El Juzgado de lo Penal número Cinco de Palma de Mallorca dictó el día 13 de mayo de 2005 sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, condenó a la acusada María del Pilar como autora de dos delitos contra el deber de impedir determinados delitos con la concurrencia de la atenuante analógica de miedo a la pena de doce meses de multa a razón de 6 euros/día por cada uno de ellos, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Se aceptan como hechos probados los establecidos en la sentencia de instancia, con la siguiente modificación que afecta al último párrafo, cuyo contenido se deja sin efecto:

«La madre de los menores Encarna y Carlos Francisco, la acusada María del Pilar, mantuvo

diversas conversaciones con sus hijos sobre los malos tratos y abusos cometidos sobre ellos por Carlos Francisco, conversaciones cuyos términos no son conocidos».

El recurso de apelación analizado por este Tribunal se alza contra la condena impuesta a la acusada María del Pilar por haber cometido dos delitos de omisión del deber de impedir los delitos cometidos por su compañero sentimental Carlos Francisco en las personas de los hijos menores de ambos, Encarna y Carlos Francisco. Considera la juzgadora de instancia que la recurrente conocía y presenciaba los malos tratos y los abusos sexuales perpetrados por el coacusado Carlos Francisco sobre los menores, a pesar de lo cual no hizo nada por impedirlos.

Frente a este pronunciamiento, la apelante opone dos argumentaciones, la primera de orden técnico consistente en vulneración del principio acusatorio, y la segunda atinente a la correcta apreciación de la prueba por parte de la juzgadora de instancia, con su corolario de indebida aplicación del artículo 450.1 del Código Penal.

El recurso debe prosperar, acordándose su íntegra estimación con revocación de la condena impuesta a la apelante, por las razones que ya fueron expuestas en nuestra anterior sentencia de fecha 27 de junio de 2006, y que no han resultado desvirtuadas por las alegaciones formuladas por la acusación particular en su reciente escrito presentado el día 5 de octubre pasado.

Es así porque la lectura del acta del juicio celebrado el día 13 de mayo de 2005 y del Antecedente de Hecho Segundo de la sentencia impugnada arroja determinados detalles que son relevantes para la resolución del *thema decidendi*:

1.º) En sus conclusiones provisionales el Ministerio Fiscal no formuló acusación alguna contra María del Pilar (folio 571), mientras que la acusación particular acusó a dicha imputada de conocer y presenciar los hechos criminales atribuidos a Carlos Francisco sin hacer nada por impedirlo (folio 615); y subsumió tal conducta en el tipo del artículo 450.1 del Código Penal.

2.º) En sus conclusiones definitivas la acusación particular, sin modificar su relato fáctico anterior, pasó a subsumir los mismos hechos en el artículo 450.2 del Código Penal; y

3.º) El Ministerio Fiscal, también en sus calificaciones definitivas, y sin ofrecer relato fáctico alguno diferente al anterior, se adhirió a dicha pretensión de la acusación particular, añadiendo la concurrencia de la circunstancia atenuante de miedo insuperable del artículo 20.6 en relación con el 21.2, ambos del Código Penal.

4.º) La sentencia de instancia en sus hechos probados transcribe el *factum* incluido en el escrito de calificación provisional de la acusación particular, pero subsume tales hechos en el tipo del artículo 450.1, precepto que fue abandonado por los acusadores en sus calificaciones definitivas.

Pues bien, el principio de congruencia supone una relación de conformidad entre las pretensiones oportunamente deducidas en la súplica de los escritos fundamentales rectores del proceso y el Fallo de la correspondiente resolución judicial (artículo 742 LECrim), pudiendo llegar a tener relevancia constitucional la inobservancia de este principio cuando las resoluciones alteren de modo decisivo los términos en que se haya desarrollado la contienda judicial, sustrayendo a las partes el

verdadero debate contradictorio y produciéndose un Fallo no ajustado a las recíprocas pretensiones de los litigantes, bien entendido que, en relación a esta última, se refiere a peticiones, pedimentos o pretensiones de cualquiera de las partes que sean de índole jurídica y que se haya aducido en los oportunos escritos de calificación. Y en lo que concierne a los hechos alegados por las partes, los Tribunales no tienen obligación de insertar, en las narraciones históricas de las sentencias, todas las introducidas por las partes en el proceso, sino tan sólo aquellas que hayan quedado suficientemente probadas y tengan que constituir el sustrato o soporte fáctico de las cuestiones que integran el *thema decidendi*.

Llegados a este punto se hace necesario analizar el problema concerniente a la infracción de dicho principio acusatorio. De entrada, la correlación entre acusación y sentencia ha de afectar a los hechos que se consideren punibles y sobre los que se ha ejercido contradicción y defensa. El sistema acusatorio informa todo el proceso penal español, y exige particularmente la adecuada correlación entre la acusación y la sentencia, de forma que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba, participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa; y sin que la sentencia, de modo sorpresivo, pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual, consiguientemente, no pudo articularse la estrategia exigida por la ley en garantía de la posición procesal del imputado.

Como enseña la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2000:

1.º) Lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa; esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal.

2.º) Tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúan los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa.

3.º) Las modificaciones que introduzca el Tribunal sentenciador no pueden modificar esencial o sustancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición conclusoria al menos alternativa por parte de las mismas; y

4.º) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particularidades del caso enjuiciado.

La acusación, por ello, ha de ser clara y precisa respecto del hecho y del delito por el que se formula, y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse. Conforme a la sentencia antes citada, profundizando aún más en la cuestión fáctica analizada, la sentencia de 29 de junio de 1999 declaró que el principio acusatorio prohíbe condenar por un hecho diferente al acusado; es necesario, pues, una identidad sustancial en los hechos imputados y los sentenciados; y la de 18 de noviembre de 1998 explica que son los hechos asumidos por la calificación definitiva de la acusación los que marcan los límites entre lo prohibido y lo permitido.

Por consecuencia de lo anterior, se infringe el principio acusatorio cuando, explícitamente retirada la acusación por la vía del artículo 450.1 por parte de las acusaciones pública y particular, y considerando éstas que la conducta perpetrada por la apelante es subsumible en el tipo del artículo 450.2, la acusada resulta condenada justamente en aplicación del primero de ambos preceptos. Máxime cuando los hechos que soportan tal acusación son tan inadmisiblemente genéricos como los que se contienen en el escrito de calificaciones provisionales de la acusación particular, hasta el punto de que soportan sin pudor alguno su subsunción en dos tipos penales diversos: en calificaciones provisionales constituyen un delito contra el deber de impedir determinados delitos, y en calificación

nes definitivas los mismos hechos se convierten en un delito de omisión del deber de promover la persecución de determinados delitos.

Finalmente, lo más relevante a efectos del enjuiciamiento del recurso que nos ocupa es, a criterio de este Tribunal, que la conducta criminal atribuida en el *factum* de la sentencia no se corresponde con la descripción típica del artículo 450.2, cuya aplicación persiguen los acusadores en fase de calificaciones definitivas. Y esta incongruencia determina la revocación de la sentencia en este punto.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 124 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas procesales serán impuestas cuando se vierta declaración de responsabilidad criminal, por lo que procede revocar en este punto la sentencia de instancia, sin que en la interposición del recurso de apelación sustanciado y resuelto en esta alzada se advierta temeridad ni mala fe.

Estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de María del Pilar contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2005 recaída en los autos de procedimiento abreviado número 50/2005 seguidos ante el Juzgado de lo Penal número Cinco de Palma de Mallorca, la revocamos parcialmente, dejando sin efecto la condena impuesta a la apelante como autora de dos delitos contra el deber de impedir determinados delitos; y en su lugar la absolvemos libremente y con todos los pronunciamientos favorables de la citada acusación, declarando de oficio las costas de primera instancia.

CUESTIONES PENALES

Procede la condena por un delito de abandono de familia (artículo 227 CP), pues la situación de escasez de medios económicos –percibía sólo el subsidio por desempleo de 375 euros–, sólo podría justificarse, desde el punto de vista penal, si durante ese período de tiempo hubiera hecho pagos parciales. Al no haber abonado cantidad alguna, dejando a su hija en situación de desamparo económico, concurre el elemento subjetivo del injusto.

AP CÁCERES, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Valentín Pérez Aparicio

El apelante resultó condenado como autor de un delito de abandono de familia del artículo 227 del Código Penal al no haber abonado ninguna cantidad entre noviembre de 2003 y octubre de 2005 en pago de la pensión alimenticia fijada a favor de su

hija en sentencia de separación matrimonial. No se plantean en la alzada dudas sobre los elementos objetivos del delito (la existencia de la resolución judicial y el impago de la pensión en el período indicado); el recurso se centra en el elemento

subjetivo, argumentando el acusado que no pudo pagar ninguna cantidad a su esposa porque, de haberlo hecho, no hubiera podido subsistir.

Durante el período en cuestión el recurrente estuvo percibiendo el subsidio por desempleo, que supone una retribución mensual en torno a los 375 euros. El mantenimiento de una situación de escasez de recursos económicos puede justificar desde el punto de vista penal (y sin perjuicio de las medidas ejecutivas que en el orden civil pudieran adoptarse) que, en tanto que subsista esa limitación de

ingresos, el deudor abone sólo en parte la pensión alimenticia, una parte que pueda entenderse razonable a la vista de las circunstancias concurrentes. Sin embargo no fue eso lo que hizo el acusado sino que, simple y llanamente, dejó de cumplir con su obligación y suspendió totalmente el pago de la pensión, dejando a su hija en situación de desamparo económico, debiendo ser la madre quien atendiera íntegramente a su sustento. Ese absoluto incumplimiento implica, como acertadamente razona el juzgador de instancia, la concurrencia del elemento subjetivo de este delito.

CUESTIONES PENALES

No existe infracción del principio *non bis in idem* porque para calificar la habitualidad de un delito de violencia familiar (artículo 173 CP) se tengan en cuenta dos delitos de lesiones por los que se le condena en la misma sentencia, así como otros hechos anteriores que ya fueron objeto de sentencias condenatorias. Distinción entre los delitos del artículo 173.2.º y 153 CP: el delito de habitualidad atenta contra la paz familiar, con independencia de los hechos que pudieran ser constitutivos de ese maltrato habitual, que afectan al bien jurídico que cada delito (lesiones, coacciones, amenazas, etc.) protege (integridad física, psíquica, etc.)

AP CÁCERES, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Valentín Pérez Aparicio

El recurrente resultó condenado en primera instancia como autor de dos delitos de lesiones causadas en el ámbito familiar, un delito de violencia familiar habitual y un delito de quebrantamiento de medida cautelar cometidos frente a quien fue su pareja. Alega infracción del principio *non bis in idem* puesto que para calificar la habitualidad de la violencia se han tenido en cuenta tres hechos que ya habían sido objeto de sentencias condenatorias debemos comenzar por el análisis de la alegación relativa a la infracción del principio «non bis in idem» al haber tenido en cuenta la juzgadora de instancia, para calificar la habitualidad a los efectos del artículo 173 del Código Penal, no sólo los distintos incidentes por los que ahora se le condena, sino también otros hechos que ya habían sido objeto de condena en las anteriores sentencias de 7 de abril y 30 de septiembre de 2004 del Juzgado de lo Penal de Plasencia, y 16 de diciembre de 2005 del Juzgado de Instrucción número 4 de esa ciudad.

El artículo 173.3 del Código Penal, tras tipificar el delito de violencia habitual en el ámbito familiar, establece:

«Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.»

La sentencia, por tanto, al tener en cuenta aquellos hechos se ha limitado a aplicar una previsión legal. Esta regulación no infringe el principio *non bis in idem* porque lo que se está castigando es algo distinto a aquello que ya se castigó. No se deben confundir los delitos recogidos en los artículos 153 y 173.2 del Código Penal: El delito de habitualidad, con independencia de los hechos que pudieran ser

constitutivos de ese maltrato habitual, atenta contra la paz familiar, el hecho en sí (las lesiones, las coacciones, las amenazas, etc.), afecta únicamente al bien jurídico que cada uno de esos delitos protege, ya sea la integridad física o psíquica, el ánimo o la libertad de la persona, etcétera, dependido del

delito cometido. Cuando esos delitos o esos ataques se producen habitualmente es cuando se atenta, además, contra esa paz familiar y por ese motivo se puede penar y sancionar el hecho en concreto como tal y, además, la habitualidad, puesto que se están protegiendo bienes jurídicos distintos.

RÉGIMEN DE VISITAS

Condena a ambos progenitores a someterse a un proceso de terapia familiar en un centro hospitalario a fin de que ambos superen las secuelas y trastornos que les ha deparado la ruptura.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA N.º 7 DE SEVILLA, AUTO DE 21 DE FEBRERO DE 2007

Magistrado-Juez Ilmo. Sr. don Francisco Serrano Castro

En primer término se estima procedente y adecuada para el interés y bienestar del pequeño Manuel, nacido el 26 de agosto de 2004, mantener la situación de guarda y custodia en favor de la madre, quien desde que nació su hijo, se ha encargado directamente de su cuidado y atención, constando su idoneidad para asumir esa responsabilidad tal y como aparece reflejado en el informe pericial psiquiátrico de fecha 31 de diciembre de 2006 que consta unido a las actuaciones. Por otro lado, ese beneficio que se procura garantizar al menor, se entiende que se alcanza en mayor medida, manteniendo la situación de *statu quo* establecida, si bien no pacíficamente, pues lo cierto es que resulta incuestionable que una alteración y modificación radical de los hábitos de vida y entorno familiar del niño, le supondrían un trastorno y grave quebranto a su estabilidad. Un perjuicio que podría haber sido calificado como mal menor inevitable en pro de un mayor beneficio, sólo en el caso de que se hubiere constatado una manifiesta ineptitud por parte de la madre para seguir asumiendo las funciones tuitivas de protección y crianza que viene ejerciendo sobre su hijo Manuel. Todo ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 159 del Código Civil.

Mas, si por un lado se ha reconocido la capacidad y aptitud de la madre para asumir la responsabilidad del cuidado y atención de su hijo, lo cierto es que no se ha apreciado tampoco en el padre ningún factor de riesgo para asumir las mismas funciones de responsabilidad parental de su hijo (en tal sentido se pronuncia también el informe pericial psiquiátrico de 31 de diciembre de 2006).

En tal sentido, ninguna justificación podría amparar que se estableciera, con carácter indefinido, un régimen de relación y contacto del padre con su hijo con carácter restrictivo. Ha quedado patente el interés y preocupación del padre para asumir una

corresponsabilidad que le viene atribuida moral y legalmente sobre su hijo. Actualmente se ha de superar la caduca concepción del padre como un ser periférico, en su carácter de preñador, protector y proveedor, pues hoy en día la paternidad ha comenzado a asimilar que ha de compartir plenamente papeles de protagonista en el sostenimiento, previsión y educación de los hijos. Esa concepción se ha de hacer incluso extensiva a los supuestos en que ambos progenitores deciden poner término a su relación de pareja, ya que también ambos han de asumir que no resultaría reprochable su fracaso en sus expectativas de convivencia común, pero que, sin embargo, la sociedad puede exigirles un comportamiento ejemplar en sus conductas como padre y madre. Un fracaso en ese ejercicio de responsabilidad conjunta, no es admisible.

En definitiva la paternidad se ha de entender como algo más que un mero hecho biológico. Es un hecho cultural que acaece en un proceso de construcción y definición social acerca de lo que se considera que es la paternidad y la maternidad. Ambas realidades se construyen en el entramado de las relaciones humanas. La propiedad más importante del ser humano es su capacidad de formar y mantener relaciones, sin las cuales no se puede dar la sobrevivencia y el aprendizaje. Dentro del círculo interno de las relaciones íntimas, personales, quedamos vinculados o adheridos unos a otros. En estos cúmulos de relaciones se construyen esas realidades: paternidad, maternidad y vinculaciones.

Esa necesaria vinculación se ha de hacer extensiva al propio menor que también requiere un contacto satisfactorio con ese progenitor que ha de participar plenamente en su desarrollo. Al respecto, algunos profesionales (tratándose de menores de corta edad) han expresado sus dudas sobre la importancia de la pernocta con argumentos como

que lo importante es la calidad y no la cantidad del contacto, y que por las noches el niño está durmiendo, por lo que qué más da entregarlo la noche del sábado para recogerlo el domingo por la mañana una vez el niño ha dormido en su cama, en su dormitorio, en su propio ambiente. Sin embargo otros autores (Cantón, Cortes y Justicia entre otros), entienden que actividades tales como bañar al menor, alimentarlo antes de dormir, contarle un cuento o cantarle una canción, acostarlo, atenderlo y calmarlo por las noches en caso de que despierte, estar presente cuando se levante por las mañanas y desayunar juntos, son experiencias enriquecedoras para ambos (progenitor e hijo) que ayudan a fortalecer el vínculo y que, además, constituyen actividades propias de una responsabilidad parental que visitas cortas y por tanto constreñidas casi al aspecto lúdico, no pueden proporcionar.

Personalmente mantengo la misma opinión y criterio. Salvo prueba contundente en contrario, se ha de ser contrario a una superada y obsoleta concepción maternal que parte del perjuicio de que los padres no pueden asumir funciones nutritivas que aparecerían reservadas a las madres, hasta que, al menos, los niños y niñas puedan tener una mínima capacidad de valimiento. Constituye una tendencia cada vez más extendida la que considera como principio y premisa inspiradora la de que el menor debe relacionarse lo más ampliamente posible con sus dos progenitores y la presunción de que ambos padres son aptos para ejercer el cuidado y atención del menor con independencia de su edad, estableciendo la pernocta dentro del régimen de visitas como criterio general para todas las edades, salvo que, como se ha dicho, en cada caso concreto, se demuestre lo contrario.

En ese sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª en Sentencia de 3 de mayo de 2004: La limitación ha de estar fundamentada. «En el presente caso, a la vista de las declaraciones efectuadas por los progenitores en el acto del juicio de las demás pruebas obrantes en autos no se desprenden motivos razonables para que el menor, nacido el 27 de marzo de 2001, no pernocte con su padre los días en que se realice la comunicación paterno-filial. En principio debe presumirse que ambos progenitores tienen capacidad para atender y cuidar al hijo tanto de día como de noche. Y si se cuestiona tal capacidad por parte de alguno de ellos deberán darse razones que lo fundamenten y probarse la carencia de aptitud para atender debidamente a las necesidades del menor tanto de día como de noche...». En definitiva, en unas circunstancias de normalidad de los progenitores, es decir, cuando no haya motivos de personalidad o de cualquier otra índole que alteren el orden normal de las

comunicaciones o puedan suponer el temor de un riesgo, peligro o perturbación para el menor, la comunicación de ambos padres con el hijo debe ser extensa, intensa y abundante, compartiendo con él, conviviendo y participando en todos los actos y vicisitudes cotidianos, para lo que es necesario un amplio régimen de comunicación del progenitor no custodio, a fin de que participe en la educación del hijo de un modo total o global, lo que sólo puede conseguirse si la convivencia con el hijo menor se realiza sin restricciones o limitaciones que carezcan de justificación y que lo que pueden producir es que el hijo considere al padre un extraño o desconocido, alguien ajeno a su círculo más próximo e íntimo al que no tiene ningún apego, lo que en ningún caso sería bueno ni adecuado para el mejor desarrollo, educación y formación del menor.

