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

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 33
octubre·diciembre 2006

Director:
Antonio Javier
Pérez Martín

Sumario

Presentación	3
Índice	5
Estudios Doctrinales	21
Jurisprudencia	109
Resoluciones de la DGRN	243
Sección Práctica	265
Derecho Canónico	281
Tribuna Abierta	293
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	303
Avances Jurisprudenciales	323

editorial
LEX NOVA

Revista de
Derecho
de Familia

© LEX NOVA 2006

Edición
Lex Nova, S.A.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457 038
Fax. 983 457 224
E-mail. clientes@lexnova.es

Diseño
MAC·115

ISSN
1139-5168

Depósito Legal
VA. 803-1998

Printed in Spain
Impreso en España

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

La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsablidad de sus autores los criterios emitidos.

Los regímenes económico-convivenciales

Basta con consultar cualquier base de datos de jurisprudencia para comprobar cómo los mayores problemas que se plantean en la crisis de los matrimonios se centran en la liquidación de los bienes, que llega a complicarse en exceso cuando el régimen económico es el de gananciales, ya que a las problemáticas adjudicaciones les preceden los interminables incidentes de determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes.

Si ello es así en los matrimonios, en las parejas de hecho la cosa se complica aún más, habida cuenta que no existe un régimen económico y, hoy por hoy, son muy pocos los que, al iniciar la convivencia, pasan por una notaria para otorgar una escritura que regule los aspectos económico-patrimoniales de la convivencia.

Surgida la crisis de pareja y llevada a los tribunales, la primera cuestión que deberá acreditarse es que realmente existió entre los convivientes una unión de hecho. Como ha señalado el Tribunal Supremo «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».

En segundo lugar, hay que partir de la doctrina constante y reiterada 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 aparejada el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquiera otra forma). Como señala nuestro más Alto Tribunal «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» (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de marzo de 1997). Por otra parte, también indicó la STS 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 los bienes adquiridos durante la convivencia puedan pertenecer 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) 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 patenticen su voluntad de constituir un condominio o una sociedad particular o universal de ganancias.

Se ha considerado que existía esa voluntad de hacer comunes los bienes, cuando ambos convivientes ejercían conjuntamente una actividad comercial (aunque aparezca exclusivamente como titular uno de ellos); cuando trabajan de forma independiente pero unen sus ingresos para hacer frente a todos los gastos comunes incluida la compra de bienes; cuando compran conjuntamente bienes aun cuando uno de ellos no obtiene ingresos.

En cambio, la jurisprudencia no ha considerado que exista voluntad de formar una comunidad entre los convivientes, cuando uno solo de ellos obtiene ingresos y el otro se dedica a la casa y los bienes se adquieren por uno solo de los cónyuges; cuando compran en *pro indiviso* algunos bienes constante la convivencia mientras que otros se compran a nombre exclusivo de uno de los convivientes; cuando ambos obtienen ingresos pero mantienen economías separadas.

Pues bien, si ya se sabe toda la complicación que puede surgir ¿no será más lógico que los convivientes pacten un régimen económico que regule tanto su unión como las consecuencias de su cese? Claro, más de uno dirá que para eso se hubiese casado, y posiblemente lleve razón, pero no cabe duda que debe fomentarse la cultura del pacto previo a la convivencia sin que ello suponga modificar los criterios inspiradores de este tipo de uniones. Todas las leyes de parejas de hecho insisten en este punto y dan plena libertad para que los convivientes pacten lo que estimen oportuno, pero lo cierto es que hay algo en este tipo de convivencia que repele las formalidades.

Ante la ausencia de una normativa específica que imponga un régimen económico subsidiario a falta de pacto, son los convivientes los que tienen que tomar la iniciativa para regular las consecuencias económicas de la relación, pero si no quieren, habrá que entender que voluntariamente asumen lo que les puede venir encima cuando terminen su relación.

ÍNDICE

ESTUDIOS DOCTRINALES

El régimen de visitas: la corta edad como impedimento para la pernocta.
Roberto Llorente Pintos 23

Efectos del concurso de acreedores sobre el derecho de alimentos.
Francisco J. García Rivas 79

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sobreseimiento de la querella interpuesta por el padre contra la madre por estafa procesal y basada en la interposición de diversas ejecuciones por impago de pensiones, en la que sostenía que aquélla había percibido más de lo legalmente establecido en la sentencia, al entender tanto el Juzgado de Instrucción como la Audiencia Provincial que los hechos no eran constitutivos de delito.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 176/2006, de 5 de junio 111

Anulación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que acordaba que los gastos de residencia y colegio generados por la hija en Inglaterra fuesen abonados exclusivamente por la madre al haberse producido dicho traslado por voluntad unilateral de la misma, al concurrir un error patente con relevancia constitucional puesto que en las actuaciones consta que dicho traslado se produjo con el conocimiento y consentimiento del padre.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 157/2006, de 22 de mayo 116

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

Desestimación de la demanda de reclamación de paternidad ya que el valor indiciario de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica no está complementado con otras pruebas que permitan al Juzgador llegar al convencimiento de la filiación reclamada al no considerarse como concluyentes las pruebas testificales.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 120

Si a la voluntad obstruccionista injustificada a practicar la prueba biológica 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.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de noviembre de 2005 122

Declaración de la paternidad en base a la negativa a la prueba biológica unida a otras pruebas como la no contestación al requerimiento notarial que le hizo la madre a los pocos días del nacimiento del hijo o el rehúse de una carta certificada en la que se le informaba de un cambio de domicilio.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de diciembre de 2005 **123**

Cuando se ejercita conjuntamente la acción de reclamación e impugnación de la filiación no es aplicable el plazo de caducidad previsto para la segunda de las acciones que es meramente accesoria de la primera.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005 **128**

VIVIENDA FAMILIAR

Nos hallamos ante un simple precario, porque habiendo probado el actor su título de propiedad, no ha quedado probado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer el inmueble aquí reivindicado, siendo insuficiente la atribución del uso otorgada en un procedimiento matrimonial ya que la sentencia no puede afectar a terceros que no fueron parte en el procedimiento.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de diciembre de 2005 **132**

PENSIÓN COMPENSATORIA

Inadmisión del recurso de casación en el que se cuestionaba si en un procedimiento de divorcio puede el Tribunal, corrigiendo lo acordado por los cónyuges, establecer un límite temporal a la pensión inicialmente pactada como definitiva en el convenio regulador de la separación, al no haberse aportado jurisprudencia que resulte contradictoria para configurar el presupuesto del interés casacional.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 19 de diciembre de 2005 **135**

Desestimado el recurso de casación interpuesto respecto a si en el divorcio cabe modificar la pensión compensatoria que se fijó en la separación, de modo que se pueda establecer de forma temporal cuando lo era con carácter ilimitado por no haber jurisprudencia contradictoria y porque el juzgador *a quo* examina las circunstancias del caso y no aprecia alteración y este extremo es inconmovible en el recurso de casación.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2005 **137**

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter privativo de la indemnización que percibió el esposo a consecuencia del accidente de circulación que sufrió y, tras la separación de los cónyuges y a instancia de los tutores del esposo que fue declarado incapaz, se condena a la esposa a la rendición de cuentas de dicha cantidad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de diciembre de 2005 **139**

Se desestima la petición realizada por el esposo que pretendía que un inmueble propiedad exclusiva de su esposa, respondiese del préstamo que solicitó y que dice que se invirtió en la adquisición de aquél, debiendo presumirse que el régimen existente entre los cónyuges era el de separación de bienes.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de enero de 2006 **142**

Carácter ganancial de la deuda que mantenía el esposo –abogado en ejercicio– con un cliente derivada de la liquidación de la provisión de fondos, no existiendo incongruencia en la sentencia que condena a la esposa en su participación en los bienes comunes del patrimonio consorcial.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de enero de 2006 **146**

UNIONES DE HECHO

Desestimación de la demanda interpuesta por un conviviente contra otro y en la que se reclama la propiedad de unos inmuebles que adquirieron en pro indiviso durante la convivencia al no considerarse que existiese donación por razón de matrimonio ni negocio fiduciario.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de diciembre de 2005 **148**

Existencia de una comunidad de bienes al 50% respecto a la construcción de una vivienda en un solar propiedad de la conviviente y realizada por ambos durante el período de convivencia común.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de enero de 2006 **156**

SUCESIONES

Desestimada la demanda que solicitaba la declaración de incapacidad de la testadora basada en informes médicos que se expidieron con posterioridad a su fallecimiento y en un informe del alcalde del pueblo donde residía la misma, no habiéndose probado, por otro lado, que concurriese vicio en el consentimiento en el momento de su otorgamiento.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005 **158**

Interpretación de la voluntad del testador ante un legado de cosa específica coexistente con un usufructo de los bienes a favor del cónyuge viudo.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005 **162**

Cuando se trata de la partición de bienes procedentes de herencias distintas es necesario proceder separadamente a la práctica de dicha liquidación y a las operaciones particionales correspondientes a los bienes que forman parte de uno y otro haber hereditario.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005 **165**

Desestimado el recurso de casación en el que se pretendía dar una nueva valoración a los inmuebles distinta a la que constaba en el Cuaderno Particional aportando una nueva valoración efectuada por un perito con la cualificación de arquitecto superior y alegando que el incremento en el precio de la vivienda usada es inferior.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2005 **168**

La administración de lotería no forma parte de la herencia del causante ya que su titularidad se rige en cuanto a su transmisión por normas específicas (artículo 14 del RD de 11 de junio de 1985) que nada tienen que ver con las sucesorias. El antiguo titular únicamente tiene la facultad de proponer a un nuevo titular dentro de un determinado círculo de personas.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de enero de 2006 **173**

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Siendo la esposa cubana y el esposo español, el divorcio ha de regirse por la ley española al ser la del lugar de la última residencia habitual común (artículo 107.2.º CC).
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2006 **177**

Aunque en la legislación española se ha superado el concepto de culpabilidad en la ruptura matrimonial, sí tendría trascendencia al tratarse de un proceso de divorcio al que es aplicable la ley rumana (artículo 9 CC), de tal modo que si se acredita que la causa de divorcio deviene de culpa de uno de los cónyuges, el otro tiene derecho a beneficiarse durante un año de una pensión compensatoria (artículo 41.1 C. de Familia de Rumanía). No procede dicha pensión: no se ha probado que los problemas surgieran exclusivamente por la conducta del marido, ni que se desentendiera completamente de su familia.
AP Huelva, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de marzo de 2006 **177**

PATRIA POTESTAD

Habiéndose atribuido a ambos progenitores la titularidad conjunta de la patria potestad, procede despachar ejecución al no constar que la madre facilite al padre información sobre aspectos esenciales que afectan al hijo. Existiendo dificultades para la comunicación telefónica entre padre e hijo, deberá ser el Juzgador de instancia quien, previa audiencia de los padres, decida sobre la intensidad y frecuencia de tales contactos.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 17 de febrero de 2006 **178**

El incumplimiento del régimen de visitas no es motivo para privar al padre de la patria potestad, máxime cuando deriva de la conflictividad existente entre los progenitores: una vez declarada la paternidad, el padre ha intentado ver a su hijo, aunque éste se negara a ello. Resultan inviables los abusos sexuales denunciados hacia el menor, al desarrollarse las visitas en la ludoteca, delante de terceros y sin pernocta. El impago de la pensión, aun siendo una conducta merecedora de sanción, tampoco reviste tal entidad como para privar al padre de la patria potestad, y puede salvarse a través de un proceso de ejecución.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 23 de marzo de 2006 **179**

GUARDA Y CUSTODIA

No procede otorgar la guarda y custodia compartida: es inviable al amparo del artículo 92.5.º CC, al faltar el acuerdo imprescindible de los progenitores; tampoco es posible al amparo del artículo 92.8.º CC, porque no existe informe favorable del Ministerio Fiscal, ni la convicción del Juez de que «sólo de esa forma se protege convenientemente el interés superior del menor». Sin cuestionar la idoneidad de ambos, se otorga a la madre por considerarlo más conveniente para el menor, y se fija un amplio régimen de visitas que comprende 3 fines de semana al mes. Requisitos legales y jurisprudenciales de la custodia compartida.
AP León, Sec. 3.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2006 **182**

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 ha iniciado una nueva relación con otra persona por lo 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 que existe entre los padres que repercute en la menor.
AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2006 **184**

No procede modificar la guarda y custodia a favor del padre, al no existir alteración sustancial de las circunstancias: del propio Convenio Regulador se desprende el consentimiento del padre a que el menor cambiara de residencia, por motivos de traslado profesional de la madre, con independencia de que hasta que terminase el curso escolar el menor quedara bajo la custodia del padre, fijándose a partir de entonces un distinto régimen de visitas paterno-filial. Los requerimientos afectivos y psíquicos del menor justifican el mantenimiento de la custodia materna.
AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2006 **186**

No se concede la custodia compartida por cursos escolares, además de por la distancia existente entre las ciudades de residencia de los progenitores, por no darse las condiciones de mutuo entendimiento entre ambos.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2006 **187**

No procede modificar la guarda y custodia a favor del padre, al no presentar serios indicios de realidad los motivos alegados a tal fin: el padre alega que el menor ha sufrido malos tratos físicos y psíquicos por parte de la madre, a la que considera incapaz de educar al hijo. Los informes técnicos descartan que el origen del carácter y comportamiento del menor devengan de la falta de aptitud de la madre para ejercer adecuadamente la autoridad y cuidado parental: no existe alteración sustancial de circunstancias que permita modificar una medida que fue previamente consensuada por ambos cónyuges.
AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2006 **188**

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede que la menor pernocte con el padre hasta que no cumpla 3 años de edad. No obstante, se deja sin efecto el pronunciamiento que obligaba al padre a que dichas pernoctas, desde los 3 a los 5 años, se realizaran en el domicilio de los abuelos paternos: aunque ahora mismo vive con ellos, ello puede cambiar e impediría al padre ir de vacaciones con su hija, y además no puede imponerse tal obligación a quienes no han sido parte, ni oídos en el procedimiento (los abuelos).
AP Guipúzcoa, Sec. 3.ª, Sentencia de 2 de mayo de 2006 **190**

Aunque las relaciones de la menor con el padre son buenas, se fija un régimen de visitas más restringido que el habitual, a los efectos de garantizar que el padre pueda estar con su hija cuando su horario laboral se lo permita, evitando así que la menor tenga que permanecer sola con la actual pareja del padre, con quien la hija ha manifestado que le cuesta trabajo relacionarse con normalidad. No se estima beneficiosa para la menor la imposición de la presencia de la otra persona, sin perjuicio de que paulatinamente pueda ir acostumbrándose a ella.
AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2006 **191**

Al haber cambiado la madre su lugar de residencia, se modifica el régimen de visitas paterno-filial: dicha libre decisión no puede implicar un alejamiento del padre y sustitución por su nuevo compañero sentimental, debiendo evitarse una posible alienación parental; la madre ha de asumir las molestias de su decisión, y en los fines de semana alternos, una vez se desplazará

el padre hasta Guadalajara, y el otro deberá desplazarse la madre hasta el lugar de residencia del padre, soportando cada uno los gastos de sus desplazamientos. La menor podrá viajar sola en avión, cuando las entidades transportistas así lo permitan.

AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2006 **192**

Habiéndose asignado a la madre, por comisión de servicios, un puesto de educadora en el Reino Unido durante un curso escolar, se estima la demanda de modificación temporal de medidas fijadas en previo divorcio: se modifica el régimen de visitas con el padre, siendo el lugar de recogida y entrega del menor el domicilio paterno, sufragando la madre los gastos de desplazamiento. La autorización de residencia del menor con la madre se considera beneficiosa para el menor.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2006 **194**

Aunque antes haya existido un régimen más restrictivo de visitas entre el padre y la hija, a través del Punto de Encuentro y en presencia de la madre, lo conveniente para su normalización no es una prolongación de dicho sistema, sino fijar un régimen normalizado, siendo preciso un cambio de actitud de la madre y de su compañero sentimental, a efectos de no generarle a la menor el llamado conflicto de lealtades, debiendo tener claro la menor quién es su padre.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2006 **195**

VIVIENDA FAMILIAR

Se atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar sin limitación temporal, pues se encuentra residiendo en ella desde hace 5 años que se produjo la separación de hecho, y su estado de salud es más delicado que el del esposo, y ello sin perjuicio de que dicha atribución de uso quede sin efecto como consecuencia del resultado de la liquidación de gananciales que cualquiera de los cónyuges puede instar.

AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2006 **196**

Aunque se haya otorgado a la madre la custodia del hijo, se atribuye el uso de la vivienda familiar al esposo: llevaban 3 años separados de hecho, y la esposa se había trasladado al domicilio de su madre, permaneciendo el padre en la vivienda familiar, lo que ha permitido que el menor permaneciera allí con él los fines de semana. No es conveniente alterar la situación libremente consentida por las partes durante la separación de hecho. El artículo 96 CC no puede tener aplicación automática, pues podría entrar en abuso de derecho y propiciar un enriquecimiento injusto.

AP León, Sec. 3.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2006 **197**

No procede la limitación temporal del derecho de uso, aunque el hijo alterne sus estudios de ESO con la realización de un trabajo, sin perjuicio de que, una vez que alcance independencia económica, pueda modificarse dicha medida.

AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2006 **198**

No procede que el préstamo hipotecario sea abonado al 50% por los cónyuges, sino en proporción a la capacidad económica de cada uno de ellos. Ello fue lo pactado en el Convenio Regulador no ratificado por la esposa, y aunque en dicho momento los ingresos de ésta eran superiores, también es verdad que el marido tiene que abonar ahora un alquiler, por lo que subsiste la misma desproporción entre los ingresos de uno y otro.

AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2006 **198**

PENSIÓN ALIMENTICIA

Los gastos por actividades extraescolares forman una categoría independiente dentro de los alimentos junto con los ordinarios y extraordinarios, y por tanto deben abonarse por mitad entre ambos progenitores. Voto particular de la Magistrada Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo, en el sentido de que aquéllos deben incluirse en los alimentos ordinarios.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2006 **199**

Se revoca el pronunciamiento de instancia que establecía una previsión de futuro acordando un aumento de la pensión de alimentos para el caso de que el padre rescindiera un seguro privado médico y para cuando finalizara el pago del préstamo hipotecario: no proceden tales previsiones, pues se desconoce en qué situación se encontrarán alimentante y alimentista cuando esos hechos se produzcan, y ello sin perjuicio de que si se acreditase una alteración sustancial de circunstancias pueda instar su modificación. Análisis jurisprudencial de los requisitos necesarios para la modificación de medidas.
AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2006 **203**

No incurre en incongruencia la sentencia que impone al padre la obligación de abonar el 50% de los gastos extraordinarios, pese a que ello no había sido solicitado: las medidas que afectan a los hijos menores no están supeditadas al principio de rogación: rigen elementos de *ius cogens* que permiten al Juzgador establecer los pronunciamientos que estime adecuados para la protección del menor, pudiendo rebasar, cualitativa o cuantitativamente los pedimentos, o ausencia de ellos, sin incurrir por ello en incongruencia *extra* o *ultra petita.*
AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2006 **205**

Se reduce el importe de las pensiones alimenticias pactadas en el anterior proceso de separación, al acreditar el padre un cambio de entidad suficiente en su situación económica: inicialmente la pensión se fijó en base a ingresos superiores a los de su nómina y ahora, pese a ser sus nóminas similares, ha probado con un certificado de su empresa que no percibe ninguna comisión por no alcanzar los objetivos de venta. Además, ha tenido que dejar la vivienda de alquiler en que residía, pasando a ocupar una habitación ubicada en un gimnasio, donde tiene que desarrollar las visitas con sus hijos.
AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2006 **206**

PENSIÓN COMPENSATORIA

La alteración en la fortuna del esposo, que se ha visto disminuida al cobrar ahora la prestación por desempleo y haber tenido otra nueva hija, sólo justifica una reducción de la pensión compensatoria de la esposa, pero no su extinción: se ha de tener en cuenta que se ha declarado la extinción de la pensión de alimentos de otra hija, que unida a la reducción de la pensión de la esposa declarada en la instancia, reequilibra su situación económica.
AP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de marzo de 2006 **207**

No procede fijar pensión compensatoria para la esposa que, aunque en la actualidad no trabaja, sí ha desempeñado con anterioridad trabajos retribuidos que acreditan su capacitación laboral. El cuidado de una hija de 7 años que se encuentra escolarizada no puede servir de justificación a su no demanda de trabajo. A los efectos de valorar la existencia de desequilibrio, no pueden

considerarse los ingresos provisionales que percibe el esposo con ocasión de un trabajo temporal en el extranjero, sino los ingresos regulares que vino percibiendo constante el matrimonio.
AP Ourense, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de abril de 2006 **208**

No procede fijar una limitación a la pensión compensatoria de la esposa que cuenta con 53 años, ha dedicado 25 años al cuidado de las hijas y esposo, en detrimento de su potencialidad laboral, y padece una enfermedad que limita sus posibilidades de trabajo físico. Se valora además que, pese a ser las hijas mayores de edad, están estudiando y residen en el domicilio familiar con la madre, lo que supone una continuidad en la dedicación a la familia por parte de la madre. Finalidad de la pensión compensatoria y presupuestos para que pueda fijarse con un límite temporal.
AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de abril de 2006 **209**

Extinción, por el solo transcurso del tiempo, de la pensión compensatoria que ha venido abonando el esposo durante más de veinte años cuando el matrimonio sólo duró diez.
AP Cádiz, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de abril de 2006 **211**

Es inacogible la interpretación de que dentro de la expresión «cargas del matrimonio» recogida en la sentencia de divorcio se englobaba una pensión compensatoria para la esposa: no es cuestión de orden público, sino sometida al principio de justicia rogada, y ni siquiera consta que la esposa la hubiera solicitado en el anterior proceso matrimonial. Para que pueda entenderse reconocida se requiere que haya sido expresamente fijada en la sentencia. Disuelto el matrimonio con el divorcio, no existen «cargas del matrimonio», por lo que dicha expresión carece de contenido jurídico alguno.
AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2006 **212**

Una vez que se ha reconocido por una sentencia firme una pensión compensatoria con carácter indefinido, sólo procede su limitación temporal si se acredita una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su fijación, pues el principio de cosa juzgada impide modificar tal pronunciamiento por el hecho de una nueva jurisprudencia y modificación legal posterior carente de efectos retroactivos. No procede la limitación temporal: no se ha probado mejora alguna en la capacidad económica de la esposa y el mero transcurso del tiempo es una circunstancia meramente previsible.
AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2006 **213**

Existiendo una separación de hecho desde hacía más de 20 años, no procede fijar pensión compensatoria a favor de la esposa. Ninguna prueba se ha practicado tendente a acreditar si existió desequilibrio al momento de la separación de hecho, siendo revelador que la esposa en todos estos años no haya interesado pensión alguna, bien sea porque ha trabajado extraoficialmente, o porque tenía otros ingresos por cualquier otra causa. Argumentos mayoritarios de las Audiencias Provinciales que se pronuncian sobre la no concesión de pensión compensatoria en casos de prolongada separación de hecho.
AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2006 **215**

CONVENIO REGULADOR

La modificación de una cláusula de contenido compensatorio y no meramente liquidatorio pactada en el Convenio (establecía la obligación del marido de abonar a la esposa un importe mensual por su participación en el negocio ganancial que él seguía explotando), puede hacerse

a través del proceso de modificación de medidas si existe alteración sustancial de circunstancias. Se desestima la excepción de inadecuación de procedimiento: el principio de economía procesal aconseja el tratamiento procesal unívoco de todas las medidas del Convenio, por estar íntimamente unidas las unas con las otras.
AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2006 **216**

Carácter vinculante del acuerdo alcanzado por los cónyuges en el acto de la vista de divorcio, aunque posteriormente, por retractarse una de las partes, no cumplieran el compromiso de presentar el Convenio y tal acuerdo no fuera homologado judicialmente: los cónyuges, en ejercicio de su autonomía privada, pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición (entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales), que tienen carácter contractual. Su validez y fuerza vinculante no están condicionadas a la aprobación y homologación judicial.
AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2006 **216**

CUESTIONES PROCESALES

En atención a las peculiaridades de los procedimientos de familia, en los que, por regla general, concurre la existencia de una profunda subjetividad y normal tensión que impregnan las relaciones familiares en tiempo de crisis, no se aprecian circunstancias que justifiquen la imposición de costas al esposo cuya pretensión de extinción o limitación temporal de la pensión compensatoria le ha sido desestimada.
AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2006 **219**

No existe infracción del artículo 270 LEC porque el Juez admitiera en el acto de la vista de divorcio un extracto bancario que debió ser acompañado con la demanda: aunque la aportación fue extemporánea, el hoy apelante no denunció tal infracción en el acto de la vista, por lo que no puede invocar en la alzada el artículo 459 LEC.
AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2006 **219**

No es necesario formular reconvención para solicitar pensión compensatoria cuando el propio actor introduce la cuestión a debate en la demanda, aunque sólo sea para negar a la esposa dicho derecho.
AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2006 **220**

Se decreta la nulidad de todas las actuaciones posteriores al dictado de la sentencia de divorcio dictada en la instancia, al no haber sido notificada al Ministerio Fiscal (artículos 238.3.º, 240.2.º y 150.1.º LEC): se han prescindido de normas esenciales del procedimiento, privando al Ministerio Fiscal de audiencias preceptivas y generando un riesgo de indefensión, más aun en este caso que tiene encomendada la defensa de los intereses de los menores.
AP Badajoz, Sec. 3.ª, Auto de 25 de mayo de 2006 **220**

No se fijan litis expensas al existir bienes comunes en el matrimonio dado que los cónyuges disponen en propiedad de una vivienda.
AP León, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2006 **221**

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En el auto despachando ejecución sólo procede incluir el importe de los intereses moratorios pero no lo presupuestado para costas, ya que aún no existe pronunciamiento en cuanto a las mismas.
AP Cádiz, Sec. 1.ª, Auto de 19 de abril de 2006 **221**

Abono de la pensión alimenticia fijada en la sentencia desde la fecha de interposición de la demanda al ser de aplicación lo establecido en el artículo 148 del CC.
AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de abril de 2006 **222**

Para que el pago pueda ser estimado como motivo de oposición a la ejecución ha de estar justificado documentalmente, y para que sea válido y liberatorio debe hacerse a la persona en cuyo favor esté constituida la obligación o a otra autorizada para recibirlo en su nombre, de tal forma que el pago hecho a tercero sólo será válido en cuanto se haya convertido en utilidad del acreedor, recayendo tal prueba sobre el deudor (artículos 1162 y 1163 CC). Se desestima la oposición al no constar que los pagos a terceros tuvieran como destino el pago de la pensión de alimentos reclamada.
AP Murcia, Sec. 5.ª, Auto de 16 de mayo de 2006 **222**

Los cónyuges acordaron la formación de inventario y liquidación de gananciales, en la que el esposo se adjudicaba la propiedad del mobiliario, si bien la esposa tendría derecho a seguir usándolo mientras la menor estuviera bajo su custodia. No procede despachar ejecución del Auto aprobatorio de dicha transacción, pues después se ha dictado sentencia de divorcio en la que, pese a que se otorga al padre la custodia de la hija, se atribuye el uso del domicilio familiar y ajuar ordinario a la esposa. Concepto de «ajuar ordinario»: muebles de salón, sofás, TV, vídeo y DVD, electrodomésticos son ajuar ordinario de la casa.
AP La Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 23 de mayo de 2006 **224**

REGÍMENES ECONÓMICOS

La actualización de las aportaciones privativas para el pago de la hipoteca debe efectuarse aplicando el incremento del valor del dinero y no fijando un porcentaje en relación con el precio actual de la vivienda.
AP Córdoba, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2006 **226**

Son de cargo de la sociedad de gananciales (artículo 1362 CC) los recibos de consumo de diversos suministros (luz, agua, gas, teléfono, comunidad, contribución de la vivienda conyugal y seguro del coche), devengados con anterioridad a la fecha de disolución de la sociedad de gananciales, con independencia de que de dichos bienes haya disfrutado sólo el esposo.
AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2006 **226**

Procede incluir en el activo del inventario ganancial las disposiciones que el esposo realizó de la cuenta común cuando ya se había producido la separación de hecho: no se ha probado que tales disposiciones cuantiosas o anormales se hicieran para atender cargas familiares y en él residía mayor facilidad probatoria para acreditarlo (artículo 217.6.º LEC).
AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2006 **227**

El hecho de que el esposo suscite controversia respecto al inventario presentado por la esposa, no le atribuye la condición de demandante, por lo que, aun no habiendo asistido con abogado

y procurador, no cabe tenerlo por desistido: su situación es la de rebeldía procesal, que no exonera a la actora de acreditar qué bienes y derechos son gananciales.
AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2006 **227**

Valoración de la vivienda: el criterio de «valor de mercado» es el más adecuado, pues es el valor del bien que va a adjudicarse a uno de los cónyuges, quien podrá enajenarlo por dicho precio; es el criterio empleado en la práctica forense, con trascendencia jurídica. Si bien, en aplicación del principio de rogación, no puede fijarse una cantidad mayor a la señalada en el escrito inicial, que será sólo incrementada con la actualización monetaria. No se acoge el criterio de estar al valor de compra, actualizado, pues es conocida la revalorización de los inmuebles y no suele coincidir el precio de escrituras con lo realmente pagado.
AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2006 **228**

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

El consentimiento prestado por el acogedor ante el Juez y para el acogimiento preadoptivo, aunque aquél falleciese posteriormente, es válido para la constitución de la adopción.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de abril de 2006 **229**

Procede mantener el desamparo de las menores al constatarse que los problemas de desatención del padre eran reales: ha dejado voluntariamente un tratamiento de desintoxicación de alcohol, tiene el sueldo embargado por llamadas telefónicas, no asume responsabilidades con las hijas y su pareja tiene un trabajo nocturno que no la hace idónea para colaborar en el cuidado de las hijas. Tampoco acredita el padre la existencia de la alegada maniobra de su hermana para quitarle a sus hijas.
AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de abril de 2006 **230**

Se declara a la madre biológica incursa en causa de privación de la patria potestad, no siendo necesario su asentimiento en el procedimiento de adopción de su hija, en el que simplemente ha de ser oída. En el momento en que la Xunta asumió la tutela de la menor se encontraba en situación de desamparo, material y afectivo, situación que se ha mantenido durante mucho tiempo, hasta el inicio del expediente de adopción, y durante el cual la madre ha rechazado los programas que se le han ofrecido para lograr su inserción laboral.
AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 1 de mayo de 2006 **231**

Se suspenden las visitas de la madre con la hija declarada en situación de desamparo y que se encuentra alojada en centros de la entidad pública: se ha constatado que dicha comunicación es negativa para la menor, no por desinterés de la madre, sino por los trastornos psíquicos que padece y que provocan conflictividad en las visitas, a lo que se une la escasa receptividad de la madre para seguir las indicaciones de los Servicios Sociales.
AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 4 de mayo de 2006 **233**

FILIACIÓN

De la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, unida a la prueba testifical y a la existencia de cartas en las que se admite la relación sentimental con la actora y el nacimiento de la niña, se infieren la existencia de indicios más que suficientes para declarar la filiación

reclamada. La negativa a la realización de la prueba biológica no equivale a una *ficta confessio*, pero sí equivale a valioso indicio que, conjugado con otros medios de prueba, que no tienen que ser plenos, sino también indiciarios, permite declarar tal filiación.
AP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2006 **234**

Se entiende cumplida la exigencia procesal de aportar un principio de prueba con la demanda de paternidad (artículo 767.1 LEC), con la presentación de actas notariales de manifestaciones en las que vecinas de la actora dicen conocer la relación habida entre ella y el demandado: dicha exigencia trata de evitar que se presenten demandas temerarias o injustificadas, pero no puede dar lugar a restricciones al artículo 39.2.º CE, interpretándose por ello con un criterio flexible e incluso admitiendo el TS que dicho requisito queda cumplido si en la demanda consta la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado.
AP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2006 **235**

Procede declarar la filiación no matrimonial: las razones del apelante de que al tiempo de la concepción no mantenía relaciones por estar desplazado a Madrid son poco convincentes, pues nada le impedía realizar visitas frecuentes como declaró una testigo que en aquella época tenía una fluida relación de amistad. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el alcance de la negativa a la prueba de paternidad: no constituye prueba *per se*, ni es una *ficta confessio*, pero sí complementa el resto de la prueba: si niega haber mantenido relaciones en la época de la concepción, no se comprenden las razones de tal negativa.
AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2006 **236**

UNIONES DE HECHO

No se admite a trámite la petición de declaración de herederos interpuesta por el integrante de una unión de hecho homosexual al no estar constituida la misma legalmente.
AP Barcelona, Sec. 13.ª, Auto de 6 de marzo de 2006 **237**

Aun existiendo una hija menor de edad nacida de una unión no matrimonial, no procede atribuir a la madre guardadora el uso de la vivienda familiar, ya que además de ser propiedad privada del padre, la convivencia en dicho domicilio ha sido escasa. En todo caso, la concesión a la madre por ostentar la custodia o *per relationem* sería temporal obligatoriamente, siendo acertada la decisión del Juez de incrementar la pensión de alimentos para que comprenda el gasto de habitación.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2006 **238**

Fijación de una pensión compensatoria mensual y de carácter indefinido a favor de la conviviente que por su dedicación al hogar durante todos los años de convivencia, la convierten en la conviviente más débil y necesitada de protección por su edad y la situación en que se encuentra tras la ruptura.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de marzo de 2006 **238**

El procedimiento previsto para los procesos matrimoniales se reserva para las materias relativas al ejercicio de la patria potestad, incluidos los alimentos, pero no para cuestiones patrimoniales entre la pareja, cuyo cauce es el juicio ordinario: no puede resolverse en ese proceso sobre la naturaleza de los negocios entre ellos, y menos compensar cantidades de esos negocios con pagos de gastos del hijo.
AP Guipúzcoa, Sec. 3.ª, Sentencia de 2 de mayo de 2006 **239**

Tratándose de una Vivienda de Protección Oficial, el precio máximo de venta al cese del condominio viene especificado forzosamente por las disposiciones legales específicas, sin que razones de oportunidad, conveniencia, o incluso de justicia, puedan contrariar lo imperativamente impuesto por la ley.
AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2005 **241**

OTRAS CUESTIONES

Procede una llamada de atención de la Sala al letrado de la recurrente (sin perjuicio de otras posibles responsabilidades), que comete excesos contra el Juzgador de instancia en su escrito de formalización del recurso de apelación: los jueces, como seres humanos, no están exentos de equivocarse, siendo perfectamente legítima la crítica jurídica de sus razonamientos, sin embargo no tienen justificación descabellados calificativos rayanos en el ilícito penal, impropios de la elegancia y buen hacer que, como norma general, caracteriza a la Abogacía Española.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2006 **241**

No procede fijar la compensación económica del artículo 41 del Código de Familia, al no acreditarse desequilibrio patrimonial entre los cónyuges: la esposa reconoció que el marido le entregó dinero para la compra de una vivienda en Cuba, y después lo desmintió, reconociendo que había gastado dicho dinero con sus hijos y el resto lo destinó para sí.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2006 **242**

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

No es inscribible, por exigencias del principio de veracidad biológica, un reconocimiento de la paternidad no matrimonial, cuando hay datos suficientes por las declaraciones de los interesados para deducir que el reconocimiento no se ajusta a la realidad.
Resolución de 24 de enero de 2006 **245**

Denegación de la opción a la nacionalidad española ejercitada por la madre respecto de una menor de origen marroquí y que convive con ella tras la constitución de la Kafala al no coincidir los efectos de la misma con la adopción española.
Resolución de 21 de marzo de 2006 **245**

MATRIMONIO

Si los dos contrayentes eran extranjeros cuando se celebró el matrimonio y ella ha adquirido después la nacionalidad española, el matrimonio, que se rige por la ley extranjera, es inscribible en el Registro competente por transcripción de la certificación extranjera, sin que haya puntos de conexión que justifiquen la aplicación de la ley española sobre ausencia de consentimiento matrimonial.
Resolución de 31 de enero de 2006 **246**

Admitiendo el recurso interpuesto por los contrayentes –español y cubana– se accede a la inscripción del matrimonio al no existir datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial. Se han aportado al expediente documentos que prueban una relación epistolar y por correo electrónico intensa.
Resolución de 2 de febrero de 2006 **247**

La denegación por parte de las autoridades extranjeras de la nacionalidad de uno de los contrayentes del certificado de capacidad matrimonial previsto en el Convenio núm. 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil no es obstáculo para la celebración del matrimonio en España si el único motivo de la denegación de dicho certificado es la identidad de sexos de los contrayentes.
Resolución de 7 de abril de 2006 **248**

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Denegación de la inscripción de una escritura de extinción de condominio al constar en el título que los compradores adquirían para su sociedad ganancial ya que no puede alterarse el contenido de los asientos sin una acreditación fehaciente de lo manifestado que desvirtúe el contenido de la escritura pública de compraventa que motivó la inscripción vigente.
Resolución de 4 de abril de 2006 **252**

Procede la inscripción de un bien como privativo de conformidad con los artículos 1324 del CC y 95 del RH, sobre la base de la confesión efectuada con posterioridad a la adquisición de la finca por la esposa en documento público (testamento).
Resolución de 13 de mayo de 2006 **253**

Se revoca la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad que se negaba a inscribir una escritura de préstamo hipotecario por no manifestarse que no constituía vivienda familiar.
Resolución de 22 de mayo de 2006 **254**

Figurando la vivienda familiar como adquirida por los cónyuges en estado de solteros, se deniega la inscripción del convenio regulador en el que liquidaban la sociedad de gananciales y se adjudica la misma al esposo quien abona a la esposa en metálico el exceso de adjudicación, siendo necesario que conjuntamente extingan el condominio de la parte privativa del inmueble.
Resolución de 3 de junio de 2006 **255**

Al no existir prueba suficiente de la procedencia del precio, no puede practicarse la inscripción de unas participaciones indivisas de unos inmuebles con carácter privativo, sin perjuicio de poder realizarla con dicho carácter, por confesión del cónyuge, si la manifestación realizada por la adquirente, es ratificada por éste.
Resolución de 10 de junio de 2006 **256**

Validez de la escritura de adición de un inmueble a la liquidación de la sociedad de gananciales por más que pueda sospecharse que esa aportación y la inmediata disolución y liquidación del haber no son sino un mecanismo articulado exclusivamente para obtener indirectamente un fin totalmente ajeno como es el desplazamiento de un bien del patrimonio particular de un cónyuge al patrimonio personal de su consorte.
Resolución de 22 de junio de 2006 **257**

SUCESIONES

Denegación de la inscripción de la escritura de compraventa otorgada en virtud de sentencia judicial en procedimiento seguido contra los herederos desconocidos de una persona fallecida ya que dicha indeterminación no garantiza una adecuada defensa de los intereses de la herencia aún no aceptada.
Resolución de 24 de febrero de 2006 **260**

Debe entenderse perfeccionada la donación en cuanto a las participaciones correspondientes a los donatarios que llegaron a aceptarla, mas habiendo sido la donación revocada antes de haberse notificado en forma auténtica a la donante la aceptación de los donatarios (cfr. artículo 633.3.º del Código Civil), debe entenderse que aquélla ha devenido ineficaz y en consecuencia no procede su inscripción en el Registro de la Propiedad.
Resolución de 17 de mayo de 2006 **262**

No existe ningún obstáculo para que en una escritura de extinción de condominio la usufructuaria de una parte ceda su derecho a cambio de una determinada cantidad de dinero.
Resolución de 3 de marzo de 2006 **263**

SECCIÓN PRÁCTICA

Litis expensas: presupuestos para su concesión y momento procesal oportuno para solicitarlas. **267**

Casos prácticos. **273**

DERECHO CANÓNICO

Concordancias y diferencias entre procedimientos canónicos y civiles.
María Dolores Azaustre Garrido **283**

TRIBUNA ABIERTA

Libertad religiosa del progenitor frente al beneficio del hijo menor.
Aurelia María Romero Coloma **295**

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Mediación familiar. Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación. 305
Derecho Matrimonial Canónico y Eclesiástico del Estado. 314
Publicaciones, noticias y datos de interés. 318

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Separación, divorcio y nulidad matrimonial. 325
Patria potestad. 325
Guarda y custodia. 325
Régimen de visitas. 326
Vivienda familiar y ajuar familiar. 326
Pensión alimenticia. 327
Pensión compensatoria. 328
Cuestiones procesales. 329
Ejecución de sentencias. 330
Regímenes económico-matrimoniales. 331
Procedimientos de menores. 332
Filiación. 332
Uniones de hecho. 333
Cuestiones penales. 333
Cuestiones registrales. 333
Sucesiones. 334
Otras cuestiones. 334

Revista de Derecho de

familia

ESTUDIOS DOCTRINALES

EL RÉGIMEN DE VISITAS: LA CORTA EDAD COMO IMPEDIMENTO PARA LA PERNOCTA

ROBERTO LLORENTE PINTOS

Abogado. Miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia

RESUMEN

La corta edad del menor es un criterio que está siendo esgrimido por un sector de las Audiencias Provinciales como suficiente por sí mismo para limitar el régimen de visitas del menor con el progenitor no custodio, no concediendo la pernocta. Frente a las Audiencias Provinciales que defienden este criterio se han posicionado otras que rechazan que la corta edad sea suficiente como para justificar la limitación del régimen de visitas. Aquellas que defienden este criterio limitador argumentan que existen estudios psicológicos que desaconsejan la pernocta de menores de corta edad con el progenitor no custodio. En el presente estudio vamos a presentar la opinión de ilustres psicólogos y psiquiatras forenses y docentes que desvirtúan rotundamente el criterio de la corta edad como suficiente para limitar las pernoctas. No existen estudios psicológicos que demuestren que la pernocta con el progenitor no custodio sea perjudicial al menor, antes bien, los expertos consultados apuntan los beneficios que para el menor conlleva la pernocta. Incluimos, además, un nutrido recopilatorio de Sentencias a favor y en contra del criterio de la corta edad.

ABSTRACT

The minor short age is a criterion that is being used by a sector of the Provincial High Courts as sufficient by itself to limit the visits management of the minor with the non custodian progenitor, not conceding the spending of the night. Opposed to the Provincial High Courts that justify this criterion there are another ones that reject that the short age be enough as to justify the limitation of the visits management. Those that justify this restricted criterion argue for psychological studies that dissuade the spending of the night of minors of short age with the non custodian progenitor. In the present study we are going to show up the opinion of illustrious forensic and educational psychologists and psychiatrists that rotundly spoil the criterion of the short age as enough to limit the spending of the night. There aren´t psychological studies that demonstrate that the spending of the night with the non

custodian progenitor be harmful to the minor, on the contrary, the consulted experts show the benefits that the spending of the night has for the minor. We include, also, an intense compilation of Sentences in favour and opposited to the criterion of the short age.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE VISITAS

III. CONTENIDO

IV. RÉGIMEN DE VISITAS NORMALIZADO VS. RÉGIMEN DE VISITAS LIMITADO

IV.1. Régimen ordinario o normalizado

IV.2. Régimen limitado o restringido

V. RÉGIMEN DE VISITAS DE MENORES DE CORTA EDAD VS. RÉGIMEN DE VISITAS NORMALIZADO

VI. ESTUDIOS PSICOLÓGICOS EN RELACIÓN AL RÉGIMEN DE VISITAS DE MENORES DE CORTA EDAD

VII. OTROS ESTUDIOS DOCTRINALES

VIII. SUPUESTOS DE NO CONCESIÓN DE LA PERNOCTA EN MENORES DE CORTA EDAD

VIII.1. Un largo período de tiempo sin contacto entre el progenitor no custodio y el menor.

VIII.2. Problemas de drogadicción, alcoholismo o enfermedad mental del progenitor no custodio

VIII.3. Falta de infraestructura necesaria para la pernocta

VIII.4. Por su condición de lactante

VIII.5. Por violencia doméstica o contra el menor

VIII.6. Por enfermedades o problemas del menor

VIII.7. Por razón de la corta edad

IX. SENTENCIAS CONTRARIAS AL CRITERIO DE LA CORTA EDAD Y A FAVOR DE LA PERNOCTA DE LOS NIÑOS DE CORTA EDAD CON EL NO CUSTODIO

X. CONCLUSIÓN

X.1. De la normativa y del principio general de pernocta

X.2. De los estudios psicológicos y opinión de los expertos

X.3. Sobre la refutación de los argumentos que se esgrimen para limitar el régimen de visitas por los juzgados y tribunales

X.4. Comentario y crítica de algunas sentencias significativas que sostienen el criterio de la corta edad

X.5. Sobre los efectos inherentes a la no pernocta

XI. PLANTEAMIENTO PRÁCTICO DE POSIBLE RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL, ARTÍCULOS 477.2 3.º Y 477.3 LEC

I. INTRODUCCIÓN

En la práctica forense en la que nos vemos inmersos todos los días, los abogados que nos dedicamos a asuntos de Derecho de Familia, estamos acostumbrados a afrontar cada caso como un nuevo reto, no sólo porque cada asunto que asumimos pertenece a una concreta y única realidad familiar, sino porque nos movemos en un ámbito en el que el Derecho Sustantivo nos presenta muchos principios inspiradores pero pocas normas concisas y precisas que sean de automática o, al menos, sencilla aplicación.

Así, el máximo principio rector que rige el Derecho de Familia es el *favor filii*, o interés del menor, principio que debe presidir la aplicación de todas las normas que regulan la materia en caso de existir hijos menores de edad y que, sin embargo, al ser un concepto jurídico indeterminado se presta a diversas interpretaciones según cada caso concreto y según qué Juzgado o Audiencia resuelva el asunto.

El interés del menor ha sido y sigue siendo el principio rector al que se están remitiendo los Juzgados y Tribunales para fijar el régimen de visitas de los hijos con el progenitor no custodio. Especial relevancia adquiere dicho principio en los casos en que existen hijos de corta edad o dentro de la primera infancia (menores de dos, tres o cuatro años, según el juzgado o tribunal). En este trabajo se ha decidido hablar de menores de tres años porque ésa ha sido la edad mayoritariamente utilizada por los juzgados y tribunales para distinguir la aplicación de un régimen normalizado de visitas con pernocta –a partir de los tres años–, de otro en el que el régimen de visitas se ve limitado tanto en la pernocta como en las horas en que se desarrolla –hasta los tres años–.

El presente trabajo pretende, a través del estudio de la jurisprudencia menor así como de los estudios psicológicos existentes, clarificar:

– Cuáles son los distintos criterios de las Audiencias a la hora de fijar un régimen de visitas de un menor de tres años con el progenitor no custodio.

– Si la corta edad del menor es por sí misma una causa que justifique la limitación del régimen de visitas.

– Qué estudios doctrinales o científicos se han publicado en relación al tema.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE VISITAS

En el establecimiento de un régimen de visitas por parte de los Tribunales se parte de los siguientes principios:

1. El régimen de visitas viene recogido en el ordenamiento como un complejo Derecho-Deber, reconocido a favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad o incapacitados según lo acordado en sentencia de separación, nulidad o divorcio o en los procesos que versen exclusivamente de la adopción de medidas sobre menores de edad. Este régimen se establece como reconocimiento de **un derecho del menor y del progenitor no custodio a relacionarse entre sí** con el objetivo de permitir la continuidad o reanudación de la relación materno o paterno-filial «evitando la ruptura por falta de convivencia de los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos» (STS de 9 de octubre de 1992). Reconocido como derecho del menor en la Convención sobre los derechos del niño en su artículo 9.3 «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.» También se reconoce como un derecho del progenitor en los artículos 94 «El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores incapacitados **gozará del derecho de visitarlos,** comunicar con ellos y tenerlos en su compañía» y 160 del Código Civil «Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial» si bien, dicho derecho se contempla como un derecho-deber, que podrá limitarse o suspenderse si el interés del menor así lo aconseja.

2. Así pues, su establecimiento debe estar presidido por el principio del beneficio o interés superior del menor sobre cualquier interés legítimo que pueda concurrir tal y como resulta de la legislación interna (artículo 39.2 de la Constitución Española, artículos 92.2 y 159 del Código Civil y artículos 1, 2 y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor), como de la internacional (artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989 ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, BOE 313, de 31 de diciembre de 1990, así como la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya «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 los mismos...») de ahí se desprende que el régimen de visitas no se configura como un propio y verdadero derecho del progenitor sino «como un complejo derecho-deber de contenido afectivo dirigido no tanto a satisfacer los deseos de los progenitores sino el interés y las necesidades afectivas y materiales de la prole, de modo que las visitas están condicionadas en todo momento a que su determinación resulte beneficiosa para el menor subordinando su interés a todo lo demás...» (SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 28 de octubre de 2005).

De ahí que el artículo 94 del Código Civil establezca «**El Juez** determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que **podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen** o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.»

Por lo tanto, de una interpretación sistemática del ordenamiento se desprenden las siguientes consideraciones sobre el Régimen de Visitas:

1. La relación paterno-materno filial se configura como un derecho del menor, que redunda a priori en beneficio de éste. Es decir, la norma general es que el contacto directo y regular del menor con sus progenitores es intrínsecamente bueno para un óptimo desarrollo físico, emocional y moral del menor.

2. Excepcionalmente, si se dieren graves circunstancias que lo aconsejen, se podrá limitar e incluso suspender el contacto del menor con su progenitor no custodio.

3. El tiempo, modo y lugar de ejercicio del derecho de visitas será fijado por el juez teniendo presente las dos premisas anteriormente expuestas, fomentar el mayor contacto posible del hijo con el progenitor no custodio como norma general salvo graves circunstancias que aconsejen su limitación o suspensión, como norma especial.

III. CONTENIDO

Como paso previo, y aunque sea someramente, debemos concretar en qué consiste el régimen de visitas. Así, constatamos que dentro del concepto de régimen de visitas se han aglutinado tradicionalmente[1] el derecho de comunicación, visitas y estancias del progenitor no custodio con los hijos.

– Comunicación, en el sentido de que el progenitor no custodio podrá comunicarse con los hijos bien a través del teléfono, fax, internet, correspondencia, etc.

– Visitas[2]. Consiste en que el progenitor no custodio podrá estar con los hijos sin derecho a que éstos pernocten con él, bien estando con ellos una serie de horas diurnas (ejemplo, una tarde entre semana, o sábados y domingos alternos sin pernocta), bien pudiendo ver a los hijos en el domicilio en que éstos viven con el progenitor custodio (ejemplo, en los casos de bebés lactantes en los que no se recomiende que el niño pueda salir de casa) o bien en otro sitio (ejemplo, en el punto de encuentro familiar sin derecho a sacarlos de allí).

– Estancias. Consiste en que el progenitor no custodio podrá tener a los hijos consigo más de un día con pernocta, de tal manera que los hijos van a vivir con él, desde dos días con pernocta a períodos más prolongados como puede ser la mitad de las vacaciones. Por lo tanto, dentro del concepto «estancia» se ven englobados los fines de semana con pernocta y los períodos vacacionales.

1. La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005, pp. 24458-24461) modificó el primer párrafo y apartado a) del artículo 92 del Código Civil por el que se dice que el Convenio Regulador deberá reflejar el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor con quien no convivan habitualmente, suprimiendo el término visitas que aparecía en la redacción anterior.

2. No obstante la modificación señalada en la nota anterior el artículo 94 del Código Civil sigue manteniendo la redacción por la que se establece que «El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.» Se mantiene, pues, el término visitas.

IV. RÉGIMEN DE VISITAS NORMALIZADO VS. RÉGIMEN DE VISITAS LIMITADO

En la práctica forense cuando contemplamos las resoluciones judiciales en las que el régimen de visitas ha sido uno de los puntos de discordia entre las partes podemos observar frecuentemente la referencia que hacen los tribunales al llamado régimen ordinario de visitas, también llamado estándar o normalizado de visitas.

Naturalmente la existencia de este concepto de régimen ordinario, normalizado o estándar, conlleva necesariamente la existencia de un régimen limitado, restringido o progresivo de visitas.

Analicemos brevemente en qué consiste uno y otro y por qué esa diferencia terminológica.

IV.1. Régimen ordinario o normalizado

A pesar de que así sea llamado por los jueces o tribunales, lo cierto es que no hay un régimen estándar que se aplique en todo el territorio nacional, ni siquiera en el mismo partido judicial. Cada juzgado y tribunal suele tener el que él denomina régimen ordinario que no deja de ser el ordinario del órgano que lo dicta.

No obstante, sí que podemos enumerar una serie de características que se configurarían como un mínimo común denominador de lo que llamamos el Régimen Ordinario de Visitas:

– En cuanto a la comunicación se establece la más amplia posibilidad de que el progenitor no custodio pueda comunicarse con sus hijos, incluso en algunos regímenes se establece un horario concreto para llamadas telefónicas.

– En cuanto a las visitas. Es común en la mayoría de las Audiencias establecer uno o dos días intersemanales en los que el progenitor no custodio puede estar con los hijos desde la salida del colegio o actividad extraescolar hasta una hora prudente de entrega que oscila entre las 19.30 a las 20.30.

– En cuanto a las estancias. Se establece prioritariamente un régimen de fines de semana alternos con pernocta desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 19.30/20.30 horas, con posibilidad de que los fines de semana se amplíen en situación de puente escolar. En cuanto a las vacaciones se establece que los niños estarán con el progenitor no custodio la mitad de las vacaciones de semana santa, verano y navidad. Incluso en aquellas Comunidades Autónomas en las que existe la semana blanca o la semana de carnavales se contempla la mitad de dichas semanas.

IV.2. Régimen limitado o restringido

Obviamente este régimen de visitas se contrapone al ordinario en cuanto que se produce una limitación manifiesta en relación al régimen normal del juzgado o tribunal. Esta limi-

tación puede referirse a distintos aspectos, que sin ánimo de *numerus clausus* enumeramos a continuación:

– Limitación en cuanto a la frecuencia o número de días de derecho de visitas. Es el grado menos grave de limitación, y se trata de que no contemple visitas entre semana (por respeto a las obligaciones escolares de los menores), o bien que las vacaciones no se otorguen por mitad sino un número inferior de días (ejemplo, dos períodos de quince días separados, normalmente en hijos de corta edad y como sistema progresivo) o bien que los fines de semana sean desde el sábado a domingo, sin contemplar la noche del viernes.

– Limitación en cuanto a la pernocta. El régimen de visitas que se otorga es el mismo que en el ordinario salvo en lo referente a la pernocta ya que el niño o niños, deberán pernoctar todos los días en el domicilio del progenitor custodio. Esta limitación puede darse únicamente para los fines de semana autorizando unos períodos cortos de pernocta en los períodos vacacionales o alcanzar incluso a los períodos vacacionales en cuyo caso el progenitor no custodio podrá estar con sus hijos todos los días del período vacacional que corresponda pero deberá llevarlos a pernoctar al domicilio del custodio cada día.

– Limitación en cuanto a las personas o lugares en los que se desarrollen las visitas. Esta limitación viene dada por prohibir que en las visitas esté presente una o varias terceras personas (ejemplo, la actual pareja del progenitor no custodio o en menor medida personas pertenecientes a la familia extensa del no custodio) o bien la prohibición de que las visitas se desarrollen en determinados lugares (en el domicilio de los abuelos por parte del progenitor no custodio, en el bar, etc.)

– Limitación en cuanto a la forma de entrega de los menores o la persona encargada de recogerlos. Esta limitación es muy común en los casos de violencia doméstica en las que o bien se establece una tercera persona como la encargada de recoger a los menores en su domicilio, al tener el progenitor no custodio un medida cautelar o pena de alejamiento con el custodio o bien estableciendo que la recogida y entrega de los menores se realizará en el Punto de Encuentro Familiar (en casos de violencia doméstica estableciendo un lapso de tiempo determinado entre la llegada del progenitor custodio y la llegada del no custodio o bien en casos en los que se prevé o se ha constatado la existencia de complicaciones en el cumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor custodio).

– Limitación en cuanto a que las visitas sean vigiladas. En este supuesto normalmente también se produce una limitación en cuanto al tiempo que duren las visitas, que suele reducirse a dos o tres horas cada día de fines de semana alternos y la vigilancia puede encomendarse bien al progenitor custodio o persona de su confianza o bien estableciendo que las visitas se desarrollarán en el Punto de Encuentro Familiar.

V. RÉGIMEN DE VISITAS DE MENORES DE CORTA EDAD VS. RÉGIMEN DE VISITAS NORMALIZADO

Entrando ya al tema que nos ocupa, vamos a analizar si la corta edad de los menores es en sí misma motivo suficiente para limitar el régimen de visitas estableciéndolo sin pernocta.

En la práctica forense los abogados de familia nos encontramos con que los juzgados y tribunales ofrecen dispares criterios al respecto de si la edad es un condicionante del régimen de visitas. Cuando debemos llevar la defensa del progenitor que no va a ser el custodio y se nos plantea el deseo de tener un amplio régimen de visitas con un bebé de meses, nos encontramos con la necesidad, en función del juzgado o Audiencia que conozca del asunto, de tener que concienciar al padre en que vaya pensando que no va a poder pernoctar con su hija/o hasta que tenga dos, tres o incluso más edad. En algunos casos hay motivos adicionales para la no concesión de la pernocta como puede ser que el menor se alimente aún por lactancia materna o escasa o nula relación paterno-filial anterior (ejemplo, supuestos de no convivencia anterior de los progenitores) o bien porque el progenitor no custodio carece de una infraestructura aceptable para el desarrollo de visitas con pernocta (ejemplo, cuando el no custodio se ha tenido que ir a vivir a un piso compartido u hostal) pero hay algunos casos en los que el argumento único para la no concesión de la pernocta es el de la corta edad.

Como veremos más adelante, las Audiencias que limitan el régimen de visitas sin pernocta sólo por la corta edad de los menores se amparan normalmente en supuestos estudios psicológicos que desaconsejan la pernocta a tan tierna edad, bien por un apego a la madre, bien por la necesidad de mantenimiento de la rutina espacio-temporal en el bebé, en definitiva basados en argumentos de psicología.

Por tanto, ¿es el criterio de la corta edad un criterio suficiente para la limitación del régimen de visitas? ¿De verdad existen estudios psicológicos que desaconsejen la pernocta en menores de corta edad?

VI. ESTUDIOS PSICOLÓGICOS EN RELACIÓN AL RÉGIMEN DE VISITAS DE MENORES DE CORTA EDAD

Es de resaltar que tras una exhaustiva búsqueda e investigación sobre estudios o artículos científicos publicados en relación al asunto que nos ocupa, tras haber contactado con prestigiosos psicólogos forenses, clínicos y docentes nos hemos encontrado con que apenas existen estudios referidos a la pernocta de menores de corta edad y que según lo manifestado por los expertos, no parece haber ni un solo estudio clínico que demuestre que la pernocta del menor con el no custodio sea perjudicial, sino que, aquellos que han defendido la no pernocta hasta los tres años, lo han hecho en base a la extrapolación de teorías generales al asunto de la pernocta o del régimen de visitas.

Dentro de estas teorías generales tiene una gran relevancia la llamada «teoría del apego» introducida por Bowlby en 1944 sobre la importancia que la figura del cuidador tenía para el menor, figura que tradicionalmente se atribuía a la madre como cuidadora principal y de cómo podría afectar al menor la separación de su cuidador o figura de apego primordial, pero esta teoría fue evolucionando hasta el punto que el propio autor Bowlby en *Una base segura* (1998)[3] establecía que el niño puede tener relaciones de apego diferentes con la madre

3. Bowlby, J. (1988): *A secure base: Clinical applications of attachment theory*, Routledge, London.

y el padre. Para esta afirmación se basó en un trabajo publicado por Main y Weston (1981)[4] quienes observaron a 60 infantes con sus madres y seis meses más tarde con su padre. Este estudio daría como resultado la existencia de apego paterno y de apego materno y la importancia del papel de la participación del padre en la crianza del infante y no quedar reducido éste a la función de padre simbólico que se encarga de separar al menor de la madre.

Por lo tanto, la teoría del apego ha sido esgrimida por ciertos autores o profesionales para desaconsejar la separación del menor o infante de su figura de apego o cuidador, –madre– para evitar así los posibles traumas que la experiencia de una situación extraña podría ocasionar en el menor.

Ciertos autores y muchos psicólogos adscritos a los juzgados de familia manifiestan la opinión de que lo importante en el contacto del menor con el progenitor no custodio no es la cantidad sino la calidad de las mismas.

Sin embargo autores como Fariñas, Seijo, Arce y Novo[5] apuntan que la recomendación de Goldstein, Freud y Solnit (1979)[6] era que la mitad del contacto global fuera para el padre custodio y por tanto que el no custodio disfrutara de la otra parte del tiempo. Recientemente los resultados de Pagani-Kurtz y Derevensky (1997)[7] parecen demostrar que visitas más largas desarrollan mayor autoestima en los hijos. Igualmente Leventhal y otros (1999)[8] establecen que visitas infrecuentes o cortas empeoran la relación entre el hijo y el padre custodio, porque las visitas cortas fomentan que los padres no desempeñen el rol que les corresponde, asumiendo las visitas como si fuesen vacaciones, intentado conseguir todo lo deseable, en el menor tiempo posible.

En este mismo libro, abordan un epígrafe en su Capítulo 4[9] sobre el establecimiento del régimen de visitas en el que ofrecen unas directrices apropiadas para diseñar un plan de visitas partiendo de recomendaciones compartidas y recogidas por autores como Skafte (1985)[10], Hodges y cols. (1991)[11], Stahl (1994)[12], Ackerman (1995)[13], Granados (1998)[14] o Seijo, Fariña

4. Main M., Weston, D.R. (Sep., 1981) «The Quality of the Toddler's Relationship to Mother and to Father: Related to Conflict Behavior and the Readiness to Establish New Relationships», *Child Development*, Vol. 52, núm. 3 , pp. 932-940.

5. *Psicología Jurídica de la Familia: Intervención de casos de Separación y Divorcio* (Francisca Fariña, Dolores Seijo, Ramón Arce y Mercedes Novo, Edit. Cedecs, Barcelona, 2002).