Pues bien, el presente caso dado que consta que el pequeño Manuel conoce e identifica a su padre, con quien, dentro de los límites que ha impuesto la madre y su entorno familiar, mantiene una magnífica relación, dada la voluntad, interés y plena capacidad del padre para encargarse de su hijo, sin que exista motivo o temor fundado alguno para que no asuma esa responsabilidad con la misma diligencia y dedicación que lo viene haciendo su madre; procede establecer un amplio régimen de visitas, relación y contacto paterno-filial. Ese régimen, subsidiario del que puedan decidir ambos progenitores, si algún día aprendieran a comunicarse y llegaran a comprender que la felicidad de su hijo depende de un entendimiento al que están recíprocamente condenados, tendrá en cuenta lo siguiente:

A) Que al menos, durante el primer año, la estancia de Manuel en las vacaciones de verano se dividirá en varios periodos alternos de duración más corta a fin de facilitar la adaptación del niño al entorno y ambiente familiar paterno, sin que pueda experimentar un desapego demasiado prolongado con la madre, lo que podría repercutir en una frustrante experiencia tanto para el padre como para el hijo, si éste sufriera una crisis de ansiedad por la separación de quien, nadie puede negarlo, actualmente es su principal referente de vinculación.

B) Se procurará facilitar la comunicación de Manuel con el progenitor que no se encuentre encargado de su cuidado y atención.

C) Dado que consta que la principal problemática (así se refleja en los informes periciales que obran en autos) que ensombrece el futuro de Manuel, es la actual situación de enfrentamiento y hostilidad que mantienen ambos progenitores, alentada desde sus correspondientes círculos de influencia familiar, se han de propiciar medidas que rebajen ese nivel de tensión, evitando en la medida de lo posible el contacto personal entre unos pro-

genitores, cuya única comunicación se reduce al reproche (por ser benévolo) recíproco.

Esas medidas correctoras consistirán:

– Por un lado, en que las entregas y recogidas del niño por parte de su padre, se realicen en el centro escolar donde cursa sus estudios. De esa manera, se favorecerá y fomentará el contacto y corresponsabilidad parental en el sentido apuntado, y por otro se evitarán roces, malentendidos, discusiones, fruto de inmadurez, y que estaría abocado a padecer su hijo *per secula seculorum*. De esa manera el padre recogerá a Manuel a la salida del colegio los miércoles y viernes alternos, y lo reintegrará a la entrada de clase los jueves y lunes (sólo en caso de coincidencia en días festivos, la entrega y recogida se efectuarían en el domicilio materno).

– Por otra parte, se impondrá a ambos progenitores (siguiendo el consejo del médico forense especialista en psiquiatría y el que también aconseja el más elemental sentido común) que se sometan a proceso de terapia por el cambio en el Centro de Unidad de Día del Hospital Virgen Macarena. Con ello se pretende que, por fin, ambos puedan superar las secuelas psicológicas y trastornos que les ha deparado su ruptura. Una desvinculación que ha derivado en conflictividad familiar patológica que incluso sería incapaz de remediar un proceso de mediación familiar. De su grado de implicación y participación en ese proceso de terapia, dependerá, en definitiva, algo que debería aunar sus voluntades: la felicidad y estabilidad psicológica y emocional de su hijo Manuel.

Revista de Derecho de

familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

Las adopciones constituidas con arreglo al vigente derecho etíope cumplen la regla de correspondencia de efectos y, por tanto, pueden ser reconocidas en España como verdaderas adopciones.

DGRN RESOLUCIÓN DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2006

Se trata de la adopción que constituye una ciudadana española de un menor etíope nacido en 1998. La constitución de la adopción, formalizada conforme a la ley local etíope mediante contrato entre la adoptante y el orfanato que tenía confiada la tutela legal del menor, fue ratificada por las autoridades judiciales etíopes competentes, en particular, mediante Resolución del Juzgado Federal de Primera Instancia de 30 de diciembre de 2005. En dicha Resolución consta de forma expresa y destacada que los padres biológicos del menor adoptado han fallecido. La adoptante, por su parte, había obtenido previamente en España el correspondiente certificado de idoneidad. El Registro Civil Central denegó la inscripción de la adopción por falta de correspondencia de efectos de la adopción etíope con la española y con apoyo en la Resolución de este Centro Directivo de 6-1.^a de abril de 2006, Resolución cuyo fundamento de Derecho III reproduce y que es del siguiente tenor: «III. Conforme al artículo 9.5.º del Código Civil, «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española». Si se tiene en cuenta que la adopción única que regula el Código Civil español supone la integración a todos los efectos del adoptado en la familia del adoptante o adoptantes y, como regla, la ruptura total de vínculos con la familia anterior y la irrevocabilidad de la adopción (cfr. artículos 108, 176, 178 y 180 CC), mientras que en la adopción etíope el adoptado conserva los vínculos con su familia de origen (cfr. artículo 183 Código de Familia etíope) y la adopción está sujeta a numerosas causas de posible revocación (cfr. artículos 195 y 196 del Código de Familia etíope), frente al carácter excepcionalísimo que presenta en el ordenamiento jurídico español y la ineficacia de la adopción respecto de aquellos familiares del adoptante que se hayan opuesto expresamente a la adopción (cfr. artículo 182), hay que concluir que la adopción constituida en Etiopía por un matrimonio español en favor de tres menores no guarda

puntos de contacto con la adopción del Código Civil español y no puede considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que contiene el artículo 1.º de la Ley del Registro Civil, so pena de producir graves equívocos en cuanto a la eficacia de la adopción inscrita. Por tanto, para que la adopción etíope pueda transformarse en España en adopción en el sentido pleno de este concepto según el Código Civil, es precisa la intervención de la autoridad judicial española competente». El criterio acogido en esta Resolución, sin embargo, ha sido completado y matizado posteriormente a través de la Resolución de Consulta dictada por este mismo Centro Directivo, con fecha 11 de julio de 2006, que contiene sobre la materia un detallado cuerpo de doctrina que ha de servir de pauta para resolver el presente recurso.

La cuestión planteada versa sobre la posible inscripción en los Registros Civiles españoles de las adopciones que puedan constituirse en Etiopía por ciudadanos españoles residentes en España a favor de menores de nacionalidad etíope. Tales adopciones serán inscribibles siempre que se pueda alcanzar la conclusión de su validez jurídica y su documentación auténtica, y siempre que la adopción etíope pueda considerarse institución equivalente a la adopción española.

Tal validez jurídica será predicable en todos los supuestos en que la adopción respectiva se haya constituido ante la autoridad etíope competente en la forma establecida por la *lex loci* y que se haya aplicado la ley etíope del adoptando en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios (cfr. artículos 9.5 y 11 CC). Presupuesto lo anterior, la cuestión se centra en determinar si, dada la falta de ratificación por parte de Etiopía del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional y la ausencia de Convenios bilaterales en la materia entre Etiopía y España, es aplicable al caso la previsión, introducida en el artículo 9.5 del Código Civil por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, en el sentido de que: «no

será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española», lo cual no siempre resulta fácil de determinar, ya que, si la simple aplicación del Derecho extranjero plantea dificultades cuando se trata de acreditar su contenido y vigencia (*cf.* artículo 12.6 CC), es evidente que la tarea es aún más delicada cuando no sólo hay que desentrañar el alcance de una institución extranjera, sino que es necesario, además, efectuar una labor de comparación entre una determinada institución extranjera y la correlativa institución española. Esta labor requiere aquí confrontar si los efectos de la adopción etíope «se corresponden» con la adopción española, regulada por el Código Civil.

El artículo 9.5.IV del Código Civil dispone que no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española. Y es que, como puso de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del propio Código Civil, incluso en el caso de que la adopción constituida por españoles en el extranjero se haya, ajustado a las directrices del Convenio de La Haya, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho el 29 de mayo de 1993, no puede evitarse que existan diferencias entre los efectos de la adopción extranjera y los que produce esta institución en España. Incluso cuando la adopción haya sido certificada conforme al Convenio (artículo 23), su reconocimiento obligado en España no puede llegar a transformar automáticamente una adopción simple en una adopción con plenitud de efectos como es la española. Así lo admite el mismo Convenio de La Haya en su artículo 27 al prever la conversión de la adopción en el Estado de recepción.

Pues bien, sobre esta exigencia de «correspondencia de efectos» han recaído ya diversos pronunciamientos de esta Dirección General que, dado su valor interpretativo, resulta conveniente sistematizar:

Primero.-Los «concretos efectos» de la adopción extranjera que se deben corresponder con los previstos por la Ley española son los siguientes:

1.º Establecimiento del mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza. Se trata de un efecto absolutamente fundamental. La adopción debe ser en este sentido «una institución que procura el desarrollo integral del niño en el seno de una familia estableciendo el mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza» (*cf.* Resoluciones de 4-3.ª de octubre

de 1996, 30 de marzo de 1999, 9-9.ª de septiembre de 2002 y 24-3.ª de septiembre de 2002).

En este sentido hay que recordar que en el Derecho español la adopción ha sido definida como el acto judicial por el que se hace efectiva la voluntad de una persona o pareja de que legalmente sea hijo suyo quien por naturaleza no lo es. Ello supone que el título de atribución del estado civil de filiación no es sólo el hecho de la generación, filiación que tiene lugar por naturaleza, sino también por un acto jurídico, y no hecho natural, a través de la adopción (artículo 108 CC). La naturaleza de esta materia (relación de filiación) exige que no quepan otras modalidades que las estrictamente previstas en la ley. Se trata, por tanto, de una materia sujeta a un régimen jurídico de *ius cogens*. En concreto desde la reforma del Código Civil de 1987 en el Derecho español tan sólo existe una única modalidad de adopción, que incluso supera en efectos a la antiguamente denominada adopción plena, pues dicha reforma implantó el principio de la equiparación plena entre la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva.

De hecho, la filiación adoptiva no crea un simple *status filii* (o relación paterno-filial entre adoptante y adoptado), sino un *status familiae* (esto es, una relación no sólo respecto del adoptante, sino también respecto de la familia de éste); además, el vínculo de filiación creado por la adopción ha de surtir los mismos efectos y tener el mismo contenido en derechos y deberes que los que se derivan del vínculo de la filiación natural.

2.º Extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (artículo 178 Código Civil), como ha señalado esta Dirección General de los Registros y del Notariado (*cf.* Resoluciones de 19 de mayo de 2001, 5-2.ª de abril de 2000, 30 de marzo de 1999, 9-9.ª de septiembre de 2002, y 4 de julio de 2005). Se trata de un efecto paralelo al anterior basado en la idea de que la filiación es indivisible y no compartida entre dos familias.

3.º Carácter irrevocable de la adopción. Así lo proclama con claridad el artículo 180 del Código Civil en su núm. 1, conforme al cual «la adopción es irrevocable», y así lo ha venido interpretando la doctrina oficial de este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones de 1-2.ª de septiembre, 1995, 9-9.ª de septiembre de 2002 y Consulta DGRN de 22 de diciembre de 2004, entre otras).

Una adopción revocable por los particulares no podrá acceder a los Registros españoles. Ahora bien, el mismo artículo 9 núm. 5-IV del Código Civil indica que los adoptantes pueden renunciar a la revocabilidad en documento público o por comparecencia ante el encargado del Registro civil, con lo que la adopción extranjera en tales

casos puede inscribirse en los Registros españoles y surte efectos en España (*vid.* Resolución de 6-2.^a de mayo de 2000). En el caso de las revocaciones judiciales o decretadas por la autoridad judicial, es necesario un estudio, caso por caso, en función de las causas a que pueda responder dicha revocación, partiendo en todo momento del dato de referencia de que incluso los supuestos de extinción judicial de la adopción presenta en nuestro Derecho un carácter excepcionalísimo, limitado a los casos en que el padre o la madre, sin culpa suya, no hubieren tenido la intervención en el expediente de adopción que prevé el Código Civil –artículo 180.2 CC (*cf.* Resoluciones de 11-1.^a de marzo de 1997, 30 de marzo de 1999 y Consulta DGRN de 2 de diciembre de 2004)–.

Además, como elemento distinto al de la revocabilidad, el acto a través del cual se constituye la adopción por autoridad extranjera debe ser «firme» por haber precluido los plazos previstos, en su caso, para su impugnación, o por haber sido desestimados los recursos que contra ésto se hayan podido interponer (Consulta DGRN de 22 de diciembre de 2004).

Segundo.-La «correspondencia de efectos» no debe ser absoluta o total, pero sí «fundamental», y en este sentido resulta más apropiado hablar de «equivalencia» que de «igualdad» de efectos (*cf.* Resoluciones de 9-9.^a de septiembre de 2002, 24-3.^a de septiembre 2002 y Consulta DGRN de 2 de diciembre de 2004).

Pues bien, existen «adopciones extranjeras» cuyos efectos no son equiparables a los que produce la adopción regulada en España y que, por tanto, no surten efectos en España como «adopciones». Éste es el caso de las denominadas «adopciones simples» o «menos plenas». Se trata de una modalidad de adopción en las que sí se produce el efecto de la creación de vínculos de filiación entre adoptado y adoptantes, pero en la que no se produce el efecto paralelo al anterior de ruptura de los vínculos con la familia de origen y que, además, no suele surtir los mismos efectos que la adopción plena en lo que se refiere al «contenido de la filiación» y que, finalmente, presentan con frecuencia carácter revocable.

El caso al que se refiere el presente recurso es el de la adopción regulada por la legislación de Etiopía y, en definitiva, se centra en determinar si los efectos que dicha legislación atribuye a las adopciones constituidas a su amparo se corresponden o no con los previstos por la legislación española a los efectos de lo establecido en el artículo 9.5 del Código Civil español, esto es, a fin de poder reconocer tales adopciones en España, condición necesaria previa a su inscripción en el

Registro Civil español (*vid.* Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor). Como ya se ha indicado en la reciente Resolución de esta Dirección General de los Registros y del Notariado, de Resolución de 6-1.^a de abril de 2006, este Centro Directivo resolvió el recurso interpuesto contra una denegación de inscripción de una adopción constituida por un matrimonio español, él de origen etíope, de tres sobrinos del marido, etíopes, menores de edad, nacidos respectivamente en 1988, 1989 y 1991, partiendo de la prueba del Derecho etíope disponible en tal momento y procediendo a la compleja exégesis comparativa entre el Derecho extranjero –en este caso etíope– y el español en esta materia, alcanzando la conclusión, en el caso examinado, de la falta de correspondencia de efectos entre la adopción etíope concreta cuestionada y la regulada por el Derecho español.

En el enjuiciamiento de esta cuestión por parte de la citada Resolución, un aspecto clave para llegar a la conclusión de la falta de correspondencia de efectos entre la adopción examinada y la prevista en la legislación española fue el dato de que la ley etíope no anuda a la adopción el efecto de producir la ruptura de los vínculos con la familia de origen. Antes, al contrario, expresamente se declara la subsistencia de tales vínculos. En concreto, el Código de Familia Revisado (*Proclamation* núm. 213/2000, de 4 de julio), publicado en la *Federal Negarit Gazette (Addis Abeba)*, dispone en el núm. 1 de su artículo 183 que el niño adoptado conservará sus vínculos con la familia de origen (*The adopted child shall retain his bonds with the family of origin*). Ahora bien, éste es un dato que resultaba decisivo en el contexto de las circunstancias propias del caso concreto resuelto por la reiterada Resolución de 6-1.^a de abril de 2006, toda vez que los menores adoptados, de 16, 15 y 13 años de edad respectivamente en el momento de su adopción, no se encontraban ni en situación de desamparo ni en situación de acogimiento o tutela legal por parte de ningún orfanato o centro público o privado dedicado a la guarda de menores, sino, de acuerdo con el conocimiento adquirido por este Centro Directivo, plenamente integrados en su familia de origen, situación en la cual el mantenimiento de los vínculos con ésta adquiere una relevancia jurídica que no presenta en los supuestos de niños abandonados, o en situación de desamparo por fallecimiento, ausencia o incapacidad de sus progenitores y en aquellos otros casos de menores cuyos padres son desconocidos o respecto de los cuales no se ha podido determinar legalmente su relación de filiación.

La cuestión que ahora se plantea es la de si la doctrina oficial de este Centro Directivo, conteni-

da en la citada Resolución de 6-1.^a de abril de 2006, es extrapolable a toda adopción constituida con arreglo a la legislación etíope o si, por el contrario, se debe entender limitada a los supuestos indicados de adopción de niños de padres conocidos y que no se encuentren incursos en ninguna de las circunstancias antes indicadas de fallecimiento, ausencia o incapacidad a que se refiere el artículo 191, núm. 2, del Código de Familia Revisado de Etiopía. A fin de dar respuesta general a este interrogante, se impone la necesidad de realizar un riguroso y detallado análisis del Derecho etíope en cuanto a los tres efectos fundamentales derivados de la adopción regulada por el Derecho español en los que se ha de apreciar equivalencia entre ambos Ordenamientos, esto es, establecimiento de un nuevo vínculo de filiación entre el adoptado y el adoptante, ruptura de los vínculos con la familia de origen e irrevocabilidad de la adopción. Para ello examinaremos cada uno de estos tres aspectos de forma separada, no sin recordar que la «correspondencia de efectos» que exige el artículo 9.5 del Código Civil no implica una coincidencia absoluta o total, pero sí de sus elementos fundamentales, por lo que ha de apreciarse una situación de «equivalencia» de efectos, sin que llegue a ser exigible una «identidad» o «igualdad» plena de efectos.