6. Goldstein, J., Freud, A., y Solnit, A.J. (1979): *Beyond the best interests of the child*, Free Press, New York.

7. Pagani-Kurtz y Derevensky (1997): «Access by Noncustodial Parents Effects Upon Children's Postdivorce Coping Resources», *Journal of Divorce and Remarriage*, 27, pp. 43-55.

8. Leventhal, B., Kelman, J., Galazter, Levy, R. y Kraus L., (1999): «Divorce, custody and visitation in mid-childhood», en R.M. Galatzer Levy y L. Kraus (Eds.), *The scientific basis of child custody decisions*, John Wiley and Sons, New York, p. 222.

9. *Psicología Jurídica de la Familia: Intervención de casos de Separación y Divorcio* (Francisca Fariña, Dolores Seijo, Ramón Arce y Mercedes Novo, Edit. Cedecs, Barcelona, 2002). Las conclusiones de este capítulo han sido ampliadas y actualizadas por los autores según comentario que se inserta en los párrafos siguientes.

10. Skafte, D. (1985): *Child custody evaluation. A practical guide*, Beberly Hills: Sage.

11. Hodges, W.F., Landis, T., Day. E. y Oderberg, N. (1991): «Infant and toddlers and postdivorce parental access: An initial exploration», *Journal of Divorce and Remarriage*, 16 (3/4), pp. 239-252.

12. Stahl, P.M. (1994): *Conducting Child custody evaluations. A comprehensive guide*, Beberly Hills: Sage.

13. Ackerman, M.J. (1995): *Clinician's guide to child custody evaluations*, John Wiley and Sons, New York.

14. Granados, F. (1998): Material IV Edición del Máster en Psicología Jurídica. Santiago de Compostela. UNED y Fundación Universidad-Empresa. Material no publicado.

y Freire (2000)[15] y que básicamente estructuran en diferentes grupos de edad, de cero a 6 meses, de 6 a 18 meses, de 18 meses a tres años, etc. Sin embargo, los propios autores en las reflexiones enviadas para este trabajo se muestran partidarios de que el menor pernocte con el progenitor no custodio con independencia de su corta edad, siempre que no existan causas externas (falta de medios materiales, nulo contacto previo, etc.) que lo desaconsejen.

Dado que al fin y al cabo la jurisprudencia que se muestra partidaria de limitar la pernocta de los menores de corta edad se justifica en la existencia de estudios psicológicos que desaconsejan dicha pernocta, hemos recabado la *opinión actualizada de profesionales en psicología y psiquiatría de reconocido prestigio* opiniones que incluimos literalmente tal y como nos han sido remitidas por los autores para esta publicación:

1. Francisca Fariña, Ramón Arce, Mercedes Novo, Dolores Seijo.

Los profesores de psicología evolutiva y de la educación de las universidades de Santiago de Compostela (Fariñas y Arce) y Granada (Novo y Seijo) han remitido el siguiente comentario, que sin duda viene a ampliar y actualizar lo que se establece en el Capítulo 4 de su libro:

«En este tema, partiremos de tres principios. El primero, que toda decisión que se tome respecto a cualquier situación en la que se encuentre inmiscuido un menor, siguiendo la Convención de los Derechos del Niño, debe estar supeditada por el Interés Superior del niño. El segundo, que no se pueden establecer normas genéricas para aplicar directamente a todas las casuísticas, porque cada menor es él y sus circunstancias. Lo cual exige una evaluación previa y un análisis pormenorizado antes de determinar qué es lo más adecuado para él. En este caso, qué necesidades tiene el menor y cómo sus progenitores pueden satisfacerlas mejor. El tercero, que la mejor opción de custodia para el niño es la custodia compartida llevada a cabo con plena coparentalidad. Principio especialmente relevante cuando la vinculación afectiva del menor es alta, tanto con el padre como con la madre, y ambos progenitores se han ocupado del hijo. Circunstancias que cada vez, en mayor medida, aparecen en los procedimientos de divorcio.

Antes de pronunciarnos sobre la conveniencia de que los niños de corta edad pernocten en casa del progenitor no custodio, nos gustaría reflexionar sobre la siguiente realidad. Son muchos los padres, especialmente cuando ostentan la responsabilidad de la crianza en solitario (por supuesto, con independencia del género), que necesitan, por diferentes motivos (laborales, sociales), que otras personas (familia extensa, cuidadores) se ocupen, en algún momento, de sus hijos, desde edades muy tempranas. En ciertos casos, se requiere que los menores pernocten en otras casas, principalmente en la de la familia extensa. Y sin embargo, este hecho llevado a cabo como algo normal, no despierta ningún tipo de controversia, ni tampoco dudas sobre posibles consecuencias nocivas en el niño. Como tampoco cabe polémica sobre si es perjudicial para el niño ir los fines de semana a otra casa (la de la familia extensa, la de vacaciones de los progenitores, amigos, hoteles, etc.), alegando desubicación,

15. Seijó, D., Fariña, F. y Freire, M.ªJ. (2000): «Establecimiento del régimen de visitas en las situaciones de separación y divorcio», en A. Ovejero, M.ª de la V. Moral y P. Vivas (Eds.): *Aplicaciones en Psicología Social. Actas del VII Congreso Nacional de Psicología Social* (pp. 152-159), Biblioteca Nueva, Madrid.

cuando ambos progenitores viven juntos. Por lo tanto, estamos más ante un problema fruto del conflicto judicial que de la búsqueda del mejor interés del menor.

Bajo estas consideraciones, creemos que, si existe un nivel de vinculación afectiva adecuada entre progenitor e hijo y se garantiza que el menor va a tener satisfechas sus necesidades, y no existe causa extraordinaria que desaconseje la pernocta, el menor puede dormir en casa del progenitor no custodio. Ello no sólo permitiría afianzar, asegurar e incluso mejorar la relación padre no custodio/menor, lo cual contribuiría a una mejor socialización y adaptación personal (familiar y social) del niño, sino que de esta forma se respetan los Derechos del Niño y se potencia una sociedad paritaria entre hombres y mujeres.»

2. José Cantón Duarte, María del Rosario Cortés Arboleda y María Dolores Justicia Díaz.

Dr. José Cantón Duarte es profesor titular de psicología evolutiva de la Universidad de Granada, ha tenido la amabilidad de enviarnos lo que va a ser el texto relativo a la Conveniencia de las pernoctas con niños pequeños, que se ha incluido en el libro *Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos* (José Cantón Duarte, M.ª del Rosario Cortés Arboleda y M.ª Dolores Justicia Díaz, Ediciones Pirámide, 2006.

Dra. María del Rosario Cortés Arboleda es profesora titular de psicología de la Universidad de Granada.

Dra. María Dolores Justicia Díaz es psicóloga forense de los Juzgados de Familia de Granada y profesora titular de psicología de la Universidad de Granada.

«4.3.3. La conveniencia de las pernoctas con niños pequeños.

Con la excusa de preservar el apego madre-niño, se ha venido desaconsejando permitir las pernoctas durante la infancia temprana, considerándose perjudiciales hasta los tres años de edad (por ejemplo, Hodges, 1991). Sin embargo, los períodos de pernocta revisten especial importancia psicológica al brindar la oportunidad de interacciones sociales y de actividades emocionales (bañar al niño, acostarlo, contarle historias, reconfortarlo en mitad de la noche, levantarlo, vestirlo, ...), que visitas de una o dos horas no pueden proporcionar. Este tipo de actividades cotidianas promueven y mantienen la confianza en los padres, mientras profundizan y fortalecen los apegos padres-niño (Kelly y Lamb, 2000[16]; Lamb y Kelly, 2001[17]).

No hay pruebas de que los períodos con pernocta perjudiquen la adaptación psicológica de los niños o las relaciones con sus padres, sino más bien de lo contrario. La separación breve de la madre para estar con el padre también durante la noche fortalece su apego a éste y no hace más probable el apego inseguro a la madre (por ejemplo, Lamb, 1998). Aunque

16. Kelly, J. y Lamb, M. (2000): «Using child development research to make appropriate custody and access decisions for young children», *Family & Conciliation Courts Review*, 38, (3), pp. 297-311.

17. Lamb, M.E., y Kelly, J.B. (2001): «Using the empirical literature to guide the development of parenting plans for young children: A rejoinder to Solomon», *Family Court Review*, this issue.

Solomon y sus colaboradores (Solomon y George, 1999a, 1999b)[18] han informado de altas tasas de apego inseguro después de la ruptura de los padres, no existían diferencias entre los niños que realizaban visitas con y sin pernocta. Además, muchos de los hijos de divorciados nunca habían vivido con sus dos padres, no había pruebas de que se hubieran apegado al padre antes de comenzar las visitas con pernocta y un número elevado presentaba un apego desorganizado a la madre.

Frente a la opinión de que las pernoctas sólo satisfacen las necesidades de los padres (Solomon y Biringen, 2001)[19], los defensores de aplicarlas con regularidad desde edades tempranas (Kelly y Lamb, 2000; Lamb y Kelly, 2001) enfatizan sus efectos beneficiosos. Pueden ayudar a mantener y profundizar los apegos; proporcionan experiencias social, emocional y cognitivamente estimulantes; hacen que los padres se sientan realmente involucrados, estimulándolos a seguir desempeñando sus funciones; combinan momentos de placer y "reales"; y, finalmente, las visitas de unas horas sólo sirven para que el niño recuerde que el visitante existe, pero no permiten actividades que "fijen" las relaciones en la mente del niño.»

3. Miguel Clemente Díaz.

Dr. Miguel Clemente Díaz es profesor titular del departamento de psicología social de la Universidad de A Coruña. Director del Departamento de Psicología Social.

– Sobre las teorías psicológicas aplicables al superior bien del menor de mantener contacto con el progenitor no custodio.

Respecto a esta cuestión es preciso comentar que nadie sabe cuál debe ser el *superior bien del menor*. No es algo *objetivable* ni *medible* y, por lo tanto, es algo que se presta a interpretaciones subjetivas que, cuando nos encontramos en un proceso litigoso, implicará diversas concepciones de dicho entendimiento. Y consecuentemente, al no existir un estándar objetivo, tanto el fiscal de menores como el Juez o Magistrado también adoptarán un criterio subjetivo. Si del análisis de dicho proceso subjetivo se desprende que existen coincidencias en las sentencias emitidas, eso no es indicativo de objetividad, sino de la manifestación de creencias compartidas y de estereotipos. Urge, por lo tanto, una definición adecuada, objetiva y cuantificable de lo que es el *superior bien del menor*. Y la Psicología, ciencia idónea para la explicación del funcionamiento de la mente humana y para buscar el incremento de la calidad de vida de las personas, no puede responder a una cuestión que por naturaleza es política y polémica, debatible y opinable, pero no científica.

– Sobre las condiciones en las que se debe basar la relación entre el menor y el progenitor no custodio.

Se asume de manera estereotípica que la relación entre el menor y el progenitor no custodio debe ser la máxima posible, y a continuación se determina que dicho progenitor es *no*

18. Solomon, J., y George, C. (1999): «The effects on attachment of overnight visitation in divorced and separated families», en J. Solomon & C. George (Eds.), *Attachment disorganization*, (pp. 243–264), Guilford, New York.

19. Solomon, J. y Biringen, Z. (2001): «Another look at the developmental research: commentary on Kelly and Lamb's 'Using child development research to make appropriate custody and access decisions for young children'», *Family Court Review*, vol. 39, pp. 355-364.

custodio, es decir, se le *separa* físicamente del menor, y se le restringe el contacto, entrando así en una contradicción evidente. Esta situación encontraba su explicación hasta hace poco en el argumento de que las madres eran las que *cuidaban* a los hijos pequeños, tanto desde el punto de visto material y físico como emocional. Rota esta perspectiva en nuestra sociedad, sólo queda el argumento de la lactancia, del que se abusa a pesar de que en ocasiones ni el menor recibe lactancia materna, ni la recibe de manera exclusiva, ni durante unos períodos de tiempo tan excesivos como se hace constar de manera judicial. De esta manera, el argumento biológico de la alimentación sirve de barrera insoslayable para que se produzca un régimen de visitas para el progenitor no custodio que evite las pernoctas fuera del hogar del progenitor custodio, cercenando la relación con el progenitor custodio. La pregunta en este caso sería: A) ¿qué es más adecuado para el menor, la lactancia materna o el contacto psicológico y físico con ambos progenitores?; la respuesta psicológica, evidentemente, es que lo segundo. Si unimos a este dato la posibilidad que se va generando de utilización de bancos de leche materna, o la más simple de poder alimentar al menor con la propia leche materna simplemente conservada en ambiente adecuado hasta dentro del hogar, entiendo que debe primar el argumento psicológico, de forma que nunca debería el argumento de la corta edad y de la necesidad de la lactancia materna justificar la imposición de un régimen de visitas y de pernoctas restrictivo.

– Sobre las condiciones en las que se debe basar la relación entre el menor y el progenitor custodio.

Una cuestión que a nadie parece preocupar es la de cómo debe ser la relación entre el menor y el progenitor custodio. Se supone que el progenitor custodio está capacitado por el mero hecho de serlo para proveer al menor de todo tipo de *sustentos*, ya sean éstos materiales, afectivos o cognitivos.

Sin embargo, esto no es sino un mero estereotipo. Desgraciadamente, el mero hecho de que el menor conozca que está bajo la custodia de uno solo de sus progenitores, y el que se le otorgue dicho título al progenitor correspondiente, lleva inevitablemente a fenómenos tan perniciosos como el denominado SAP (Síndrome de Alienación Parental), es decir, el abuso por parte de uno de los progenitores (el custodio) de dicha posición para desacreditar y atacar al progenitor no custodio, con lo que ello implica para el menor involucrado, que se socializa en un ambiente de desprecio hacia uno de sus progenitores. El SAP no sólo existe debido a que determinadas variables de personalidad de uno de los progenitores lo fomentan, sino también, y más grave, porque hay variables estructurales que lo crean, como es la división entre progenitor custodio y no custodio.

– Sobre el sentido del progenitor custodio y del no custodio.

La reflexión anterior nos lleva al centro del problema, la distinción entre progenitor custodio y no custodio. Y es que en rigor, si lo que se pretende es que el menor disfrute de un ambiente familiar lo más parecido a una *familia normalizada* (que nadie sabe muy bien tampoco lo que es), eso debe querer decir que el menor debe vivir en un ambiente en el que ambos le custodien, y en el que sea consciente de que todas las decisiones que le afectan dependen por igual de sus dos progenitores; es decir, la custodia compartida debe ser la norma y no la excepción, independiente de la edad del menor, lo que quiere decir desde que éste nace. Y dicha premisa se debería aplicar independientemente de los trabajos y obligaciones

desarrollados por los progenitores, es decir, si de verdad ambos quieren desarrollar su papel de progenitores, deben desarrollar las mismas actividades durante unos tiempos idénticos en su duración. La única variable diferente debe ser el que el menor no disfrutará de la presencia de ambos progenitores a la vez, lo cual de por sí ya es perjudicial para el menor (respecto a esta cuestión, la sociedad parte de la idea de que es más adecuado que el menor no conviva con los dos progenitores a la vez en un ambiente negativo, quedando la duda de si esto en ocasiones no es sino un pretexto que salvaguarda la libertad de cada progenitor por encima del bien del menor, poniendo una vez más de manifiesto la subjetividad y manipulación del término del *superior bien del menor)*.

– Sobre el sentido del superior bien del menor.

Una sociedad en la que la variable sexo se separa del sentido de género, e incluso en la que el sexo es algo *mutable*, que admite uniones entre personas independiente de su sexo, que proclama la no discriminación en función del sexo, no puede seguir uniendo la idea de la custodia de los menores a uno de los progenitores, ya que esto *huele* excesivamente a primar al sexo *femenino*, encasillando a éste en el cuidado de los hijos, y al *masculino* en las funciones laborales y sociales. Es por esta cuestión por lo que, salvo en circunstancias especiales en las que corra peligro la estancia del menor con uno de sus progenitores (malos tratos, problemas físicos o mentales de uno de los progenitores, problemas de no disponer de un hábitat adecuado, etc.) nunca se debería establecer la existencia de un progenitor custodio y otro no custodio.

En cualquier caso, no se puede pedir a la Psicología que responda a preguntas que no tienen respuesta científica, y que sólo los que se basan en teorías psicológicas difusas y no científicas, como la del apego comenzada por las ideas de Bowlby, de claro carácter psicodinámico e imposible de demostrar científicamente, pueden decir saber cómo actuar. Desde una Psicología Jurídica científica, el llamado apego se produce debido al trato del menor con las personas que le rodean, y no de manera ni principal ni exclusiva con uno de sus progenitores.

4. Miguel Ángel Carbonero Martín, Tomasa Luengo Rodríguez y Carmen Rodríguez Sumaza.

Dr. Miguel Ángel Carbonero Martín.
Profesor Titular de Universidad. Departamento de Psicología. Valladolid.
Vicedecano de la Facultad de Educación y Trabajo Social de la Universidad de Valladolid.

Dra. Tomasa Luengo Rodríguez.
Profesora Asociada. Departamento de Psicología. Valladolid.

Dra. Carmen Rodríguez Sumaza.
Profesora Titular de Universidad. Departamento de Sociología y Trabajo Social. Valladolid.

– «El Régimen de visitas del progenitor no custodio para con los hijos menores de tres años de edad. La corta edad como condicionante de dicho régimen».

El análisis del régimen de visitas del progenitor no custodio y la idoneidad o no idoneidad de la pernocta de menores con éstos, requiere de la consideración de las relaciones familiares, de la interacción entre sus miembros, como espacio vital de aprendizaje de la convivencia y la reproducción social más allá de los límites precisos del hogar familiar.

En esta línea, la investigación de Rodríguez, C. y Luengo, T., (2000) (dirs.) sobre las familias monoparentales en Castilla y León muestra que, además de los lazos cotidianos de convivencia con el progenitor que mantiene la guarda y custodia, el mapa de socialización se extiende a través de las relaciones que los menores y el propio ex cónyuge mantienen con el otro progenitor.

Retomando las aportaciones de Mahler, 1978; Lefaucheur, 1988, e Iglesias de Ussel, 1998, las autoras muestran cómo las relaciones familiares superan el ámbito del hogar monoparental, así como el importante papel que el padre o la madre que no tiene la guarda ni la custodia de los hijos juega o puede jugar en el proceso de socialización de éstos. Dado que «la noción de familia excede con mucho lo doméstico», las relaciones del progenitor no custodio con los menores pueden resultar funcional y emocionalmente válidas y «similares en sus contenidos a lo que habitualmente suponemos propio de las estructuras familiares nucleares» (Rodríguez, C. y Luengo, T., 2003:75). Desde esta tesis se defiende la importancia de los procesos de interacción en el desarrollo psicológico del individuo y la idea de que el proceso no está sólo determinado por factores biológicos y por la peripecia de la diada psicológica madre-hijo, sino por el conjunto de interacciones que tienen por teatro un sistema de referencia significativo más amplio, como es la familia. Hoy sabemos que la desorganización de un núcleo familiar no siempre supone la desorganización del sistema familiar, ni el cambio del mismo. Los aspectos simbólicos y relacionales pueden quedar intactos y, aún más, en algunas situaciones pueden salir fortalecidos. También se sabe que «factores como el tipo y la calidad de las relaciones familiares (...) son variables más significativas que la propia ruptura familiar o la propia estructura familiar» a la hora de explicar el bienestar de los niños (Rodríguez Sumaza, 2001:219). Es, por tanto, uno de los objetivos a alcanzar, mantener los niveles de cooperación en el sistema familiar, aún cuando pueda adoptar formas plurales en su estructura.

Las autoras ponen en evidencia que esos niveles de cooperación, el modo en que las relaciones entre progenitores e hijos evolucionan en el seno de la unidad familiar, tienen mucho que ver con el marco cultural en el que se hallan inmersos, existiendo varios contenidos de este trasfondo ideológico cuya proyección sobre el desarrollo de las familias parece particularmente relevante.

A pesar de que en nuestra sociedad hemos asistido a importantes avances en la aceptación de la diversidad familiar, sigue existiendo un conjunto de preconcepciones negativas que, de alguna manera, condicionan la vida de las familias monoparentales. El estudio de Fry y Addington (1984) citado en Rodríguez Sumaza, C. y Luengo Rodríguez, T (2000, pp. 138-139) aporta evidencia empírica de la existencia de esos estereotipos negativos sobre los hijos criados en familias monoparentales. La investigación se realizó con 300 profesionales (profesores y trabajadores sociales) y 300 personas profanas. Cada uno de ellos observó una película idéntica donde cuatro niños de diez años jugaban con otros en casa y en la escuela. Después de ver la película se pidió a los adultos que juzgaran la personalidad de cada uno de

los menores y que pronosticaran cómo se comportarían en algunas situaciones cotidianas. No todos los adultos que participaron en la investigación habían recibido la misma información previa sobre los niños. De hecho, se habían formado tres grupos que habían recibido tres tipos de información. Al grupo 1 se le dijo que los padres de estos chicos se habían divorciado y ellos habían quedado al cuidado de su padre. Al grupo 2 se les indicó que los padres de estos chicos se habían divorciado y la custodia la tenía la madre. Al grupo 3 se le contó que los niños eran hijos de familias intactas. Los adultos juzgaron a los niños presuntamente procedentes de familias intactas como los mejor adaptados, felices y capaces de asumir responsabilidades y liderazgo, mientras que los chicos de familias monoparentales al cuidado del padre fueron juzgados como los menos adaptados en estos aspectos.

«La experiencia pone en evidencia que la representación de la familia que comparte una sociedad, la idea del divorcio y de sus consecuencias para el desarrollo infantil, el cuerpo legal que una sociedad posee, la representación social de la responsabilidad del cuidado de la infancia, además de las actitudes ante la maternidad fuera del matrimonio, son contenidos a tener en cuenta a la hora de estudiar cualquier manifestación de la monoparentalidad, así como a la hora de diseñar y poner en práctica estrategias de intervención sobre el fenómeno.» (Rodríguez y Luengo, 2000: 139.)

Este paradigma de la diversidad familiar y de los cambios en la paternidad es mostrado en el trabajo de Luengo, T. y Román, J.M. (2005). Los autores evidencian en un estudio sobre 753 padres y madres que el padre patriarcal y patrimonial está siendo sustituido por nuevos modelos en los que los ideales de paternidad fomentan la relación padre-hijo e introducen nuevos contenidos de padre cuidador en esa relación.

En un trabajo reciente los mismos autores señalan como gran reto de las sociedades actuales la educación, el acompañamiento del padre patriarcal en la transición hacia el padre presente, igualitario, participativo, que comparte la vida familiar. Ayudarles a ceder sus «derechos tradicionales», a renunciar a ser el importante de la familia, a conquistar ser un adulto más (Luengo, T. y Román, J.M. 2006).

En síntesis, podríamos decir que el menor necesita para su desarrollo de las interacciones afectivas e instrumentales que definen la representación social de familia. En ese contexto, las figuras parentales asumen un papel predominante cuyo ejercicio contribuye a la construcción de identidades individuales y grupales. No creemos que la «posición» del padre o de la madre, respecto al tipo de estructura familiar, deba ser un condicionante del ejercicio de su «función» parental.

Ante la situación que atraviesa la familia, cada vez son más las situaciones en las que las parejas se separan en circunstancias diversas, entre ellas el período de relación, la edad de los hijos, ...

Esta circunstancia, hijos menores de tres años, requiere de respuestas novedosas y fundamentadas para no caer en conductas estereotipadas que amparadas en formas de convivencia pasadas, no sepan responder a las demandas actuales con respuestas imaginativas.

Sería adecuado indicar de entrada cuáles deben ser los límites que deben orientar las respuestas a la pernocta de hijos pequeños menores de tres años.

Por un lado, parece razonable que mientras el hijo está en el período de lactancia materna esto sea por sí un impedimento para dicha pernocta con el padre no lactante. Cuando el padre no custodio no puede asegurar al hijo una respuesta adecuada a sus necesidades, por razones de trabajo o de vivienda, etc., lo invalida para tener la pernocta en estos primeros años. En la gran mayoría de las circunstancias los padres no custodios están en condiciones de facilitar al hijo respuestas adecuadas de crianza que favorecen el desarrollo psicológico del hijo.

Hoy no parece justificado el apelar a que la madre es la única que es capaz de llevar a cabo la crianza de los hijos pequeños, puesto que el desarrollo social de ambos cónyuges nos indica que la mujer se ha incorporado en proporciones cada vez más significativas al mundo laboral fuera del hogar y que el hombre se ha incorporado en proporciones significativas a las tareas del hogar. Esto incluye aquellas conductas tradicionalmente destinadas a la mujer, como el cuidado de los hijos, y que cada vez el hombre realiza con mayor profusión. Por tanto si estamos reconociendo que los estilos de crianza son compartidos, cada vez más, por ambos cónyuges, debemos reconocer que ambos están en condiciones de que los hijos menores puedan pernoctar con ellos.

La evolución de los hijos desde edades muy tempranas está comprobado que necesita las dos figuras de apego, tanto el padre como la madre, por lo tanto si lo que persigue a ambos es el buen desarrollo psicológico de su hijo, éstos facilitarán que el hijo reciba la influencia de las dos figuras de apego con la mayor normalidad posible. De lo contrario estaremos utilizando argumentos psicológicos no para facilitar el desarrollo normal del hijo sino para razones particulares que nada tienen que ver con el desarrollo del hijo. La convivencia con ambos padres en situaciones de pernocta, enriquecerá al hijo que puede beneficiarse de la forma de ser de ambos padres, siempre que a éstos les inspire el bien del hijo y su madurez. Por estas razones entre otras, podemos argumentar que los procesos de separación y las sentencias, en lo que tienen que ver con la custodia, la pernocta y el cuidado en general de los hijos, debería estar en sintonía con el devenir de los tiempos, puesto que apelar a razones de tipo psicológico para justificar la asignación o negación de la custodia, la pernocta y el cuidado de los hijos incluso cuando éstos son menores de tres años no es correcto.

Si queremos progresar en el camino de la igualdad en las relaciones personales y sociales, deberemos entender los procesos de separación y divorcio como algo que debe desarrollarse en el campo de la normalidad, entendiendo que es una situación de conflicto que debemos saber gestionar para cambiar la dinámica del conflicto en dinámica de diálogo, de esto los principales beneficiarios serán los hijos cuando los haya y es importante que la relación con ambos padres sea correcta en todos los ámbitos de la vida.

Bibliografía:

– Iglesias de Ussel, Julio (1998): *La familia y el cambio político en España*, Tecnos, Madrid.

– Luengo Rodríguez, Tomasa y Román Sánchez, José María (2006): «Estructura familiar y satisfacción parental: propuestas para la intervención» en *Acciones e Investigaciones Sociales*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza.

– (2005) «La Familia Postmoderna: procesos constitutivos y parentalidad», en Romay Martínez, J. y García Mira, R. *Psicología social y problemas sociales, Psicología Ambiental, Comunitaria y de la Educación*, Biblioteca Nueva, Madrid, 581-588.

– Lefaucheur, Nadine (1988): «¿Existen las familias monoparentales?» en J. Iglesias de Usell (ed.) *Las familias monoparentales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Serie Debate, núm. 5, 195-202.

–Mahler, M.S. *et al.* (1978): *La nascita psicológica del bambino*, Boringhieri, Turín.

–Rodríguez Sumaza, Carmen (2001): «La estrategia británica de apoyo a las familias monoparentales», *Revista Internacional de Sociología*, núm. 30, 209-239.

–Rodríguez Sumaza, Carmen y Luengo Rodríguez, Tomasa (Dtras.) (2000) *Las familias monoparentales en Castilla y León*, Junta de Castilla y León, Consejería de Sanidad y Bienestar Social.

–(2003) «Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales», *Papers, Revista de Sociología*, núm. 69, 59-82.

5. Jesús Palacios González.

Jesús Palacios González es Catedrático de Psicología de la Universidad de Sevilla. Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación.

«En relación con su consulta, debo empezar por decirle que no he hecho una revisión de la investigación empírica específica que exista sobre el tema de régimen de visitas. Estoy seguro de que otros compañeros más especializados en el área concreta le aportarán esa visión más de detalle.

Por mi parte, puedo hacerle algunos comentarios basados en mi conocimiento del desarrollo psicológico y de las situaciones de riesgo. No creo que sea adecuado establecer un patrón tipo que diga que es desaconsejable la pernocta de menores de corta edad con el progenitor que no tenga su custodia de forma habitual. Me parece que la clave está menos en la edad del menor y más en la historia previa de vinculación niño-padre (en el supuesto de que éste sea el no custodio), así como en las relaciones actuales entre los progenitores. Allí donde haya habido una relación sólida previa entre el menor y su padre no veo el motivo por el que la pernocta deba ser desaconsejada. Creo que en estas circunstancias la clave

está en mantener el contacto y el vínculo positivo previamente existente. Lo contrario me parece que sitúa al padre en una posición de cierta sospecha de no ser capaz de atender adecuadamente las necesidades del menor (físicas y psicológicas, particularmente las emocionales). Por otra parte, como siempre que hay un menor implicado, las buenas relaciones entre los progenitores son un elemento esencial de protección. Naturalmente, si el vínculo previo era pobre no parece en interés del menor un contacto por así decirlo intensificado, pues es menos probable que en las actuales circunstancias de separación y menor contacto el vínculo que era pobre se vaya a transformar de manera significativa. Sólo en caso de que se pueda hacer un pronóstico favorable en este sentido me parece que tendría sentido el contacto intensificado que la pernocta supone.

Un poco más problemática puede ser la situación en que la relación previa niño-padre era muy positiva (y, por tanto, la idea es mantenerla, no apagarla), pero las relaciones actuales entre los progenitores son muy conflictivas. Creo que esos casos deben ser valorados con más detalle, pero sin adoptar de entrada la hipótesis de que por la edad del niño se debe tomar una decisión estándar del tipo no pernocta.

Por tanto, y en resumen, en mi opinión la clave no está en la edad del menor, sino en las relaciones previas y actuales entre el menor y sus dos progenitores. Como siempre que hay menores implicados, es muy importante prestar atención a los detalles y las características singulares de cada caso y no dejarse llevar por respuestas tipo que pueden ser tan perfectamente adecuadas en unos casos como perfectamente inadecuadas en otros.»

6. Joaquín Díaz Atienza, psiquiatra infantil, presidente de la Asociación Andaluza de Psiquiatría y Psicología Infanto-juvenil.

«Creo que la polémica sobre la conveniencia, o no, de que el lactante pueda pernoctar con el padre no custodio, obedece más a la doctrina residual sobre el apego que a la evidencia científica en nuestros días sobre el mismo. Efectivamente, la posición inicial de Bowlby, que defendía la monotropía (una sola figura de apego), fue abandonada por él mismo ante la constatación empírica de otros investigadores que defendían lo contrario. Especialmente ante la constatación de la existencia de los apegos múltiples y sus diferentes jerarquías.

Hoy sabemos que el apego, tal como se describió en sus comienzos, no es universal, estando mediatizado por el tipo de familia. De hecho, el cómo se desarrolla éste variará en función de la organización, patrilineal, matrilineal o cognática de la misma.

Los que defienden la línea conservadora de la prevalencia del apego de la figura materna sobre la paterna se sustentan en uno de los trabajos de Mary Main (1985) en el que puso de manifiesto la existencia del apego hacia la madre en el 30% de los niños estudiados frente a 2% cuyo apego era hacia el padre. Sin embargo, este estudio presenta el sesgo de que fue realizado cuando los niños de la muestra tenían seis años cumplidos. De aquí que en respuesta a estos resultados, Michael Lamb (1996) constató que esta preponderancia no existía en niños de seis meses de vida cuando se trata de interacciones naturales. Para este investigador, la posibilidad de establecer dos figuras de apego seguro (padre y madre) proporciona más ventajas para el desarrollo socio-emocional del niño que una sola relación.

En esta misma línea se manifiesta el psicólogo suizo Pierrhumbert (2002) que, a partir de los resultados de una investigación de su equipo, no sólo mantiene esta posición sobre el apego, sino que también pone en evidencia que si el niño estableciera una relación de apego ansiosa con alguna de las figuras parentales, éste no originaría efectos negativos sobre el desarrollo del niño si existe la posibilidad de compensarlo con la existencia de un apego seguro, indistintamente de que sea el padre o la madre. Para estos investigadores el apego se verá influido, no tanto por el modo en el que se establecen las relaciones, como por el cómo cada uno de los padres expresa la afectividad en la relación al apego, por su disponibilidad, respeto a la autonomía del niño, seguridad del medio, estimulación y facilitación del aprendizaje.

En conclusión, no conozco ningún estudio empírico que sostenga la inconveniencia de que el lactante pernocte con el padre no custodio. Por el contrario, los resultados de las actuales investigaciones, recomiendan el establecimiento de apegos seguros múltiples como factor que favorece el desarrollo socio-emocional del niño. Por tanto, la contraindicación de tal medida estará más en relación con aspectos individuales de cada una de los padres, situación previa a la separación o divorcio, relación previa del padre no custodio con el niño, etc., que a las posibles consecuencias negativas sobre el desarrollo del niño en relación a apego.»

Bibliografía:

– Main, M., Kaplan, N., Cassidy, J.: «Security in infancy, childhood and adulthood: A move to the level of representation» in Bretherton, I. y Water, E. (Edit): «Growing points of attachment theory and research», *Monographs of the Society for Research in Child Development*, 50, 1-2, 1985, 66-104.

– Lamb, M.: *The role of the father in child development*, 3.ª Edit., Wiley, New York, 1996.

– Pierrehumbert, B., Ramstein, T., Karmalniola, A., Miljkovitch, R., Halfon, O.: «Quality of child care in the preschool years: A comparison of the influence of home careand day-care characteristics on child outcome», *Int. J Behavioural Development*, 2002, 26, 385-396.

7. Marta Ramírez, psicóloga del Juzgado de Familia núm. 8o de Madrid.

«En primer lugar reseñar que los criterios de decisión sobre el marco de visitas aún están menos establecidos o se han objetivado menos que los criterios para determinar la fórmula de custodia. De hecho hemos tenido ocasión de comprobar empíricamente que el acuerdo interjueces de una muestra de psicólogos peritos sobre una muestra de casos, era inferior en materia de visitas que de custodia; téngase también en cuenta que el abanico de alternativas es mayor a la hora de planificar el marco de relaciones con el no custodio.

En segundo lugar creo no excederme afirmando que ningún criterio por sí solo determina ni la fórmula de custodia ni el marco de visitas. Los psicólogos forenses, por ello, manejamos siempre modelos multivariados de evaluación y decisión. Además a nadie se le

escapa que para determinar el RV en base únicamente a la edad del menor, no se precisa el concurso de expertos, como tampoco para aplicar «por defecto» el llamado RV ordinario.

En consecuencia, la aportación que entiendo podemos hacer desde nuestra práctica como psicólogos forenses, no consiste tanto en ofrecer más directrices o planes de visitas según la edad del menor (las de Hodges son un referente que, honestamente, no me considero en condiciones de mejorar), como en hacer ciertas precisiones obviamente relacionadas con los dos conceptos que mayoritariamente se manejan al abordar el tópico de la pernocta: el apego o vínculo afectivo primario o principal, y la estabilidad o necesidad evolutiva de hábitos. Sin pretensión de exhaustividad, me permito señalar las siguientes:

– El apego es un factor más determinante para la custodia o en todo caso para la planificación de períodos vacacionales prolongados que para fijar la pernocta, y en sociedades en que tienden a disminuir las diferencias entre roles parentales, se hacen más frecuentes los casos en que resulta difícil discriminar entre figuras de apego.

– La extensión de las visitas que conlleva la inclusión de las pernoctas, requiere cierta implicación previa, habilidad presente e infraestuctura del no custodio para el cuidado del menor, pero *per se* no garantiza beneficios para éste y la calidad del vínculo con el progenitor no custodio, porque existen otros factores que "modulan" la relación entre aquella y estas variables, el principal la calidad de las relaciones interparentales. Por desgracia, cuando los niveles de conflicto entre los padres son crónicamente elevados, los menores no se benefician de una relación frecuente y amplia con el no custodio, y el vínculo con éste (a veces también con el custodio) se resiente.

– Los menores en las sociedades desarrolladas cada vez se socializan más tempranamente y fuera del hogar, en consonancia los niños se habitúan cada vez antes a separaciones temporales de sus figuras de apego. Realidad que ha ido favoreciendo el rebaje de la edad aconsejable para el establecimiento de pernoctas y estancias de vacaciones, en buena medida ligada a la edad común de escolarización (antes eran los 6 años y ahora los 3, al menos en el medio urbano).

– Rutinas familiares prerruptura como estancias de fin de semana en segundas residencias o pernoctas del menor en casa de parientes o cuidadores cuando la pareja tenía vida social propia, son precedentes a tener en cuenta para recomendar pernoctas en niños de corta edad.

– La pernocta con el no custodio puede no conllevar más inestabilidad para el menor que dormir con el custodio, por varias razones: tampoco siempre el custodio mantiene el contexto doméstico prerruptura al que el niño estaba habituado, además el no custodio puede minimizar los cambios en la medida que reproduzca estímulos y rutinas del contexto habitual de pernocta (piloto de luz, almohada o muñeco "fetiche", cuento o beso de buenas noches, tipo de cama-cuna, etc.) y por último a veces la distancia entre domicilios o el acople del RV de hermanos de diferentes edades hacen que comporte más trasiego y desajustes en las rutinas diarias las sucesivas recogidas y entregas para visitas cortas que la pernocta acumulando esas horas. Por tanto todas esas circunstancias deberían tenerse en cuenta a la hora de valorar la pertinencia de la pernocta en un caso concreto.

Concluyendo, no creo que pueda establecerse con precisión una edad crítica para introducir la pernocta, éste, como todos los criterios evolutivos, está sujeto a la especificidad de cada individuo y grupo familiar y debe considerarse en combinación con otros factores. En este tema, como en el de la custodia compartida, conviene no obstante que el discurso de la igualdad de los géneros ante la ley y de la ductilidad de los menores, no nos lleve tampoco a priorizar medidas "arriesgadas" pero emocionalmente compensatorias para los padres.»

8. José Manuel Aguilar Cuenca, psicólogo judicial.

José Manuel Aguilar es psicólogo, especialista en psicología jurídica y autor de «SAP, Síndrome de Alienación Parental» y «Con mamá y con papá».

El trabajo del psicólogo que trabaja diariamente en los Juzgados y Tribunales tiene que compaginar el conocimiento técnico, con los automatismos de los juristas, enraizadas en creencias, sentido común y tabúes desdeñados por la psicología científica hace más de treinta años. De este modo, resulta curioso cómo muchas de las sentencias hablan de la necesidad del menor de ir acostumbrándose a su padre, estableciendo un régimen de visitas progresivo, que se prolongará por meses. Uno se plantea que si eso mismo se aplicara a la primera vez que el niño acudiera a la guardería; pasaría la primera mañana a solas a la altura de Navidad. Semejante visión de las relaciones paterno-filiales es sumamente extraño, en tanto establece implícitamente que el progenitor, por el mero hecho de estar en estos momentos divorciado, ha mutado de sus capacidades y forma anterior, de algún modo incomprensible, siendo necesarias las medidas que limitan el contacto con su hijos, reducido a fines de semana. Y digo es curioso en tanto que no se considera el origen de la falta de contacto que el menor tiene con el progenitor no custodio, habitualmente provocado por las limitaciones que el custodio ha ido generando, una variable que nos dará indicadores para considerar cuál será el comportamiento futuro del interfiriente. Esto lo conocemos como Síndrome de Alienación Parental, sin ninguna duda el mayor problema que nos encontramos en estos momentos en los Juzgados del país. Otra circunstancia curiosa es el continuo recurso a lo que «dice la psicología», sin que nunca citen sus fuentes, para justificar la no pernocta del menor con el padre. Es lógico si entendemos que es falso que la psicología diga eso, como en este artículo queda bien reflejado. También es curioso que se cite falta de habilidades en el progenitor –que únicamente las logrará cuando, como la madre, las lleve a cabo, ya que no vienen inscritas en ningún código genético– o algún tipo de personalidad específica. Digo que es curioso cuando nos tenemos que encontrar con sentencias que otorgan la custodia a la madre alcohólica para que el menor le sirva de terapia, a la bipolar y la esquizofrénica sin que su serio trastorno sea obstáculo o, como ha ocurrido recientemente en el Juzgado número 24 de Valencia, a la maltratadora de su hija, ya que la menor se encuentra «adaptada al entorno familiar materno». Curioso en tanto que dichos trastornos sí limitarían, administrativa y legalmente, el comportamiento y la libertad de acción de dichos sujetos, en otras situaciones en las que no van a tener la responsabilidad de otro ser humano a su cargo.

No existe ninguna variable psicológica que, en ausencia de otras limitaciones justificadas, venga a restringir la pernocta de los menores de cualquier edad con su progenitor no conviviente. Los cuidados que ha de recibir se encuadran dentro de aprendizajes que

cualquier sujeto, independientemente de su sexo, puede llevar a cabo; más si es uno de sus progenitores, cuya obligación para con el menor nace cuando es concebido, teniendo que atender en lo que pueda a la madre gestante. «Cuando a finales de los años 70 los Tribunales de los EEUU consideraron sexista el principio de dar la custodia a la madre cuando los menores son pequeños, cambiándolo por adoptar la posición que primaba el superior interés de los hijos, la visión de un progenitor custodio y otro *visitante* se consideró discriminatoria, provocando la necesidad de que se alcanzaran los acuerdos de custodia (Aguilar, 2004)». Su pervivencia en la psique de nuestro sistema judicial no es sino la constatación de una discriminación que casa mal con nuestro marco jurídico y la realidad social de corresponsabilidad imperante en las parejas que actualmente tienen hijos.

Apoyándose en las investigaciones de la psicología de los años sesenta, que enfatizaba la importancia del vínculo entre el hijo y la madre, particularmente cuando era pequeño; el «mejor interés del hijo» era equivalente a significar que la custodia debería ser concedida al progenitor psicológico, la madre (Emery, 1994; Neugubauer, 1989). Desde una perspectiva legal, el término progenitor psicológico fue definido como aquel progenitor con el que el niño había establecido sus vínculos emocionales, como consecuencia de ser su cuidador principal (Goldstein *et al.*, 1973). Este concepto no debe confundirse con el de apego –relación especial que el niño establece con otro sujeto a través de las acciones y actividades que comparten, cuyo origen está en la psicología– y se encuentra muy criticado hoy en día, (Rohman *et al.*, 1987). Sin embargo, esa identificación sigue vigente en la práctica diaria de los juzgados de nuestro país, a la hora de la toma de decisión sobre la custodia.

Una variante del argumento que defendía la diferencia biológica se encuentra en aquellos que defienden una especial relación que la lactancia genera entre la madre y su hijo. Dentro de la lógica de un vínculo fundado únicamente en la oralidad, el padre no tenía ninguna posibilidad de ser reconocido como persona esencial en la vida del niño: por mucho que intentara darle el pecho, jamás lo conseguiría (Poussin & Lamy, 2004). Desde finales de los años sesenta y primeros setenta, la psicología ha venido insistiendo que los vínculos que el bebé establece con sus cuidadores principales se basan en el contacto, los juegos, las palabras y todas aquellas otras interacciones que llevan a cabo juntos, no sobre la lactancia ni cualquier otra diferencia biológica. Indudablemente la lactancia es una interacción y debe ser considerada en su correcto lugar, pero no determina de ningún modo un límite para la custodia compartida.

Como conclusión, podemos decir que «las investigaciones han demostrado el fundamental papel que individualmente aporta cada progenitor; concretamente está aceptado que la presencia sistemática del padre desde los primeros meses de la vida del bebé estimula la relación del niño con sus padres y su propia habilidad para hacer amigos (Waters E. *et al.*, 1979). Toda elección que potencie esta posibilidad irá en interés del menor» (Aguilar, 2006).

Bibliografía:

– Aguilar, J.M. (2004) *SAP: Síndrome de Alienación Parental*, Almuzara, Córdoba.
– (2006): *Con mamá y con papá*, Almuzara, Córdoba.

– Emery, R.E. (1994): *Renegotiating family relationships: Divorce, child custody and mediation*, Guilford, New York.

– Neugubauer, R. (1989): «Divorce, custody and visitation: The child's point of view», *Journal of Divorce*, 12, 153-168.

– Rohman, L.W., Sales, B.D. y Law, M. (1987): «The best interests of the child in custody disputes», en L.A. Weithorn (ed.), *Psychology and child custody determinations*, Lincoln, University of Nebraska Press, 59-105.

– Puossin, G. y Lamy, A. (2004): *Custodia compartida*, Espasa, Madrid.

– Waters, E., Wippman, J. y Sroufe, L.A. (1979): «Attachment, Positive Affect and Competence in the peer group: two studies in Construct Validation», *Child Development*, 1979, 50, 821-829.

VII. OTROS ESTUDIOS DOCTRINALES

En EEUU el Doctor S. Franco Williams. M.D del niño y del adolescente. Psiquiatra y psicoanalista de niños, adolescentes y adultos. Director del Departamento de Psiquiatría de la familia y del niño en el Centro Médico de Cedro-Sinaí en Los Ángeles. El Dr. Williams también dirige el programa de Cedro-Sinaí para los niños y las familias en los casos de divorcio. Según él:

«Métodos usados en el Síndrome de Alienación Parental[20].

Un progenitor alienador generalmente busca la ayuda de abogados, parientes, amigos, y profesionales de salud mentales, en la búsqueda de la supresión total (alienación) del otro progenitor.

Ellos tienen varios métodos a su disposición. Primero intentan conseguir que el progenitor que va a ser su víctima potencial –por lo general el padre– acuda a ver a un profesional clínico de salud mental "amistoso" y "brillante" o al especialista de desarrollo infantil, quien va a inculcar en el padre una versión deformada, fuera de contexto, de las necesidades psicológicas y del adecuado desarrollo de los niños. El especialista de desarrollo infantil, confabulado con el alienador, subrayará que los niños –sobre todo los de corta edad– necesitan la estabilidad, la constancia y la consistencia que le proporciona el domicilio habitual, y que por lo tanto es emocionalmente dañoso para los niños el trasiego de una casa a otra para pernoctar. El psicólogo o psiquiatra reiterará que los niños necesitan estar cerca de la figura de apego psicológico primaria.

20. Dirección principal, quinta conferencia anual, Consejo nacional para las derechos de los niños, C.C. de Washington, 20 de octubre de 1990.

De mi propia experiencia clínica con los niños, estoy de acuerdo con la teoría de que un hogar proporciona estabilidad y continuidad. Sin embargo, cuando los padres se divorcian, los niños no pueden gozar de la ventaja de que ambos padres vivan con ellos en un mismo hogar. Por lo tanto el cambio alternativo entre los hogares puede ser inevitable. En los casos de divorcio, no tenemos generalmente la opción de elegir el mejor interés de los niños. En verdad, en la mayor parte de los casos, debemos elegir qué opción es la menos perjudicial de entre otras que también son perjudiciales. Esto es especialmente así en los casos en que el niño ya haya generado afectos con los dos padres. Entonces hay que elegir el menos malo de entre dos males potenciales para el niño cual es que el niño tenga que ir de una casa a otra alternativamente para disfrutar de sus dos padres que lo aman, contra la opción de perder a uno de los padres. Es la vinculación parental continuada, no el número de hogares o el trayecto de una casa a otra, lo que será un determinante crucial para el desarrollo psicológico de los niños después del divorcio. Y más en estos tiempos en los que ambos padres trabajan con frecuencia, y confían el cuidado del niño a un tercero, como pueden ser otros miembros de la familia, cuidadoras o guardería por lo que el concepto de un solo «cuidador psicológico primario» es anticuado. Hoy, con frecuencia, existen dos cuidadores psicológicos o una red de cuidadores, supervisada por los padres.»

– **Autores que se muestran contrarios a la pernocta por la corta edad**.

En *Manual de psicoterapia de la relación padres e hijos* de Emilce Dio Bleichmar. Paidós, Barcelona, 2005, 548 pp., la autora se detiene en el análisis de la diferencia entre las funciones materna y paterna. Frente a las teorías clásicas como las de Lacan, propone las actuales basadas en investigaciones empíricas que muestran que los infantes desarrollan vínculos de apego diferenciados con ambos padres, que se estructuran simultáneamente. Esto significa que el patrón edípico tradicional queda modificado, ya que el proceso de triangularización empieza casi a la vez que el de la díada, el niño puede pronto sentirse excluido en ámbitos que son diferentes al sexual, como es el grado de atención. Se concluye de aquí que el descubrimiento de la intimidad sexual de los padres, aun teniendo importancia en sí mismo, no tiene la hegemonía que antes se pensaba para el psiquismo. No obstante, en conversación telefónica mantenida con la autora, la misma ha puntualizado que lo anterior se circunscribe a situaciones de convivencia normalizada en las que tanto el padre como la madre realizan una crianza compartida. Sobre los casos de separación o divorcio, la autora recomienda la no pernocta hasta los tres años, ya que en estos casos las figuras de apego no serían equivalentes y el menor tendría en la madre su principal figura de apego, al menos los primeros 18 meses, aunque su recomendación es hasta los tres años.

De igual opinión se mostró el doctor don José Luis Pedreira Massa, para quien la figura de apego primordial, sea quien sea dicha figura (madre, padre, cuidador/a) es fundamental en el menor en los primeros tres años de vida y la separación del menor de dicha figura primordial podría ocasionar trastornos en el infante entre los que incluyó el trastorno del sueño que a esas edades es muy común. Según la conversación mantenida, para el doctor Pedreira, todo niño tiene una sola figura de apego primordial en la primera infancia, y es con esa figura de apego primordial con quien debe estar el menor.

Vamos seguidamente a analizar la jurisprudencia que se ha dictado últimamente en relación al régimen de visitas en menores de tres años o menores de corta edad.

VIII. SUPUESTOS DE NO CONCESIÓN DE LA PERNOCTA EN MENORES DE CORTA EDAD

En un estudio de la jurisprudencia dictada por las Audiencias en las que no se concede la pernocta en el régimen de visitas de corta edad, nos hemos encontrado con las siguientes causas para su no concesión:

VIII.1. Un largo período de tiempo sin contacto entre el progenitor no custodio y el menor

AP de Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 15 de noviembre de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors:* Hasta los seis años por falta de contacto previo con la niña desde hace tiempo. «... la distancia existente entre las dos localidades en que viven sendos progenitores –Pineda de Mar y Las Palmas de Gran Canaria– y la escasa relación habida entre padre e hija, que ha conllevado a que la propia Juez *a quo*, con buen criterio, fijara *ab initio* un régimen sin pernocta, considera que debe instituirse un régimen de visitas sólo para los períodos vacacionales de la menor, como solicita el padre, pero, a diferencia de lo pedido por éste, el mismo ha de llevarse a cabo, de forma progresiva –al no haber tenido el padre contacto con la niña desde hace tiempo–, ...»

AP de Castellón, Sec 2.ª, Sentencia de 8 de junio de 2005. *Ponente: Ilmo Sr. don Pedro Javier Altares Medina:* «Sentadas estas premisas, y atendiendo especialmente a las fundadas recomendaciones realizadas por la perito, como consecuencia de la escasísima relación que el padre ha tenido con su hijo, no se puede estimar, por el momento, la petición del apelante referida a la posibilidad de pernocta del menor fuera del domicilio materno durante los días de visitas, ni la consiguiente acumulación de días de visitas y con los períodos vacacionales sin pernoctar en el domicilio materno.»

AP de Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de septiembre 2005. *Pontente: Ilmo. Sr. don Francisco José Martín Luna:* Período de adaptación de seis meses de un menor de dos años, por escaso contacto con el progenitor no custodio. «Ciertamente las circunstancias concurrentes en este caso, la corta edad del menor, y sobre todo la ausencia de unas relaciones normalizadas anteriores entre el menor hijo común de los litigantes y su padre, requiere que se produzca una fase de convivencia previa sin pernocta, con el fin de que se vaya acostumbrando el menor a dichos contactos con su progenitor, y evitar así situaciones y reacciones traumáticas.»

AP de A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de octubre 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Fuentes Candelas:* «En efecto, la niña cuenta en la actualidad con un año y seis meses y ha vivido con su madre desde que se rompió la convivencia conyugal y ésta regresó de Suiza a España, poco después de su nacimiento. Debido al alejamiento, lo cierto es que su padre la ha visto y estado en su compañía muy pocas veces, cuando su trabajo le ha permitido venir a Galicia. No puede haber entonces una estrecha relación y tampoco cabe ahora introducir el argumento de otros familiares paternos, cuya

situación desconocemos y no se ha valorado en el juicio. Por ello, no se considera beneficioso para la niña la pernocta ni la salida del territorio nacional.»

AP de Guadalajara, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de noviembre de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña Isabel Serrano Frías:* «Si unimos a lo expuesto la edad de la niña y la falta de relación previa, sólo cabe confirmar el régimen de visitas establecido que es acorde a las circunstancias concurrentes y que por otro lado no impide su modificación cuando se tenga lugar en su caso con el tiempo un mayor grado de acercamiento y confianza entre padre e hija.»

AP de Guipúzcoa, Sec. 3.ª, Sentencia de 15 de julio de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña Juana María Unanue Arratibel:* «De todo lo anterior deberá concluirse que atendido a la edad del menor, el escaso contacto mantenido con el menor y la necesidad, en consecuencia, de establecerse un régimen de visitas progresivo...»

AP de Huelva, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de marzo 2005. *Ponente: Ilmo Sr. don Francisco José Martín Mazuelos:* «La menor contaba con dos años y nueve meses de edad en el momento de la sentencia, razonando ésta que la falta de toda comunicación previa entre ella y el padre justificaba la instauración de un régimen progresivo, de manera que acordaba durante los dos primeros años visitas durante una tarde a la semana y fines de semana alternos sin pernocta. La Sala estima lo más conveniente para la menor tal progresividad, de manera que pueda facilitar el establecimiento de una adecuada relación sin bruscos cambios entre padre e hija.»

AP de Huelva, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de junio de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Germán Pontón Práxedes:* «Esta petición fue desestimada por el Juez *a quo* al no hallar suficientes razones que aconsejaran tal restricción del régimen de visitas, pues la corta edad de la menor, el desconocimiento de su progenitor, han sido circunstancias ya tenidas en cuenta para el régimen de visitas que se establece durante los fines de semana alternos en donde se excluye la pernocta. Y ciertamente tras la revisión en esta alzada de todas las pruebas practicadas, compartimos tales razonamientos del Juzgador de Instancia, por consiguiente, este extremo del recurso debe ser desestimado pero unido a él debemos abordar el régimen de visitas que se prevé para las vacaciones pues si bien el Juzgador como hemos señalado por las razones expuestas excluye la pernocta de la menor durante los fines de semana, sin embargo no la excluye durante los períodos vacacionales, lo cual evidentemente resulta incongruente,...»

AP de Las Palmas, Sec. 5.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2004. *Ponente: Ilmo Sr. don Lucas Andrés Pérez Martín:* «En la sentencia atacada, se han analizado por parte de la Juzgadora *a quo* únicamente las circunstancias concurrentes en el actual caso, madre que es la que ha cuidado a la niña hasta ahora, padre que ha tenido escaso contacto con la menor...»

AP de Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 3 de noviembre de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández:* «... la menor, como se dijo, de muy corta edad, ha pasado un tiempo considerable sin la presencia del padre, y por otra, existe una tensa y complicada relación entre ambos progenitores, habiéndose dictado orden de alejamiento, luego prorrogada por período de un año, razones que justifican el sistema de contactos paulatino y progresivo, a través de los llamados puntos de encuentro, y con previsiones de ampliación cuando la menor alcance la edad de tres años.»

AP de Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 4 de noviembre de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Ignacio Javier Rafols Pérez:* «Así, en cuanto al momento en que debe autorizarse la pernocta de la menor fuera del domicilio materno, se considera más adecuado a su edad, por las especiales necesidades que requiere, y a la imprescindible adaptación tanto de ella como del padre, que aquél se inicie a partir del momento en que cumpla tres años, es decir a partir del 16 de junio de 2006, conforme interesa también el Ministerio Fiscal.»

AP de Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 2 de diciembre de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda:* «... no menos cierto es que dicho régimen debe atemperarse a las circunstancias del caso concreto, que en el presente caso así lo aconsejan, dado que, en primer lugar la menor cuenta con apenas tres años de edad y en segundo lugar, el progenitor no custodio, desde que salió del domicilio que era el familiar en agosto de 2002 no ha tenido relación con la pequeña. En atención a esas circunstancias la sentencia de instancia fijó como período de adaptación de la menor a su padre el plazo de seis meses durante el cual no existiría pernocta, pero transcurrido el cual podría ya pernoctar con su padre en el domicilio de éste.»

VIII.2. Problemas de drogadicción, alcoholismo o enfermedad mental del progenitor no custodio

AP de Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de noviembre de 1998. *Ponente: Ilmo. Sr. don Marcial Subirás Roca:* Régimen de visitas con progenitor afectado de enfermedad mental. «De lo expuesto se concluye, que la compensación de la enfermedad, se hace depender por una parte de los cuidados que adopte la propia enferma, y por otra del desarrollo de la propia enfermedad de posibles períodos de recaída o reagudización, lo cual aconseja adoptar una actitud más prudente en el régimen de visitas a su favor establecido, evitando una relación continuada con posibilidad de pernocta, para limitarlo inicialmente a domingos alternos de 10 a 20 horas que podrá ampliarse en ejecución de sentencia pero en ningún caso con posibilidad de pernocta, lo cual supone una estimación del recurso de apelación a tal fin destinado.»

AP de Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2004. *Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio López-Carrasco Morales:* «La Sala ha de partir para resolver la cuestión de que efectivamente la finalidad de la ley es potenciar en lo posible las relaciones paterno-filiales siempre y cuando la situación personal del progenitor no custodio no esté afectada por síndromes, ni presente cuadro de dependencias a sustancias de alcohol y drogas. También hay que considerar por encima de cualquier cosa, la edad y conveniencia de los propios hijos Pedro Antonio y Germán (este último a punto de cumplir los tres años).»

AP de Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Julián Collado Muño:* «En este sentido en los presentes autos se ha aportado más que suficiente prueba de las especiales características de la personalidad del progenitor no custodio que hacen necesarios los límites señalados en las resoluciones combatidas, las cuales, por otro lado, no lo son en base a su cuestionamiento general sino por la coherencia necesaria que han de mostrar entre ellas...»

AP de Huelva, Sec. 3.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2005. *Ponente Ilma. Sra. doña Guadalupe Segovia Talero:* «En el presente caso, a la vista de las pruebas practicadas, y en aras del interés del menor, esta Sala coincide con la valoración efectuada por el Juez de instancia. Aun siendo cons-

cientes de los beneficios que podría tener para la madre una mayor vinculación con su hijo, de cara a la recuperación de su problema de alcoholismo, la protección del interés del menor ha de primar frente al legítimo derecho de la madre, de manera que habida cuenta de lo inestable de la situación personal de ésta, con sucesivas recaídas en su adicción, y las consecuencias perjudiciales que para el menor pudiera tener la convivencia en tal situación, es conveniente mantener las medidas adoptadas en la sentencia apelada,...»

AP de Las Palmas, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de octubre de 2005. *Ponente: Ilmo Sr. don Víctor Caba Villarejo:* «Ahora bien, en las actuales circunstancias, presentando la titular del régimen de visitas una enquistada toxicomanía y a la vista de los antecedentes del caso, de ausencia y abandono siquiera transitorio de la menor, el desarreglo vital que su adicción conlleva puede colisionar con el interés de la hija menor cuya salud física y emocional se ha de intentar a toda costa preservar. Es por ello que consideramos necesario limitar, aún más y por ahora, el régimen de visitas fijado en la sentencia apelada estableciendo mecanismos de control,...»

AP de Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González:* «Procede, igualmente, del estudio de las actuaciones, desestimar el motivo relativo al régimen de visitas y vacaciones; al considerarse igualmente acertado el señalado por la Juzgadora de instancia y con los controles que se indican en la casa de la abuela materna, sin pernocta y sin la presencia del compañero sentimental de la madre de la menor, y con la posibilidad de suspensión de las mismas si ello no se respeta o cumple.»

VIII.3. Falta de infraestructura necesaria para la pernocta

AP de Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña Ana Jesús Fernández San Miguel:* «Pues bien, habida cuenta que el propio demandado expone en su escrito de contestación (fechado a 8 de julio de 2004), que la relación paterno-filial no existe desde agosto de 2003, admitiendo asimismo en dicho escrito de contestación, y en el de impugnación de la Sentencia, que vive en una habitación alquilada que no es adecuada para permitir la pernocta del menor con su padre, sin perjuicio de ulterior procedimiento en el caso de cambio en las circunstancias, y atendida la edad del menor, entendemos procedente la fijación de un régimen de visitas de fines de semana alternos, sin pernocta, pero ampliándolo a sábados y domingos, ambos días, de 11 a 19 horas, ...»

AP de Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 10 de junio de 1999. *Ponente: Ilma. Sr. doña Ana M.ª García Esquius:* «El motivo de apelación que invoca la madre radica en que la sentencia no ha tenido en consideración que el padre vive actualmente en el local peluquería, lo que impide que cuando los niños se encuentren en compañía de éste cumpliéndose el régimen de visitas fijado, puedan pernoctar en el mismo local. Es por ello que interesa se mantenga el mismo régimen de visitas pero que, dada la proximidad de ambos, los menores acudan a dormir al domicilio familiar los fines de semana que se encuentren con el padre. La solicitud parece razonable atendiendo a las circunstancias actuales, por lo que procede modificar este pronunciamiento de la sentencia de instancia, sin perjuicio de que en el momento en que el padre pueda disponer una vivienda pueda normalizarse el régimen de visitas.»

AP de Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2004. *Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés:* «Sentada la doctrina anterior hay que considerar que el régimen de visitas fijado en

la sentencia de instancia que excluye de momento la pernocta es adecuado a Derecho, ya que no consta que el demandado disponga de un alojamiento con condiciones idóneas para el descendiente, así en la contestación a la demanda se manifiesta (alegación cuarta y undécima) que ha dormido en pensiones y que incluso ha pernoctado en la calle,...»