1.º Establecimiento del mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza. Éste es un requisito, como antes se indicó, absolutamente fundamental, esencial y que no admite excepción o modulación alguna. Requisito que no hay dificultad en entender concurrente en el caso de las adopciones etíopes a la vista de los siguientes datos resultantes del Código de Familia etíope:

a) En la adopción etíope el niño adoptado será considerado, a todos los efectos, hijo del adoptante (artículo 181. *Effects: «an adopted child shall, for all purposes, be deemed to be the child of the adopter»*); en coherencia con tal postulado, el Código Civil en su artículo 556 sanciona la creación de vínculos no sólo de consanguinidad, sino también de afinidad en virtud del contrato de adopción —la adopción etíope parte de un contrato, «contract of adoption o *agreement of adoption*, pero que ha de ser aprobado judicialmente para devenir eficaz *ex* artículo 194 del Código de Familia— (artículo 556: *Relationship by adoption: «Bonds of consanguinity and affinity may be created by a contract of adoption»*); este precepto, a su vez, se remite al artículo 796 que confirma la creación del nuevo vínculo de filiación, al disponer en su número 1 que «A bond of filiation may be created artificially by a contract of adoption between the adopter and the adopted child».

b) La legislación etíope manifiesta una clara preocupación por este extremo, también en su vertiente práctica y no solamente jurídica, al

imponer al Tribunal que ha de aprobar la adopción cuando, con arreglo a la información disponible, pueda concluirse que el adoptante tratará al adoptado como a su propio hijo y no abusará de él (*cf.* artículo 194, núm. 4).

c) De acuerdo con la *Ethiopian Nationality Proclamation* (núm. 378/2003), a los efectos de la atribución o reconocimiento de la nacionalidad etíope, el término «niño» incluye a los «niños adoptados» (*cf.* artículo 2 núm. 3) y los menores adoptados adquieren la nacionalidad etíope cuando el adoptante o adoptantes sean nacionales etíopes y vivan con ellos en Etiopía (*cf.* artículo 7).

d) Como consecuencia de lo indicado, puede entenderse cubierta la exigencia derivada del principio de equiparación que resulta del artículo 108 de nuestro Código Civil según el cual «la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código», lo que supone que la filiación adoptiva crea no sólo un *status filii* o relación paterno-filial entre adoptado y adoptante, sino también un *status familiae* o vínculo de parentesco entre el adoptado y los miembros de la familia del adoptante. Esta conclusión procede no sólo de la regla general contenida en el artículo 181 del Código de Familia Revisado etíope, antes transcrito, sino también de su excepción, resultante de la remisión que contiene al artículo 182 del mismo Cuerpo legal, conforme al cual la adopción no producirá efectos respecto de los ascendientes o colaterales del adoptante que expresamente se hayan opuesto a la adopción y hayan formalizado su oposición dentro del año siguiente a la aprobación del acuerdo de adopción por el Tribunal, lo cual confirma precisamente que la regla general es que, a falta de dicha oposición expresa dentro del limitado plazo de caducidad que se señala, la adopción etíope genera el *status familiae* que caracteriza a la adopción en el Derecho español (*vid.* artículo 796 núm. 2 Código Civil etíope). Por lo demás, también el «contenido» de la filiación es idéntico en cuanto a derechos y deberes en el Derecho etíope y en el Derecho español, al no preverse ninguna restricción respecto de los adoptados en materia de orden sucesorio, derechos legitimarios, derecho de alimentos, formas de ejercicio o causas de extinción de la patria potestad, etc.

2.º Extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. Se trata de un efecto que resulta en el Derecho español inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 178 núm. 1 del Código Civil: «La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior». Se trata de un efecto complementario y paralelo al anterior por partirse de la premisa de que la filiación es indivisible y que,

como regla general, no puede ser compartida por dos familias.

Y es justamente aquí donde se produce el principal punto de fricción entre la regulación de las adopciones en el Derecho español y el Derecho etíope, ya que este último en el artículo 183 núm. 1 prescribe el mantenimiento de tales vínculos. Ahora bien, el problema tan sólo se planteará cuando se dé el presupuesto previo de que los padres biológicos del menor adoptado sean conocidos. En defecto de filiación biológica conocida y legalmente determinada, por definición, no se producirá la concurrencia de filiaciones duplicadas o concurrentes entre los padres biológicos y los adoptivos, sin que la eventual determinación legal posterior a la adopción de la filiación materna y/o paterna por naturaleza pueda alterar la validez plena de la adopción, toda vez que en virtud de la adopción el menor adquiere la nacionalidad española de origen (*cf.* artículo 19 núm. 1 CC), lo que supone que el contenido de su filiación, incluso adoptiva, se rigen por la nueva ley personal del hijo (*cf.* artículo 9 núm. 4 CC), esto es, por la ley española, dando entrada a la previsión contenida en el artículo 180 núm. 4 del Código Civil, según el cual «la determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado no afecta a la adopción».

La cuestión queda, por tanto, reducida a aquellos otros casos en que, encontrándose el menor sujeto a un régimen de tutela o guarda legal (requerimiento que impone el artículo 185 del Código de Familia etíope que en cuanto a los requisitos subjetivos del adoptando los define estableciendo que «*Any person who is less than eighteen years of age and under guardianship may be adopted*»), y aun siendo conocida su filiación, se produzca la circunstancia de que ambos progenitores hayan fallecido (supuesto al que corresponde el caso concreto ahora examinado según resulta de la propia resolución judicial de constitución de la adopción), se encuentren ausentes o carezcan de la capacidad para prestar el consentimiento que, en ausencia de tales circunstancias, prescribe el artículo 191 del Código de Familia. Es en estas situaciones intermedias en que la filiación es conocida, pero los padres no se encuentran en condiciones aptas para atender las obligaciones de cuidado y educación del menor, generando una situación de desamparo que da lugar a la intervención de los centros públicos o privados a que se refiere el artículo 192 del Código de Familia a fin de poder asumir la custodia del menor, en las que la falta de ruptura de los vínculos con la familia de origen pueden plantear dudas en cuanto a su eficacia obstativa del juicio de equivalencia de efectos con respecto a las adopciones españolas, dado que aquellas circunstancias, no en el supuesto de fallecimiento

de ambos progenitores, pero sí en los de ausencia y de incapacidad, pueden presentar una gradación muy diversa en los distintos casos de la realidad práctica, pudiendo darse el caso de la aparición sobrevinida del progenitor ausente o la recuperación de su capacidad y aptitud para el ejercicio de su deberes paterno-filiales y para la eventual reclamación de los derechos recíprocos del progenitor anteriormente incapaz.

Es aquí donde un minucioso examen del Derecho positivo etíope, con arreglo a los textos normativos de que ha adquirido nuevamente conocimiento oficial este Centro Directivo, descubre la existencia de importantes argumentos jurídicos para sostener la escasa virtualidad práctica y la exigua relevancia jurídica del mantenimiento de los vínculos con la familia de origen según resulta de los siguientes extremos:

a) La adopción internacional a favor de adoptantes extranjeros se configura en el Código de Familia etíope como marcadamente subsidiaria en el caso de que se ponga de manifiesto la inexistencia de otras alternativas para el cuidado y educación del niño. En concreto, el artículo 194 del citado Código ordena al Tribunal que ha de aprobar la adopción cuando, antes de proceder a su aprobación, tome especialmente en consideración que «d) *where the adopter is a foreigner, the absence of access to raise the child in Etiópia*», insistiendo el último párrafo de este mismo precepto en que la actuación del Tribunal habrá de ser especialmente cautelosa en la investigación de las restantes circunstancias a que se refiere (opinión del niño y del tutor, idoneidad del adoptante, etc.) cuando el adoptante sea un extranjero (repárese en que esta circunstancia no concurría en el caso resuelto por la Resolución de 6-I.^a de abril de 2006 en que el adoptante, etíope de origen, había adquirido la nacionalidad española por residencia sin que este hecho suponga la pérdida de la nacionalidad etíope si no media renuncia expresa de ésta: artículo 10 de la *Ethiopian Nationality Proclamation*).

b) Pero aun siendo importante el dato anterior, el que resulta decisivo en este proceso interpretativo es el que emerge de la lectura del apartado 3 del artículo 183 del Código de Familia etíope, conforme al cual «*Wherever a choice has to be made between the family of adoption and the family of origin, the family of adoption shall prevail*», del que resulta un claro principio de prelación o preferencia a favor del vínculo filial resultante de la adopción respecto del vínculo subsistente derivado de la procreación natural en cualquier caso de colisión, conflicto o incompatibilidad entre ambas filiaciones, según la interpretación más plausible del transcrito precepto. Desde esta perspectiva, reducida así la subsistencia de los vínculos con la familia de origen al ámbito

de los efectos compatibles con la filiación adoptiva, desaparece la confrontación o falta de equivalencia con el Derecho español, ya que también en éste se mantiene un ámbito de eficacia residual de la filiación natural, en concreto, exceptuándose tal ruptura de vínculos en cuanto a los impedimentos matrimoniales –por razón de parentesco (cfr. artículo 178 núm. 3 y 47 núm. 1 y 2 CC)– y admitiendo la posibilidad de la reviviscencia de la patria potestad de los progenitores naturales y de extinción de la adopción cuando sin culpa del padre o de la madre no hubieren intervenido en el expediente de adopción a fin de expresar su consentimiento o asentimiento a la adopción (cfr. artículo 180 núm. 3), sin perjuicio de la conservación de la nacionalidad y de los efectos patrimoniales ya producidos.

c) A lo anterior se suma el hecho de que en cuanto a lo que parte de nuestra doctrina civilística ha denominado «nueva estructuración de las relaciones de filiación», junto con los supuestos de adopciones de «sustitución total», bien de carácter doble (en que se sustituye el doble vínculo de la filiación natural materna y paterna por otro vínculo doble en los casos de adopción conjunta por dos personas admitidos legalmente) bien de carácter simple (en que el doble vínculo de la filiación natural se sustituye por una única relación de filiación), existen los supuestos de adopciones de «sustitución parcial», previstas legalmente en los casos en que «el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido» y cuando «sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir» (cfr. artículo 178 núm. 2 CC), supuestos que demuestran que el requisito de la ruptura de vínculos con la familia anterior no es absoluto, sino sujeto a ciertas excepciones, lo que permite introducir un factor de flexibilidad en la interpretación de este extremo siempre que quede salvaguardada la finalidad que se persigue por el artículo 9.5 del Código Civil con el requisito de la «correspondencia de efectos».

3.º Finalmente, se exige que la adopción constituida ante autoridad extranjera tenga carácter irrevocable. Así resulta del artículo 180 núm. 1 del Código Civil que categóricamente dispone que «la adopción es irrevocable». En la legislación etíope encontramos en este punto una clara antinomia, ya que si, por una parte, el artículo 195 del Código de Familia, titulado «Irrevocabilidad de la adopción», comienza formulando la proposición de que «la adopción no puede ser revocada por ninguna razón», a continuación introduce

diversas causas en presencia de las cuales se puede excepcionar dicha regla general, causas vinculadas al maltrato de que el adoptante pueda hacer objeto al adoptado (sometimiento a trato similar a la esclavitud, forzarle a realizar actos inmorales o cualquier otra actuación que pueda ir en detrimento de su futuro), es decir, que se admite la revocación de la adopción en presencia de actos que supongan un grave incumplimiento de los deberes de cuidado y educación del menor propios de la patria potestad (cfr. artículo 154 CC). Pero no es la admisión de excepciones a la regla general lo que determina la antinomia o contradicción normativa antes aludida, sino el hecho de que, frente a la admisión de tales excepciones por parte del *Revised Family Code*, el Código Civil etíope en su artículo 806 de forma apodíctica y sin límite o excepción alguna declara que «*Adoption may not be revoked for any reason*». En cualquier caso, sea cual fuere el criterio jurídico interno utilizado por el Ordenamiento jurídico etíope para la superación de tal contradicción, lo que pone de manifiesto este último precepto es que frente a un principio general tan categórico cualquier excepción habrá de ser interpretada cautelosa y restrictivamente y siempre en beneficio e interés del menor.

Ahora bien, como se ha indicado más arriba, ha de distinguirse en esta materia entre los supuestos de revocación voluntaria por parte del adoptante de aquellos otros en que la revocación tiene lugar por resolución judicial. Son los primeros en los que la imposibilidad del acceso de la adopción internacional al Registro Civil español es manifiesta, salvo que se formalice la renuncia a la revocación en la forma prevista por el artículo 9 núm. 5-IV del Código Civil, según la fórmula que fue incorporada a su redacción por la Ley 18/1999, de 18 de mayo. Por el contrario, en el caso de las revocaciones judiciales, se hace preciso, a fin de verificar la concordancia o equivalencia de efectos con la adopción española, realizar un estudio detallado de las causas concretas que podrán ser invocadas ante el Tribunal para obtener la revocación e, incluso, de las reglas de legitimación procesal activa. En el caso de las adopciones etíopes es cierto que la enunciación de las causas de revocación, en alguno de sus extremos, es muy amplia (v. gr. al referirse a cualquier actuación del adoptante que puede suponer detrimento para el futuro del adoptado), aspecto este que fue ponderado por la Resolución de este Centro Directivo de 6-1.ª de abril de 2006, pero también es cierto que en todo caso las citadas causas de revocación están inspiradas en el principio del interés superior del menor que, de forma sustancialmente coincidente a como se formula en la Ley Orgánica

española 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se manifiesta también en la regulación que sobre la adopción se contiene en el Código etíope de la Familia, curiosamente de forma aún más acentuada cuando el adoptante sea un ciudadano extranjero, en cuyo caso el Tribunal no deberá aprobar la adopción a menos que una autoridad competente para velar por el bienestar del niño, después de haber obtenido y analizado toda la información personal, social y económica relevante del adoptante, llegue al convencimiento de que el acuerdo de adopción es beneficioso para el niño (*cf.* artículo 193 núm. 1). Si a ello se añade que el adoptante no figura entre los legitimados procesalmente para promover la acción de revocación, correspondiendo la postulación activa al adoptado, a las autoridades públicas competentes para velar por el bienestar de los niños o a otros interesados, sin perjuicio de la obligada audiencia

al adoptante (*cf.* artículo 196 Código de Familia), se alcanza la conclusión de la falta de relevancia suficiente que, a fin de impedir un juicio favorable de equivalencia de efectos entre la adopción etíope y la española, presenta la admisión de las causas de revocación analizadas, al menos por sí solas, esto es, si no entran en concurrencia con otros motivos o elementos de falta de coincidencia entre ambas adopciones.

En consecuencia, puede concluirse que las adopciones constituidas con arreglo al vigente Derecho etíope en los casos examinados cumplen la regla de «correspondencia de efectos» impuesta por el artículo 9 núm. 5 del Código Civil y, por tanto, pueden ser reconocidas en España como verdaderas adopciones en el sentido pleno del término propio del Derecho español y, en su virtud, siempre que se cumplan los demás requisitos legales, ser inscritas en el Registro Civil español.

FILIACIÓN

Denegación del reconocimiento de paternidad realizado por una persona incapaz respecto a un hijo mayor de edad, aunque cuente con la asistencia del tutor.

DGRN RESOLUCIÓN DE 9 DE ENERO DE 2007

Se trata del reconocimiento de un hijo mayor de edad, que efectúa el presunto padre, asistido de su tutora, mediante comparecencia, de 18 de julio de 2005, después de que, respecto de éste, se dictara sentencia de incapacitación (12 de abril de 2005) y de que en procedimiento de jurisdicción voluntaria se le nombrase tutor (sentencia de 15 de junio de 2005). Examinado por el médico forense, éste emite informe concluyendo que el presunto padre «desconoce el alcance y repercusión que conlleva el reconocimiento filial. Su intención es igualar a sus dos hijos (ambos nacidos sin vínculo matrimonial)». El Ministerio Fiscal se opuso al reconocimiento y la Juez Encargada dictó auto denegando su aprobación judicial, sin perjuicio de las acciones civiles que pudieran corresponder a la persona a la que dicho reconocimiento se refería. Este auto constituye el objeto del presente recurso.

El reconocimiento que otorga una persona declarada incapaz necesita para que sea válido la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal (*cf.* artículo 121 CC) y, siendo el reconocido mayor de edad, también precisa su consentimiento (*cf.* artículo 123 CC) que, en este caso, ha sido prestado. Se trata de una norma expresa sobre

capacidad para reconocer, que introdujo en el Código Civil la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, resolviendo así una laguna legal que había generado controversia en la doctrina e inseguridad jurídica. El término «incapaz» que emplea el artículo 121 de Código Civil debe entenderse referido a las personas judicialmente incapacitadas, como sucede en el caso del presente recurso.

Ahora bien, siendo en la actualidad modulable la incapacitación, admitiendo diversidad de grados en función del contenido concreto de la sentencia, la cual habrá de determinar la extensión y límites de éste (*cf.* artículo 210 CC), el elemento decisivo ante un supuesto de reconocimiento de paternidad otorgado por un incapaz es que la sentencia haya extendido la incapacitación respecto de los actos relativos al Derecho de la persona y la familia, resultando intrasendente su alcance respecto de los actos patrimoniales, como así acaece en el presente caso en que la incapacitación se ha declarado judicialmente con carácter de total.

Por otra parte, se ha de destacar que la aprobación judicial del reconocimiento, con audiencia del Ministerio Fiscal, es un requisito no de mera eficacia, sino de validez del reconocimiento. No

se trata de un mero complemento de capacidad, sino de un requisito legal a cuyo cumplimiento se subordina la validez y la misma existencia jurídica del reconocimiento como título de atribución o determinación de la filiación. Lo que la ley no precisa son los criterios objetivos que habrá de seguir el Juez para la concesión o denegación de la aprobación solicitada, pero es indudable que su apreciación deberá estar basada, por un lado, en la verosimilitud de la progenie alegada respecto del reconocido y, de otra parte, en la existencia o ausencia de verdadero discernimiento y voluntad en el autor del reconocimiento, aun cuando la lucidez y discernimiento no sean permanentes si el reconocimiento ha tenido lugar en intervalo lúcido a semejanza de lo que prevé el artículo 665 del Código Civil respecto del otorgamiento de testamento por loco o demente en intervalo lúcido.

Centrada la cuestión del presente recurso en el grado de incapacitación de quien hace el reconocimiento, a fin de conocer si éste tiene consciencia

suficiente del acto de otorgamiento que realiza, de lo que, en este caso, va a depender su validez, es lo cierto que no se aporta nada en el recurso que pueda desvirtuar los hechos constatados en el expediente, cuales son, la declaración de incapacidad total para regir su persona y bienes, contenida en la sentencia de incapacitación, la percepción directa de la propia Juez Encargada ante quien el interesado compareció para efectuar el reconocimiento y, finalmente, el examen médico de cuya conclusión se ha hecho anterior referencia.

Finalmente, en nada desvirtúa la conclusión anterior el hecho de que el reconocimiento sea consentido por el tutor del incapaz, pues el reconocimiento de un hijo es un acto personalísimo que entra de lleno en el ámbito de las excepciones al principio de sustitución que configura el artículo 267 del Código Civil como sucede, como regla general, en relación con los actos jurídicos que configuran su estado civil a los que, en consecuencia, no se extiende la representación legal del tutor.

FILIACIÓN

Denegación de la inscripción del reconocimiento de filiación paterna efectuado, al tratarse de un reconocimiento de complacencia, sin que sea obstáculo para ello que se haya presentado una prueba biológica, ya que al no haberse practicado ésta dentro de un procedimiento judicial y con las debidas garantías, resulta ineficaz.

DGRN RESOLUCIÓN DE 23 DE ENERO DE 2007

Se trata de un reconocimiento de paternidad que hace en Venezuela un ciudadano, nacido en España en 1934, de una venezolana nacida en Venezuela en 1973, que pretende que se inscriba en el Registro español como trámite previo al ejercicio de la opción a la nacionalidad española prevista en el artículo 17.2 CC. El Encargado del Registro Consular, tras dar trámite de audiencia a los presuntos padre e hija, llega al convencimiento de que se trata de un reconocimiento de complacencia y deniega la inscripción, mediante auto de 8 de marzo de 2006. Con el recurso la interesada aporta el resultado de una prueba biológica de paternidad, de fecha 6 de septiembre de 2005, efectuada en un Centro de Venezuela, en el que se concluye que la probabilidad de paternidad de la persona que la reconoce es del 99,999993%.

No hay duda de que la regulación de la filiación en el Código Civil se inspira en el principio de la veracidad biológica, de modo que un reconocimiento de la paternidad no matrimonial es nulo de

pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad.