VIII.4. Por su condición de lactante

AP de Huelva, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de julio de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña Valle Elena Gómez Herrera:* «El obstáculo que se cita para hacer factible ese deseable resultado es que la niña continúa con lactancia materna. Y apareciendo acreditado, por el documento aportado y por ser creíble en este punto el interrogatorio de la madre, sí consideramos que dos años pueden ser suficientes para completar ese período de alimentación mixta, que puede ser perturbada con las pernoctas, y dada la notoria importancia y superior beneficio para el menor que ese tipo de alimentación tiene sobre otras.»

AP de Valencia Sec. 10.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina:* «En el caso que hoy se somete a la decisión del Tribunal, el régimen de visitas establecido por la sentencia impugnada es el más adecuado a las circunstancias del caso, habida cuenta de la corta edad del hijo pequeño y su condición de lactante; no puede accederse a la modificación del sistema pretendida por el apelante,...»

VIII.5. Por violencia doméstica o contra el menor

AP de Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de abril de 2003. *Ponente: Ilma. Sra. doña Soledad Serrano Navarro:* «... la existencia de preocupantes antecedentes de conducta del Sr. Ignacio, entre los que obran malos tratos ejercidos contra su ex compañera sentimental y el hermano mayor del menor, acreditados documentalmente y reconocidos por aquél. Por otra parte, se encuentra sometido a un tratamiento de metadona desde el mes de abril de 1999, para superar su adicción a las sustancias tóxicas, que según certifica el equipo de Atención a Drogodependientes de la Cruz Roja española, va cumpliendo y evolucionando favorablemente, (folio 91), sin que a esta Sala le parezca el momento más adecuado para ampliar el régimen de visitas dispuesto en la resolución recurrida, ni conviene de momento que el menor pernocte con su padre, ni exponer al mismo a riesgos innecesario.»

AP de Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández:* «Dicho ello, vista la normativa aplicable al caso, y en atención a las circunstancias concurrentes en el supuesto de autos, a la luz de la prueba practicada, y principalmente de los partes médicos de urgencias obrantes a los folios 35 a 38 y 64 de las actuaciones, así como a las fotografías, suficientemente ilustrativas a este respecto, documentos todos ellos a los que nos remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducidos, se considera acorde al ordenamiento jurídico la resolución recurrida, que, sin suspender el régimen de visitas entre el recurrente y Clara, hija común de los litigantes, de muy corta edad, como nacida a 16 de febrero de 2003, sí impone fuertes restricciones al sistema de contactos...»

AP de Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 3 de noviembre de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández:* «... existe una tensa y complicada relación entre ambos progenitores,

habiéndose dictado orden de alejamiento, luego prorrogada por período de un año, razones que justifican el sistema de contactos paulatino y progresivo, a través de los llamados puntos de encuentro, y con previsiones de ampliación cuando la menor alcance la edad de tres años, así como, incluso, de ampliaciones, en función de cómo evolucione la relación paterno-filial.»

AP de Málaga, Sec. 4.ª, Sentencia de 8 de marzo de 2005. *Ponente: Ilmo Sr. don Alejandro Martín Delgado:* «Los antecedentes que obran en el proceso, que incluyen una medida penal de alejamiento del apelante respecto de su esposa, y la condena de aquél como autor criminalmente responsable de un delito de malos tratos familiares y de una falta de coacciones, con imposición de penas de prisión y prohibición de acercarse y comunicarse con su esposa, han sido valorados por el Juzgador de Primera Instancia, llegando a la conclusión reflejada en la sentencia apelada; conclusión que ha de ser calificada como razonable y adecuada a las circunstancias del caso; sin que las alegaciones de la parte apelante sirvan para desvirtuar el pronunciamiento impugnado.»

VIII.6. Por enfermedades o problemas del menor

AP de Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 9 de noviembre 2005. *Ponente: Ilmo Sr. don Ramón Avelló Zapatero:* «En el presente caso se trata de una hija menor que en las fechas de sustanciación del proceso en primera instancia tenía poco más de un año de edad y actualmente tiene dos años y tres meses. La corta edad de la menor, los trastornos gastrointestinales y de comportamiento que padece, posiblemente propiciados por la situación de encono existente entre los padres, la notoria conveniencia de que los niños de tan corta edad observen hábitos regulares de alimentación, sueño y régimen de vida, excluyendo en lo posible cambios en estos aspectos, así como el informe emitido por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado que se inclina por la supresión de la pernocta en tanto la niña no cumpla tres años,...»

VIII.7. Por razón de la corta edad

AP de Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2004. *Ponente: Ilma. Sra. doña Berta Álvarez Llaneza:* «La menor ha nacido el 12 de junio de 2002. Dada la corta edad de la misma y las necesidades propias de un menor de dicha edad, aconsejan por ahora excluir el régimen de pernocta careciendo de sentido fijar un régimen que tenga en cuenta las vacaciones escolares con pernocta.»

AP de Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2003. *Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Gómez Martínez:* «En el caso de autos el interés del menor aconseja modificar el régimen de visitas acordado en primera instancia y acceder a la petición de la recurrente de que en los fines de semana que deba pasar con su padre el niño pernocte con la madre, y ello por las siguientes razones:

a) La edad del hijo de los litigantes, José Miguel, que en la actualidad sólo tiene dos años y cuatro meses, edad en la que los niños todavía requieren atenciones que implican una singular dedicación, especialmente en horas nocturnas, lo que es reconocido por el padre al solicitar un régimen de visitas que permita al menor pernoctar en el domicilio materno hasta que alcance los cinco años. b) En su demanda el padre no solicitó un régimen de visitas que incluyese las noches y la voluntad del progenitor de hacerse cargo del menor durante estas horas es determinante para que la convivencia tenga efectos positivos en un niño, no resultando útil una solución impuesta, especialmente cuando

la madre está dispuesta a hacerse cargo del niño en horas nocturnas de los fines de semanas en que el menor deba permanecer con su padre.»

AP de Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 12 de junio de 1998. *Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors:* «La única cuestión sometida a examen en esta alzada por parte de la apelante es la relativa al régimen de visitas fijado en favor del padre, que lo estima excesivamente amplio atendida a la edad de la niña. Al respecto es de señalar que este Tribunal, en consideración a la "tierna" edad de la menor, que en la actualidad sólo tiene 25 meses de existencia, estima perfectamente atendible la petición de que se fije un régimen más limitado que el señalado por la juez *a quo* en la sentencia impugnada, concretándose éste, acorde con lo solicitado por la madre, en fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo y mitad de los períodos vacacionales; dicho régimen de comunicación se mantendrá subsistente mientras la niña no alcance los 4 años de edad,...»

AP de Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 1998. *Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors:* «... en consideración a la «tierna» edad del menor, que en la actualidad sólo tiene 15 meses, estima perfectamente adecuado, en interés del propio hijo, que, obviamente, es el más necesitado de protección, mantener un régimen de comunicación y contacto padre-hijo limitado en función de la edad del menor, el cual se irá desarrollando de forma progresiva y armoniosa, como indica certeramente la juzgadora de instancia, recomendando ya desde ahora y para siempre a los progenitores y a sus respectivas familias la máxima colaboración y concordia para que se pueda llevar a término el régimen que se fija sin contratiempo ni conflicto alguno, por ser ello lo más beneficioso para el menor,...»

AP de Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 6 de abril de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo:* «Este Tribunal considera plenamente acertado el régimen de visitas paterno-filial fijado en la sentencia de Instancia, pues la hija de las partes, nacida el día 24 de noviembre de 2003, por tanto de pocos meses de edad, debe ir iniciándose en el conocimiento de su padre con un sistema de encuentros frecuente de manera que se favorezca y consolide la relación entre ellos, atendiendo no sólo a la corta edad de la menor, sino también al horario ordenado que debe seguir en los primeros años de su vida.»

AP de Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2004. *Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors:* «... toda vez que, como ha proclamado en reiteradas ocasiones y a diferencia de lo argumentado por el apelante –cuyas sentencias invocadas en el acto de la vista del recurso no avalan precisamente su tesis– debe establecerse un punto de partida para pasar de un régimen sin pernocta a uno con ella, que esta Sala, al igual que la mayoría de los órganos jurisdiccionales, salvo acuerdo en otro sentido de los propios progenitores, ha fijado en la edad de 3 años (*ad exemplum*, sentencias, Sección 18.ª, AP de Barcelona, de sentencias de 17 de noviembre de 1998, 16 de marzo, 19 de abril, 10 de mayo y 25 de octubre de 1999, 21 de febrero de 2000 y 17 de abril y 27 de septiembre de 2001, etc.), considerándose conveniente y adecuado, por ende, que hasta que se cumpla tal edad se desarrolle el régimen de visitas del progenitor no custodio con su hijo/a mediante contactos breves, armoniosos y progresivos,...»

AP de Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de marzo de 2003. *Ponente: Ilmo. Sr. don Jacinto Riera Mateos:* «Pero también es verdad que el menor, en el actual procedimiento, está en una edad que requiere cariño, atención y seguridad emocional y por ello es necesario evitarle cambios bruscos e introducirle en nuevas situaciones que podrían desconcertarle, impresionarle y repercutir por ello

en su psicología y emocionalidad. De ahí que no se pueda aceptar el régimen de visitas propuesto por la parte apelante, ya que no conviene que un niño hasta que alcance una edad superior, duerma fuera de su casa, de su entorno y de su ambiente, puesto que no podemos olvidar la dependencia (lógica y natural) que tiene respecto a su madre, persona con quien convive y que es su más importante punto de referencia vital, afectivo y cercano. Esta Sala en sentencias de 25 de junio de 2001 y 24 de septiembre de 2002, ha venido a establecer que hasta los 5 años los niños no deben pernoctar con el progenitor con el que no convivan, normalizándose el régimen de visitas a partir de los 6 años. Por ello ha de mantenerse el régimen de visitas acordado en la Sentencia de instancia, sobre el que la madre ha mostrado su conformidad, no recurriendo la sentencia.»

AP de Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Francisco Bote Saavedra:* «Pues bien, ante la falta de informe del Equipo Psicosocial, la Sala considera más adecuado a los intereses del menor el siguiente régimen de visitas: Hasta que el menor cumpla la edad de cinco años, el padre podrá visitarlo y tenerlo en su compañía los sábados y domingos alternos desde las 10 horas hasta las 13 horas, debiendo recogerlo y reintegrarlo en el domicilio materno.»

AP de Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2002. *Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Vicente Cano-Maíllo Rey:* «La menor está en una edad que requiere cariño, atención y seguridad emocional; es necesario evitarla cambios bruscos e introducirla en nuevas situaciones que podrían desconcertarla, impresionarla, y repercutir por ello en su psicología y emocionalidad. De ahí que no podamos aceptar el régimen de visitas establecido en la resolución del Juzgado, atendiendo a lo dicho y a que no conviene que una niña de esa edad viaje a tan larga distancia y duerma fuera de su casa, de su entorno y de su ambiente, sin olvidar la dependencia (lógica y natural) que tiene respecto a su madre, persona con quien convive y que es su más importante punto de referencia vital, afectivo y cercano. De acuerdo a lo que precede, el régimen de visitas que se fija a favor del padre es el siguiente: Hasta los cinco años de edad el padre podrá tener a su hija en su compañía los fines de semana alternos, el sábado por la tarde de cinco a nueve, y el domingo por la mañana de diez a dos...»

AP de Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 25 de junio de 2001. *Ponente: Ilmo. Sr. don Jacinto Riera Mateos:* «... comunicación del padre con su hijo, que con apenas dos años, aún no se encuentra preparado para pernoctar fuera del domicilio materno y de ahí que haya considerado la Juzgadora de Instancia adecuado el régimen de visitas establecido en la resolución apelada.»

AP de Guipúzcoa, Sec. 3.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Íñigo Francisco Suárez Odriozola:* La Sala considera que la edad de tres años es un momento adecuado para el inicio del régimen de pernocta. Es común en la práctica judicial la admisión de tal edad por regla general para el inicio de la fase de pernocta con el progenitor no custodio. La explicación se basa en que, por regla general, hasta los 3 años todavía carecen los niños de seguridad, por lo que las noches se traducen en un salto cualitativo respecto al resto de la jornada siendo un momento en el que el alejamiento del entorno habitual puede crear desazón en el menor.

AP de Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Ricardo Moyano García:* «No se trata pues de que el padre no haya demostrado su habilidad para cuidar en horas nocturnas a su hijo, sino que, al concederse la custodia –con su beneplácito– a la madre, la pernocta en dos domicilios de un menor de tan corta edad, únicamente dos años, es por regla general desaconsejable, pues en esa edad los hijos precisan una mayor rutina de horarios, un menor trasiego domiciliar, y en definitiva una más corta duración del régimen de visitas con el cónyuge no custodio.

De ahí que se impone como *Standard* jurídico el llamado régimen progresivo, que concede la pernocta a partir de los tres años de edad del menor, y no antes.»

AP de Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 26 de abril de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña Rosalía Mercedes Fernández Ayala:* «En este sentido, la fijación del régimen de visitas que de modo progresivo se realiza en la sentencia recurrida, atendida esencialmente la edad del menor, se muestra acertado a juicio de esta Sala.»

AP de Las Palmas, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de julio de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña Enma Gacerán Solsona:* «... y dada la corta edad del menor, no será con pernocta hasta el 19 de septiembre de 2005, fecha en la que el mismo cumplirá cuatro años de edad, manteniéndose, hasta entonces, el régimen durante todo el año, sin distinción de períodos vacacionales, fijándose, una vez cumplida dicha edad, un régimen ordinario de visitas, tal y como se refleja en el fallo de la resolución de instancia.»

AP de Lleida, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don José María Pocino Moga:* En el presente concurre una circunstancia excepcional, derivada de la edad del menor en el momento en que se adoptaron las medidas relativas a la visitas, y ello porque de referirse a un bebé de meses, estamos ahora ante un menor de un año y dos meses, lo que supone la necesidad de prever una régimen especial en relación a las atenciones y necesidades que requiere tal edad, así como la especial dificultad de pernocta que suponen para el hijo los cambios. En cuanto a las vacaciones, y dada la edad del niño, no cabe prever un régimen, y sólo podrá arbitrarse un acuerdo entre los cónyuges al respecto relativo al período de sus propias vacaciones laborales, y en todo caso se aplicará cuando el niño se halle escolarizado y por ello tenga períodos de vacaciones escolares, el período de estancia con el padre por mitades, según se acuerda en el segundo régimen de visitas a seguir.

AP de Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de septiembre de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña Cristina Pla Navarro:* «... y en ese sentido considera conveniente en beneficio de la menor que se establezca un régimen progresivo que se concrete inicialmente y hasta que la niña cumpla tres años en visitas cortas y frecuentes, recomendándose la estructuración de unas estancias progresivas y sin pernocta, de tal modo que los encuentros entre padre e hija vayan aumentando y una vez que la menor cumpla los tres años se sustituya por un régimen de estancias y visitas ordinario intersemanal y de vacaciones.»

AP de Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de abril de 2004. *Ponente: Ilmo. Sr. don Álvaro Castaño Penalva:* «Lo idóneo para estos niños de tan corta edad son contactos cotidianos y breves con el progenitor no custodio, de ahí que hasta los tres años esta Sala suela inclinarse por encuentros diarios de unas 2 horas, adaptándolos a cada caso, pero siempre sin pernocta.» En consecuencia, como se razona en la sentencia de instancia, no es factible, a tan corta edad, conceder un régimen de visitas con pernocta, que de suyo implica una perturbación desproporcionada de los tan esenciales hábitos diarios de los niños, y mucho menos que se extienda a los períodos vacacionales, lo que constituiría una convulsión en el equilibrio psicológico y emocional de aquéllos, al modificarse bruscamente no sólo su rutina, sino lo que es más grave, sus entornos físico, social y familiar.»

AP de Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2003. *Ponente: Ilmo. Sr. don Alvaro Castaño Penalva:* «No obstante lo anterior, no puede aceptarse la pretensión de que aquélla conviva todo el fin de semana alterno con su padre, porque ello sí le es perjudicial. La razón para su rechazo no es, como se alega, que el padre no preste a la menor los cuidados necesarios durante sus encuentros, sino que el abandono durante tan prolongado período de tiempo por la niña de lo que es su entorno

habitual, con el consiguiente cambio de sus costumbres y seguridades, es claramente nocivo para su correcto equilibrio y, por tanto, contrario a su interés, que siempre debe prevalecer. Lo idóneo para estos niños de tan corta edad son contactos cotidianos y breves con el progenitor no custodio, de ahí que hasta los tres años esta Sala suela inclinarse por encuentros diarios de unas 2 horas, adaptándolos a cada caso, pero siempre sin pernocta.»

AP de Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de julio de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña Francisca Isabel Fernández Zapata:* «... la conveniencia de que el niño por su escasa edad no sea sometido a desplazamientos de tanta distancia en coche en un mismo día por los peligros e incomodidades que ello lleva aparejado, a la par de que no cuenta precisamente con la edad adecuada desde el punto de vista psicológico para pernoctar fuera de su domicilio, este Tribunal considera más acorde, primando la calidad de los encuentros, el siguiente régimen de visitas a favor del progenitor no custodio: 1. Hasta que cumpla los tres años de edad...»

AP de Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de noviembre de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Mauricio Bugidos San José:* «La petición de que la pernocta con el padre comience a partir de la edad de 5 años, se acoge parcialmente, y así se establece que tal pernocta comience a los 4 años de edad. Esta Sala no pone en duda las habilidades de don Miguel, ni de la abuela con la que él convive, para dar una asistencia digna al menor, más han de tenerse en cuenta otras circunstancias, cuales son la edad del niño, el hecho de que como se reconoce en la sentencia de instancia lleve un tiempo sin contacto con su padre, y así también los trastornos que a un niño de su edad le puede originar el trasiego de casas para pernoctar, que aconseja aumentar el período de tiempo sin pernocta hasta la referida edad.»

AP de Pontevedra, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de abril de 2002. *Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Berengua Mosquera:* «Por lo expuesto, se entiende que hasta la edad de tres años y según la evolución del niño, el régimen de visitas debe limitarse, y por consiguiente, se excluye la pernocta del niño fuera del domicilio materno, y por tanto deben limitarse las visitas del padre hasta las veinte horas, tanto los fines de semana como con ocasión de los períodos vacacionales, todo ello con un criterio flexible y responsable por los progenitores, que deben consultar al especialista para un plan progresivo de convivencia que no perjudique el desarrollo del niño.»

AP de Salamanca, Sentencia de 30 de abril de 2002. *Ponente: Ilmo. Sr. don Ildefonso García del Pozo:* «... régimen que ciertamente ha de reputarse excesivo, teniendo en cuenta la edad actual del referido hijo, de tan sólo dos años en el momento presente. Por lo que en consideración a tal edad, que no parece aconsejar que dicho menor pernocte fuera del domicilio habitual en compañía de la madre y a efectos de lograr la mayor relación posible con el padre y sin desconocer las exigencia de trabajo de uno y otro cónyuge, se fija como régimen de visitas a favor del padre el siguiente: podrá visitar y tener consigo al hijo común los lunes y viernes desde las dieciséis hasta las veintiuna horas, y todos los sábados desde las diez de la mañana hasta las nueve de la noche hasta que cumpla los cinco años de edad.»

AP de Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de enero de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús Pérez Serna:* Dentro de esta general conceptuación ha de encuadrarse el criterio habitual seguido por esta Sala, relativo a la no pernocta del menor, en los primeros meses y años de la vida del mismo, fuera de su hogar familiar; en tal etapa, deberá cuidarse el mantenimiento del lugar para estabilidad del niño, pues sus hábitos de comida y sueño así lo requieren. Pero ello debidamente compatibilizado con una

serie frecuente de visitas del progenitor no custodio cara a promover el desarrollo equilibrado del menor.

AP de Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de junio de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Andrés Palacios Martínez:* «... ya que fue precisamente la corta edad de este último lo que propició el régimen establecido en el convenio regulador, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial, con referencia a los encuentros entre el progenitor no custodio y los hijos menores de cuatro años, que considera perjudicial para los mismos el abandono durante todo el fin de semana de lo que es su entorno habitual, con el consiguiente cambio de costumbres y seguridades, y por tanto, contrario a su interés que siempre debe prevalecer.»

AP de Sevilla, Sec. 5.ª, Sentencia de 9 de noviembre de 2004. *Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Márquez Romero:* «... la corta edad de la menor justifica la restricción impuesta de que no pueda pernoctar en el domicilio del padre hasta que no alcance los dos años de edad y que, hasta ese momento, tampoco pueda éste disfrutar de su compañía durante los períodos de vacaciones escolares, pero, sin embargo, extender ese régimen, más allá del límite temporal de los dos años, no encuentra justificación suficiente...»

AP de Tenerife, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de junio de 2004. *Ponente: Ilmo. Sr. don Eugenio Santiago Dobarro Ramos:* «El régimen de visitas se establece en función de la edad del niño, con unas pautas que marcan los mínimos –fines de semana alternos, sin pernocta hasta los tres años–, lo que no es obstáculo a que unos padres responsabilizados en interés del hijo, establezcan de hecho una fluidez de comunicación entre semana respecto del padre e hijo, con entera libertad y adaptada a las circunstancias concretas de cada caso.»

AP de Zaragoza, Sec. 5.ª, Sentencia de 12 de abril de 2006. *Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Antonio Pérez García:* «Primero.– Respecto de la primera cuestión establece la Sentencia un régimen de visitas gradual: en el tiempo vigente, por determinadas horas los sábados y domingos, pero sin pasar la noche con el padre; a partir del 1.º de octubre próximo, desde el sábado al domingo, con la noche incluida; y a partir del 15 de enero de 2007, desde el viernes al domingo, y también las dos noches, pretendiéndose en el recurso que se autorice desde este momento a pasar las noches con su hija. Habida cuenta de la edad de la niña, nacida el día 27 de noviembre de 2003, en la actualidad pues de dos años y cinco meses, parece oportuno mantener el régimen de visitas que se ha señalado y quedar así por las noches bajo la custodia de la madre, sin obligar a la niña a cambiar de ambiente, que podría serle claramente perjudicial en algunos aspectos.»

IX. SENTENCIAS CONTRARIAS AL CRITERIO DE LA CORTA EDAD Y A FAVOR DE LA PERNOCTA DE LOS NIÑOS DE CORTA EDAD CON EL NO CUSTODIO

AP de A Coruña, Secc. 4.ª, Sentencia de 3 de abril de 2006. *Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg:* En primer lugar, el actor es una persona que no ofrece ningún perfil inadecuado para relacionarse con su hija, lejos de ello presenta una personalidad con estabilidad emocional y alto grado de adaptación social, familiar y social, señalando el psicólogo Sr. Víctor Manuel, que es una persona estable y perfectamente equilibrada. Los psicólogos informantes se han manifestado unánimes en cuanto al beneficio que supone para la niña la relación con su padre. (...) refiere que la niña presenta

una estabilidad emocional adecuada, sin desequilibrio de clase alguna, con una relación muy positiva con el padre, a la que ya hacía referencia, en su informe de 29 de septiembre de 2004, cuando indicaba que la interacción de Guadalupe el actor es muy positiva: «contacto ocular, mirada, sonrisa, gestos, acercamiento, afecto, posturas y movimientos, con búsqueda intensa de interacción con él demostrando una conducta de apego elevada».

El problema radica en el régimen de estancia de la niña con el padre con derecho de pernocta ante las discrepancias existentes al respecto entre los psicólogos de ambas partes. Así el Sr. Víctor Manuel no ve inconveniente alguno e incluso lo aconseja. La Sra. Teresa lo considera prematuro y los pospone al tiempo que la menor cuente con tres años de edad. Las buenas relaciones existentes entre padre e hija, y el hecho sociológico de que debido al trabajo de los progenitores los hijos están normalmente cuidados por terceros o uno solo de los progenitores, sin que ello suponga mayores traumas, conlleva a que no veamos inconveniente alguno en que se inicie dicho régimen que la sentencia apelada fija en los dos años, edad con la que actualmente cuenta Guadalupe. Ahora bien, en relación con el régimen de vacaciones de verano, dada la corta edad de la niña, no consideramos prudente, en esta primera fase de normalización del régimen de comunicación, sustraer a la menor por más de quince días de la vivienda que constituye su puntal vital de referencia y del contacto con sus dos progenitores...»

AP de Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 1 de junio de 2004. *Ponente: Ilmo. Sr. don José García Bleda:* En orden al régimen de visitas y vacaciones se estima adecuado mantener el establecido actualmente en la resolución recurrida si bien en orden a favorecer un mayor contacto de la menor con el padre se amplía el régimen de visitas de los miércoles hasta las 20 horas y una vez que la niña cumpla 3 años y medio el régimen de fin de semana se iniciará el viernes a la salida del colegio o, en su caso, si no hubiere colegio por la tarde a las 17 horas hasta el domingo a las 20 horas.

AP de Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2003. *Ponente: Ilmo. Sr. don José García Bleda:* En orden al régimen de visitas, actualmente la hija Rosario, nacida el 11 de junio de 2000, cumplirá 3 años próximamente, señalándose a partir de dicha fecha régimen de visitas para que pueda pasar los fines de semana alternos con su padre sin necesidad de regresar por la noche a pernoctar en el domicilio materno, mientras que respecto al segundo de los hijos, Benedicto, nacido el 12 de noviembre de 2001, (actualmente cuenta año y medio) se establecía una visita de 2 horas al día durante tres días a la semana en el domicilio de la madre hasta la edad de 1 año y a partir de entonces un régimen similar al de la hermana, lo que, en la práctica, habría de suponer, con la dificultad de que los padres residen en localidades distintas (Fuentealbilla y Casas Ibáñez) que de mantenerse el referido régimen hasta que el menor cumpla los 3 años tendría que regresar el fin de semana a dormir la noche del sábado con su madre, lo que no se establece expresamente en el caso de ninguno de los menores en vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano por lo que ha de entenderse y se contesta así a la aclaración solicitada en el acto de la vista que durante las vacaciones indicadas, el régimen de permanencia es continuo con el padre, considerando la Sala que el régimen de visitas ha de ser unitario para ambos menores una vez que Rosario cumpla los 3 años de edad, es decir, fines de semana alternos con el horario señalado en la resolución de instancia que no se modifica.

AP de Almería, Sec. 2.ª, Sentencia de 2 de julio de 2004. *Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Francisco Ruiz-Rico Ruiz:* «... mientras que el niño no podrá dormir con el padre hasta que cumpla los dos años. Como se ve, el régimen de visitas es confuso pues no marca claramente los días ni horas y, lo que es peor, establece una serie de condiciones que no se corresponden con ninguna motivación al respecto

ni con prueba objetiva practicada en los autos. Entendemos que por ser el más beneficioso para los menores, no existiendo en la causa prueba que demuestre que el padre no esté capacitado para tener en su compañía a los hijos, téngase en cuenta que el testigo que declara en el juicio era además de jefe en el trabajo del esposo, padre de la actora, el régimen de visitas del padre con los hijos debe ser establecido de manera más amplia...»

AP de Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 18 de julio de 2005. *Ponente: Ilma. Sr. Doña María Nuria Zamora Pérez:* «El único argumento que esgrime la juez de instancia para denegar la pernocta con el padre, es la existencia de estudios psicológicos que aconsejan que hasta los cuatro años el niño no pase la noche fuera del entorno materno, ni del lugar al que está acostumbrado a permanecer. Consideración de la que se disiente. La fijación de un régimen de visitas no puede verificarse en base a consideraciones o estudios generales, cuya adecuación al caso concreto no queda debidamente acreditada. A lo anteriormente expuesto ha de añadirse la conveniencia tanto para el menor como para el padre de que éste se implique en el cuidado y atención del niño. Ambos han de acostumbrarse a convivir, aunque sea durante períodos reducidos de tiempo, como es el fin de semana alterno o período vacacional. De mantenerse el pronunciamiento de instancia aguardando a que el niño cumpla los tres años, nos hallaremos que cuando llegue ese momento el niño no estará acostumbrado a pasar la noche con el padre, extrañará aún más, será necesario un lento proceso de adaptación mutua que puede resultar más traumática. En estos momentos no existe razón alguna para sospechar que el padre no podrá o no sabrá atender las necesidades nocturnas que presenta el niño.»

AP de Ávila, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña María Jesús García García:* Por todo ello, y en aras del principio de congruencia (artículo 218 de la LEC), y para una mayor simplicidad en la actual situación, en que las niñas tienen poco más de un año y medio de edad, se considera adecuado el régimen establecido en la instancia respecto a que el padre podrá visitar y tener en su compañía a sus dos hijas en fines de semana alternos desde las 12 horas del sábado a las 19,30 horas del domingo, incluida pernocta.

AP de Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña Ana Jesús Fernández San Miguel:* Partiendo de ello, no aprecia esta Sala razón alguna para que el padre no pueda disfrutar de la compañía de sus dos hijos en iguales períodos, habida cuenta que Iván tiene ya más de 4 años, y Sofía más de dos, por lo cual se dispone que el padre podrá tener consigo a sus hijos en fines de semana alternos ya desde el viernes.

AP de Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 20 de febrero de 2006. *Ponente: Ilma. Sra. doña María Dolores Viñas Maestre:* «... debe ejercitarse en beneficio exclusivo de los niños, siendo una obviedad, que la permanencia de la menor en el domicilio paterno un fin de semana o un período vacacional completo, con inclusión de las pernoctas, reforzará el vínculo paterno-filial, más en un caso como el de autos en que no ha habido prácticamente convivencia de pareja después de nacer la niña, lo que hace necesario desde un principio facilitar la creación y mantenimiento de este vínculo.»

AP de Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña Isabel Cámara Martínez:* Bebé que debe pernoctar ante la excesiva vinculación con la madre. «... destacando una importante vinculación de la madre con los hijos que puede repercutir en la relación paterno-filial. Desde esta perspectiva, la Sala entiende que, entra dentro del interés de los hijos el que no se haga ningún tipo de restricción o limitación en el régimen de visitas a fin de afianzar la vinculación con su progenitor, y reconducir la situación creada a la mayor normalidad posible, debiéndose pun-

tualizar que el régimen de visitas no es un derecho del progenitor que no convive habitualmente con los hijos, sino que también es una obligación suya a la vez que un derecho de los hijos, amparado por los artículos 39.3 de la Constitución y 154 del CC, pues sin duda la presencia del progenitor que no ostenta la guarda y custodia resulta necesaria para la formación integral y el pleno desarrollo de la personalidad de los hijos, lo que lleva a fijar definitivamente régimen de visitas en el sentido pretendido por el padre, pudiendo los menores pernoctar con el mismo los fines de semana alternos.»

AP de Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 23 de junio de 2004. *Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Blasa Noblezas Negrillo:* «En el caso de autos entendemos que no consta motivo alguno para restringir el régimen de visitas relativo al período vacacional de verano, no tanto porque la menor ya tiene tres años de edad, sino porque no existe circunstancia alguna en el actor que determine su no idoneidad para atender a la menor en el sentido acordado, por lo que en este particular el recurso debe ser desestimado.»