Así ocurre en este caso a la vista de las declaraciones realizadas en audiencias separadas por la interesada y el presunto padre ante el Juez Encargado del Registro Civil. En efecto, de estas audiencias resultaron como hechos objetivos la ausencia de relación alguna entre padre e hija, llegando al extremo de que el padre no supo decir tan siquiera el nombre de su hija o datos tan elementales como su edad, a qué se dedicaba o dónde vivía y que, de otro lado, no coincidieran en cómo se produjo el encuentro entre ambos después de transcurridos 36 años desde el nacimiento de ella o que el presunto padre afirmara que su hijo le había dicho que había encontrado a su hermana y ella declarase que fue un amigo quien le dijo que conocía a su padre y que éste la reconocería. Finalmente, tampoco ella tenía conocimiento algu-

no de su padre ni de su supuesta familia paterna. A todo ello se une el hecho de que, cuatro meses antes del reconocimiento, a la interesada se le había denegado un visado de trabajo por el Consulado. Todo ello obliga a calificar este reconocimiento como de complacencia, realizado en fraude de ley, poniéndose en evidencia que la interesada está persiguiendo fines migratorios acudiendo a esta figura, tras haberle sido denegado el visado, como medio instrumental para conseguirlos. La prueba de paternidad aportada, realizada fuera de un proceso judicial, no puede tener atribuida por sí sola, al no venir revestida de las garantías propias de las pretensiones y pruebas practicadas en el seno de

un proceso contradictorio y de cognición plena, fuerza vinculante para esta Administración, cuya convicción se inclina en sentido contrario habida cuenta del resto de pruebas y evidencias vertidas en estas actuaciones valoradas en su conjunto en los términos antes expuestos.

En estos casos, cuando el nacimiento ha acaecido fuera de España y el reconocido tiene la nacionalidad extranjera de la madre, el nacimiento no puede ser inscrito en el Registro español (*cf.* artículo 15 LRC), razón por la cual no debe ser reconocido en España el vínculo de filiación entre el nacido y el supuesto padre autor del reconocimiento.

PATRIA POTESTAD

Desestimación de la solicitud de cambio de nombre formulada únicamente por la madre del menor, sin que el padre, también titular de la patria potestad, haya intervenido en el expediente.

DGRN RESOLUCIÓN DE 26 DE DICIEMBRE DE 2006

Se pretende el cambio de nombre de un nacido el 6 de diciembre de 2005, hijo matrimonial, que insta la madre sin que conste en el expediente que haya habido intervención alguna del padre. Por la Juez Encargada se dictó auto denegando la solicitud, basándose en la falta de habitualidad en el uso del nombre propuesto y, consecuentemente, en la ausencia de causa.

Examinado el expediente, y con independencia del criterio mantenido en el auto impugnado, se advierte que, tratándose del cambio de nombre de un menor y sin haber constancia de que el padre se halle privado de la patria potestad (*cf.* artículo 154 CC), no ha tenido intervención promotora en el expediente, pese a ser igualmente representante legal del menor (*cf.* artículos 156 y 162 CC), siendo así que, conforme al principio general sentado en el párrafo primero del artículo 156 del Código Civil, la patria potestad se ha de ejercer conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, sin perjuicio de la validez de los actos realizados por uno de ellos conforme al uso

social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad, sin que se pueda interpretar que la promoción de un expediente registral de cambio de nombre propio integre uno de los actos que forman parte del contenido ordinario y habitual del ejercicio de la patria potestad ni tampoco, dado la excepcionalidad impuesta por el principio de la estabilidad del nombre, una de las actuaciones que usualmente son realizadas por uno solo de los cónyuges.

Los actos realizados por uno solo de los padres sin el consentimiento del otro, fuera de los supuestos de actuación unilateral previstos por la Ley, no habiendo sido confirmados por el otro progenitor, son actos anulables y claudicantes en tanto no procluye la posibilidad de la impugnación (*cf.* artículo 1301 CC), por lo que tales actuaciones individuales en el ejercicio de la patria potestad no pueden obtener el reconocimiento que de su validez implica la inscripción en tanto no se acredite debidamente la causa que conforme a la ley permite prescindir de la intervención del otro progenitor.

MATRIMONIO

No puede inscribirse un matrimonio *in articulo mortis* si el contrayente no prestó su consentimiento, aun cuando se hubiese iniciado el expediente matrimonial y aquél se hubiese ratificado en él.

DGRN RESOLUCIÓN DE 9 DE ENERO DE 2007

Se pretende por los interesados que sea inscrito un matrimonio *in articulo mortis* basándose en que, aun cuando no pudo celebrarse por fallecimiento de uno de los contrayentes, éstos tenían la intención inequívoca de contraerlo y no lo hicieron por causas ajenas a su voluntad. Dicha intención de contraer matrimonio se revela, a criterio de los interesados, en que los futuros contrayentes tenían instado expediente matrimonial, que habían ratificado. Por todo ello solicitaron que se tuviese por prestado el consentimiento matrimonial. En el informe de alta hospitalaria, el Director Médico hizo constar que la Sra. A. le pidió que la casara con el paciente, Sr. A, *in articulo mortis*, pero la asesoría jurídica del hospital y el Juzgado de guardia le informaron que no podía autorizar el matrimonio. Tampoco pudo autorizarlo el Encargado del Registro y el paciente falleció sin contraerlo. A la vista del fallecimiento el Juez, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, dictó providencia acordando el archivo del expediente. Esta providencia constituye el objeto del recurso.

No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial (*cfr.* artículo 45 CC). El consentimiento constituye el requisito esencial del matrimonio y

éste no existe si aquél no ha llegado a ser prestado ante la persona que deba autorizar el matrimonio y en presencia de dos testigos mayores de edad, salvo, en cuanto a éstos, que haya imposibilidad acreditada (*cfr.* artículo 52 CC). Repárese en que para inscribir un matrimonio en forma civil celebrado en peligro de muerte es necesario, puesto que no ha podido tramitarse el expediente previo, que se compruebe, antes de la inscripción, que concurren los requisitos legales exigidos para la celebración (*cfr.* artículo 65 CC), lo cual ha de hacerse mediante la calificación del acta levantada y de las declaraciones complementarias oportunas, que lleven al convencimiento de que no hay duda de la realidad del hecho y de su legalidad (*cfr.* artículo 256 RRC), o mediante expediente, cuando no se haya extendido la oportuna acta (*cfr.* artículo 257 RRC). Por tanto, la no formalización del consentimiento, por firme que fuese la voluntad de prestarlo, impide en el presente caso que se tenga por celebrado el matrimonio, por lo que no puede ser inscrito y, puesto que ha fallecido una de las personas que había de contraerlo (*cfr.* artículo 32 CC), tampoco es ya posible su celebración, razón por la cual ha de estimarse correcta la decisión del Juez Encargado de archivar el expediente.

MATRIMONIO

Denegación de la inscripción de un matrimonio contraído entre los interesados por el rito coránico el 26 de enero de 2002, fecha en la que la contrayente se encontraba ligada por matrimonio civil celebrado en España el 8 de julio de 1994, cuya disolución no se produjo hasta el 9 de septiembre de 2004, en que se dictó la sentencia de divorcio.

DGRN RESOLUCIÓN DE 12 DE ENERO 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 legalidad, que constituye principio básico del Registro Civil, no concurre en el caso del matrimonio con-

traído entre los interesados por el rito coránico el 26 de enero de 2002, fecha en la que la contrayente se encontraba ligada por matrimonio civil celebrado en España el 8 de julio de 1994, cuya disolución no se produjo hasta el 9 de septiembre de 2004, en que se dictó la sentencia de divorcio. Es decir,

que cuando se contrajo el matrimonio celebrado el 26 de enero de 2002 no estaba disuelto el anterior, existiendo, por tanto, impedimento de ligamen que no hacía posible su celebración (*cf.* artículo 46.2.º y 73.2.º CC) y que, consecuentemente, provocaba la nulidad del matrimonio celebrado, por lo que éste no pudo ser inscrito.

Partiendo de tal nulidad, los mismos contrayentes pretenden contraer nuevo matrimonio, esta vez en forma civil, entre sí, oponiendo el Juez Encargado a tal pretensión el obstáculo de la existencia de un previo matrimonio coránico entre los mismos interesados, generador del impedimento de ligamen. Se produce, pues, una situación aparentemente paradójica en la que, por una parte, el matrimonio coránico celebrado en 2002 no se considera válido ni inscribible a los efectos del Ordenamiento jurídico español por no haber sido disuelto el previo matrimonio civil de uno de los contrayentes con anterioridad a su celebración, pero, de otra parte, ese mismo matrimonio cuya eficacia es negada por el Derecho español produciría, sin embargo, el efecto de generar un impedimento para contraer nuevo matrimonio entre los mismos interesados.

Esa aparente contradicción se explica, no obstante, por razón de que aquel segundo matrimonio celebrado en 2002 es válido para el Ordenamiento marroquí de la nacionalidad del contrayente

extranjero, al admitir su legislación el matrimonio poligámico, siendo así que en materia de estado civil se ha de aplicar el estatuto personal de los interesados, según nuestras normas de conflicto (*cf.* artículo 9 núm. 1 CC), por lo que, de acuerdo con tal legislación, el contrayente marroquí es de estado civil casado, sin que el concreto efecto limitativo del impedimento de ligamen que se deriva de tal estado civil pueda ser excepcionado por razón de orden público, dado el carácter restrictivo con que se admite la intervención de esta institución, a diferencia de lo que sucede cuando de lo que se trata es de reconocer la validez del matrimonio poligámico en sí mismo considerado que, como tal, atenta contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer. Por ello, en este caso, lo procedente es que se inste judicialmente la nulidad del matrimonio debatido, removiendo así el obstáculo señalado en la calificación y evitando crear una indeseable situación de inseguridad jurídica que se generaría en el caso de que admitiese que en una inscripción de matrimonio en el Registro Civil español conste que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace. Recuérdese que el estado civil de cada contrayente en ese momento es un dato obligado en la inscripción del matrimonio (*cf.* artículos 35 LRC y 12 y 258 RRC).

MATRIMONIO

Las anomalías o deficiencias psíquicas, aun cuando hayan dado lugar a una incapacitación judicial del sujeto afectado, sólo impiden el matrimonio si imposibilitan el consentimiento matrimonial, lo cual se ha de determinar a través del dictamen médico previsto en el artículo 56.2 del CC, que en este caso ha sido favorable para permitir la aprobación del expediente, a pesar de la oposición de los padres de la contrayente incapaz.

DGRN RESOLUCIÓN DE 17 DE ENERO DE 2007

Se plantea en este recurso el problema de determinar si la contrayente tiene la aptitud necesaria para prestar el consentimiento matrimonial, pues éste es un requisito imprescindible del matrimonio (*cf.* artículo 45 CC), cuya falta provoca la nulidad del enlace (*cf.* artículo 73.1 CC), sosteniendo el auto recurrido la efectiva existencia de tal capacidad, criterio impugnado por los recurrentes.

Conocido es que el Código Civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de

edad para todos los actos de la vida civil (*cf.* artículo 322 CC), de forma que sólo por sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación cabe entender constituido tal estado (*cf.* artículos 199 CC y 756 a 762 LEC).

Sin embargo, es cierto que la presunción general de capacidad está sujeta a excepciones en las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado. Así sucede con el matri-

monio, porque el artículo 56 del Código Civil, después de señalar que en el expediente previo al matrimonio en forma civil debe acreditarse por los contrayentes que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código, añade en su segundo párrafo que, «si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». En el presente caso, tal dictamen no ha sido desfavorable en el sentido de constatar importantes deficiencias psíquicas con grave deterioro de la capacidad cognitiva o volitiva del individuo, sino que el dictamen técnico facultativo ha constatado meramente un «retraso mental ligero», que a juicio del Juez Encargado y del Fiscal que ha informado el expediente no alcanzan a generar una falta de la capacidad natural necesaria para prestar el consentimiento matrimonial por parte de la contrayente afectada por la deficiencia señalada.

Ahora bien, en el presente caso concurre la circunstancia de que en relación con la contrayente se ha pronunciado una sentencia judicial declarando su incapacidad total y absoluta para regir su persona y bienes, conforme a lo previsto por los artículos 199 y 200 del Código Civil, y, en su virtud, prorrogada la patria potestad de sus padres, ahora recurrentes. Se plantea, pues, la necesidad de dirimir si esta circunstancia altera la conclusión favorable a la autorización matrimonial señalada en el anterior fundamento jurídico. Pues bien, hay que recordar que en el matrimonio, como en cualquier otro negocio jurídico, se exige una real y válida voluntad no aquejada de vicios invalidantes, y que la voluntad matrimonial será inexistente si faltan los presupuestos psicológicos de la decisión

interna del contrayente y, entre ellos, un suficiente ejercicio de su razón. Sin embargo, inmediatamente hay que precisar que la solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos de Las Partidas y con las soluciones del Derecho Canónico, excluye que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyan por sí mismas impedimento para que la persona afectada por éstas pueda contraer válidamente matrimonio. Esta solución, que se fundamenta en la catalogación del derecho al matrimonio entre los derechos humanos y en su protección constitucional (*vid.* artículos 32 y 53 de la Constitución), se desprende, sin duda alguna, de la previsión contenida en el artículo 171, párrafo segundo, núm. 4 del Código Civil, conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieran sido incapacitados se extingue «por haber contraído matrimonio el incapacitado», de donde resulta *a coherentia* una inexistencia de incompatibilidad forzosa entre capacidad natural para contraer matrimonio e incapacidad judicial del contrayente.

En consecuencia, hay que concluir que las anomalías o deficiencia psíquicas, aun cuando hayan dado lugar a una incapacidad judicial del sujeto afectado, sólo impiden el matrimonio si imposibilitan el consentimiento matrimonial, lo cual se ha de determinar a través del dictamen médico previsto en el artículo 56, párrafo segundo, del Código Civil, que, en el presente caso, ha tenido el resultado antes reseñado y del que el Juez Encargado y el Fiscal que ha informado el expediente han extraído una conclusión favorable a la autorización del matrimonio, decisión que por ser ajustada a Derecho este Centro Directivo debe confirmar.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Denegación de la inscripción de unas capitulaciones matrimoniales otorgadas en Pakistán por un matrimonio mixto (española y pakistaní) al no reunir las formalidades del artículo 1357 del CC.

DGRN RESOLUCIÓN DE 12 DE ENERO DE 2007

Se ha intentado por estas actuaciones que tenga acceso al Registro Civil un documento calificado de «acuerdo prenupcial» firmado el 23 de octubre de 2002 en Karachi (Pakistán) por unos contrayentes, él de nacionalidad pakistaní y ella de nacionalidad española, ambos con residencia habitual en Pakistán en el momento de la firma del documento, el cual aparece extendido en dos folios de papel

oficial, timbrado y en el que figuran dos sellos con la siguientes leyenda: «Notarizado para ser efectivo en todos los continentes fuera de Pakistán bajo leyes internacionales», seguido de la rúbrica de M., Notario público. Con la misma fecha 23 de octubre de 2002 se celebró el matrimonio, en forma coránica, causando la correspondiente inscripción por transcripción del oportuno certificado del Registro

local en el Registro Civil Consular de España en Islamabad (Pakistán). En el citado acuerdo pre-nupcial los contrayentes convienen que su régimen económico matrimonial será el de separación de bienes. Dicho convenio, redactado en lengua inglesa y acompañado de la correspondiente traducción oficial al idioma español, y sin legalizar, se presenta en el Registro Civil español competente, en este caso en el Registro Civil Central, a fin de obtener su constancia tabular mediante la indicación correspondiente al margen de la inscripción del matrimonio al amparo de lo previsto en el artículo 77.I de la Ley del Registro Civil, conforme al cual «al margen también de la inscripción del matrimonio podrá hacerse indicación de la existencia de pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal».

La Encargada del Registro Civil Central deniega la práctica de la indicación solicitada porque «el documento realizado por los promotores en K., documento que no está legalizado, no reúne los requisitos generales que establece el artículo 1327 del Código Civil», el cual exige para la validez de las capitulaciones matrimoniales su formalización en escritura pública.

Las capitulaciones matrimoniales son un contrato accesorio del matrimonio que tiene por fin fijar un régimen económico del consorcio conyugal distinto del legal, siendo aquél y no éste el objeto de la publicidad que brinda el Registro Civil. Partiendo de esta caracterización contractual de las capitulaciones, la cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si el título formal para la práctica del correspondiente asiento registral de indicación (*cf.* artículo 77 LRC) puede estar integrado por el documento descrito en el anterior fundamento de Derecho II de esta resolución. Por tanto, la cuestión gira en torno a la validez formal de dicho título y su aptitud para provocar el acceso registral de los pactos capitulares que contiene. Se trata, pues, de una cuestión que ha de ser abordada desde la perspectiva de la eficacia extraterritorial de los documentos extranjeros.

En nuestro Ordenamiento jurídico, el artículo 11 del Código Civil favorece la validez formal de las capitulaciones matrimoniales, adoptando un sistema de puntos de conexión alternativos, de manera que la falta de reconocimiento de validez formal del acto o negocio jurídico no se dará sino cuando dicha validez sea rechazada conjuntamente por todos las leyes llamadas por los citados puntos de conexión alternativos, esto es, la ley del lugar en que se otorguen, la ley aplicable al contenido, la ley personal del disponente o la común de los

otorgantes. Basta que una sola de estas leyes admita la validez formal del acto o contrato para que tal validez sea reconocida a los efectos de nuestro Ordenamiento jurídico.

No obstante, cuando la Ley aplicable al fondo de las capitulaciones, determinada con arreglo a lo dispuesto por el artículo 9 núm. 3 del Código Civil, exige una forma jurídica *ad solemnitatem*, como sucede con el Derecho español que exige para tales pactos capitulares escritura pública bajo sanción de nulidad (*cf.* artículos 1327 y 1280 núm. 3 del Código Civil), tal forma ha de ser observada por exigencias del párrafo segundo del artículo 11 del Código, de manera que en tales casos la llamada *lex causae* impone una unidad de régimen entre el fondo y la forma, como ha destacado nuestra más autorizada doctrina internacionalista (*vid.* también Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1977). El planteamiento anterior conduce a la necesidad de despejar como cuestión previa la de determinar cuál ha de ser la ley aplicable a la regulación del contenido o fondo del acto o contrato, pues en función de que sea una u otra, podrá quedar predeterminada la aplicación de la *lex causae* también a la validez formal de aquéllos conforme al párrafo segundo del citado artículo 11 del Código Civil.

Pues bien, el singular planteamiento de la cuestión respecto de las capitulaciones matrimoniales hecha por el artículo 9 núm. 3 del Código Civil, enfocado no a determinar una ley aplicable, sino a señalar las distintas leyes que pueden ser empleadas como parámetros de validez de las capitulaciones, supone que, a los efectos del artículo 11 núm. 2, pueden ser varias las leyes que reconozcan dicha validez de fondo, cuyo régimen sobre imposición o no de determinadas formalidades puede divergir. En tal caso, se hace preciso determinar selectivamente cuál de las leyes concurrentes reclamadas por cualquiera de los puntos de conexión alternativos del citado precepto rige el fondo de las capitulaciones a efectos de determinar la exigibilidad o no de formalidades impuestas con carácter *ad solemnitatem*.