AP de Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de julio de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Carreras Maraña:* Concede visitas con pernocta a los abuelos de un menor de 14 meses. «Ahora bien, no procede estimar que sea en presencia de la madre, ni que los menores pernocten la noche del viernes y sábado en su casa, pues los niños, aún siendo de corta edad, no son lactantes y perfectamente pueden pasar esos dos días del fin de semana con sus abuelos o familiares que los acompañen de forma autónoma e independiente en un establecimiento hotelero o en una casa de alquiler, o en la forma que sea más adecuada, pero sin la inexcusable presencia de la madre y sin necesidad de regresar a dormir a su casa, pues lo conveniente es una cierta continuidad y estabilidad en estos encuentros y visitas de fines de semana.»

AP de Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio María González Floriano:* Niega que dicha Audiencia tenga un criterio de la corta edad (probable contradicción con las SS de 16 de junio de 2005, 12 de marzo de 2003, 24 de septiembre de 2002, 25 de junio de 2001). «Finalmente, debemos significar que esta Sección Primera de la Audiencia Provincial no mantiene –ni ha mantenido– una doctrina consolidada por virtud de la cual hasta los cinco años los hijos menores no deben pernoctar con el progenitor con el que no convivan, sino que siempre ha evaluado cada caso concreto con la finalidad última de concretar, con las máximas garantías de bienestar, el momento temporal que más beneficie al menor al efecto de acordar la pernocta con el progenitor que no ostenta su guarda y custodia.»

AP de Cuenca, Sentencia de 10 de junio de 2003. *Ponente: Ilmo. Sr. don Luis López Calderón Barreda: «...* y teniendo en consideración que el hijo común, César, nacido el día 9 de marzo de 2001, ha pasado con creces el período de lactancia, contando en el momento actual con dos años y tres meses de edad, no existiendo por consiguiente inconvenientes para su adecuado régimen alimenticio y cuidados por pernocta fuera del domicilio materno; esta Sala entiende como más prudencial ... ampliar a favor del padre el régimen de visitas establecido en la sentencia de instancia, a fines de semana alternos, con pernocta del menor,...»

AP de Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de mayo de 2002. *Ponente: Ilmo. Sr. don José María Torres Fernández de Sevilla:* No existe ningún obstáculo para que el menor de tres años pueda pernoctar con el padre. «Debemos suponer, pues nada en contra se dice ni en la sentencia recurrida ni en la oposición al recurso, que no concurre ninguna razón, distinta a la especificada sobre la edad del niño, que desaconseje la comunicación de éste con su padre.

... Inferir que el padre no sabrá o no podrá atender correctamente, en todos los órdenes a su hijo si pernoctara en su domicilio, presunción que subyace en la sentencia, es hacer una conjetura tan infundada como contraria al principio de igualdad, y lo que es más grave, supone entorpecer la fluidez en la relación padre-hijo tan necesaria en los iniciales momentos de desarrollo del menor»..

AP de Granada, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez:* Aún con una enfermedad crónica del niño que el Tribunal considera como leve. «Como en el caso de autos no se ven elementos suficientes para impedir el cumplimiento por el padre de tal deber, relativizando y devaluando el derecho del hijo a relacionarse con su padre, la decisión judicial debe ser confirmada, sin que a ello afecte la enfermedad crónica del menor, pues amén de que la misma se ha diagnosticado como leve (folio 104), su carácter crónico y especifica naturaleza sólo supone mantener una profilaxis durante algunos meses de primavera y otoño y tratamiento en las crisis que puedan presentarse (folio 18), control que no presenta dificultades insalvables para que pueda hacerlo el padre.»

AP de Guadalajara, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de septiembre de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña María Ángeles Martínez Domíngez:* Desacredita el criterio de la corta edad y las razones que se esgrimen para no conceder la pernocta. «... de modo que no resultan atendibles los alegatos esgrimidos para conseguir la restricción del régimen de visitas, como tampoco puede serlo el atinente a la corta edad de la hija, pues con independencia de que existan opiniones que avalen la no conveniencia de la pernocta con el progenitor no custodio tratándose de menores de cuatro años, a tal criterio hay que oponer que el contacto y estancia de un niño de corta edad con el padre, es, a priori, una medida conveniente para el desarrollo del menor como medio de lograr que desde un principio se instaure una situación normalizada entre ambos, lo que evitará los cambios bruscos que implicaría introducir una pernocta transcurrido un tiempo prolongado de estancias solamente diurnas, no pudiendo desconocer además que la exclusión de dicha pernocta también incidirá en el régimen de visitas a establecer durante los períodos vacacionales, el cual se vería dificultado, cuando no impedido en su efectividad, si no se permitiera a la menor pernoctar con su padre; máxime cuando no se ha acreditado que exista causa alguna que implique que ello pueda perjudicar a la niña, o que su progenitor no esté capacitado para cuidar y velar por ella.»

AP de Huelva, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de julio de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña Valle Elena Gómez Herrera:* «Este Tribunal es partidario de favorecer el más amplio contacto entre padre no custodio e hijos menores, tal como por otra parte parece ser el espíritu de las últimas reformas legislativas en esta materia; hemos dicho en ocasiones parejas que la menor edad de los hijos no es inconveniente para que sus padres se hagan cargo de sus cuidados durante la noche o por días completos, pues en estos tiempos ya se ha superado la diferenciación de roles en el seno de las familias, y la sensibilidad de padres e hijos (ciertamente a partir de un año los niños pueden sentir la presencia y el contacto con su progenitor) permite que se atribuya a aquéllos mayor participación en su cuidado».

AP de Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de noviembre de 2004. *Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier José Morales Mirat: «...* la razón de solicitar un régimen de visitas sin pernocta lo fue en atención a la corta edad de los menores (folio 4) y no, como se pretende hacer ver en la presente apelación, por razones basadas en una supuesta drogadicción del padre, drogadicción esta sobre la que no existe, salvo la declaración de parte, prueba alguna no ya sólo de la existencia de la misma sino sobre el hecho de que existir drogadicción la misma incapacite al progenitor para ejercer su derecho de vistas, (...). Por lo que, y no habiéndose acreditado que existan razones que desaconsejen el establecimiento de un régimen de visitas restringido, la sentencia de instancia debe ser confirmada.»

AP de Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 20 de enero de 2006. *Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández: «*Y en cuanto la común descendiente ha superado ya los dos años de edad, y del contexto de lo actuado no se aprecian circunstancias que impongan, o aconsejen, mantener las restricciones recogidas en la resolución impugnada, han de acogerse, en la forma que se dirá, las pretensiones deducidas por el Sr. Alejandro y el Ministerio Fiscal.»

AP de Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 15 de noviembre de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres:* En el caso que nos ocupa no existe motivo alguno para acceder a la pretensión planteada, por cuanto que ha quedado acreditada la existencia de la suficiente infraestructura material, afectante al padre, necesaria para el adecuado cuidado y el alojamiento de dicho menor, en los períodos de comunicación entre este último y aquél, y todo ello de conformidad con las pruebas practicadas, y en especial, con el dictamen contenido en el informe pericial, sin que, por otra parte, se haya justificado la imposibilidad personal y familiar del progenitor no custodio para atender y cuidar a dicha hijo en los períodos en los que se ha otorgado el régimen de visitas, y teniendo en cuenta que dicho hijo ya ha cumplido un año de edad, todo lo cual determina la desestimación del recurso en este apartado.

AP de Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés: «*... dada la edad actual de la menor, que nació el 13 de agosto de 2004, debiendo puntualizarse además que en esta materia, igual que en todas las medidas complementarias referentes a hijos menores, el principio dispositivo está atenuado, ya que hay connotaciones de orden público, pues se trata de proteger el interés preferente de los menores.(...). La menor necesita para su formación integral una presencia sólida de la figura paterna, por lo que no existiendo constancia de inconveniente alguno la pretensión de la parte apelante supresora de las noches en la extensión del régimen a partir del primer año tampoco puede tener favorable acogida.»

AP de Madrid, Sec 22.ª, Sentencia de 28 de octubre de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres:* Así las cosas, no existe motivo alguno en este caso, por ello, para establecer, ni tan siquiera inicialmente, la restricción en el régimen de visitas que supone la supresión de la pernocta, dado que, mientras subsista esta situación familiar afectante al progenitor no custodio, es claro que este último cuenta con la ayuda familiar antes indicadas en orden a la colaboración de su familia en el cuidado y atención de los menores en los fines de semanas, incluida la pernocta, y en las vacaciones.

AP de Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 29 octubre de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres:* Ataca el criterio de la corta edad. «... por ello, no puede servir como criterio válido para restringir el derecho de visitas, y por ende, para eliminar la pernocta, el dato objetivo relativo a la edad de los hijos si no se justifica la imposibilidad personal, familiar y material del progenitor no custodio para estar y cuidar de una hija menor, aunque no haya cumplido tres o más años de edad, pues, por contra, es necesario el análisis de cada caso concreto, huyendo de la generalidad a la que se refiere la recurrente, de manera que si se cuenta con medios y habilidad suficiente para el cuidado de dicha hija durante el día y durante las tardes asignadas, acreditada la infraestructura familiar y material suficiente en el progenitor no custodio, no es posible restringir injustificadamente el derecho.»

AP de Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 23 de abril de 2002. *Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres:* «Por otra parte, conviene recordar que la corta edad de los hijos, por sí y de modo automático, no determina la restricción del régimen de visitas para con el progenitor no custodio, a menos que se justifique convenientemente por quien pretende tal limitación que el sistema de comunicaciones que interesa quien tiene el derecho de visitas es perjudicial para el menor, en la medida que si lo que

se debate es la procedencia o no de la pernocta se demuestre que el progenitor no custodio no está facultado para atender al menor, o no cuenta con la infraestructura material que exige la atención de dicho hijo.»

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 28 de enero de 2003. *Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres:* «... teniendo en cuenta que la hija va a cumplir los dos años, como quiera que se reconoce el derecho a la pernocta entre el padre y la hija en el período de verano, no habiéndose demostrado la incapacidad de aquél para cuidar de dicha hija durante la noche, ni tampoco se ha justificado que no tenga infraestructura material suficiente, es lo cierto que no existe motivo alguno para restringir tal derecho, siendo lo procedente reconocer al padre el derecho a pernoctar con la hija durante los fines de semana. En consecuencia con lo anterior, debe rechazarse el recurso interpuesto por la actora, que pretende, sin justificación alguna, la supresión de la pernocta de la hija con el padre».

AP de Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres:* Ataca el criterio de la corta edad, contraargumenta en el sentido de que la corta edad favorece la inclusión de la pernocta. «En efecto, no se justifica la razón por la que no es apto el padre para comunicarse con la menor a través de un régimen de visitas normalizado que incluya la pernoctas y períodos de vacaciones, y no se ha aportado prueba suficiente que fundamente la restricción inicialmente impuesta sobre las comunicaciones, pues no se reconoce al padre dichas visitas normalizadas, según la sentencia impugnada, hasta que la hija cumpla 4 años de edad. Por contra, dada la escasa edad de la menor no se puede decir que se haya producido todavía algún conflicto emocional entre aquélla y el padre, y a mayor abundamiento, este último se encuentra actualmente bien estructurado desde el punto de vista laboral y económico, vive con sus padres, quienes también colaboran y ayudan en las tareas de asistencia y atención que precisa la menor, todo lo cual permite afirmar la posibilidad actual de propiciar las comunicaciones con pernocta y en período de vacaciones.»

AP de Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 29 de septiembre 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández:* «... y no suponiendo problema alguno la corta edad de las hijas, bien al contrario, es deseable regularizar cuanto antes la relación con el padre,...»

AP de Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2004. *Ponente: Ilmo. Sr. don Álvaro Castaño Penalva: «*La prueba practicada en esta alzada, en especial el informe Psicosocial, revela que efectivamente el Sr. Eusebio padece ese trastorno orgánico de la personalidad, encontrando dificultades en el compromiso de las relaciones personales, centrándose más en sí mismo que en el otro, y también aparecen elementos de agresividad y de desconfianza, de todo lo cual se encuentra actualmente en tratamiento. No obstante lo cual, dada la implicación de los abuelos paternos en el cumplimiento del régimen de visitas, la perito sugiere que se quede como está, con tres matizaciones: que siga siendo supervisado por dichos abuelos, que la pernocta se desarrolle en el domicilio de éstos a fin de garantizar los cuidados adecuados que precisa la niña, y que las vacaciones en los períodos estivales se dividan en períodos de 15 días entre ambos progenitores, alternándose, hasta que la chica sea más mayor.»

AP de Sevilla, Sec. 5.ª, Sentencia de 3 de mayo de 2004. *Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Sanz Talayero:* 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 y 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 suficiente 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.

AP de Soria, Sentencia de 21 de octubre de 2002. *Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael María Carnicero Giménez de Azcarate:* «... contando por tanto en la actualidad un año y siete meses de edad, y no existe constancia en autos de que el padre tenga algún tipo de limitación que le incapacite para cambiar los pañales, alimentar a su hijo, bañarlo o cuidarlo debidamente. Ningún problema se ha acreditado que exista entre el padre y el hijo menor, que impida a aquél cuidar convenientemente a éste.»

AP de Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de marzo de 2005. *Ponente: Ilma. Sra. doña Sara Uceda Sales:* Período de transición de tres meses porque no se conocen pero no por el criterio de la corta edad. «No obstante, atendiendo a que María del Pilar, que en la actualidad cuenta únicamente con dos años, casi no conoce a su padre debido al poco contacto que ha tenido con él desde que nació, hecho reconocido por el propio demandado en el acto de juicio al narrar los pocas ocasiones en que ha estado con su hija desde que ésta nació, esta Sala considera que debe accederse a lo solicitado por los recurrentes, ahora bien, únicamente en el sentido de fijar un régimen progresivo a fin de que pueda reanudarse el vínculo paterno-filial de forma paulatina y adecuada para la menor dada la interrupción emocional existente entre padre e hija desde que esta nació hasta la actualidad. ... Dicho régimen de visitas estará vigente únicamente durante un período de tres meses, durante los cuales no operara el régimen de visitas establecido para el período vacacional de Semana Santa dada su proximidad en el tiempo. Pasados esos tres meses, el régimen de visitas será el ordinario fijado en la sentencia dictada en primera instancia y en el Auto aclaratorio dictado con posterioridad.»

AP de Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina:* «... en el caso que hoy se somete a la decisión de la Sala, no existe ninguna circunstancia que impida al padre hacerse cargo de su hija durante la noche de los fines de semana en que le corresponda estar con ella, por lo que de acuerdo con el precepto citado, y la jurisprudencia de esta Sala tendente a reconocer a los progenitores no custodios, en circunstancias normales, contactos amplios con sus hijos, procede la estimación de su recurso en este punto.»

AP de Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 3 de marzo de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España:* «En el presente caso, no existe dato, elemento o indicio alguno en autos que permita cuestionar la capacitación del progenitor no custodio, doña Juan María, para llevar a cabo las funciones de educación y crianza de su hijo... Y ello desde los primeros meses de la vida del menor, salvo que existan obstáculos derivados de la personalidad del progenitor o de cualquier otra índole

que hiciesen desaconsejable esa amplitud y extensión de la relación paterno-filial. Es más, si la separación matrimonial se produce en los primeros meses de la vida del hijo, la convivencia intensa de éste con el progenitor no custodio, incluida la pernoctación, producirá un hábito o costumbre en el hijo que facilitará en el futuro las cosas, pues cuando el hijo alcance conciencia y juicio suficiente tendrá como algo normal y natural la estancia con el padre, y asumirá sin ningún problema que tanto el domicilio del padre como el de la madre constituyen sus hogares.»

AP de Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 1 de abril de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don José Ramón Alonso-Mañero Pardal:* «... Catalina contaba escasamente con un año de edad. En el momento actual Catalina está próxima a cumplir dos años de edad y dado que no existe razón alguna en las actuaciones, sino más bien al contrario, que obligue a condicionar o limitar la relación entre padre e hija, esta Sala entiende que el régimen de comunicación visitas y estancia fijado entre don Benjamín y su hija Catalina debe ser ampliado respecto al señalado en la resolución recurrida, y en consecuencia que los fines de semana alternos en que a don Benjamín le corresponda estar con su hija el régimen se fija desde las 12 horas del sábado a las 19 horas del domingo, pernocta incluida.»

AP de Zaragoza, Sec. 5.ª, Sentencia de 3 de junio de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Ignacio Medrano Sánchez:* «Doña Carla cuestionará el régimen de visitas establecido a favor de padre invocando la progresividad que debe imperar en ese régimen y la corta edad del hijo, nacido en agosto de 2004, para en definitiva postular una reducción de esas comunicaciones, centrando la comunicación semanal en una única tarde, la del miércoles y suprimiendo la pernocta de los fines de semana en las comunicaciones a partir de los dos años. Mas la progresividad en el régimen de visitas no es argumento para justificar esa reducción, dado que de hecho la resolución de instancia ya lo contempla atendiendo a esa corta edad y estableciendo unas previsiones según tramos de edad del mismo. Lo que sería relevante es concluir si resulta conveniente para el menor un régimen de comunicación tan intenso. Y la respuesta a esta cuestión debe ser positiva a la luz de los dictámenes periciales aportados al proceso, en el que se destaca por conveniente aquel régimen, afirmándose así que son "recomendables los contactos diarios de unas cuantas horas y que, en todo caso, el progenitor sin la custodia no deje pasar más de dos días sin ver al hijo", por lo que el recurso de la madre debe decaer.»

X. CONCLUSIÓN

X.1. De la normativa y del principio general de pernocta

Como expusimos al principio de este trabajo, tanto del ordenamiento jurídico aplicable al Estado Español como de la Jurisprudencia Menor de las Audiencias Provinciales, se pueden extraer los siguientes principios generales aplicables a la hora de fijar el régimen de visitas del hijo con su progenitor no custodio, a saber:

1. **La relación paterno-materno filial se configura como un derecho del menor, que redunda a priori en beneficio de éste.** Es decir, la norma general es que el contacto directo y regular del menor con sus progenitores es intrínsecamente bueno para un óptimo desarrollo físico, emocional y moral del menor.
2. **Excepcionalmente, si se dieren graves circunstancias que lo aconsejen, se podrá limitar e incluso suspender el contacto del menor con su progenitor no custodio**.

3. **El tiempo, modo y lugar de ejercicio del derecho de visitas será fijado por el juez teniendo presente las dos premisas anteriormente expuestas**, fomentar el mayor contacto posible del hijo con el progenitor no custodio como norma general salvo graves circunstancias que aconsejen su limitación o suspensión, como norma especial.

Sin embargo **existe una tendencia errónea por parte de un numeroso sector de la jurisprudencia, que se basa en estudios psicológicos inexistentes y teorías obsoletas** para justificar la limitación del régimen de visitas del menor con el progenitor no custodio.

X.2. De los estudios psicológicos y opinión de los expertos

De los comentarios realizados por los expertos en psicología que obran en este trabajo así como de los estudios psicológicos existentes se desprenden las siguientes conclusiones:

1. En primer lugar, existe una **opinión absolutamente mayoritaria de que el contacto del menor con sus dos progenitores es intrínsecamente bueno a su interés**. La mayor parte de ellos recomiendan la custodia compartida como el mejor marco de desarrollo para el menor, y ante la falta de este sistema de custodia, proponen que el régimen de visitas sea el más intenso posible.

2. En segundo lugar, **los expertos desaconsejan la aplicación de una norma generalizada basada simplemente en la edad para la limitación de un régimen de visitas**, antes bien, recomiendan encarecidamente **que se estudie el caso concreto**, la relación del menor con los progenitores y las características especiales y externas de cada progenitor. Por tanto**, en ningún caso puede el criterio de la corta edad servir de criterio restrictivo para limitar –sin pernocta– el régimen de visitas** del menor con su progenitor no custodio.

3. En tercer lugar, **la limitación del régimen de visitas** de un menor de corta edad con su progenitor no custodio **debe estar justificada en circunstancias concretas y específicas al caso concreto,** como puede ser la **ausencia de medios** materiales, físicos o emocionales del progenitor no custodio, el **escaso vínculo o contacto previo** entre menor y progenitor no custodio, para la mayoría de los autores la **lactancia materna** entre otros.

4. En cuarto lugar, **se constata un cambio sociológico importante,** tanto en cuanto a la incorporación de la mujer al trabajo (con la repercusión que ello tiene de necesidad de cuidadores externos del menor, abuelos, niñera, guardería)[21] como en el reparto más equitativo de las labores de crianza entre ambos progenitores (con la consecuente incorporación del padre a las labores de cuidado y atención del menor).

5. En quinto lugar, **en menores de corta edad no se recomienda que el menor se encuentre un período prolongado de tiempo sin el contacto con sus dos progenitores**, luego no se recomienda que el régimen de visitas contemple largos períodos de estancia con uno en detrimento del otro progenitor –especialmente referido a los períodos vacacionales–.

21. AP de A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 3 de abril de 2006: «el hecho sociológico de que debido al trabajo de los progenitores los hijos están normalmente cuidados por terceros...»

De los autores y expertos consultados casi la unanimidad se han manifestado **en contra de que la corta edad por sí solo sea un argumento que justifique la limitación de un régimen de visitas.** Es más, **la inmensa mayoría de los expertos aconsejan que los menores de corta edad pernocten con el progenitor no custodio** como un elemento positivo para su desarrollo. Y si esto es así, ¿Por qué da la sensación de que en los juzgados y Tribunales el criterio general es que ante la existencia de un menor de corta edad se va a producir la limitación del régimen de visitas sin pernocta? ¿Por qué la carga de la prueba corresponde al progenitor no custodio que es quien tiene que demostrar que la pernocta del menor con él no supone ningún peligro para aquél? Si estamos en que el principio general es que el menor tiene derecho a un contacto amplio con el progenitor no custodio *ex* artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículos 94 y 160 del Código Civil, y si queda claro que simplemente la corta edad del menor no supone ningún obstáculo para la pernocta con el progenitor no custodio ¿no debería corresponder la carga de la prueba a aquel que alegue que la pernocta del menor con el no custodio es contrario a su interés?

X.3. Sobre la refutación de los argumentos que se esgrimen para limitar el Régimen de visitas por los juzgados y tribunales

Por otro lado, cabe reflexionar sobre los fundamentos en los que un cierto sector de la jurisprudencia se basa para el establecimiento de un régimen de visitas sin pernocta del menor de corta edad con el no custodio:

– En la mayor parte de las sentencias se hace referencia al **elemento espacial** (domicilio habitual del menor) estableciendo que es desaconsejable el trasiego domiciliar del menor (AP de Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2005) quien necesita estabilidad, no siendo aconsejable que duerma fuera de su casa, de su entorno y de su ambiente, (AP de Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de marzo de 2003) cuidando el mantenimiento del lugar para la estabilidad del niño (AP de Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de enero de 2005) ya que el abandono durante tan prolongado período de tiempo por la niña de lo que es su entorno habitual, con el consiguiente cambio de sus costumbres y seguridades, es claramente nocivo para su correcto equilibrio (AP de Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de abril de 2004) o porque es bien conocido los trastornos que para un niño de su edad le puede ocasionar el trasiego de domicilios para pernoctar (AP de Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de noviembre de 2005).

Sin embargo los estudios psicológicos consultados ponen en evidencia que este argumento está obsoleto y carente de rigor científico. En primer lugar, porque a nadie se le escapa que en la actualidad los menores de corta edad desde que nacen están acostumbrados a viajar con sus padres, bien a segundas residencias de verano, bien a pasar fines de semana en domicilios de la familia extensa (abuelos maternos o paternos) o bien a viajes esporádicos con pernocta en hoteles como consecuencia de viaje de turismo, fiestas familiares, (bodas, bautizos, etc.) Un apunte más en la lógica es que la cuna de viaje es un elemento común (por compra o por típico regalo de oportunidad) en cualquier casa que tenga un menor de corta edad lo que indica hasta qué punto los bebés hoy por hoy viajan y duermen fuera de su entorno habitual. En segundo lugar, porque ninguno de los especialistas que colaboran con este trabajo ni de los estudios consultados al respecto se refieren a esta especie de

«apego espacial» al que muchos juzgados y tribunales se suelen referir. No es el ámbito espacial concreto el que influye en el adecuado desarrollo del menor (evidentemente sí es importante el otorgar al menor un adecuado ámbito espacial-material para el desarrollo de las visitas) sino la relación personal y afectiva del menor con sus progenitores lo que prima a su interés.

– Junto al elemento espacial se argumenta el de la **relación especial de vínculo entre la madre y el menor** así verbalizada como dependencia (lógica y natural) que tiene respecto a su madre (AP de Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de marzo de 2003) o bien porque el menor, ya fuera del claustro materno pero con una dependencia biológica de su madre que a su vez determina una dependencia afectiva (AP de Pontevedra, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de abril de 2002).

El argumento de **la figura de apego primordial de la madre** no es un argumento muy verbalizado aunque sí se deja sentir como un principio inspirador dentro de aquellas sentencias que aplican el criterio de la corta edad. Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto por los expertos en psicología consultados, **el menor tiene necesidad de ambas figuras de apego**, madre y padre, no sólo de la madre, además de que pueden existir otras figuras de apego como terceros cuidadores, por lo que ha quebrado la concepción tradicional de la madre como única figura de apego primordial, en el momento en que ambos progenitores participan del cuidado, protección y atención del menor desde su nacimiento[22]. Una vez más, habrá que estar al caso concreto y acreditar la inexistencia de un vínculo sólido previo entre el no custodio y el menor para desaconsejar la pernocta y establecer un régimen de visitas paulatino y no establecer criterios generales restrictivos con fundamento exclusivamente en la edad.

– Otro argumento muy utilizado para aplicar el criterio de la corta edad es el de que en niños de tan corta edad es necesario mantener **las rutinas de horarios** en cuanto a dormir y a cenar, por lo que no se concede la pernocta a los efectos de mantener dichas rutinas. Verbalizado como perturbación desproporcionada de tan esenciales hábitos diarios de los niños, (AP de Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de abril de 2004) o bien, porque hay que mantener el mismo lugar de pernocta puesto que sus hábitos de comida y sueño así lo requieren (AP de Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de enero de 2005) o porque se considera perjudicial para los menores el abandono durante todo el fin de semana de lo que es su entorno habitual, con el consiguiente cambio de costumbres y seguridades, y por tanto, contrario a su interés (AP de Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de junio de 2005).

Es cierta la importancia que tienen las rutinas en cuanto a horarios de comida y sueño para los menores de corta edad, pero como apunta Marta Ramírez «el no custodio puede minimizar los cambios en la medida que reproduzca estímulos y rutinas del contexto habitual de pernocta (piloto de luz, almohada o muñeco «fetiche», cuento o beso de buenas noches, tipo de cama-cuna, etc.)» es lógico presuponer que el progenitor no custodio se informará de las rutinas a las que está acostumbrado el menor, tanto en horario de comidas como en horario de sueño y las reproducirá en el régimen de visitas con pernocta a los efec-

22. El doctor Díaz Atienza en el comentario enviado para este artículo dice «los resultados de las actuales investigaciones recomiendan el establecimiento de apegos seguros múltiples como factor que favorece el desarrollo socio-emocional del niño».

tos de la mayor tranquilidad del menor. Este argumento *per se*, no puede ser un motivo de limitación sino que debe estar incluido dentro de las recomendaciones que se realizan para el cumplimiento del régimen de visitas. Pensar a priori que el progenitor no custodio no va a ser capaz de seguir este régimen de rutinas sería parecido a lo que dice Jesús Palacios «Lo contrario me parece que sitúa al padre en una posición de cierta sospecha de no ser capaz de atender adecuadamente las necesidades del menor (físicas y psicológicas, particularmente las emocionales).»

X.4. Comentario y crítica de algunas sentencias significativas que sostienen el criterio de la corta edad

A pesar de que la Normativa vigente establece el principio general del beneficio del contacto del menor con sus dos progenitores y por lo tanto, del fomento de las relaciones con el progenitor no custodio y a pesar de que los expertos en psicología se manifiestan a favor del mayor contacto del menor –con independencia de su edad– con el progenitor no custodio y en contra de que la pernocta deba ser considerada como perjudicial para los menores de corta edad, sin embargo, algunas sentencias como las que siguen presentan los siguientes fundamentos:

AP de Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Ricardo Moyano García:* «No se trata pues de que el padre no haya demostrado su habilidad para cuidar en horas nocturnas a su hijo, sino que, al concederse la custodia –con su beneplácito– a la madre, la pernocta en dos domicilios de un menor de tan corta edad, únicamente dos años, es por regla general desaconsejable, pues en esa edad los hijos precisan una mayor rutina de horarios, un menor trasiego domiciliar, y en definitiva una más corta duración del régimen de visitas con el cónyuge no custodio. De ahí que se impone como *Standard* jurídico el llamado régimen progresivo, que concede la pernocta a partir de los tres años de edad del menor, y no antes, y una vez comprobada la adecuada adecuación del primer tramo del régimen de visitas para los intereses del niño. Por último, la situación alegada por el padre-apelante, según la cual el niño pernocta a veces en casa de la tía materna, no ha sido acreditada, y en todo caso, de serlo, lo que podría motivar es una vigilancia en ejecución de sentencia del perjuicio que ello pueda suponer al menor, y no precisamente lo contrario, la extensión de nuevos domicilios de pernocta para el niño.»

Comentario: En esta sentencia se llega a decir que «no es tampoco trascendente el que el padre cuidara en más o en menos al hijo antes de la separación de los progenitores, dado que el propio padre solicitó la custodia de la madre en su demanda de separación. Haciendo caso omiso del vínculo previo entre el menor y el progenitor no custodio, en claro desconocimiento y desdén de lo que para los expertos resulta esencial a la hora de determinar el régimen de visitas[23]. ¿Qué estudio psicológico concreto o general sustenta esta sentencia? O ¿es la opinión subjetiva del juzgador la que establece que es mejor al interés del menor ver menos a un progenitor «una más corta duración del régimen de visitas» que el trasiego domiciliar? (*Vid.* opinión del Dr. S. Franco Williams.) Se llega incluso a decir que el hecho de que el menor pernocte en el domicilio de una tía materna podría ser objeto de vigilancia en ejecución por el posible perjuicio que pueda suponer para el menor. Tal y como

23. En este sentido, comentario de Jesús Palacios González de este artículo «... Allí donde haya habido una relación sólida previa entre el menor y su padre no veo el motivo por el que la pernocta deba ser desaconsejada ... la clave no está en la edad del menor, sino en las relaciones previas y actuales entre el menor y sus dos progenitores.»

argumentan Fariñas, Seijó, Arce y Novo, habría que tener presente que la realidad social actual nos muestra que los menores pernoctan muchas veces en domicilios de la familia extensa, o bien por motivos de vacaciones, en hoteles o segundas residencias sin que en ningún momento se haya alegado por la doctrina (psicológica) que ello pueda perjudicar al menor.

AP de Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de marzo de 2003. *Ponente: Ilmo. Sr. don Jacinto Riera Mateos:* «Pero también es verdad que el menor, en el actual procedimiento, está en una edad que requiere cariño, atención y seguridad emocional y por ello es necesario evitarle cambios bruscos e introducirle en nuevas situaciones que podrían desconcertarle, impresionarle y repercutir por ello en su psicología y emocionalidad. De ahí que no se pueda aceptar el régimen de visitas propuesto por la parte apelante, ya que no conviene que un niño hasta que alcance una edad superior, duerma fuera de su casa, de su entorno y de su ambiente, puesto que no podemos olvidar la dependencia (lógica y natural) que tiene respecto a su madre, persona con quien convive y que es su más importante punto de referencia vital, afectivo y cercano. Esta Sala en Sentencias de 25 de junio de 2001 y 24 de septiembre de 2002, ha venido a establecer que hasta los 5 años los niños no deben pernoctar con el progenitor con el que no convivan, normalizándose el régimen de visitas a partir de los 6 años.»