La doctrina más autorizada apunta como guía de solución el criterio *favor validitatis* que impregna el artículo 11 del Código Civil en materia de forma de los actos y contratos, lo que inclinaría a acoger como principio de elucidación del tema el de entender que la ley rectora del fondo de las capitulaciones ha de ser la menos exigente en cuanto a las formalidades extrínsecas de las capitulaciones, en este caso la menos formalista entre la ley española y la pakistaní. Pero en este caso no se cuestiona por el recurrente la exigibilidad de escritura pública como condición de validez de

las capitulaciones y de aptitud para acceder a la publicidad registral, sino que se discute sobre la condición de tal del documento calificado, que es negada por la Encargada. La cuestión queda, pues, centrada en el ámbito de la protección del tráfico jurídico externo y en la eficacia registral de los documentos extranjeros.

Para analizar la cuestión desde la perspectiva citada, hay que partir del principio de legalidad, básico de nuestro sistema registral civil, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional –artículos 2, 3 y 4 de la Ley del Registro Civil–), que están fundados, entre otros extremos, en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del Encargado (*cf.* artículo 27 de la Ley del Registro Civil), lo que en determinadas materias, como es el caso de las capitulaciones matrimoniales, se traduce en la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales (*cf.* artículos 1327 del Código Civil y 77 de la Ley del Registro Civil).

Ahora bien, si la determinación acerca de cuándo un documento español reúne las condiciones necesarias para ser calificado como público o auténtico no presenta dificultades a la vista de la definición contenida en el artículo 1216 del Código Civil, la cuestión se complica cuando se trata de un documento extranjero. Desde luego este documento habrá de tener en España fuerza con arreglo a las Leyes (*cf.* artículos 81 del Reglamento del Registro Civil, 4 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario), por haberse observado en su otorgamiento las formas y solemnidades establecidas en el país correspondiente, pero esta primera aproximación no resuelve totalmente el problema planteado, porque se trata aquí de determinar, en función de la exigencia de documentación pública para la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil español, cuándo un documento extranjero puede ser calificado como título público, y pueda así tener acceso al Registro Civil.

Desde esta perspectiva, no resulta suficiente intentar resolver el problema por aplicación de las reglas que contiene el artículo 11 del Código Civil respecto de la forma de los actos y contratos, porque este artículo resuelve únicamente cuestiones en torno a la validez de las distintas formas en el ámbito del Derecho Internacional Privado, en armonía, por cierto, con el principio general de libertad de forma para los contratos en nuestro Derecho interno (*cf.* artículos 1278 y ss. del Código Civil), mientras que aquí, como antes se ha apuntado, no se trata sólo de la cuestión de

la validez de las capitulaciones, sino concurrentemente de otra adicional, cual es la relativa a la aptitud de un documento extranjero para acceder al Registro Civil español. Para resolver este último problema, es el artículo 12.1 del Código Civil el que debe tenerse presente, conforme al cual «la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española». En efecto, si el documento público español, por reunir unas características especiales, es el vehículo formal adecuado para inscribir en el Registro Civil unas capitulaciones matrimoniales, se hace necesaria una labor previa de comparación entre los requisitos básicos exigidos al documento extranjero para gozar de ese mismo valor público en su propio Ordenamiento. Sólo cuando el documento extranjero reúna los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles, que caracterizan al documento público español, es cuando podrá sostenerse que aquél resulta apropiado para permitir la inscripción en el Registro Civil del convenio capitular en el mismo contenido, de acuerdo con lo que se ha venido a denominar en la doctrina como equivalencia de las formas.

Desde este punto de vista debe afirmarse que el documento público español alcanza este valor cuando en él concurren las exigencias básicas siguientes: a) que haya sido autorizado «por un Notario o empleado público competente» (artículo 1216 del Código Civil), es decir, que el funcionario autorizante sea el titular de la función pública de dar fe, bien en la esfera judicial bien en la esfera extrajudicial; b) que se hayan observado «las solemnidades requeridas por la Ley» (artículo 1216 del Código Civil), lo que se traduce en el cumplimiento de las formalidades exigidas para cada categoría de documento público, las cuales, cuando se trata de documentar públicamente un acto extrajudicial, son sustancialmente la necesidad de la identificación suficiente del otorgante del acto o contrato (fe de conocimiento o juicio de identidad) y la apreciación por el autorizante de la capacidad del otorgante (juicio de capacidad).

Si se confrontan, pues, los requisitos básicos indicados con el documento pakistani calificado, se observará que éste debe ser rechazado del Registro Civil español, por no llenar el citado documento los requisitos antes mencionados, pues éste carece por completo del juicio de capacidad de los otorgantes, y aun la fe de conocimiento o juicio de identidad, que podría inducirse del hecho de la intervención notarial, no queda exteriorizado de forma expresa y autónoma. En consecuencia, no puede sostenerse que la intervención del notario pakistani pueda ser considerada equivalente a la del notario español a los efectos de certificar de forma fehaciente el consentimiento prestado por

los cónyuges al contenido de las capitulaciones y de probar la capacidad de éstos, por lo que ha de confirmarse el criterio calificador de la Encargada, quien concluye que no se ha dado cumplimiento a la exigencia de forma *ad solemnitatem* que impone el artículo 1327 del Código Civil al establecer el requisito de la escritura pública para la validez de las capitulaciones matrimoniales y para su acceso al Registro Civil español (*cf.* artículo 77 LRC). A lo anterior ha de añadirse que el documento

extranjero calificado ni siquiera puede ser considerado como fehaciente o auténtico (*cf.* artículos 27 LRC y 81 RRC) al no haber sido legalizado ni apostillado con arreglo al Convenio de La Haya, que como requisito supletorio de la legalización de los documentos autorizados por funcionario extranjero exigen como garantía de su autenticidad los artículos 88 y 90 del Reglamento del Registro Civil, al asegurar la legitimidad de la firma y del cargo del notario autorizante.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Denegación de la anotación de embargo sobre un inmueble que pertenece a un matrimonio de nacionalidad marroquí al haberse seguido el procedimiento únicamente contra el esposo.

DGRN RESOLUCIÓN DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2006

Una finca aparece inscrita a favor de unos cónyuges de nacionalidad marroquí, sin determinación de cuotas o partes indivisas y con sujeción a su régimen matrimonial.

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 ella.

El Ayuntamiento recurre alegando que hay que entender que la finca está inscrita *pro indiviso* por partes iguales entre los cónyuges, por lo que debe anotarse el embargo.

Por fundadas que sean las afirmaciones de imprecisión de la inscripción, es lo cierto que es indiferente dilucidar si está inscrita en copropiedad por mitades indivisas o no. En consecuencia, habrán de aplicarse las normas que la legislación aplicable establezca para los bienes del matrimonio (*cf.* artículo 9.2 y 3 del Código Civil). En el caso de que no se acrediten las normas del derecho aplicable, 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.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Es admisible la anotación preventiva de embargo en un procedimiento de separación donde, disuelta la sociedad de gananciales entre ellos existente, pero todavía no liquidada, se acuerda, a favor de uno de los cónyuges, el embargo sobre la global cuota ganancial del deudor y se dice se practique sobre un determinado bien que consta inscrito como ganancial en cuanto a los derechos que le pudieran corresponder al demandado.

DGRN RESOLUCIÓN DE 18 DE ENERO DE 2007

Se debate en el presente recurso si es inscribible una anotación preventiva de embargo en un procedimiento de separación donde, disuelta la

sociedad de gananciales entre ellos existente, pero todavía no liquidada, se acuerda, a favor de uno de los cónyuges, el embargo sobre la global

cuota ganancial del deudor y se dice se practique sobre un determinado bien que consta inscrito como ganancial en cuanto a los derechos que le pudieran corresponder al demandado.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, disuelta pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.

De lo anterior se desprende la necesidad de distinguir tres hipótesis diferentes, así en su sustancia como en su tratamiento registral. En primer lugar, el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (*cf.* artículos 397, 1058 y 1401 del Código Civil), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). En segundo lugar, el embargo de una cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil y 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas sólo contra el cónyuge deudor y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifiquen en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (*cf.* artículo 166.1, *in fine*, del Reglamento Hipotecario). En tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior

pese a la redacción del artículo 166.1.º, *in fine*, del Reglamento Hipotecario, y ello se advierte fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otra hipótesis. En efecto, teniendo en cuenta que el cónyuge viudo y los herederos del premuerto puedan verificar la partición del remanente, contemplado en el artículo 1404 del Código Civil, como tengan por conveniente, con tal de que no se perjudiquen los derechos del tercero (*cf.* artículos 1058 y 1083 y 1410 del Código Civil), en el caso de la traba de los derechos que puedan corresponder al deudor sobre los bienes gananciales concretos, puede perfectamente ocurrir que estos bienes no sean adjudicados al cónyuge deudor (y lógicamente así será si su cuota puede satisfacerse en otros bienes gananciales de la misma naturaleza, especie y calidad), con lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anota no se atribuyen al deudor, éstos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le hayan adjudicado a éste en pago de su derecho (de modo que sólo queda estéril la anotación, pero no la traba). Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (*cf.* Resolución de 8 de julio de 1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria.

En este caso concreto, en que nos hallamos en la segunda de las hipótesis mencionadas en el fundamento de derecho anterior, ya que el mandamiento expresa con toda claridad que «el embargo acordado lo es sobre la global cuota ganancial del deudor» tras especificar que la traba se anote en determinado bien ganancial del deudor, no hay obstáculo para, conforme a la doctrina fijada por este Centro Directivo en la Resolución de 10 de octubre de 1998, practicar la anotación ordenada por la autoridad judicial.

SUCESIONES

No cabe inscribir en el Registro de la Propiedad un auto que ordena la adjudicación de los derechos hereditarios que al deudor corresponde sobre determinados bienes a favor de la entidad acreedora, constando aun aquéllos inscritos a favor del causante, sin que conste haber realizado la previa partición de la herencia en que son adjudicados dichos bienes al deudor, y sin acompañar el título de la sucesión.

DGRN RESOLUCIÓN DE 1 DE DICIEMBRE DE 2006

La cuestión que plantea el presente recurso es la de si cabe inscribir en el Registro de la Propiedad un auto que ordena la adjudicación de los derechos hereditarios que al deudor corresponde sobre determinados bienes a favor de la entidad demandante acreedora, constando aun aquéllos inscritos a favor del causante, sin que conste haberse realizado la previa partición de la herencia en que sean adjudicados dichos bienes al deudor, y sin presentar el título de la sucesión.

La solución al problema debe ser forzosamente negativa; en principio, el derecho hereditario no es más que un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y no un derecho en concreto sobre bienes determinados, en tanto no se lleve a efecto la partición, por lo que, si bien es posible anotar por deudas del heredero bienes inscritos a favor del causante, en cuanto a los derechos que puedan corresponder al heredero sobre la total masa hereditaria de la que forma parte tal bien (artículo 166.1.º del Reglamento Hipotecario), no es posible la inscripción de la adjudicación de los derechos que al deudor pudiera corresponder sobre bienes concretos y determinados hasta realizar la partición de la herencia, por cuanto, solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.

Los herederos pueden verificar la partición del modo que tuvieren por conveniente (*cfr.* artículo 1058 del Código Civil) sin que ninguno de ellos pueda imponer al otro la atribución por participaciones indivisas de todos y cada uno de los bienes resultantes (*vid.* artículos 1061 y 1062 del Código Civil), de manera que, ultimada la liquidación, tanto puede ocurrir que a un heredero no le corresponda ningún derecho sobre determinado bien como que se le atribuya éste en su integridad, razón por la cual se prevé para esa primera hipótesis la cancelación de la anotación preventiva (artículo 206.10 del Reglamento Hipotecario).

En este caso, no se ha llevado a efecto la partición de la herencia y ni siquiera consta en el expediente el título de la sucesión en virtud del cual el demandado tiene la condición de heredero respecto del titular registral, por lo que, para la plena efectividad de la resolución judicial que ordenó la adjudicación de los derechos hereditarios del deudor demandado sobre determinados bienes a favor de la entidad recurrente, es necesario promover previamente la partición de la herencia del titular registral y, a la vista del resultado de ésta, siempre que los bienes o parte de ellos fueran adjudicados al deudor demandado, lograr la inscripción de las adjudicaciones aprobadas.

Revista de Derecho de

familia

SECCIÓN PRÁCTICA

Cambio de residencia del progenitor custodio en relación con la custodia de los hijos

Si el progenitor que tiene la custodia de los hijos menores cambia de domicilio dentro de la misma ciudad, es un hecho irrelevante que por lo general no alterará la situación familiar vigente, sin embargo, si este traslado de domicilio se hace a otra ciudad o incluso a otro país, estamos ante un cambio de circunstancias que puede justificar una modificación de las medidas, bien de cambio de guarda y custodia o, en su caso, de modificación del régimen de visitas.

Cuando el progenitor no custodio tiene conocimiento por algún medio, o porque así se lo haya expresado el otro progenitor o los hijos, que éstos van a cambiar de residencia y, en el peor de los casos, que ese cambio ya se ha consumado, el primer pensamiento que tiene es que ello va a repercutir gravemente en la situación actual, puesto que complicará el cumplimiento del régimen de visitas, y, en muchos casos, la cuestión termina en un procedimiento de modificación de medidas solicitando el cambio de guarda y custodia por considerar que se han alterado las circunstancias existentes en el momento de la adopción de las medidas. Es más, incluso en algunas ocasiones, aunque no existen pruebas objetivas que hagan pensar que el progenitor custodio a corto plazo va a cambiar de residencia, sólo por el miedo a que esto suceda, se presenta una demanda de modificación de medidas, aunque, como ha señalado la AP de Cádiz, Sec. 8.^a, de 27 de abril de 2002, «el miedo de la apelante de

que sus hijos se marchen a América teniendo dificultades para verles, fundamentalmente económicas para su desplazamiento, no puede ser motivo para modificar la atribución de la guarda y custodia al padre».

Antes de dar el paso y solicitar el cambio de guarda y custodia, es necesario sopesar si realmente ésa es la petición que exige el interés de los hijos, porque, en muchas ocasiones, las disfunciones que se producen en las relaciones del progenitor no custodio con los hijos, cuando éstos cambian de residencia, quizás pueden tener solución adaptando el régimen de visitas a la nueva situación e incluso compartiendo con el progenitor custodio los gastos que suponen el traslado tanto del progenitor no custodio como de los menores para el cumplimiento de las visitas.

Si después de analizar las circunstancias que concurren, se opta por solicitar el cambio de guarda y custodia, hay que tener presente que es un criterio jurisprudencial reiterado que, aunque el cambio de residencia pueda considerarse como una alteración de circunstancias, ello no conlleva inexorablemente a que se proceda al cambio de custodia. En efecto, aun dándose una alteración de circunstancias, el legislador siempre utiliza el término «podrá» para referirse a las consecuencias que el hecho modificador pueda tener de cara a las medidas que se adoptaron, y, por tanto, el cambio de residencia del

progenitor custodio, por razones de trabajo, por la simple convivencia personal con otros parientes e incluso con una tercera persona, no tiene el efecto automático de cambiar la atribución de la guarda y custodia.

El artículo 19 de la Constitución Española reconoce el derecho de todos los españoles a elegir libremente su residencia, a circular por el territorio nacional y a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca; ámbito de circulación y estancia que debe ampliarse al territorio de todos los países que componen la Unión Europea. La atribución de la guarda y custodia a un progenitor no significa una pena de confinamiento similar a la del artículo 87 del Código Penal, en virtud de la cual no se pueda ejercer un derecho constitucional como es el de libertad de residencia.

Sin embargo, la circunstancia de que el progenitor custodio quiera ejercer su derecho a fijar su residencia en el lugar que tenga por conveniente no incluye la potestad de decidir unilateralmente dónde tienen que residir los hijos, porque, formando parte esta decisión del haz de facultades integradas en el ejercicio de la patria potestad, ésta ha de ser tomada por ambos progenitores si tienen atribuido el ejercicio conjunto de la patria potestad, con posibilidad de acudir al juez en caso de desacuerdo para que resuelva en los términos establecidos en el artículo 156 del Código Civil. Es cierto que en el Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 –de aplicación preferente al Código Civil y leyes autonómicas–, en el artículo 2.9 se indica que el derecho de custodia otorga la facultad de decidir sobre su lugar de residencia, sin embargo, también lo es que el artículo 2 del citado Reglamento se dedica a las definiciones sin que luego haya ningún artículo que ratifique esta afirmación, por lo que parte de la doctrina entiende que no estamos ante un derecho absoluto del progenitor custodio y que el

traslado siempre estará condicionado a que sea beneficio para el menor.

Es una realidad que el cambio de residencia de los hijos tiene importantes repercusiones:

– En el hijo, puesto que tiene que cambiar de colegio, entorno social, amigos, costumbres, etc.

– En el progenitor no custodio, puesto que le supondrá numerosos inconvenientes de tipo económico y de tiempo para poder ejercer el régimen de visitas que se haya fijado, y que en la práctica, en muchos casos, supondrá la supresión de las visitas y estancias de fin de semana, si el nuevo domicilio se encuentra bastante distante del anterior.

¿Qué criterio deberemos seguir para considerar que ese traslado de domicilio ha alterado las circunstancias y justifica un cambio en la atribución de la custodia? Este criterio no es otro que valorar si dicho traslado influye negativamente en la adecuada formación de los menores, puesto que es principio general que las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas siempre en beneficio de ellos. Por consiguiente, para que tenga éxito una demanda solicitando el cambio de custodia que esté basada en el cambio de domicilio del progenitor custodio, deberá quedar acreditado que el cambio de residencia del menor va a repercutir negativamente en su formación, circunstancia que, debido a su carácter subjetivo, hace que la prueba deba girar en torno a lo siguiente:

– Preferencia del menor, puesto que, a tenor del artículo 92 del Código Civil, debe ser oído siempre que tenga juicio suficiente. Según señalan los psicólogos, cuando menos edad tienen los hijos, menores son los problemas de adaptación, dado que aún no se han consolidado las relaciones sociales,

pero, cuando están en la etapa adolescente, en la que se supone que el menor está perfectamente integrado en un determinado entorno (colegio, amigos, actividades, etc.), se constata una importante reticencia de los menores al cambio de domicilio, ya que se altera sustancialmente su entorno social.

- Composición del núcleo familiar, esto es, si se trata de un solo menor o, por el contrario, el cambio de domicilio afecta a varios hermanos, y, en este último caso, si otros hermanos conviven con el otro progenitor. También será un dato a tener en cuenta la edad de los menores.

- Que el progenitor que solicita la custodia esté en condiciones de asumir como debiera la guarda y custodia del menor, y, por lo que respecta al progenitor actualmente custodio, que la nueva dedicación no se traduzca en una falta de asistencia al menor.

- El tiempo que dura la convivencia del menor con el progenitor custodio, ya que es evidente que no es lo mismo que el menor haya estado siempre conviviendo con éste o que con anterioridad haya existido otro régimen de custodia.

- Las condiciones de vida que el menor pueda tener en el nuevo domicilio y en el del progenitor que solicita la custodia.