Comentario: Según esta sentencia no conviene que un niño de corta edad duerma fuera de su casa, de su entorno y de su ambiente no pudiendo olvidar la «dependencia que tiene un niño de esta edad con la madre». En esta sentencia se está verbalizando la teoría de la figura de apego primordial de la madre en detrimento de la figura de apego paterna. Como hemos visto, los expertos coinciden en afirmar que en las sociedades modernas –y concretamente en la española– cada vez es más difícil discriminar las figuras de apego, de tal forma que ambos progenitores –madre y padre– se constituyen como figuras de apego desde los primeros meses de vida, pudiendo existir otras figuras de apego externas a la unidad familiar[24]. El estudio de cada caso concreto se impone a la hora de determinar la relación de vínculo concreta que tenga el menor con cada uno de sus progenitores sin que sea admisible aplicar teorías generales obsoletas sometidas a una amplía revisión por la doctrina más reciente. Esta sentencia establece el criterio general de que los menores de corta edad no pueden pernoctar hasta los cinco años, sin ninguna apoyatura científica que lo sustente.

AP de Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2005. *Ponente: Ilmo Sr. don Juan Francisco Bote Saavedra:* «Pues bien, ante la falta de informe del Equipo Psicosocial, la Sala considera más adecuado a los intereses del menor el siguiente régimen de visitas: Hasta que el menor cumpla la edad de cinco años, el padre podrá visitarlo y tenerlo en su compañía los sábados y domingos alternos desde las 10 horas hasta las 13 horas, debiendo recogerlo y reintegrarlo en el domicilio materno.»

Comentario: «A falta de informe del Equipo Psicosocial...» es decir, sin que se haya realizado un estudio del caso concreto la Sala aplica un criterio general restrictivo de las visitas del menor con el no custodio simplemente por el criterio de la corta edad, en clara confrontación con lo establecido en el artículo 94 del Código Civil, ya que no se acredita que en el caso concreto se den graves circunstancias que lo aconsejen[25].

24. Opinión de Joaquín Díaz Atienza: «En conclusión, no conozco ningún estudio empírico que sostenga la inconveniencia de que el lactante pernocte con el padre no custodio. Por el contrario, los resultados de las actuales investigaciones, recomiendan el establecimiento de apegos seguros múltiples como factor que favorece el desarrollo socio-emocional del niño.»

25. En este sentido la **AP. de Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 18 de julio de 2005.** En esta sentencia la Sala mantiene que no es admisible limitar el régimen de visitas en base a consideraciones o estudios generales, cuya adecuación al caso concreto no queda debidamente acreditada.

AP de Lleida, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don José María Pocino Moga:* «En el presente concurre una circunstancia excepcional, derivada de la edad del menor en el momento en que se adoptaron las medidas relativas a la visitas, y ello porque de referirse a un bebé de meses, estamos ahora ante un menor de un año y dos meses, lo que supone la necesidad de prever una régimen especial en relación a las atenciones y necesidades que requiere tal edad, así como la especial dificultad de pernocta que suponen para el hijo los cambios.»

Comentario: Esta Sentencia, establece la corta edad como único criterio restrictivo del régimen de visitas del menor con el no custodio, sin que en la misma se haga mención bien de un estudio psicológico concreto al caso ni tampoco aportando referencia alguna a estudios científicos generales que desaconsejen la pernocta y en los que se apoye.

AP de Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de abril de 2004. *Ponente: Ilmo. Sr. don Álvaro Castaño Penalva:* «Complementando lo anterior, sobre los encuentros entre el progenitor no custodio y los hijos menores de tres años, esta Sala, en su Sentencia 288/2003, de 6 de octubre, sentó que: «No puede aceptarse la pretensión de que aquélla conviva todo el fin de semana alterno con su padre, porque ello sí le es perjudicial. (...) el abandono durante tan prolongado período de tiempo por la niña de lo que es su entorno habitual, con el consiguiente cambio de sus costumbres y seguridades, es claramente nocivo para su correcto equilibrio y, por tanto, contrario a su interés, que siempre debe prevalecer. Lo idóneo para estos niños de tan corta edad son contactos cotidianos y breves con el progenitor no custodio, de ahí que hasta los tres años esta Sala suela inclinarse por encuentros diarios de unas 2 horas, adaptándolos a cada caso, pero siempre sin pernocta. En consecuencia, como se razona en la sentencia de instancia, no es factible, a tan corta edad, conceder un régimen de visitas con pernocta, que de suyo implica una perturbación desproporcionada de los tan esenciales hábitos diarios de los niños, y mucho menos que se extienda a los períodos vacacionales, lo que constituiría una convulsión en el equilibrio psicológico y emocional de aquéllos, al modificarse bruscamente no sólo su rutina, sino lo que es más grave, sus entornos físico, social y familiar. Es cierto que sería positivo para los niños ampliar los encuentros a los viernes, e incluso que se desarrollasen todos los fines de semana al año, pero lo primero se compadece mal con la actividad laboral del padre, y lo segundo ni siquiera ha sido solicitado.»

Comentario: Esta Sala mantiene en varias de sus sentencias el criterio de la corta edad como restrictivo del régimen de visitas sin un estudio concreto de cada caso y sin que, por otro lado, se refiera a estudios psicológicos generales que lo desaconsejen. Una vez más se insiste en los argumentos, espacial y de hábitos y rutinas, como justificativos de la restricción del régimen de visitas, siendo de aplicación a ésta, la refutación que realizamos a la sentencia siguiente.

AP de Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de enero de 2005. *Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús Pérez Serna:* Dentro de esta general conceptuación ha de encuadrarse el criterio habitual seguido por esta Sala, relativo a la no pernocta del menor, en los primeros meses y años de la vida del mismo, fuera de su hogar familiar; en tal etapa, deberá cuidarse el mantenimiento del lugar para estabilidad del niño, pues sus hábitos de comida y sueño así lo requieren. Pero ello debidamente compatibilizado con una serie frecuente de visitas del progenitor no custodio cara a promover el desarrollo equilibrado del menor.

Comentario: Como podemos apreciar, en el fundamento de la sentencia se esgrimen –mezclándolos– dos argumentos concretos para la no pernocta, el argumento espacial «no pernocta del menor ... fuera de su hogar familiar; en tal etapa deberá cuidarse el mantenimiento del lugar para la estabili-

dad del niño» y el de hábitos o rutinas «pues sus hábitos de comida y sueño así lo requieren». Reiteramos que el argumento espacial no se esgrime como fundamental –tanto como para limitar el régimen de visitas– por los especialistas consultados y que el argumento de rutinas y hábitos, no puede ser un argumento restrictivo sino una práctica a seguir por el progenitor no custodio en el desarrollo del régimen de visitas –mantener el mismo régimen de horarios y rutinas en cuanto a la alimentación y sueño del menor–, sin que sea legalmente adecuado presumir con carácter general una ineptitud o negligencia del progenitor no custodio para mantener estas rutinas con el menor. Así, esta sentencia se configura como otro ejemplo más de criterio general restrictivo del régimen de visitas sin ningún sustento ni particular al caso ni general, puesto que los estudios psicológicos más recientes antes que desaconsejar la pernocta lo aconsejan como norma general. Por lo tanto, ciertas Audiencias Provinciales están aplicando el criterio de la corta edad como criterio restrictivo del criterio general normativamente establecido, sin que dicho criterio restrictivo tenga un respaldo científico consistente, sino más bien todo lo contrario, los expertos en psicología aconsejan la pernocta del menor con el no custodio. Es decir, mientras parece que sí hay estudios que demuestren los beneficios que la pernocta conlleva para el menor de corta edad, no existen estudios concretos que acrediten que la pernocta sea perjudicial por lo que en buena lógica jurídica de tener que aplicar un criterio general debería ser que la pernocta es beneficiosa para el menor sin importar la edad del mismo salvo que se demuestre lo contrario[26]. Ya que aquellas circunstancias especiales aceptadas por la inmensa mayoría de los expertos que desaconsejan la pernocta como la ausencia de medios materiales, físicos o emocionales en el progenitor no custodio o la falta de vínculo entre progenitor o menor, o enfermedad en uno u otro que desaconseje la pernocta, etc., son aplicables a cualquier edad y deberán ser acreditados en cada caso concreto.

X.5. Sobre los efectos inherentes a la no pernocta

La no concesión de la pernocta a menores de corta edad conlleva una importante limitación en el contacto del menor con su progenitor no custodio en los períodos de vacaciones, –Navidad, Semana Santa y verano–. En muchas sentencias que acogen el criterio de la corta edad se produce un vacío de pronunciamiento en lo relativo a los períodos vacacionales lo que conlleva o bien a la necesidad de llegar a la segunda instancia para que se produzca un pronunciamiento o bien a la necesidad de entablar numerosas ejecuciones de sentencia.

Naturalmente en las sentencias que se acogen al criterio de la corta edad casi siempre se incide en la necesidad de que el progenitor no custodio mantenga contactos cortos pero frecuentes con el menor. Esto provoca el establecimiento de visitas de pocas horas en días entre semana además de los fines de semana alternos[27]. Sin embargo, el escollo se presenta a

26. Así viene siendo requerido por numerosas Audiencias Provinciales, debiendo resaltar la doctrina mantenida por la Sec. 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, 15 de noviembre de 2005, 19 de mayo de 2005, 29 de octubre de 2005, entre otras, siendo significativo lo establecido en Sentencia de fecha 23 de abril de 2002 por esta misma sección «conviene recordar que la corta edad de los hijos, por sí y de modo automático, no determina la restricción del régimen de visitas para con el progenitor no custodio, a menos que se justifique convenientemente por quien pretende tal limitación que el sistema de comunicaciones que interesa quien tiene el derecho de visitas es perjudicial para el menor, en la medida que si lo que se debate es la procedencia o no de la pernocta se demuestre que el progenitor no custodio no está facultado para atender al menor, o no cuenta con la infraestructura material que exige la atención de dicho hijo» o SAP de Sevilla, Sec. 5.ª, de 3 de mayo de 2004, «En principio debe presumirse que ambos progenitores tienen capacidad suficiente 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.»

27. La mayor parte de las Sentencias que suprimen la pernocta enarbolan el criterio de que los menores de corta edad deben mantener contactos breves pero muy frecuentes con el progenitor no custodio, llegando incluso alguna a establecer que los

la hora de regular las vacaciones (sobre todo las estivales) llegando en muchos de los casos a no pronunciarse al respecto, ya que se dan las siguientes contradicciones:

– En primer lugar, si la no concesión de la pernocta se ha fundamentado en el argumento espacial y de mantenimiento de las rutinas, en el sentido de que no es bueno que un menor de corta edad cambie de lugar de pernocta y de rutinas temporales, desaconsejando el trasiego domiciliar y los viajes del menor. ¿Cómo sostener que en vacaciones el progenitor custodio pueda disfrutar de su período de vacaciones con el menor en un lugar distinto del domicilio habitual (segundas residencias, destinos veraniegos, ...) con la consiguiente ruptura de su rutina espacio-temporal?

– En segundo lugar, si se mantiene el criterio de que no es bueno para el menor separarlo por período prolongado de sus figuras de apego, insistiendo en la necesidad de que el contacto de éste con sus progenitores sea frecuente, ¿Cómo conceder la interrupción de este régimen de contactos frecuentes por un período largo de vacaciones?

Por otro lado, no existe un régimen de vacaciones tipo o mayoritariamente establecido por la jurisprudencia para los supuestos de menores de corta edad a quien no se le otorga un régimen de visitas con pernocta. El establecimiento de un régimen de vacaciones en este caso puede intentar dar respuesta a distintos intereses:

– El del progenitor custodio. En este sentido se establece que el hecho de que la corta edad del menor no aconseje la pernocta con el progenitor no custodio no debe afectar al progenitor custodio en el sentido de que éste no pueda disfrutar de unos días de vacaciones junto al menor, con suspensión durante ese período de tiempo, del régimen de visitas con el progenitor no custodio. Así, hay sentencias que establecen que el custodio disfrutará de quince o treinta días de vacaciones, período en el que queda sin efecto el régimen de visitas establecido[28].

– El del progenitor no custodio. En este sentido, se contempla el hecho que durante su mes de vacaciones el no custodio puede estar más tiempo en compañía del menor, aunque se mantenga la no pernocta, de tal manera que algunas sentencias conceden visitas diarias durante las vacaciones del no custodio –treinta o quince días–.

– El de ambos progenitores. Con este punto de vista se contemplan los dos puntos anteriores, de tal manera que se otorgan dos períodos vacacionales a los progenitores, uno

contactos sean diarios, SAP de Murcia, Sec. 1.ª, de 6 de octubre de 2003, «Lo idóneo para estos niños de tan corta edad son contactos cotidianos y breves con el progenitor no custodio, de ahí que hasta los tres años esta Sala suela inclinarse por encuentros diarios de unas 2 horas, adaptándolos a cada caso, pero siempre sin pernocta».

28. En SAP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 6 de abril de 2005, «No se estima adecuado alterar el régimen durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, debiendo únicamente interrumpirse durante 30 días en verano. Una vez la menor cumpla dos años podrá permanecer con el padre una tarde intersemanal desde las 17 a las 19'30 h y fines de semana alternos pero debiendo regresar a pernoctar al domicilio materno devolviéndola el padre a las 19'30. Las vacaciones de Navidad y Semana Santa se dividirán en dos mitades pero todavía sin pernocta. Durante los meses de julio y agosto el padre podrá permanecer con la menor desde las 10 horas a las 19'30 horas momento en el que deberá reintegrarla al domicilio materno durante 15 días. El régimen se suspenderá durante 30 días en verano.» El Juzgado de Instancia, establece distintos períodos en función de la edad del menor, hasta los dos años, hasta los tres años, etc., en el que atribuye 30 días de vacaciones a la madre hasta los dos años, interrumpiendo el régimen de visitas del progenitor no custodio –en claro contrasentido con el criterio de los contactos breves pero frecuentes con el no custodio–. A partir de los dos años otorga al progenitor no custodio en los meses de julio y agosto, períodos de 15 días seguidos en los que puede estar con el menor sin pernocta, a modo de vacaciones.

al custodio –con suspensión del régimen de visitas del no custodio– y otro al no custodio –otorgando visitas diarias durante ese período–.

También existe problemática sobre los concretos períodos vacacionales que se contemplan siendo muy común que aquellas sentencias que contienen pronunciamientos en relación a las vacaciones lo hagan exclusivamente sobre las de verano –por ser las más largas y quizás las más propicias a traslados vacacionales– obviando el pronunciamiento sobre las de Navidad y Semana Santa. Sobre estos dos períodos concretos –Navidad y Semana Santa– por ser períodos cortos normalmente no se hace ningún pronunciamiento al respecto y de este modo, tampoco se hace pronunciamiento alguno sobre fechas tan importantes desde el punto de vista familiar como Noche Buena, Navidad, Noche Vieja, Año Nuevo, Noche de Reyes[29] y Día de Reyes, fechas que no necesariamente caen en fin de semana y por lo tanto, puede darse la circunstancia de que un progenitor no custodio pueda estar tres años seguidos –los del período de limitación de la pernocta– sin poder tener derecho a estar con su hijo en ninguna de las fiestas mencionadas.

Ante esta situación muchas de las sentencias prefieren dar la callada por respuesta –no estipulando absolutamente nada respecto a las visitas en los períodos vacacionales[30] o bien obligando a que el régimen de visitas ordinario se siga cumpliendo también en vacaciones– y, por lo tanto, obligando a que el menor deba permanecer siempre en su domicilio habitual durante el período que dure la limitación, teniendo que sufrir quizás el período de más calor del año en el domicilio habitual sin poder ir a una segunda residencia mejor adaptada por ubicación a los rigores veraniegos (sierra o playa) o sin poder ver a su progenitor no custodio en fechas señaladas como las de Navidad.

En **nuestra opinión, la pernocta** o no pernocta con el progenitor no custodio sí **reviste un especial interés.** A lo largo del estudio de este trabajo nos hemos encontrado con algunos profesionales que 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

29. En SAP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 6 de abril de 2005, únicamente se habla del día de Reyes «En consecuencia debe concluirse que el sistema establecido en la sentencia recurrida como régimen de visitas paterno-filial es adecuado y debe confirmarse, sin perjuicio de que las partes puedan concertar los acuerdos que sean necesarios para que el régimen de visitas se adapte a las necesidades de la menor en cada momento, aunque añadiendo, tal como peticiona el recurrente, **que el día de Reyes, 6 de enero, la menor pueda permanecer durante dos horas con el progenitor con el que no esté en régimen de custodia o de visitas**».

30. En SAP de Guipúzcoa, Sec. 3.ª, de 26 de octubre de 2005, se dice: «En relación al mantenimiento que efectúa la sentencia de instancia del mismo régimen de visitas/comunicación padre-hijo también en los períodos vacacionales la Sala participa íntegramente del criterio de la Juzgadora de Instancia amparado en la edad de Pedro Francisco hasta los tres años y en la cautela de salvaguardar la estabilidad de éste en tan temprana edad.» El juzgado en la Sentencia no hizo ninguna relación sobre las vacaciones de Navidad, Semana Santa ni verano sino hasta que el menor cumpliera tres años, lo que hizo la Audiencia fue suponer y dar carta de naturaleza al mantenimiento de visitas intersemanales y fines de semana alternos durante todos los períodos vacacionales hasta que el menor cumpliera tres años.

En el mismo sentido, SAP de Cáceres, Sec. 2.ª, de 16 de junio de 2005. La Audiencia establece un régimen de visitas sin pernocta los fines de semana hasta que el menor cumpla cinco años, sin pronunciamiento sobre vacaciones hasta entonces, estableciendo el habitual a partir de los cinco años con vacaciones. Igualmente SAP de Lleida, Sec. 1.ª, de 26 de septiembre de 2005. La Audiencia manifiesta «En cuanto a las vacaciones, y dada la edad del niño, no cabe prever un régimen, y sólo podrá arbitrarse un acuerdo entre los cónyuges al respecto relativo al período de sus propias vacaciones laborales, y en todo caso se aplicará cuando el niño se halle escolarizado y por ello tenga períodos de vacaciones escolares, el período de estancia con el padre por mitades, según se acuerda en el segundo régimen de visitas a seguir». Es decir, hasta la escolarización del niño, el niño no podrá disfrutar de la playa, montaña o segunda residencia que ofrezca una meteorología más benigna en verano ya que el padre tiene todos los miércoles visita.

para recogerlo el domingo por la mañana una vez el niño ha dormido en su cama, en su dormitorio, en definitiva, en su propio ambiente... Sin embargo**, entendemos**, junto a Cantón, Cortés y Justicia entre otros, 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 levanta 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.

Pero esta opinión es manifestada no sólo desde el punto de vista profesional, sino también y más importante, desde el punto de vista humano, de hijo y de padre, de todos y cada uno de los sentimientos que sustentan, fortalecen y permanecen en la relación paterno-materno-filial.

Expresamos nuestra convicción en la necesidad de que **cada caso se estudie individualmente,** que los profesionales que nos dedicamos a los asuntos de familia no nos dejemos llevar por premisas generales que por su propio carácter general son en la mayor parte de los casos manifiestamente injustas. Cada niño, cada menor, es un ser que merece la máxima protección y el tan manido principio de interés del menor no debe convertirse en una lista de principios generales que atenten contra el interés de cada caso concreto. El interés del menor como principio rector de los procedimientos de familia exige, en primer lugar, un estudio personalizado de cada caso para poder emitir una resolución que proteja al menor en cuestión.

Somos conscientes de que como en casi todos los ámbitos del derecho existen en el Derecho de Familia una serie de presunciones y de principios generales que inspiran la práctica forense, como, por ejemplo, la conveniencia de no separar a los hermanos, la necesidad de audiencia al menor con suficiente juicio, etc. En este sentido sí creemos que debe configurarse como **principio inspirador** el 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 la edad de éste, estableciendo la pernocta dentro del régimen de visitas como un criterio general para todas las edades, **salvo que en cada caso concreto se demuestre lo contrario.**

XI. PLANTEAMIENTO PRÁCTICO DE POSIBLE RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL, ARTÍCULOS 477.2 3.º Y 477.3 LEC

A pesar de que por ATS de 20 de enero de 2004[31] se inadmite recurso de casación en un asunto sobre régimen de visitas de los abuelos por no constar acreditado en el recurso

31. En este Auto el Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación al no acreditarse interés casacional: «En el caso de la "jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales" la finalidad del recursos de casación es dejar sentada una doctrina por el Tribunal Supremo que supere una divergencia jurídica entre órganos jurisdiccionales de segunda instancia, produciéndose un indirecto efecto de unificación, según corrobora el artículo 487.3 LEC de 2000, de tal modo que la necesidad del recurso de casación en este supuesto viene constituida por una contraposición de criterios en relación con una misma cuestión jurídica, lo que hace preciso que, en general, los supuestos sean sustancialmente iguales, pues en otro caso será

interés casacional, sin embargo entendemos que por otra parte el Tribunal Supremo se ha pronunciado en Sentencia de 28 de junio de 2004[32], sobre el establecimiento concreto del régimen de visitas de los abuelos, entrando a valorar el régimen establecido en instancias inferiores y a modificarlo. El hecho de que el Tribunal Supremo entre a conocer del fondo del asunto, revisando y modificando el concreto régimen de visitas establecido por las instancias inferiores, se contradice con lo afirmado en el Auto de 20 de enero de 2004 en el sentido de que el régimen de visitas no es una cuestión jurídica *stricto sensu*, si esto fuera así, ¿qué sentido tiene que en la STS de 28 de junio de 2004 el Alto Tribunal modifique el régimen de visitas establecido por las instancias?

Si el Tribunal Supremo entró a conocer sobre el régimen de visitas de los nietos con los abuelos, entendemos que cuando se trata del régimen de visitas de los padres con el menor y en atención a lo establecido tanto en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño como en los artículos 94 y 160 del Código Civil, sí nos encontramos ante una cuestión jurídica *stricto sensu*, con la existencia de jurisprudencia contradictoria en cuanto existen sentencias de una misma Audiencia o Sección que son contradictorias con otras sentencias de otra distinta Audiencia o Sección.

Además, especialmente significativo es que en la mentada Sentencia de 28 de junio de 2004, el Tribunal Supremo se plantea la conveniencia o no de la pernocta de un menor de corta edad en el régimen de visitas con los abuelos, pareciendo como que el Tribunal sentaba el criterio de la corta edad como impedimento del establecimiento de un régimen de visitas con pernocta. La pregunta es si este criterio lo seguirá manteniendo en el supuesto en que el régimen de visitas sea con el progenitor no custodio en vez de con los abuelos, pero en todo caso, expresamos el convencimiento sobre la conveniencia de que se pronuncie al respecto[33].

difícil que se produzca la identidad entre los puntos o cuestiones en relación con los cuales hay una controversia jurisprudencial; asimismo es preciso que exista una reiterada posición en un sentido y otra, también reiterado, en sentido contrario, pues precisamente una divergencia persistente entre Audiencias es lo que determina que el juicio pueda ser examinado por el Tribunal Supremo, para zanjar la contradicción surgida en orden a la interpretación y aplicación de una norma legal, de ahí que el legislador aluda a "jurisprudencia contradictoria", en un sentido, sin duda impropio, pero expresivo de que es preciso un antagonismo repetido que debe suponer algo más que una ocasional o accidental diferencia de criterio entre Audiencias, por ello esta Sala viene exigiendo que existan dos o más Sentencias de un mismo tribunal de apelación y otras o más en sentido jurídico opuesto de una diferente Audiencia o Sección orgánica, criterio que ha sido considerado correcto por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 2 de junio de 2003 (recurso de amparo 82/2002).

En el presente supuesto no se acreditó que existiera jurisprudencia contradictoria de Audiencias en el sentido que se acaba de considerar, pues la parte recurrente se limitó a esgrimir que la Sentencia recurrida se oponía a lo resuelto por otras Audiencias en orden a la fijación de unos concretos regímenes de visitas a los abuelos, con lo que, además, la divergencia ni siquiera se refería –según el Alto Tribunal– a una cuestión jurídica *stricto sensu;* por ello nos hallamos ante un supuesto de preparación defectuosa, pues en el escrito de anuncio del recurso fue omitida la justificación suficiente del "interés casacional", al limitarse a enumerar diferentes resoluciones, sin que se cumplieran tampoco en fase de interposición con la acreditación del presupuesto que dicho interés comporta, de manera que concurrieron las causas tipificadas tanto en el número primero del artículo 483.2 LEC de 2000 (preparación defectuosa), como en la del número tercero de ese mismo precepto (inexistencia del interés casacional).»

32. En esta Sentencia de 28 de junio de 2004 el Tribunal Supremo declara que el régimen de visitas establecido por el Juzgado y confirmado por la Audiencia Provincial de Madrid no resulta adecuado a los nietos, ordenando en el fallo el establecimiento por el Juzgado de 1.ª Instancia de un régimen de visitas ajustado al interés del menor y previa audiencia preceptiva de éste.

33. La misma Sentencia de 28 de junio de 2004 se pronuncia sobre la concesión del derecho de pernocta en el régimen de visitas de los nietos con sus abuelos, considerando correcta la pernocta de un menor de 7 años pero sin embargo «... en lo que se refiere al otro nieto, Carlos, de sólo catorce meses de edad al tiempo de la demanda y diecisiete meses al tiempo de la Sentencia del Juzgado, el sistema establecido no es el adecuado, de modo que a una tan corta edad no resulta oportuno una pernocta –hacer noche– lejos de la madre, o sin consentimiento de ésta», por lo tanto el Tribunal Supremo sí que se pronunció sobre la cuestión de si la pernocta es o no adecuada para un menor de corta edad –si bien entendemos que existe

Sentencias con criterio de la corta edad:

– AP de Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 26 de abril de 2005.

–AP de Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2005.

– AP de Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de abril de 2004.

– AP de Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2003.

– AP de Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de marzo de 2003[34].

– AP de Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2002.

– AP de Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 25 de junio de 2001.

Sentencias en contra del criterio de la corta edad:

– AP de Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2005.

– AP de Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 3 de marzo de 2005.

– AP de Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2005.

– AP de Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2005.

– AP de Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 23 de abril de 2002.

– AP de Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 28 de enero de 2003.

una diferencia sustancial entre la pernocta con los abuelos y la pernocta con uno de los progenitores–. No obstante, este concreto pronunciamiento del Tribunal Supremo en lo referente a la pernocta en menores de corta edad requiere que el Tribunal se pronuncie sobre si el criterio de la corta edad es aplicable también a la pernocta de los menores con su progenitor no custodio.

34. Es significativo que en SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 21 de diciembre de 2005, se recalque lo siguiente «debemos significar que esta Sección 1.ª de la Audiencia Provincial no mantiene –ni ha mantenido– una doctrina consolidada por virtud de la cual hasta los cinco años los hijos menores no deben pernoctar con el progenitor con el que no convivan» dejando al descubierto la contradicción de criterios que mantiene dicha Sección con la Sección 2.ª de la misma Audiencia Provincial, tal y como puede verse de la relación jurisprudencial obrante en este artículo».

EFECTOS DEL CONCURSO DE ACREEDORES SOBRE EL DERECHO DE ALIMENTOS

FRANCISCO J. GARCÍA RIVAS

Secretario Judicial

RESUMEN

Bajo el título «Efectos del concurso de acreedores sobre el derecho de alimentos», se analiza el problema competencial que desde un punto de vista práctico puede suponer otorgar o residenciar la facultad última de determinar el derecho o no a obtener alimentos de la masa concursal en el Juez del concurso y la posible colisión de lo que acordare con lo ya resuelto o con lo que pueda resolverse por un Juez de 1.ª Instancia con ulterioridad, ya en un proceso de alimentos del artículo 250.8 LEC, ya en un proceso especial de los del Título IV.

Se dividió el trabajo en dos capítulos; el primero dedicado a dar una somera visión del derecho de alimentos, tanto de sus caracteres como de sus clases, contenido del derecho y sujetos obligados a prestarlo.

El segundo centra realmente el objeto del trabajo, contemplando la posición del concursado desde una doble óptica, como alimentista y como alimentante, analizando el contenido del artículo 47 LC en relación principalmente con el artículo 84.2.4.º que califica los alimentos como créditos contra la masa con las consecuencias que de ello se derivan a tenor de lo que dispone el artículo 154, párrafo 2.º, LC.

ABSTRACT

Under the epigraph «Effects of the procedure of insolvency on the food right», we analyze the competential problem that, from a practical point of view, there can suppose granting or investigating the last faculty to determine the right or not to obtaining food of the mass of Insolvency procedure in the Judge of the Insolvency procedure and the possible collision of what the above mentioned judge resolves with what the Judge of The First Instance has resolved or is going to resolve with posteriority, already in a food process of the article 250.8 of the law of the civil procedure, already in a special process of those of the Title the IVth of the above mentioned procedural law.

The work is divided in two chapters: the first one dedicated to giving a brief vision of the food right, his characters, his classes, the content of the same one, and the subjects obliged to give them.

The second one centres really the object of the study, since it contemplates the position of the insolvent one from a double point of view, so much as feeder, as food beneficiary, and analyzes the content of the article 47 of the Insolvency Law in relation principally with the article 84.2.4.º that qualifies the food as credits against the mass, with the consequences that of it stem what arranges the article 154.2 of the Insolvency Law.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. EL DERECHO DE ALIMENTOS

II.1. Caracteres

II.2. Clases de alimentos: legales y convencionales

A) Legales. B) Convencionales.

II.3. Contenido del derecho de alimentos

II.4. Sujetos obligados

III. LOS ALIMENTOS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

III.1. Introducción y evolución legislativa

III.2. El concursado como alimentista

A) El derecho del deudor. B) El derecho de terceros a reclamar alimentos. C) Cauce para solicitar tal derecho. D) Cuantía, periodicidad y duración. E) Recursos. F) Carácter del crédito del concursado.

III.3. El concursado como alimentante

A) La confusa tramitación parlamentaria. B) Los alimentos fijados por resolución judicial. C) Juez Concursal *versus* Juez de 1.ª Instancia. D) La reinterpretación del artículo 47 de la Ley Concursal.

IV. CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo no pretende abarcar un amplio estudio del derecho de alimentos sino abordar el problema interpretativo que plantea el artículo 47 de la Ley Concursal (LC) en relación a dicho derecho.

Inicialmente se considerará el derecho del deudor de obtener o no alimentos con cargo a la masa concursal, la naturaleza de ese derecho y si es sólo predicable del concursado o se entiende implícitamente extendido al resto de miembros de la unidad familiar.

Igualmente se examinará la discrecionalidad inicialmente conferida al Juez de lo Mercantil para revisar la procedencia o la cuantía de las prestaciones establecidas antes de la declaración del concurso en los procesos especiales del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dicho artículo recoge.

Esta cuestión merece un trato especial por la ausencia en la Ley Concursal de un cauce con mínimas garantías para que dicha revisión parezca en principio mínimamente fundamentada.