- La evolución del régimen de visitas, estancias y comunicaciones con el progenitor que solicita la custodia, puesto que existirán más obstáculos para el cambio si el menor ha tenido poca relación con este progenitor, ya que en este caso primará más la esfera afectiva actual que los inconvenientes del cambio geográfico.

También es determinante para adoptar una decisión respecto al cambio de custodia si el cambio de domicilio del progenitor custodio se conocía con anterioridad a dictarse

las medidas de la separación o a suscribirse el convenio regulador, ya que en este caso no estaríamos ante una alteración de circunstancias habida cuenta que se trataba de un hecho previsible.

Junto a lo anterior, también ha de considerarse la motivación del cambio de domicilio por parte del progenitor custodio, es decir, las razones que le han llevado a fijar su residencia en otra ciudad o en otro país. José Luis Cembrano entiende que, básicamente, hay tres supuestos:

- El cambio caprichoso e incluso malicioso, que debe impedirse o limitarse por los Juzgados.

- El cambio forzoso, que debe aceptarse, pero conlleva que se reequilibre la obligación alimenticia cuando supone un sacrificio económico para el no custodio.

- El cambio voluntario, pero razonable y justificado por una mejora en el desarrollo de la personalidad o similares, que también debe aceptarse, pero que no debe conllevar un sacrificio económico para el no custodio, pues el custodio e quien tiene en su mano ponderar los efectos y decidir si la mejora compensa o no. Por ejemplo, se considera razonable por la jurisprudencia que el progenitor custodio quiera trasladarse a la ciudad donde reside su familia y en la que puede encontrar el apoyo necesario tras las crisis de pareja.

La jurisprudencia entiende que, a pesar del cambio de domicilio, no existe motivo para la modificación de la guarda y custodia en los siguientes supuestos:

- Los cambios de residencia de la madre que tiene la custodia de los hijos, que puede causar distorsiones, pero no afecta al desarrollo de éstos, dada su corta edad, si bien debe compensarse la carga entre ambos progenitores para el ejercicio del derecho de visi-

tas compartiéndose la forma de recogida de los menores en las respectivas ciudades. AP Cuenca, Sentencia de 5 de febrero del 2003.

– Se mantiene la custodia del menor a favor de la madre incluso aunque ésta traslade su residencia a Madrid, ya que la opción de atribuirle al padre, que incluso forzó al menor a escribir un texto conteniendo gravísimas imputaciones contra la madre, no parece aconsejable. AP Baleares, Sec. 4.^a, Sentencia de 11 de febrero de 2003.

– Se mantiene la guarda a favor de la madre respecto al hijo sin que pueda afectar a tal decisión la circunstancia de que ésta, tras la sentencia de separación, se marchase a residir a otra ciudad, ya que ello no supone incumplimiento de las medidas acordadas, sino que, en principio, es un derecho a la libertad de residencia que en modo alguno puede ser constreñido por las medidas que se relacionan, sin perjuicio de que la comunicación de los hijos con el padre se vea dificultada. AP Córdoba, Sec. 1.^a, Sentencia de 23 de mayo de 2003.

– El cambio de domicilio del progenitor custodio y de los hijos a otra ciudad y la falta de notificación previa al padre no son motivos para modificar la custodia, al no haberse acreditado perjuicio alguno para los menores. AP Ciudad Real, Sec. 1.^a, Sentencia de 7 de noviembre de 2003.

– No ha lugar a modificar la guarda y custodia del menor por el simple cambio de residencia de éste y de su madre, ya que no supone ninguna incidencia en el normal desarrollo psicológico y afectivo del menor. AP Girona, Sec. 1.^a, Sentencia de 25 de enero de 2005.

– No ha lugar al pretendido cambio de régimen de guarda y custodia por el hecho de que la madre haya modificado su residencia dentro de la misma isla. AP Baleares, Sec. 3.^a, Sentencia de 18 de mayo de 2005.

– El traslado de domicilio de la madre, cambiando a sus hijos de colegio, no es motivo para modificar la guarda y custodia y otorgarla al padre, pues dicho traslado obedece a su pretensión de lograr un mejor amparo familiar en el cuidado y educación de sus hijos. La atribución de la custodia no puede hacerse depender de su proximidad o permanencia en un centro escolar, sino en una serie de circunstancias que atribuyen al progenitor la idoneidad para el desempeño de dicha labor, y que en el convenio de separación convinieron que reunía la madre. Análisis de los requisitos para que prospere una modificación de medidas. AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 20 de febrero de 2006.

– El traslado de domicilio de la madre a otra ciudad, en la que ha alquilado un bar y vive con su pareja, no es motivo para modificar a favor del padre la guarda y custodia del menor, que se ha adaptado con normalidad y mantiene una buena relación con la pareja de la madre. El informe psicológico concluye que no existe ningún factor de riesgo que justifique un cambio de custodia. El interés del menor ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres, hasta el punto de que el *bonum filii* ha sido elevado a principio universal del derecho. AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 21 de marzo de 2006.

– El traslado de residencia de la madre con la menor a otra ciudad no es motivo para cambiar la guarda y custodia; dicho traslado no tiene por objeto alejar al padre de la hija, sino que se considera justificado, al ser la madre natural de dicho lugar, donde se encuentra su familia, y al haber iniciado una nueva relación con otra persona, motivo por el que ha adquirido una vivienda. Se mantiene la custodia materna, ya que la estabilidad intrafamiliar de la menor debe prevalecer sobre la social. Los informes concluyen que dicho cambio puede ayudar a solventar los problemas y la exagerada tensión entre

los padres que repercute en la menor. AP Baleares, Sec. 5.^a, Sentencia de 19 de mayo de 2006.

Sin embargo, sí se ha considerado que ese cambio de domicilio es motivo para modificar la custodia en los siguientes casos:

– Se atribuye al padre la custodia de los hijos menores, que desean seguir viviendo en Badajoz, lugar donde su desarrollo evolutivo se ha ido produciendo desde los ámbitos personal, familiar, social y emocional, encontrándose los menores en el momento presente ajustados en dichos ámbitos, circunstancia que ha constatado el informe del equipo psicosocial. AP Badajoz, Sec. 1.^a, Sentencia de 4 de abril de 2003.

– Se modifica la guarda y custodia de los dos hijos menores a favor del padre, al haber decidido la madre trasladarse a otra comuni-

dad autónoma por razones laborales, lo que se justifica en base al factor fundamental de tener los menores arraigo en Cataluña, unido a la perfecta capacitación del padre para ocuparse de la custodia. AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 7 de abril de 2003.

– Se modifica la custodia a favor del padre, porque es alteración sustancial de circunstancias el incumplimiento de la madre de los deberes de la patria potestad, al cambiar su lugar de residencia unilateralmente, en contra del consentimiento del padre, y sin autorización judicial. El derecho a fijar el domicilio tiene límites cuando afecta a terceros. La madre ha actuado en su propio interés, sin velar por lo beneficioso que es para el menor permanecer en su entorno y próximo al padre; frente a ello, el padre ofrece mayores garantías de salvaguardar el interés del menor. AP Girona, Sec. 1.^a, Sentencia de 3 de noviembre de 2005.

Casos Prácticos

I PENSIÓN COMPENSATORIA

La esposa, beneficiaria de la pensión compensatoria, se ha trasladado a convivir al domicilio de su hermana mayor que se encuentra enferma y cuenta con un importante patrimonio ¿Puede considerarse este hecho como un cambio de circunstancias a efectos de solicitar la extinción de la pensión compensatoria?

Sin desconocer que entre hermanos también existe obligación alimenticia –aunque, como indica el artículo 143 del CC, sólo los necesarios para la vida–, al tratarse de un tercero ajeno a la relación conyugal, ninguna trascendencia tendrá esta circunstancia a efectos de extinguir la pensión compensatoria fijada en su día, ya que lo contrario sería trasladar al familiar la obligación que pesa sobre el cónyuge deudor, sin que exista para ello cobertura legal alguna.

2 VIVIENDA FAMILIAR

En el procedimiento de separación se atribuyó el uso de la vivienda familiar a la hija y a la esposa, inscribiéndose dicha atribución en el Registro de la Propiedad. Años después, cuando tiene lugar la liquidación de la sociedad de gananciales, se adjudica a la esposa la titula-

ridad del inmueble, y ésta, por haberse trasladado a vivir a otra ciudad, quiere vender el inmueble a un tercero, pero se encuentra con el problema de que está inscrito el derecho de uso. ¿Qué procedimiento debe seguir para cancelar dicha anotación?

Aunque aparentemente puede pensarse que bastará con que la esposa comparezca ante el Registrador de la Propiedad e indique que ella es la titular del inmueble y que, por confusión de derechos, ha quedado extinguido el derecho de uso, al constar en la resolución judicial que éste se atribuye a la hija, será necesario que la cancelación se acuerde judicialmente acreditando la esposa que tanto ella como la hija han fijado con carácter permanente el domicilio familiar en otra ciudad. La vía procesal para realizar esta petición parece que debe ser el procedimiento de modificación de medidas, aunque es posible que algunos juzgados accedan a librar el mandamiento de cancelación, tras unos traslados de la petición al Ministerio Fiscal y al otro progenitor.

3 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Al liquidar la sociedad de gananciales se ha incluido en el activo, por error, un ve-

hículo que, aunque se adquirió constante el matrimonio, fue un regalo de los padres de la esposa. Al haberse dictado resolución aprobando el convenio regulador en el que se incluye la liquidación de la sociedad, ¿qué puede hacer la esposa para que se rectifique el error?

En primer lugar, deberá estar perfectamente acreditado que el vehículo se adquirió exclusivamente con dinero recibido de los padres de la esposa y que la donación se realizó exclusivamente a favor de ella. Si esto es así, y salvo que el otro cónyuge se muestre dispuesto a modificar la liquidación, no quedará otro remedio que presentar un procedimiento declarativo pidiendo la rectificación del error y las correcciones oportunas en las adjudicaciones finales.

4 PATRIA POTESTAD

Tras haber cursado la ESO en un centro escolar, la hija menor tiene que cambiar de colegio para cursar el bachillerato, surgiendo entre ambos progenitores discrepancias en cuanto al centro escolar a elegir, ya que la madre —que es la que tiene la custodia— considera que debe acudir a uno concertado, mientras que el padre entiende que, por razones de proximidad con el domicilio, debe matricularse en el instituto público. ¿Cómo se resuelve esta cuestión?

Como la sentencia de separación o divorcio habrá atribuido a ambos progenitores la patria potestad compartida, lo procedente será presentar una demanda de ejecución solicitando que el tribunal, conforme a lo establecido en el artículo 156 del CC, atribuya a uno u otro pro-

genitor la facultad de decidir. Como el hijo es mayor de 12 años, será preceptiva su audiencia para conocer su opinión en cuanto al centro escolar en el que prefiere cursar los estudios.

5 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Despachado auto de ejecución por impago de pensión alimenticia y opuesto el ejecutado a ésta, se ha dictado auto desestimando la oposición, si bien éste ha interpuesto recurso de apelación consignando al mismo tiempo en la cuenta judicial el importe del principal reclamado. ¿Puede el ejecutante solicitar que se le entregue dicha cantidad?

Hay que tener en cuenta que una cosa es la consignación para evitar el embargo de los bienes (artículo 585 de la LEC) y otra muy distinta es la consignación para evitar la ejecución de lo que se ha acordado en el auto que desestimó la oposición. Respecto a este auto, indica el artículo 561.3.º de la LEC que la interposición del recurso de apelación no suspenderá la ejecución, y para que se paralice la ejecución habrá que estar al contenido del artículo 567 de la Lec «si el ejecutado acredita que la resolución frente a la que recurre le produce daño de difícil reparación podrá solicitar del tribunal la suspensión de la actuación recurrida, prestando, en las formas permitidas por esta Ley, caución suficiente para responder de los perjuicios que el retraso pudiera producir». Es decir, no solamente debe efectuarse la consignación (que incluye principal, intereses, lo presupuestado para costas y la cantidad para responder del retraso en la entrega de la deuda), sino que también tiene

que acreditar que la resolución frente a la que recurre le produce daño de difícil reparación.

6 PENSIÓN COMPENSATORIA

El aumento de valor que, tras una recalificación urbanística, hayan podido experimentar unos terrenos propiedad del cónyuge beneficiario de la pensión compensatoria ¿es causa para extinguir la pensión compensatoria?

Es evidente que la recalificación urbanística supondrá un importante aumento de valor del terreno, pero para que esta circunstancia pueda considerarse como causa de extinción de la pensión compensatoria será necesario que no se trate de meras expectativas y el aumento de patrimonio se concrete en el momento de la venta de los terrenos o en el de la promoción inmobiliaria, aumento de patrimonio que debe ser suficiente para permitir al cónyuge beneficiario la total independencia económica. Si el cónyuge beneficiario se muestra inactivo en cuanto a las posibilidades de los terrenos, a través de una prueba pericial podrá determinarse su valor y accederse a la petición de extinción de la pensión si éste permite aquella independencia.

7 CONVENIO REGULADOR

Si en el convenio regulador se pacta una pensión compensatoria vitalicia para la esposa, ¿puede posteriormente solicitarse su extinción por la concurrencia de algunas de las causas previstas en el artículo 101 del CC?

Debe tenerse en cuenta que el pacto se halla incluido en un convenio regulador, cuyo contenido viene regulado en el artículo 90 del CC, y el apartado 3.º de dicho precepto dispone claramente que «las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias», es decir, que las medidas adoptadas judicial o convencionalmente en una sentencia de divorcio no están afectadas por la santidad de la cosa juzgada y es posible su modificación cuando se haya producido un cambio o alteración sustancial de circunstancias.

8 PENSIÓN COMPENSATORIA

Si el cónyuge beneficiario de la pensión compensatoria no la ha reclamado durante unos cuantos años ¿ello implicará que pueda declararse extinguida por prescripción?

Teniendo en cuenta que la prescripción es causa de extinción de las obligaciones, cabe cuestionarse si entre las causas de extinción de la pensión compensatoria puede incluirse ésta. Desde el punto de vista procesal, si la pensión ya quedó fijada en la correspondiente resolución judicial, la no reclamación de las correspondientes mensualidades no tiene el efecto de extinguir la pensión, sino que, por aplicación tanto del artículo 1966 del CC como del artículo 518 de la LEC, sólo prescribe la acción para exigir el pago de las pensiones devenidas una vez transcurridos cinco años desde que pudieron reclamarse.

No obstante, algunos tribunales han entendido que, si el cónyuge beneficia-

rio de la pensión compensatoria no la ha reclamado durante bastante tiempo debe presumirse que cuenta con medios suficientes para atender sus necesidades o lo que es lo mismo, que ha desaparecido el desequilibrio económico.

9 CONVENIO REGULADOR

El convenio regulador se firmó cuando la esposa estaba inmersa en una fuerte depresión como consecuencia de la crisis familiar y quiere solicitar la nulidad por haber concurrido vicio en el consentimiento. ¿Puede ejercitar la acción de nulidad en el procedimiento de divorcio?

Si la esposa tenía mermada su capacidad cognitiva en el momento de la firma del convenio regulador y puede acreditarse dicho extremo, podrá ejercitar la acción de nulidad, pero no en el procedimiento de divorcio, sino en un procedimiento declarativo independiente.

10 RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Los cónyuges venden la vivienda ganancial y dos días después otorgan capitulaciones matrimoniales cambiando al régimen de separación de bienes. En la escritura pública únicamente indican que disuelven la sociedad, sin hacer la más mínima referencia a la liquidación de la sociedad. Pasados unos meses, la esposa adquiere un inmueble y lo inscribe a su nombre en el Registro de la Propiedad. Un acreedor, al que el esposo le adeudaba cierta cantidad en el ejercicio del

comercio, presenta una demanda reclamando la deuda al esposo y a la esposa. ¿Puede embargarse el inmueble que adquirió la esposa, estando vigente el régimen de separación de bienes?

Teniendo en cuenta que se trata de una deuda generada en el ejercicio del comercio por el esposo, si éste realizaba la actividad con el consentimiento de su esposa, la deuda tendrá carácter ganancial y será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1401 del CC: «Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial».

Al no haberse liquidado la sociedad en forma (es decir, con realización de inventario y las correspondientes adjudicaciones), se ha producido una confusión entre los bienes gananciales y los privativos, y, por tanto, el inmueble privativo de la esposa responderá de la deuda ganancial.

11 PENSIÓN ALIMENTICIA

Al haber surgido la crisis cuando la esposa se encontraba embarazada, ¿es procedente en el procedimiento de separación solicitar una pensión alimenticia para el *nasciturus*?

No existe ningún obstáculo legal para que, en aplicación de lo establecido en el artículo 29 del CC, en el procedimiento de separación pueda fijarse una pensión alimenticia para el *nasciturus*, que, obviamente, quedará condicionada y será

efectiva en el momento en el que nazca el hijo.

I2 CONVENIO REGULADOR

Al liquidar la sociedad de gananciales se ha producido un importante exceso de adjudicación a favor del cónyuge que se ha quedado con la totalidad de la vivienda familiar y que abonará al otro mediante unos determinados plazos. ¿Cómo podría garantizarse el pago de la deuda?

En este caso, y dada la importancia de la deuda para evitar situaciones sorpresivas, lo más práctico será constituir una hipoteca sobre el inmueble en favor del cónyuge. No existe inconveniente en que ésta puede constituirse en el mismo documento, si bien será necesario que el convenio regulador se otorgue en escritura pública.

I3 SOCIEDAD DE GANANCIALES

La esposa, en estado de soltera, adquirió una vivienda a la que se trasladaron a vivir los cónyuges inmediatamente después de contraer matrimonio. Desde este momento abonaron con dinero ganancial el préstamo hipotecario que gravaba el inmueble. Dos años después, por un cambio de trabajo del esposo, ambos cónyuges se mudan a otra ciudad donde alquilan un inmueble y constituyen en él el domicilio familiar. Seis años después, se produce la separación y surge el problema de determinar el régimen jurídico aplicable a la vivienda familiar. ¿Tendrá carácter ganancial o privativa?

Hay que tener en cuenta que, aplicando el artículo 1357 del CC, tendría carácter privativo y que, aplicando el artículo 1354 del CC, se formaría un *pro indiviso* entre la esposa y la sociedad de gananciales en proporción a los pagos realizados. La aplicación de uno u otro precepto está en función de que el inmueble tenga carácter familiar. Como en el presente supuesto la vivienda dejó de tener tal carácter, en la liquidación de gananciales sólo podrá incluirse en el activo un crédito a favor de la sociedad por el importe actualizado de las cantidades que se abonaron, constante la sociedad de gananciales, para reducir el importe de la hipoteca (cuotas y aportaciones extraordinarias).

I4 VIVIENDA FAMILIAR

En el procedimiento de divorcio se otorgó a la esposa y a la hija menor el uso de la vivienda familiar que consiste en un chalet unifamiliar integrado en una urbanización de lujo. Como la esposa no puede atender los gastos de mantenimiento, ha decidido alquilar el inmueble e irse a vivir a casa de sus padres. ¿Qué consecuencias puede tener esta decisión?

Como la vivienda tiene carácter familiar y pertenece a ambos cónyuges, la esposa no podrá, salvo que tenga el consentimiento del otro cónyuge, disponer de la vivienda para arrendarla a un tercero. Además, puede ser motivo para que el esposo inicie un procedimiento de modificación de medidas solicitando la extinción de la atribución del uso.

15 SOCIEDAD DE GANANCIALES

El esposo, constante la sociedad de gananciales, recibió un premio literario en cuantía de 3.000 euros y, ahora, cuando se liquida la sociedad de gananciales, pretende que en el pasivo de la sociedad figure una deuda a su favor por el importe actualizado del premio, ya que éste se gastó en atender las necesidades de la familia. ¿Puede accederse a dicha petición?

Como el premio se recibió constante la sociedad de gananciales, tendrá carácter ganancial, puesto que es el resultado económico de una actividad profesional. Otra cuestión distinta es la propiedad intelectual sobre la obra premiada, que siempre tendrá carácter privativo.

16 FILIACIÓN

La madre de un menor que en el Registro Civil aparece inscrito como hijo de su esposo quiere reclamar la paternidad frente al verdadero padre biológico e impugnar al mismo tiempo la paternidad que consta en la inscripción registral, pero se encuentra con el problema de que ha pasado el plazo para la impugnación de la filiación paterna matrimonial, ¿Qué solución jurídica tiene la cuestión?

El Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente (por todas, la Sentencia de 17 de junio de 2004) que no se aplica el plazo de caducidad del artículo 137 del CC cuando se ejercitan acumuladamente las acciones de reclamación e impugnación.

17 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Tras la separación judicial, la esposa ha seguido utilizando una cuenta bancaria común y por el uso de la tarjeta de crédito ha generado una deuda de 3.500 euros. Como la cuenta fue abierta por ambos cónyuges, el banco ha reclamado al esposo el saldo deudor. ¿Puede éste oponerse alegando que la sociedad de gananciales se disolvió con la sentencia de separación y que la deuda es exclusivamente de la esposa?

Cuando se produjo la separación, el esposo debió cancelar las cuentas comunes para evitar situaciones como ésta. Ahora, no tendrá más remedio que abonar al banco la deuda conforme a lo que se pactó al abrirse la cuenta bancaria e iniciar un procedimiento contra la esposa para que ésta le reembolse lo que haya abonado.

18 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La madre que es quien ostenta la guarda y custodia de los hijos pretende iniciar una ejecución de sentencia por impago de la pensión alimenticia y del 50% de los gastos extraordinarios que ha venido abonando en solitario. ¿Puede efectuar ambas peticiones en una sola demanda de ejecución?

Para que pueda presentarse una sola demanda reclamando ambos impagos, será necesario que sea líquida la cantidad que se reclama por gastos extraordinarios, y, para ello, es preciso que bien en el convenio regulador o en la sentencia se hayan especificado con claridad qué gastos tendrán este carácter. Si no estamos en ese caso, lo más práctico será

presentar dos demandas de ejecución, sin perjuicio, claro está, de acumularlas en un futuro cuando la deuda por impago de gastos extraordinarios sea líquida.

10 CONVENIO REGULADOR

Sería válida la cláusula que pactase un interés del 10% anual en caso de impago de las pensiones alimenticias que se devengará automáticamente y sin necesidad de requerimiento al deudor?

Esta cláusula sería totalmente lícita, ya que no es contraria a la moral ni al orden público ni va en perjuicio de terceros, y, además, está pensada en beneficio del menor.

20 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Antes de contraer matrimonio, el esposo era titular del 30% de las acciones de una sociedad anónima que explota un negocio de hostelería. Cinco años

después de celebrarse el matrimonio, la sociedad amplía el capital para adquirir otro restaurante, pero, como existía un importante fondo de reserva, dicha ampliación de acciones se adjudican a los accionistas sin que tengan que efectuar ningún desembolso. ¿Qué carácter tendrán estas acciones?

Habría que estar a lo establecido en el artículo 1352 del CC, según el cual «las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir. Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho».

En consecuencia, las acciones tendrán carácter privativo sin perjuicio del derecho de reembolso a la sociedad de gananciales por el importe de los beneficios no repartidos y que sirvieron para la ampliación de capital, puesto que se trata de rendimientos obtenidos constante la sociedad de gananciales.

Revista de Derecho de

familia

TRIBUNA ABIERTA

Atribución del carácter privativo a un bien por acuerdo de las partes: pacto de privatividad en el régimen de separación de bienes

JUAN JOSÉ REYES GALLUR

Abogado

Como todos sabemos en el régimen de separación de bienes los cónyuges establecen, en principio, que existirán dos masas patrimoniales totalmente diferenciadas entre sí, de forma que los bienes y derechos adquiridos constante el matrimonio pertenecerán al cónyuge que los adquiera y a cuya titularidad figuren («lo mío es mío y lo tuyo es tuyo»).

Como siempre, lo anteriormente expuesto es la teoría, sin embargo, la práctica nos demuestra que eso no siempre es así («lo mío es mío y lo tuyo también»), pues después de una larga convivencia puede haber algún bien de procedencia dudosa que no se sabe o no se puede probar a cuál de los dos cónyuges pertenece; o cuando uno de los cónyuges afirma que ha participado en la adquisición del bien; o que las capitulaciones matrimoniales esconden un negocio simulado, o reclama erróneamente una indemnización por enriquecimiento injusto (lo que sin duda, no procedería, teniendo presente que la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa no puede ser aplicado cuando la relación jurídica está disciplinada por normas legales que le son aplicables, como serían las normas previstas para el régimen de separación de bienes).

Si acudimos al Código Civil y al Reglamento Hipotecario, y respecto de los bienes inmuebles, la inscripción registral de un inmueble a nombre de uno de los cónyuges comportará la consiguiente presunción de dominio a su favor, a tenor de lo prevenido en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en tanto no se produzca demostración en contrario.

Del mismo modo si uno de los cónyuges reconoce que los bienes en cuestión pertenecen a su consorte, tal confesión, como establece el artículo 1324 del CC, será bastante para atribuirlos al favorecido por ésta, siempre que no resulten perjudicados ni los herederos forzosos del confesante ni sus acreedores, confesión que puede deducirse, por ejemplo, del reconocimiento de dicho bien como privativo del otro cónyuge en actos privados o públicos (préstamos otorgados en escritura pública donde se aporta como garantía hipotecaria el bien, aportación de datos a entidades financieras, etc.).

En este sentido, la STS Sala 1.^a de 23 de mayo de 2001 manifiesta que no hay razón legal por la que el cónyuge tenga la carga de probar el pago del precio de adquisición de un inmueble cuando existe manifestación de la mujer en el sentido de reconocerle la propiedad de éste.

Si no existe confesión, para solucionar este problema deben utilizarse todos los medios que nos ofrece el derecho. En primer lugar, han de aplicarse las normas ordinarias de presunciones establecidas en el artículo 448 del CC y en el artículo 464 del CC. Teniendo en cuenta que estas presunciones favorecen al poseedor, a menudo resultarán inaplicables por tratarse de bienes que suelen hallarse en la vivienda común y que poseen los dos esposos.

Igualmente, hemos de tener presente que tampoco la procedencia del dinero para la adquisición del bien es un argumento válido para determinar ni su titularidad ni la intención de hacer común los bienes adquiridos, pues 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 suya no se considera 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. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

En algunos supuestos, el cónyuge no titular invoca la figura del negocio fiduciario o de la fiducia, alegando que el precio de la compraventa fue satisfecho exclusivamente por él o que, al menos, participó al cincuenta por ciento, y que lo que se ha producido es «una puesta a nombre» del otro, titularidad que es puramente aparente, en cuanto perseguía únicamente la finalidad de salvaguardar el bien de terceros.

Basándose tal doctrina, a la finalización del matrimonio, normalmente por la separación o el divorcio, el cónyuge no titular argumenta que según la mencionada doctrina del negocio fiduciario, éste debe descomponerse en dos contratos, uno de naturaleza real y otro de naturaleza obligacional (en virtud del cual el fiduciario se obliga a restituir el dominio cuando el fiduciante lo reclame), debiendo ser objeto del proceso que existe sobre un convenio relativo a la restitución por la demandada al tiempo del cese de la convivencia.

Sobre la aplicación de la teoría del negocio fiduciario o del de fiducia, tenemos una importante Sentencia del TS 1.^a, de 5 de diciembre de 2005, núm. 927/2005, Rec. 1173/1999. Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio, que precisamente resuelve un supuesto como el que venimos aludiendo y entiende que no es de aplicación la doctrina expuesta, al decirnos que:

«Debemos recordar que un negocio de fiducia, cuya característica, frente al negocio fiduciario, radica en que “si bien en unos y otros concurren dos manifestaciones negociales distintas en los negocios de fiducia la voluntad de transmitir y la de adquirir no son suficientes para producir el efecto traslativo intentado o perseguido, toda vez que la validez y eficacia del contrato exige la existencia de una causa eficiente justificadora del fin que las partes han pretendido o buscado” (sentencia de 22 de diciembre de 1988). Pues bien, como se infiere de la sentencia de esta Sala núm. 74/2005, de 11 febrero, recurso de casación núm. 4671/1998, también la fiducia, y no sólo el negocio fiduciario en sentido estricto, requiere la prueba de la intención de los contratantes de perseguir una finalidad para la atribución formal de la titularidad del bien al fiduciario ajena a la transmisión, pues declara que “La

fiducia parte del presupuesto de la atribución patrimonial que el fiduciante lleva a cabo de cosa o derecho de su propiedad en favor del fiduciario (propietario sólo formal), para la finalidad que ambos pactan y cuando la misma se cumple el fiduciante, por retransmisión, recobra lo cedido (sentencias de 5 de julio de 1993, 15 de octubre de 1993, 22 de febrero de 1995, 2 de diciembre de 1996 y 4 de julio de 1998)».

Por consiguiente, la explicación teórica del negocio fiduciario a la que se acoge la sentencia de apelación resulta indiferente para la conclusión jurídica extraída; puesto que la sentencia se basa no sólo en que “ninguna prueba existe sobre un convenio relativo a la restitución por la demandada al tiempo del cese de la convivencia”, sino también en que el propósito de los litigantes, con la aportación de su esfuerzo personal al levantamiento de las cargas de la familia, fue constituir un patrimonio en régimen de cotitularidad; en que, a pesar de que el actor vino efectuando mensualmente transferencias para el pago de los períodos de amortización de la hipoteca constituida para la adquisición del apartamento de Gavà, y que asimismo satisfizo el precio de la compra de la vivienda de Manzanares El Real, la prueba acredita que la demandada satisfizo determinados pagos relacionados con los expresados inmuebles, destinados a servir de vivienda familiar, suscribió junto con el actor un préstamo hipotecario para la adquisición de la segunda vivienda, y aplicó los productos resultantes de su actividad laboral a lo largo de la convivencia a sufragar los gastos familiares.

Resulta, así, evidente que la figura de la “puesta a nombre de otro”, invocada por la parte recurrente, no encaja con los elementos probatorios que recoge la sentencia impugnada, pues, como recuerda la sentencia núm. 83/2005, de 17 febrero, recurso de casación núm. 5211/2000, «esta Sala (v gr. Sentencia de 5 julio de 1989) ya se ha referido en diversas ocasiones al negocio jurídico de “puesta a nombre de otro” en sentido estricto –*nomen commodat*– [en Cataluña *prestanom*], refiriéndose a su designio de “conseguir una finalidad económica muy limitada con instrucciones reservadas del verdadero propietario, cual es la ocultación de la titularidad real para salvar el patrimonio de las responsabilidades en que se halla implicado, figura que tiene unos perfiles ciertamente semejantes con los negocios fiduciarios, pero con más improntas específicas, y con concomitancias con figuras afines como la de interposición de personas”».

De todo ello se infiere que una explicación teórica del negocio fiduciario centrada en la disparidad entre la titularidad formal y externa atribuida al fiduciario –con una finalidad limitada a la atribución a uno de los cónyuges durante el matrimonio de facultades de administración sobre un bien propiedad del otro– y la propiedad real que corresponde al fiduciante hubiera conducido indefectiblemente a la Sala de instancia a idéntica conclusión. En efecto, la existencia de dicha disparidad es negada por la sentencia impugnada con la afirmación de que el pago del precio de los inmuebles por el actor se vio causalmente compensado por la contribución económica de la recurrida a las cargas económicas derivadas de la convivencia, demostrativa, a juicio de la sentencia impugnada, de la voluntad de establecer una comunidad patrimonial en relación con las cargas impuestas por la convivencia y, de modo particular, en relación con los inmuebles adquiridos para que sirvieran de vivienda familiar, a tenor de lo expresamente consignado en las escrituras públicas de adquisición de los mismos. Por otra parte, la sentencia recurrida declara que no se ha probado la voluntad de contraer matrimonio, intención que constituye el presupuesto necesario para la existencia de la fiducia que la parte recurrente dice existente.

Esta Sala (sentencia de 31 de marzo de 1999) en un caso (en cierto modo, inverso al planteado) en que se instó la reclamación de propiedad indivisa de los cónyuges respecto a un inmueble adquirido mediante escritura pública por el marido obtuvo una conclusión pareja al apreciar que no concurrían pruebas que permitieran afirmar contra lo expresado en la escritura pública la realidad de un negocio fiduciario.

En idéntico sentido, la sentencia de esta Sala núm. 74/2005, de 11 febrero, recurso de casación núm. 4671/1998, en un caso en que la esposa demandada adquirió para sí y a su exclusivo nombre mediante escritura pública la vivienda, por la cantidad de 20.000.000 de pesetas, la que pasó a constituir el domicilio familiar, no obstante existir un documento privado precedente en que la adquisición la llevaron a cabo los dos esposos y el precio de la compraventa se fijó en 28.000.000 de pesetas, teniendo en consideración que la sentencia recurrida sentó como probada la capacidad económica de la esposa para llevar a cabo la compraventa impugnada, fundada en aportaciones para el pago del precio y haber concertado préstamo hipotecario, estimó que la respuesta casacional forzosamente tenía que ser desestimatoria de la pretensión de concurrir fiducia.

La fundamentación del motivo planteado, en suma, sólo podría prosperar, vistos los precedentes jurisprudenciales existentes, en abierta discordancia con los fundamentos fácticos en que se apoya la sentencia de instancia en el ejercicio de la facultad de valoración de la prueba que a ella corresponde y que el cauce en el que se ampara el motivo intentado no es apto para combatir con buen éxito».

En otros casos el cónyuge no titular acude a la figura de la simulación, es decir, de una finalidad ajena a la transmisión que convierte la titularidad del adquirente en formal y lo obliga al retorno cuando se cumple la finalidad real del contrato. La voluntad de tapar y cobijar un negocio distinto del realmente querido puede dar lugar a la apreciación de una simulación relativa, de tal suerte que el negocio jurídico realmente querido –donación por razón del matrimonio, protección del patrimonio frente a terceros– puede mantener plena eficacia si la voluntad interna es reveladora de los requisitos esenciales del negocio jurídico que se ha querido realizar y concurren los requisitos formales necesarios para su validez.

Sin embargo, la aplicación de esta doctrina al estudio que nos ocupa habrá de ser apoyada con otros aspectos fácticos para determinar la existencia de *causa simulandi*, tratar de sustraer el bien a una ejecución; relación de parentesco próximo entre los intervinientes en la operación; precio irrisorio; carencia de prueba de pago del precio; falta de capacidad económica del adquirente, etc. (Sentencias, entre otras, de 29 de diciembre de 2000 y 25 de septiembre de 2003), que nos lleven a determinar que efectivamente existió una voluntad de formar una comunidad sobre los bienes inmuebles adquiridos y la existencia de una voluntad de simulación encaminada a celebrar un negocio jurídico distinto del aparente.

Al hilo de esta línea de estudio, deberemos analizar si es posible una aplicación inversa del artículo 1355 del CC y, por consiguiente, si deberá prevalecer el pacto de privatividad y la confesión prevista en el artículo 1324 del CC.

Tras una lectura del artículo 1355 del CC, podría entenderse que únicamente es aplicable al régimen de gananciales, de tal manera que los cónyuges puedan modificar la naturali-

za privativa de un bien por la de ganancial, sin embargo, la mayoría de la doctrina científica admiten una interpretación *a sensu contrario* del precepto, abriéndose así la posibilidad de que los cónyuges puedan igualmente atribuir la condición de privativos a bienes que habían sido gananciales o que se adquirieran en común por los cónyuges pero se escrituren a nombre de uno solo de ellos en el régimen de separación de bienes.

Los argumentos que apoyan la anterior tesis se sustentan sobre el principio de libre contratación entre los cónyuges, admitido por el artículo 1323 del CC, así como en que una aplicación inversa de éste no perjudicaría los derechos de los acreedores, al existir normas suficientes que les protegen, como sería la aplicación del artículo 643 del CC, al igual que no existe ninguna norma que prohíba dicha aplicación, o preceptos que parecen argumentar dicha posibilidad, como pudiera ser el artículo 1358 del CC, cuando se refiere a bienes gananciales o privativos con independencia del precio de adquisición, o cuando los artículos 1346.4.^a y 1352 del CC se refieren a bienes que pudiendo tener el carácter de gananciales, son privativos, o cuando por especial vinculación con el cónyuge son privativos (1346,5.^a, 1346,7.^o, 1346,8.^a del CC).

Al margen de la aplicación *a sensu contrario* del citado artículo 1355 del CC, no podemos negar la posibilidad de que los cónyuges, haciendo uso de su autonomía negocial, celebren un acuerdo con los mismos condicionantes previstos para la atribución voluntaria de ganancialidad en el artículo 1355 del CC, pero, en sentido inverso, acordando por lo tanto, ante la adquisición onerosa de un bien determinado, que dicho bien ingrese en el patrimonio privativo de uno de los cónyuges, aun cuando por la naturaleza del precio o contraprestación, debiera ingresar en el patrimonio común, autonomía de la voluntad que en el estudio que nos ocupa igualmente enlaza con el de seguridad jurídica, pues no olvidemos que estamos analizando el supuesto de bienes adquiridos por ambos cónyuges en régimen de separación absoluta de bienes y que se escrituran a nombre de uno solo de ellos.

Por ello, el pacto de privatividad de las partes a favor de un bien determinado en el momento de su adquisición entendemos está en íntima unión con la confesión prevista en el artículo 1324 del CC, que es de aplicación tanto para la sociedad de gananciales como para cualquier otro régimen matrimonial. Esta argumentación entiendo viene avalada por la propia ubicación del artículo, cual es entre las disposiciones generales del régimen económico matrimonial y porque en su redacción no se refiere a bienes privativos, sino a «bienes propios». Recordemos cómo la oposición entre privativos y gananciales se produce en el régimen general, pero la referencia a bienes propios la podemos observar en los bienes de participación y de separación de bienes. La eficacia de la confesión de privatividad del bien es oponible *erga omnes* aun cuando quede constancia de que los fondos aportados fueren privativos o comunes, siempre que dicha confesión cumpla los requisitos de forma y publicidad, como puede ser, por ejemplo anteriormente citado, en el que los cónyuges otorgan escritura de préstamo y se aporta como privativo y en garantía real el bien por uno de ellos, sin que el otro se oponga a tal acto, escritura que se inscribe en el registro de la propiedad.

El pacto de privatividad de las partes está igualmente enlazado con el artículo 1323 del CC, que permite celebrar entre cónyuges todo tipo de contratos y negocios dispositivos, lo que nos lleva incluso a poder entender que, cuando uno de los cónyuges participa con fondos propios en la adquisición del bien que se escritura como privativo del otro, podamos

estar en presencia de contratos de préstamo de uno al otro, como una donación, o, simplemente, como mantenemos, como un negocio bilateral de naturaleza capitular, donde precisamente la autonomía de la voluntad es la fuente del carácter privativo, dejando sin efecto el principio de subrogación real. En virtud de ello, los bienes serán del cónyuge a quien le pertenecía la contraprestación, aunque éste no haya participado en el acto de adquisición.

Para la doctrina dominante, en el régimen de separación de bienes no entra en juego el principio de subrogación real; por ello, ha de considerarse propietario al cónyuge que demuestre su título de adquisición o, lo que es lo mismo, que fue quien realizó la adquisición, siendo indiferente la procedencia de los medios empleados en ésta. La doctrina sostiene que basta la mera titularidad formal para impedir la aplicación de la presunción prevista en el artículo 1441 del CC .

En definitiva, y a modo de conclusión final, entiendo que, cuando las partes, en el ejercicio de su libertad individual han pactado un régimen de separación de bienes, realizando un acto voluntario y concreto como es el de acudir a otorgar las capitulaciones matrimoniales al notario e inscribirlas posteriormente en el Registro Civil, cuando se presume la necesidad de una información jurídica previa a dicho acto, al no ser el régimen general, no pueden al cesar la convivencia ampararse en las normas de la simulación, de la fiducia o del enriquecimiento injusto para que los bienes que se han adquirido constante el matrimonio a nombre exclusivo de uno de ellos se entiendan que ahora son comunes y que su verdadero régimen era el de mano común o de gananciales, pues, además de las razones expuestas, ello supondría un verdadero quebranto de la seguridad jurídica.

Revista de Derecho de

familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

CONGRESO INTERNACIONAL DE MEDIACIÓN

Sevilla, 14 y 15 de mayo de 2007

“ MEDIACIÓN: DE LA CONFRONTACIÓN A LA COLABORACIÓN. NUEVA CULTURA COMPLEMENTARIA AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL”

Dirección:

D. Fernando Mellet Jiménez.

Director General de Mercasevilla, SA, y Secretario-Gerente del Patronato de la Fundación Socio Asistencial de Mercasevilla.

Ilmo. Sr. D. Francisco Serrano Castro.

Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7, Familia, de Sevilla.

D.ª Gracia Morales Fernández.

Abogada y Mediadora.

Autoridades intervinientes en la apertura:

Ilmo. Sr. D. Gonzalo Crespo Prieto.

Concejal Delegado del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla y Presidente de la Fundación Mercasevilla.

Ilma. Sra. D.ª Beatriz Sainz-Pardo Prieto Castro.

Delegada Provincial de la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía.

D. Jorge Piñero Gálvez.

Vicedecano del Colegio de Abogados de Sevilla.

Ponentes:

D. Lorenzo Prats Alventosa.

Catedrático Derecho Civil y Perteneiente al Gabinete Técnico del Ministerio de Justicia.

Ilma. Sra. D.ª Margarita Pérez-Salazar Resano.

Magistrada-Juez del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Pamplona.

D.ª Ana Cobos Pizarro.

Abogada Mediadora, Coordinadora de la Comisión de Mediación y del Observatorio de Arbitraje del Foro Justicia del Consejo General de la Abogacía Española.

D. Joseph Folger.

Universidad de Temple, Filadelfia, USA. Cofundador del Instituto para el Estudio de la Transformación del Conflicto: Modelo Transformativo de Mediación.

Ilma. Sra. D.ª Pilar González Vicente.

Magistrada Letrada del Consejo General del Poder Judicial.

D. Ignacio Bolaños Cartujo.

Doctor en Psicología y Responsable del Entrenamiento del Experto en Mediación de la Universidad Complutense.

D. Emiliano Martín González.

Dirección General de Familia e Infancia del Excmo. Ayuntamiento de Madrid. Responsable de los CAF.

Ponencia y clausura:

Excmo. Sr. D. Félix Pantoja García.

Vocal del Consejo General del Poder Judicial.

OBJETIVOS DEL CONGRESO

Con el propósito y deseo de contribuir al esfuerzo común por la implantación de la mediación intrajudicial en España, fundamentalmente en el ámbito del Derecho Civil, pero con una clara apuesta también por la implementación en el campo penal, sumando aportaciones a las experiencias que desde el Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado, Consejo General de la Abogacía en la plataforma Foro Justicia se están llevando a cabo, se organiza este primer Congreso de Mediación Internacional en Sevilla.

La acción clásica de la Jurisdicción, la metodología de la confrontación contenciosa es insuficiente para una solución efectiva de determinados litigios, que, lejos de encontrar en el procedimiento una vía de arreglo eficaz, se ven agravados por la judicialización.

La metodología de la colaboración como una clara apuesta de solución autocompositiva se inserta en una cultura nueva de pacificación social que abandonando espacios de confrontación pasa a un plano donde se consigue una mayor racionalización de los problemas y una revalorización de los propios ciudadanos en sus capacidades y aptitudes de autogestión.

La Jurisdicción contenciosa ha de procurar ser evitada cuando los involucrados en un conflicto jurídico, que viene a ser a la postre humano y emocional, quieran la autocomposición y por ello la utilización de metodologías que unas veces serán alternativas al procedimiento y otras su complemento. Entre dichas metodologías destaca por su eficacia la mediación.

Objetivo primordial, por tanto, de este Congreso, abierto a profesionales del Derecho, Psicología, Trabajo Social y de distintas Administraciones Públicas, es incentivar el conocimiento, difusión y práctica de la mediación, que supondrá una gran ayuda a las partes involucradas en un conflicto donde la interacción no funcione, pero donde sea bueno y conveniente para mantener relaciones de futuro y conseguir el escenario de diálogo, fórmulas autocompositivas plenamente exitosas y satisfactorias.

Con la aportación de expertos profesionales se han despejado dudas que pudieran surgir en el sector de la abogacía y otros operadores jurídicos en cuanto a la utilización de la mediación y posibles interferencia y confusiones con el asesoramiento jurídico y práctica profesional de una abogacía conciliadora. De tal modo que el mediador se considere y valore como un profesional que complementa al abogado en la tarea de ofrecer una mejora del servicio que se oferta al ciudadano o ciudadana que sufre una situación de conflicto y que actualmente sólo se ve abocado a una resolución por los Tribunales, la mayoría de las veces insatisfactoria y en la que prima el principio de vencedor y vencido.

CONCLUSIONES

- 1.^a Necesidad de que se apruebe una legislación nacional de mediación con respeto a la normativa vigente en las Comunidades Autónomas, nueve actualmente, y con respeto también a la normativa europea que se debate en la definición de los límites y contenidos del proyecto de Directiva de 22 de octubre de 2004 sobre aspectos civiles de la mediación en los ámbitos civil y mercantil, ya que se trata de alcanzar un acuerdo entre las distintas instituciones comunitarias, Consejo, Comisión y Parlamento, en lo relacionado con los problemas de ámbito de aplicación de la Directiva, bien haciéndolo extensivo a la regulación de problemas y conflictos internos o bien reduciéndolo a los que surgieren con carácter transfronterizo, ya que la mayoría de los Estados, más de 20, que tienen una legislación nacional propia de mediación son reacios a ceder campo competencial a la legislación comunitaria en esta materia, lo que dejaría prácticamente vacía de contenido y efectividad a la futura Directiva en proyecto.
- 2.^a Se ha de volver a resaltar que el papel del mediador refuerza, sin entrar en competencia, la función del abogado, que sigue siendo elemento asesor e interlocutor indispensable en la resolución de los conflictos, especialmente en aquellos con contenido de orden público y que resultan indisponibles para las partes, y en los que siempre deberá existir un pronunciamiento judicial, previa supervisión del Ministerio Fiscal, que convalide los posibles acuerdos alcanzados, sin perjuicio de valorar el esfuerzo que las partes han realizado en el propio proceso de mediación y que siempre resultará positivo, aun cuando ese deseable acuerdo no se alcanzare.
- 3.^a Se ha de contar con la colaboración de los colegios profesionales de abogados, psicólogos y trabajadores sociales para la eficaz implantación de la mediación intrajudicial en España, rebajando y después eliminando el grado de desconfianza que existe hacia la mediación, principalmente por ignorancia de lo que significa y de los beneficios que puede aportar a la sociedad, que, sin saberlo, la demanda.
- 4.^a En tal medida, se hace preciso difundir y divulgar a la ciudadanía la existencia de ese recurso necesario y sobre el que existe un desconocimiento generalizado, pues hoy se está haciendo primar la resolución de los conflictos sociales por la vía de la exacerbación del enfrentamiento emocional, llegando incluso a criminalizarlo. Se hace preciso que la sociedad se conciente de la necesidad y posibilidad de pasar de la cultura del conflicto a la cultura del acuerdo.
- 5.^a Para ello es necesario contar con instrumentos y medios personales y materiales que ofrezcan a la sociedad y en primer término a los propios afectados por el conflicto que

habrían de ser sus destinatarios, la visión de que esa posibilidad se pueda hacer realidad, haciéndoles comprender las ventajas que les puede reportar.

6.^a En tal sentido se considera un acierto la puesta en práctica de proyectos que desde diversas instancias públicas, están apostando porque ese objetivo se alcance. En primer lugar se destaca el proyecto piloto de mediación intrajudicial en el marco de los juzgados de familia, que se ha auspiciado desde el Consejo General del Poder Judicial y a través de la comisión de familia e incapacidades que preside el vocal del Consejo Excmo. Sr. D. Félix Pantoja, asimismo el más reciente proyecto piloto de implantación de la mediación penal y justicia restaurativa en el marco de la jurisdicción penal. También se destaca que desde la judicatura existe cada vez un mayor grado de implicación y reconocimiento de los efectos beneficiosos que puede reportar la mediación, habiéndose constituido en diciembre de 2003 la Agrupación Europea de Magistrados para la Mediación, GEMME, en la que también se han integrado magistrados españoles.

Se advierte, por tanto, que poco a poco se van superando obstáculos, contándose con la colaboración de cada vez mayor número de Administraciones autonómicas y municipales en la aportación de esos recursos, medios e instrumentos, especialmente en lo que concierne con la posibilidad de contar con un Punto de Información de mediación intrajudicial, dotado de personal cualificado, a donde se derivaría a las personas inmersas en el litigio judicial, y que se valore que se puedan encontrar en situación de que su conflicto se pueda resolver valiéndose de un proceso de mediación, para que se asesoren sobre la opción de solicitar la suspensión del procedimiento y someter su conflicto a mediación.

7.^a Entre esas aportaciones destaca en Sevilla la constitución de un servicio de mediación por parte de la Fundación Social Mercasevilla, que está invirtiendo en formación de mediadores, difusión y prestación gratuita de mediación, complementando la escasa oferta de otros servicios actualmente subvencionados por la Consejería de Igualdad y Bienestar Social y poniendo en marcha, con la colaboración de la Delegación de la Consejería de Justicia, el mencionado Punto de Información Intrajudicial.

8.^a Como modelo a seguir y que hoy en día constituye una realidad y ejemplo de eficacia, se ha de subrayar el éxito clamoroso que están suponiendo los CAF, Centros de Apoyo a las Familias, creados en el marco del Plan Municipal de Apoyo a las Familias 2005-2008 del Ayuntamiento de Madrid. Se trata de seis centros municipales de carácter público y polivalente que ofrecen un servicio gratuito de prevención y apoyo a las familias madrileñas para ayudarles a afrontar las dificultades y conflictos que puedan surgir en la convivencia familiar.

9.^a Desde la perspectiva del análisis del modelo transformativo de mediación, desarrollado por J. Folger, se trata de profundizar en el cambio de la interacción de las partes, devolviéndoles su reconocimiento y capacidad de autogestión de los problemas y permitiendo una revalorización de los intereses del otro implicado en el conflicto.

Todo conflicto supone un bloqueo, una interacción difícil, un problema por resolver, una posición enquistada. La identificación de intereses y necesidades introduce posibilidades para superar posiciones emocionales y llegar a resolución constructiva de problemas.

El modelo transformativo supone un apoyo para la transformación de la interacción de las partes, consiguiendo identificar oportunidades para llegar al fortalecimiento propio (las personas se vuelven más seguras, más organizadas, recuperan sentido para manejar los de-

safíos de la vida), y, por supuesto, al reconocimiento del otro ampliando su perspectiva por incluir una apreciación por la situación del otro.

Apoyar la interacción productiva es una manera de establecer una conexión a pesar de las diferencias. Éste es el secreto para sanear y restablecer vínculos de futuro, y conseguir acuerdos duraderos y eficaces.

10.^a ¿Cómo pasar del plano de confrontación, en el que se encuentran las partes en la dialéctica del conflicto, al plano colaborativo? Esta básica y esencial cuestión, fue minuciosamente analizada, pues cuando las partes acuden al proceso, han delegado el poder de toma de decisiones en un tercero, se sienten bloqueadas, confrontadas y poseídas de la fuerza de ganar a toda costa.

Este proceso supone además pérdida de responsabilidad en las partes en conflicto, no sólo en decisiones a tomar, sino en sus resultados. Resultados que pueden no gustar. Fracayos de solución confiados en una sentencia que produce enorme insatisfacción.

Pero pasar del plano adversarial al colaborativo requiere una sutil tarea que un mediador irá hilvanando, ayudando, hasta situar a las partes en el escenario adecuado para que ellas, y sólo ellas, se encuentren y decidan, y se logre ese traspaso de poder y responsabilidad a las partes que ellas delegaron en otros, porque su dialéctica era confrontar.

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							

**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

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.

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.

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 ésta a su madre.

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

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 de éste, ofreciendo el padre un estilo de características más integradoras.

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

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 periodos vacacionales, debiendo asumir cada uno de los progenitores la manutención durante el periodo que están con el menor.

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

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.

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.

No se accede al cambio de custodia, habida cuenta que la madre, sin consentimiento del padre y sin autorización judicial, se marchó al extranjero con los hijos, privando a éstos de la figura paterna, regresando posteriormente y fijando su domicilio en otra ciudad hasta que finalmente los llevó al domicilio de los abuelos paternos donde fueron recogidos por el padre.

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

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.

La entrega y recogida del menor se efectuará en el domicilio familiar sito en Andorra, siendo de ambos padres los gastos de desplazamiento al 50%.

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

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 coste del 50% del costo del viaje del menor, no existiendo obstáculo para que el menor, de 7 años, viaje sólo en avión.

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

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.

La sentencia de primera instancia ha pretendido adecuar a las circunstancias laborales del actor, que es guardia urbano, los periodos y horarios de comunicación de la niña con éste, 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.

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.

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.

VIVIENDA Y AJUAR 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.

Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar al quedar acreditado que la ex esposa convive maritalmente con un tercero en él, 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.

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.

Los gastos ordinarios de la vivienda serán abonados por quien ostenta el uso de ésta (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.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No se accede a la petición de disminución de la cuantía de la pensión alimenticia de 1.000 euros, aunque el padre haya pasado de cobrar 7.800 euros mensuales a 5.900 euros.

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

Consta acreditado que dejó sus estudios en 1.º de ESO y trabajó durante un periodo 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 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.

La hija dejó sus estudios en 1.º de ESO y en la actualidad tiene 22 años, mostrando una clara falta de diligencia en la búsqueda de trabajo, sin que tenga 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.

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

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.

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 mantienen con aquél.

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

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.

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.

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, Auto de 29 de marzo de 2007.

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.

Ineficacia de la jubilación del esposo, a efectos de reducir la cuantía de la pensión compensatoria, cuando éste es accionista de varias empresas.

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

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.

No se fija pensión compensatoria al no haber sido solicitada por la esposa por vía reconvenzional, 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.

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.

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.

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

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

CUESTIONES PROCESALES

El juzgado competente para tramitar la demanda de modificación de medidas será el que venga determinado por las reglas establecidas en el artículo 769 de la LEC, sin que exista vinculación competencial alguna con el juzgado que dictó la sentencia que se trata de modificar.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 8 de febrero de 2007

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.

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.

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

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

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.

Al no haber cumplido el apelante con el requisito de expresar los pronunciamientos que impugna, que señala la ley para la viabilidad de la admisión del recurso de apelación, debió inadmitirse éste.

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

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

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

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.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Suspensión de la ejecución en la que la madre interesa la entrega del menor cuando éste 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.

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.

Habiéndose constatado una negativa del menor al acercamiento a la figura paterna, es inviable la adopción de medidas coercitivas sobre él para el desarrollo de la relación afectiva con su progenitor. Ha de seguir adelante el proceso de ejecución, con la finalidad de requerir a la madre para que facilite una terapia del menor en el Servicio del Punto de Encuentro Familiar.

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

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.

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.

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.

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

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

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Inclusión en el pasivo de una deuda por el importe de las cantidades abonadas por los hijos del matrimonio en concepto de atrasos, intereses y amortización anticipada del préstamo hipotecario.

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

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.

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 éstas, ya que el *animus donandi* no se presume.

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

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.

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

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

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

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

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

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

Carácter ganancial de licencia de taxi adquirida constante el matrimonio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de abril 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.

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.

Carácter privativo de la donación efectuada por el padre de la esposa a favor de ésta, al hacerse el ingreso a nombre exclusivo de ella aunque se tratase de una cuenta ganancial. La inversión de la cantidad donada por los padres en la adquisición de un bien ganancial no la transforma, *per se*, en ganancial, sino que genera una deuda de la sociedad si se ha invertido a favor de ésta.

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

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.

Inadmisión del recurso de casación interpuesto contra una sentencia que denegaba las visitas de los abuelos respecto a un menor declarado en desamparo al no acreditarse interés casacional.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 6 de marzo de 2007.

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.

DGRN Resolución de 23 de mayo de 2007.

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.

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, 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.

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

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

CUESTIONES PENALES

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

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

El Juzgado competente para conocer del delito de impago de pensiones es aquel en el que debe cumplirse la obligación.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Auto de 30 de marzo de 2007.

CUESTIONES REGISTRALES

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 en la entidad pública correspondiente.

DGRN Resolución de 21 de febrero de 2007.

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

DGRN Resolución de 22 de marzo de 2007.

Denegación de una anotación preventiva de embargo ordenada por la autoridad administrativa competente cuando los bienes constan inscritos a nombre del cónyuge no deudor y se acompaña sentencia no firme en la que se declara la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo.

DGRN Resolución de 23 de marzo de 2007.

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

DGRN Resolución de 29 de marzo de 2007.

No puede accederse a la pretensión del recurrente que ha adquirido la nacionalidad española, ya que ésta 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.

DGRN Resolución de 23 de mayo de 2007.

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 respecto del primer matrimonio.

DGRN Resolución de 23 de mayo de 2007.

SUCESIONES

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

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

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

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

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

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

OTRAS CUESTIONES

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

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

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.

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 Código de Familia, aunque sí los aumentos del patrimonio que hayan generado durante la convivencia.

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

No se fija la indemnización del artículo 41 del Código de Familia 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.

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.