En el artículo 47 parece relegarse la posibilidad de que la masa preste alimentos a personas distintas del concursado, a la inexistencia de otros parientes que con arreglo al Código Civil están obligados a prestarlos, pero no indica la Ley cómo puede el solicitante de alimentos acreditar al juez que no existen tales parientes que deben cubrir su necesidad.

Tampoco determina cómo tramitar la solicitud de alimentos en el expediente concursal, ni regula el cauce por el que el Juez de lo mercantil podría modificar las pensiones establecidas con anterioridad en un pleito de familia, a tenor de la vinculatoriedad de las sentencias que establece el artículo 53.

Parece existir una contradicción, vista la limitación competencial que fija el artículo 8.1.º al Juez Mercantil.

También será problemático interpretar el artículo 47 a la vista de la consideración de crédito contra la masa que a los alimentos confiere el artículo 84 de la propia Ley Concursal.

Estas y otras cuestiones han justificado el centro de atención en el estudio del artículo 47 de la LC que, como digo, motiva el trabajo que a continuación vamos a exponer.

Dividimos el trabajo en dos grandes bloques:

a) II. Aspectos generales del derecho de alimentos.

b) III. El concursado y su derecho de alimentos o su deber de prestarlos, o lo que es lo mismo, la posición como alimentista o como alimentante derivada de una situación de concurso de acreedores.

II. EL DERECHO DE ALIMENTOS

El derecho y la obligación de alimentos suponen la existencia de personas que necesitan –alimentista– y deben –alimentante– reclamar y prestar, respectivamente, los auxilios suficientes para asegurar la subsistencia ante una situación de necesidad por carencia de recursos económicos.

La génesis del derecho es dual: la ley, o la voluntad de las partes sobre la base del contrato del alimentos introducido en los artículos 1791 a 1797 del Codigo Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

La obligación de alimentos que analizamos es una obligación legal derivada del Derecho de Familia que se traduce en una deuda patrimonial, lo que afectará pues a las situaciones concursales. Quedan excluidos de este trabajo los alimentos convencionales.

Deuda patrimonial, pues, normalmente, su cumplimiento se materializa en la entrega de una suma de dinero, lo que no significa que tenga la naturaleza de una pura deuda pecuniaria ya que tal suma dineraria no es más que forma de pago de los alimentos, por lo que se considera una deuda de valor. Así, el objeto supone la entrega al alimentista de un poder adquisitivo suficiente para cubrir sus necesidades y, el hecho de que se satisfaga mediante una cantidad de dinero no la transforma en una deuda pecuniaria simple o deuda de dinero.

El dinero es el medio de pago, la expresión numérica de la cuantía, y cumple una función de liquidación, no de transformación de una deuda de valor en una deuda pecuniaria, pues lo debido en ella no es una cantidad cifrada como tal, sino la satisfacción de una necesidad que implica un valor económico, que es evaluable y transformable en dinero, base real de la obligación.

La génesis de tal obligación la establece el artículo 39.3 de la Constitución Española, por cuyo tenor los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la mayoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Y así, los alimentos legales nacerán del parentesco, (artículos 142 y siguientes, aplicables también en los supuestos de crisis matrimonial), del matrimonio (artículo 68 Codigo Civil) o de la patria potestad (artículos 110, 1541 para menores de edad y 142 y siguientes para mayores).

Por tanto, el verdadero fundamento del derecho a alimentos se subsume en un deber más moral que jurídico derivado de la solidaridad de sangre de los miembros del grupo familiar, llegando incluso a ser calificado como «deber humanitario familiar» por nuestro Tribunal Supremo (STS de 8 de mayo de 1981).

II.1. Caracteres

a) Provisionalidad, pues subsiste en tanto la necesidad sentida y la posibilidad de atenderla subsisten igualmente, determinando lo contrario su cese.

b) Reciprocidad, ya que el hoy alimentista puede ser mañana quien reclame alimentos al alimentante y el Código Civil establece que los sujetos están obligados recíprocamente a darse alimentos, reciprocidad entendible no en el sentido de la reciprocidad bilateral o sinalagmática puesto que el alimentante no recibe contraprestación del alimentista, ni ambos están obligándose simultáneamente entre ellos, sino que debemos entenderla en el sentido apuntado, es decir, en la posibilidad de que cualquiera de los sujetos obligados puede ser en un futuro el demandante de alimentos y viceversa.

c) La obligación es personalísima, derivada de vínculos familiares y de solidaridad, cesando como dispone el artículo 150 del Codigo Civil con la muerte del obligado o también del alimentista como establece el artículo 152.1.º del mismo texto.

d) Intransmisible, por la misma naturaleza de la obligación basada en un vínculo familiar que no puede afectar a terceros ajenos al mismo. Así expresamente lo establece el Codigo Civil en el artículo 151.

Sí permite la Ley, artículo 151.2, la transmisibilidad a título oneroso o gratuito del derecho a demandar las pensiones atrasadas al suponer que ya han dejado de ser indispensables para la vida, pues ya ha transcurrido, constituyendo una simple deuda o crédito ordinario.

e) Irrenunciable. En este sentido, entre muchas otras, establece la STS de 7 de julio de 1970 que tales pensiones tienen un matiz público alejado del poder dispositivo típico de la autonomía privada que impide su renuncia.

No cabe la renuncia a las pensiones presentes o futuras, pero sí a las atrasadas, pues como indica la STS de 10 de noviembre de 1987, comentada por Nieves Martínez[1], «los alimentos impagados ya vencidos se han de considerar ... como un crédito disponible en el patrimonio del alimentista que puede renunciarlos, transigirlos o reclamarlos».

f) Intransigible e indisponible, dado el carácter público del derecho y, así, conforme al artículo 1814 del Código Civil no cabe transacción sobre los alimentos futuros, porque no se puede transigir sobre lo que no se puede disponer. Transigir supondría renunciar y como vimos los alimentos son irrenunciables.

Por las razones antes apuntadas sí cabría transacción sobre los alimentos vencidos y no abonados.

g) No compensable, imprescriptible y mancomunada. Así lo declara el artículo 151.1 del Código Civil al decir que «tampoco pueden compensarse con los que el alimentista deba al alimentante».

De otra parte, tampoco cabría compensación del alimentante hacia el alimentista puesto que el artículo 1200 del Código Civil establece que «no podrá oponerse la compensación al acreedor por alimentos debidos a título gratuito».

Sí permite el Código Civil, artículo 151.2, la compensación de las pensiones alimenticias atrasadas, puesto que la necesidad perentoria ya no existe.

Imprescriptible. Así lo ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (ejemplo, la STS de 7 de octubre de 1970 o la de 24 de febrero de 1989). Por tanto siempre podrá el alimentista reclamar los alimentos atrasados y no abonados pudiendo tan sólo el alimentante alegar el plazo de prescripción de cinco años del artículo 1966.1 del Código para las pensiones ya vencidas.

1. Martínez Rodríguez, Nieves: «La obligación legal de alimentos entre parientes», *La Ley*, p. 170.

El derecho de alimentos no puede prescribir, pero sí las pensiones vencidas que se integran como vimos en el patrimonio del alimentista, iniciándose el cómputo para cada uno de los plazos desde la fecha de su respectivo vencimiento.

Mancomunada. El artículo 145.1 del Código Civil fija que «cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación legal de prestar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo». El alimentista, pues, no puede exigir a cada uno de los alimentantes más que la parte proporcional que le corresponda en proporción a su caudal.

No establece el párrafo segundo una situación de solidaridad sino un remedio urgente ante una situación de provisionalidad, no siendo el acreedor, sino el Juez, quien determinará frente a cuál de los deudores se puede dirigir la reclamación, ni tiene aquél facultades para dirigirse contra todos los deudores solidariamente, como en general para este tipo de obligaciones establece el artículo 1144 del Código Civil.

h) Variabilidad. Al fijarse el *quantum* de la obligación ponderando las necesidades del alimentista y las posibilidades económicas del alimentante, la alteración de tales presupuestos determinará la modificación del contenido de la obligación.

Así, dispone el artículo 147 del Código Civil que «los alimentos ... se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que deba satisfacerlos».

Deberá producirse una alteración objetiva y sustancial de las circunstancias no debida a actos fraudulentos del alimentante para disminuir sus posibilidades pecuniarias.

II.2. Clases de alimentos: legales y convencionales

A) Legales

Son los fijados *ex lege* en atención a distintas situaciones que se entienden protegibles. Son:

– Los de los artículos 142 y siguientes del Código Civil basados en el parentesco.

– Los debidos al concursado del artículo 47 de la Ley Concursal (anteriormente regulados en los artículos 1314 a 1317 LEC).

– Los reconocidos a la viuda encinta (artículo 964 CC).

– Los que debe prestar al tutelado su tutor (artículo 269 CC) y que más que una obligación es una de las funciones del mismo «procurar» alimentos, pero pudiendo ser retribuido por ello conforme dispone el artículo 275 con frutos de los bienes del tutelado, en cuyo caso sí asumiría una obligación en el más puro sentido.

– Al donante por el donatario conforme se infiere del artículo 648 CC como causa de revocación de la donación. Tales alimentos debidos no lo serán pues por causa de la dona-

ción sino por la existencia entre ambos, donante y donatario, de un derecho de alimentos independiente que caso de incumplirse daría acción para revocar la donación.

– A los cónyuges e hijos durante la liquidación de la sociedad de gananciales (artículo 1408 del Código Civil). Son alimentos «durante» el proceso liquidatorio, por lo que deben solicitarse en la comparecencia de inventario que prevee el artículo 809 de la LEC ante el Secretario Judicial.

– Al acogido, durante el acogimiento, puesto que conforme al artículo 173 CC el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, en sintonía a los que surgen de la patria potestad.

Ello no significa que necesariamente el acogedor o acogedores tengan que sufragar de su patrimonio los alimentos del acogido, pues bien pudiesen ser satisfechos por los padres e incluso por el propio patrimonio de aquél. Lo que sí tienen es obligación legal de velar por que tales alimentos no le falten, pero la concreción de quién asume tales gastos deberá establecerse –como indica el artículo 173.2.3º del Código Civil– en el documento de formalización del acogimiento familiar.

B) Convencionales

Tienen su origen en la autonomía de la voluntad de las personas, es decir, en el pacto y no en la ley.

Su regulación se introduce por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, en el título XII del libro IV del Código Civil, dedicado a los contratos aleatorios, concretamente creándose un nuevo capítulo II bajo la rúbrica «Del contrato de alimentos», englobando los artículos 1791 a 1797.

Como se indica en la Exposición de Motivos, «la regulación de este contrato amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista». No se examina.

Junto a este típico contrato de alimentos se apunta por la doctrina[2] el legado de alimentos establecido por la voluntad del testador como modalidad unilateral de alimentos convencionales, materia en la que no vamos a profundizar y que podemos definir siguiendo a Serrano García como «aquel que tiene por objeto la creación de una obligación de alimentos voluntarios a favor del legatario y a cargo de los bienes de la herencia, obligación que

2. Crespo Aullé: «El legado de alimentos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXI, núm. 570, 1985.

permite al beneficiario reclamar del gravado alimentos en la cuantía y durante el tiempo previsto en el testamento o, en su defecto, en la Ley».

II.3. Contenido del derecho de alimentos

Visto el artículo 47.2 de la Ley Concursal, examinamos el derecho de alimentos impuesto por resolución judicial dictada en algunos de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establezca la obligación de prestar alimentos.

Por tanto nos centramos en los alimentos en sentido estricto que enumera el artículo 142 CC, obviando los auxilios necesarios para la vida que entre hermanos necesitados establece el artículo 143 CC.

Dispone el artículo 142 CC que «se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable[3].

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.»

A diferencia del contrato de alimentos del artículo 1791 en el que la entrega de lo necesario para la manutención y asistencia a cambio de un capital constituye el contenido de la obligación, aquí la entrega de lo necesario e indispensable para el sustento, habitación, etc., es decir, normalmente dinero, es el medio para cumplir la obligación de asistencia que impone la Ley.

Vemos pues que conforme al artículo 142 CC son diversas las prestaciones que abarca la obligación de alimentos, a saber, sustento, habitación, vestido y asistencia médica, gastos de embarazo y parto y educación e instrucción.

Cabe cuestionarse si pueden ser otras las necesidades atendibles y reclamables como alimentos o única y exclusivamente las enunciadas al tratarse de un númerus clausus.

Autores como Manresa[4] entienden, por ejemplo, que la prestación que recoge el artículo 1894.2 del Código Civil también debe incluirse como alimentos; se refiere al tratar de los negocios ajenos, a los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad, que deberán ser satisfechos aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle.

3. Jiménez Savurido (*La nueva regulación concursal*, 2004, p. 171) entiende que los gastos de educación e instrucción difícilmente podrán referirse al concursado sino que será posible que haya que incluirlos para algún hijo de este que viva con él y no haya completado sus estudios por causa que no le sea imputable.

4. Manresa, *Comentarios al Código Civil Español*, XII, 1952, p. 615.

Igualmente escribe Cobacho Gómez[5], citando la STS de 15 de octubre de 1980, que, dada la finalidad del artículo 142 CC, la llamada deuda alimenticia puede constar de algo que no esté expresamente enunciado.

Claramente abierto a esta interpretación es Gutiérrez Berlinches[6], quien considera que «el concepto de alimentos que se baraja en el artículo 142 CC es abierto, debiendo incluirse también los gastos funerarios antedichos.

Por contra, otros como Martínez Rodríguez[7] consideran que una interpretación lógica del precepto nos lleva a entender que cualquier gasto no señalado por el artículo 142 CC no debe formar parte de la deuda del alimentante, puesto que la enumeración de cada una de las necesidades así lo sugiere. De lo contrario, la redacción del precepto se hubiese limitado a dar un concepto más amplio, aludiendo a un estado de necesidad general y evitando cualquier tipo de concreción.

Ésta parece ser la orientación del Tribunal Supremo y así, en Sentencia de 15 de abril de 1896 considera que el artículo 142 fija con claridad y precisión lo que se entiende por alimentos, sin que pueda hacerse extensible a las litis expensas que se reclamaban; la Sentencia de 10 de octubre de 1967 declara que el artículo 142 define con perfecta claridad los alimentos y en el mismo no quedan comprendidos los gastos de los pleitos que sostenga la mujer con su marido.

No obstante, cualquier gasto realizado con una finalidad asistencial análoga a la de los alimentos del artículo 142 CC pero distinto al enumerado del mismo debería tener cabida dentro del concepto de alimentos si cubren necesidades perentorias del alimentista.

Pensemos en gastos médicos no cubiertos por la seguridad social como ortodoncias, ópticos, ortopédicos, etc., o gastos que puedan trascender del estricto concepto de estudios (ejemplo, oposiciones) pero que sean necesarios para completar éstos, dada la exigencia del mercado laboral.

Es claro que no puede subjetivarse el concepto de necesidad y dejarlo a criterios e interpretación del alimentista, como gasto para actividades culturales, deportivas o recreativas que éste pueda considerar imprescindibles.

No obstante, será el Juez que conoce del proceso de alimentos quien, en definitiva, habrá de ponderar y valorar esa necesidad alegada y las posibilidades de satisfacción por el alimentante.

Conviene hacer algunas precisiones sobre los distintos conceptos que integran el artículo 142 CC y que, en principio, deben limitarse a lo indispensable, es decir, como un mínimo digno así entendible en el sentir social común pero matizado por las posibilidades de quien ha de prestarlos y las necesidades concretas (nivel social, etc.) de quien los recibe.

5. Cobacho Gómez: *La deuda alimenticia*, Montecorvo, 1990, p. 46.

6. Gutiérrez Berrinches: *Los procesos de alimentos*, Marcial Pons, 2003, p. 64.

7. Martínez Rodríguez, Nieves, *op. cit.*, p. 8.

Sustento, entendido por regla general como alimentación y que se satisfará normalmente mediante una pensión periódica, pues tras la entrada en vigor de la LO 1/1996, de 10 de enero, de Protección Jurídica del Menor que añadió un segundo párrafo al artículo 149, el derecho de opción que éste recogía queda ciertamente limitado, asumiendo la nueva orientación jurisprudencial respecto al mismo.

La alternativa que concede el primer párrafo de satisfacer los alimentos no abonando una pensión, sino recibiendo y manteniendo en su casa a quien tiene derecho a ella, no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad.

Por **habitación** no sólo ha de entenderse el espacio físico en el que el alimentista tenga una vivienda digna, es decir, procurarle un hogar, sino como indica Cobacho[8], también «el conjunto de mobiliario y enseres, por sucinto que sea, así como los gastos de los distintos servicios de la misma (agua, electricidad, comunidad, etc.) cuando el alimentista no pueda afrontarlos.

Respecto a la **asistencia médica,** deben entenderse gastos no cubiertos por seguros privados o por las prestaciones de la Seguridad Social que disfrute el alimentista, tales como gastos de ortodoncia, psicológicos o psiquiátricos, oftalmológicos, etc.

Cobacho[9] entiende que debe hacerse extensivo el concepto a enfermedades aunque sean extraordinarias, como dice el artículo 1041 CC («No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias,...»).

Martínez Rodríguez matiza que sería más correcto aludir a gastos extraordinarios o «gastos médicos de carácter extraordinarios, citando entre otras, la STS de 15 de octubre de 1980 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 12 de diciembre 1996, y entendidos como aquellos de una determinada entidad y que no puedan ser atendidos con el importe de la pensión previamente señalada.

La educación e instrucción comprenderá los gastos de enseñanza y la formación profesional y/o universitaria no cubiertas por el Estado como enseñanza básica obligatoria, atendiendo al dictado del artículo 27.4 de la Constitución Española.

Lo más polémico en esta materia se ha suscitado en relación a los gastos de educación e instrucción del alimentista una vez lograda la mayoría de edad.

Establece el párrafo segundo del artículo 142 CC que la obligación del alimentante se extiende aun cuando el alimentista haya alcanzado la mayoría de edad si no ha terminado su formación por causa que no le sea imputable, por lo que la cuestión es determinar hasta dónde debe alcanzar la diligencia del alimentista para que deba darse o no por finalizada esa obligación del alimentante.

8. Cobacho Gómez, José Antonio., *op. cit.*, p. 37.

9. Cobacho Gómez, José Antonio, *op. cit.*, p. 38.

Será necesario entender, como apunta Delgado Echeverría[10] que supuestos los medios en el alimentante, y capacidad y esfuerzo en el alimentista, éste podrá continuar los estudios que decida mientras mantenga una razonable regularidad en los resultados y no pueda reprochársele abandono o vagancia.

El Código Civil prevé expresamente las causas del cese de la prestación alimenticia en los artículos 150 y 152, causas que obedecen a dos criterios distintos, aunque no se correspondan con la estructura adoptada por la ley al regularlas en ambos artículos.

Por lo que aquí interesa, la obligación cesa por imposibilidad económica del alimentante, es decir, cuando la fortuna del obligado a darlos se reduzca hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia (artículo 152.2.º); también, cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia (artículo 152.3.º); finalmente, por la mala conducta o falta de aplicación en el trabajo del descendiente del obligado a dar alimentos (artículo 152.5.º CC).

Se exige en definitiva que el hijo emplee la debida diligencia en su formación, o en su caso, en la búsqueda de un empleo, porque de lo contrario entrará dentro de la causa del cese de la obligación de alimentos prevista en el artículo 152.5.º CC; o lo que es lo mismo, para poder seguir siendo sujeto del derecho a ser alimentado por sus progenitores se ha de demostrar que no es responsable de la situación propiciadora de tal hecho.

Ya que verdaderamente no se puede hablar de necesidad del alimentista si éste, disponiendo de la posibilidad efectiva de procurarse su propio mantenimiento, no lo hace y prefiere seguir viviendo de lo que otros le facilitan.

Señala a este respecto la STS de 1 de marzo de 2001 que la obligación alimentaria, supone la existencia de dos partes, una acreedora que ha de reunir, aunque sea hipotéticamete la condición de necesitado, y otra deudora que ha de tener los medios y bienes suficientes para atender la deuda; y no se puede hablar de situación de necesidad, que pueda hacer acreedor a una prestación alimentaria, cuando lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un «parasitismo social».

Finalmente, la STS de 23 de febrero de 2000 desestima la demanda y falla que no existe la denominada deuda alimentaria porque dicha parte no ha probado que esté desasistida del sustento diario, alojamiento, vestido, asistencia médica y, en determinados supuestos, de la instrucción cultural y profesional; y sobre todo no ha probado una incapacidad permanente, total y parcial, para realizar trabajos retribuidos, sean de tipo intelectual o manual. Y para que surja con todos sus efectos dicha deuda alimenticia han de darse determinadas circunstancias como son reveses de fortuna, siniestros imprevisibles, enfermedades graves, imposibilidad de trabajar...»

10. Delgado Echevarría: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, II, 1984, p. 1032.

Los gastos de embarazo y parto en cuanto no estén cubiertos de otro modo, párrafo introducido, al parecer, para dotar de una mayor protección a los hijos no matrimoniales haciendo alimentante del *nasciturus* a quien fuere su padre biológico.

Por el contrario, otros autores como Lasarte Álvarez[11] parecen ver que el sentido de este párrafo es remarcar la obligación como alimentante de los ascendientes de la madre soltera, que sería la acreedora de la prestación.

II.4. Sujetos obligados

La obligación de alimentos puede surgir del vínculo matrimonial o del parentesco (excluimos del trabajo los convencionales).

Así, el artículo 143 del Código Civil obliga recíprocamente a darse alimentos, primero a los cónyuges y segundo a los ascendientes y descendientes, estableciendo un orden de prelación para prestarlos en el artículo siguiente.

Por tanto no afectarán a los alimentos que puedan reclamarse los convivientes *more uxorio*, pero sí los que se reclamen para los hijos nacidos de tal convivencia ya que la LC en el artículo 47 se remite a los procesos del Título I del Libro IV de la LEC[12].

En cuanto a los cónyuges, se deberán propiamente alimentos en los supuestos de separación judicial, pues hasta entonces tal obligación se cubre con la de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, que establece el artículo 1318.

Disuelto o declarado nulo el matrimonio se extingue el deber de alimentos y queda tan sólo como alternativa la existencia de una posible pensión compensatoria del artículo 97 CC o una indemnización conforme al artículo 98 CC.

Respecto a la obligación entre ascendientes y descendientes, les afecta en todos los grados, no sólo en el más próximo y deberá ser demandada conforme al orden de prelación que establece el artículo 144 CC, e independientemente del carácter matrimonial, extramatrimonial o adoptivo de parentesco...

No obstante, la jurisprudencia (*vid.*, por todas, STS de 13 de 1991) matiza el enunciado del artículo y permite que si alguno de los obligados con preferencia carece de medios para satisfacer la obligación puede el actor dirigirse contra ulteriores obligados acreditando que aquél no dispone de tales medios.

La sentencia referida, indica que «otra interpretación sería contraria a los fines de concreción y economía de los procesos, por el gravamen que representaría tener que sostener

11. Lasarte Álvarez: *Principios de Derecho Civil*, tomo VI, «Derecho de Familia», Trivium, 1997.

12. Para Cobacho, en su artículo «Acerca del derecho y del deber de alimentos del concursado», cedido para citar y pendiente de publicación, si se mantiene que hay que tener en cuenta al cónyuge del concursado si éste lo solicita, lo mismo cabría decir para el caso de que dicho concursado tenga una unión estable con otra persona sin llegar a contraer matrimonio, por lo que habrá que proporcionar una cantidad teniendo en cuenta a la pareja del concursado.

litigios sucesivos y eliminatorios para llegar a determinar el sujeto pasivo que, por su recursos económicos, pudiera levantar y atender la carga alimenticia».

III. LOS ALIMENTOS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

III.1. Introducción y evolución legislativa

Destaca Vázquez Iruzubieta que es un principio humanitario el que excita la previsión contenida en todas las legislaciones occidentales de dotar al concursado (tanto a él como a su familia) de las medidas económicas necesarias para subsistir durante la tramitación del concurso[13].

Entiende dicho autor que «la razón por la que en la fase común del procedimiento concursal se facilitan alimentos al deudor y las personas que de él tienen un derecho a percibirlos, se debe a que, atendiendo el propósito de la Ley de intentar la continuidad de la empresa, todo hace suponer que puede salir adelante un convenio que mantenga al deudor al frente de su empresa o profesión de tal suerte que cuando se comprueba que esto no es así, conforme al artículo 145 de la Ley Concursal, se termine el sentimiento humanitario y se le prive inmediatamente de los alimentos por entrar el procedimiento en la fase de liquidación.

El profesor Cobacho[14], apoyándose en el derogado artículo 124 del Código Civil, argumentaba que los alimentos judiciales no cesan aunque el deudor caiga en insolvencia sino que además constituían un crédito privilegiado para hacerse efectivo sobre el patrimonio del deudor.

Por el contrario, entiende que los alimentos entre parientes cesan según el artículo 152.2 cuando la fortuna del obligado se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus necesidades y las de su familia, por lo que cesaría al declararse el concurso.

La LEC de 1881, repitiendo prácticamente el artículo 632 de su antecesora de 1855 decía en el artículo 1314 (aplicable a la quiebra a tenor de lo dispuesto en el artículo 1319) que si el concursado reclamase alimentos, el juez le señalará los que, atendidas las circunstancias, considere necesarios, pero únicamente en el caso de que, a su juicio, asciendan a más los bienes que las deudas.

Contravine esto, según algún autor como Manresa[15] lo que dispone el artículo 1911 del Código Civil («del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros»). No obstante señala Cobacho que al no prever la LEC de 1881 la obligación de nadie de alimentar al concursado sino que le reconoce el derecho a alimentarse de lo suyo, deben entenderse subsistentes las disposiciones de la LEC sin que hayan sido modificadas por el Código Civil.

13. Vázquez Iruzubieta: *Comentarios a la Ley Concursal*, Dijusa, 2003, p. 452.

14. Cobacho Gómez, José A.: *op. cit.*, p. 187.

15. Manresa: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, V, cuarta edición, 1920, p. 251.

Es por tanto un derecho de todo concursado, y no sólo de los que no hayan procedido con fraude como establecía el artículo 1099 del derogado Código de Comercio de 1829 el reclamar alimentos en función de sus circunstancias y necesidades.

Establecía el artículo 1098 el derecho de todo quebrado que hubiere cumplido las disposiciones de los artículos 1017 y 1018 a recibir una asignación alimenticia graduada por el Juzgado en función al informe del Comisario, clase de quebrado, número de personas que compusieren su familia, etc., excluyendo el artículo siguiente, como hemos visto, de tal derecho al quebrado fraudulento: «Los alzados no podrán pedir en tiempo alguno socorros alimenticios, y las asignaciones hechas a los quebrados fraudulentas cesarán de derecho desde que sean calificadas en este concepto».

La Ley concursal regula este derecho del concursado en el párrafo primero del artículo 47, párrafo invariado durante la tramitación parlamentaria del numerado artículo 46 del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno el 23 de julio de 2002, estableciendo que «durante la tramitación del concurso el deudor persona natural tendrá derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo lo dispuesto para el caso de liquidación».

La primera cuestión que se nos plantea es debatir de quién tiene derecho a percibir alimentos y si ese derecho es absoluto o bajo determinadas circunstancias, es decir, si tiene derecho, en todo caso, a solicitar y obtener de la masa los alimentos o tan sólo cuando no pueda procurárselos de otro modo.

Resumimos la evolución siguiendo a Cristina Guilarte Martín-Calero[16].

El Borrador de Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959 lo recogía en su artículo 18 como un derecho del concursado para atender sus necesidades así como las de su cónyuge e hijos bajo su potestad con cargo a la masa, siempre que en ésta existan bienes bastantes y salvo, entre otros supuestos, que «el concursado con su trabajo personal o con el producto de los bienes de su cónyuge e hijos bajo su autoridad obtenga medios suficientes para la satisfacción de sus necesidades», en cuyo caso carecería de tal derecho.

En el Proyecto de Ley Concursal de 1981 también se reconocía como derecho pero siempre que –cosa improbable– ascendiesen a más los bienes que las deudas.

El Anteproyecto de 1983 igualmente recoge el derecho del concursado a obtener los medios económicos necesarios para atender no sólo a su subsistencia sino también a la de las personas que tenga deber de alimentar, ampliando así el número de alimentistas.

El Anteproyecto de 1995 también reconoce el derecho del deudor persona natural a obtener alimentos con cargo a la masa activa no sólo para él sino que, al igual que en el anterior, también para las personas respecto de las que tenga un deber legal de alimentos, pero sólo cuando no exista otra persona legalmente obligada a prestárselos.

16. Guilarte Martín-Calero, Cristina: *Comentarios a la Legislación Concursal*, Lex Nova, 2004, p. 930.

El Anteproyecto del año 2000 y el del año 2001 que pasó como artículo 46 del Proyecto, reconocen como hemos visto, hoy artículo 47, el derecho del deudor a percibir alimentos de la masa activa.

Igualmente en el párrafo 3.º, con pésima ubicación como veremos cuando analicemos la tramitación parlamentaria del precepto, se establece que las personas respecto de las cuales el concursado tuviese deber legal de alimentos sólo podrán obtenerlo con cargo a la masa si no pudieran percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos.

Sin embargo, y por defecto de sistemática –creo yo– para estos terceros remite la Ley a los supuestos del apartado segundo y ciñe el derecho a los supuestos en que la obligación de alimentos haya sido impuesta al concursado por resolución judicial dictada en alguno de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pero entonces, en un supuesto de normalidad familiar y matrimonial en el que un cónyuge es declarado en concurso, el problema es determinar si se hace extensivo el derecho a alimentos al otro cónyuge (artículos 67 y 68 CC) e hijos bajo su potestad (artículo 154.1 CC).

III.2. El concursado como alimentista

A) El derecho del deudor

Establece inequívocamente la Ley Concursal en el artículo 47 el derecho del concursado persona física a obtener, durante la tramitación del concurso, alimentos con cargo a la masa activa, salvo lo dispuesto para el caso de liquidación.

La mera apertura de la fase de liquidación determina la extinción de su derecho de alimentos (artículo 145.2 LC).

La apertura de la fase de liquidación puede solicitarla el deudor concursado, cualquier acreedor en los supuestos del artículo 142.4 o ser declarada de oficio por el Juez en los casos que previene el artículo 143.

En el supuesto de no haberse presentado o admitido, a trámite o en Junta, propuesta de convenio, la apertura de la fase de liquidación se acordará por el Juez sin más trámite, en el momento en que proceda, mediante auto que se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento.

En cualquiera de los demás casos, la apertura de la fase de liquidación se acordará en la propia resolución judicial que la motive.

Incluso puede el deudor pedir la liquidación con la misma solicitud del concurso, no llegando a nacer siquiera el derecho a alimentos.

La práctica determinará que el reconocimiento de este derecho de alimentos sea excepcional, toda vez que queda restringido al concursado persona natural, es decir, normalmen-

te un comerciante individual que no gestiona su negocio bajo forma societaria alguna, por lo que en la mayoría de los casos el supuesto quedará constreñido a pequeños comercios que por circunstancias de mercado entren en crisis económica.

En tal caso, generalmente el inmovilizado y demás activos son escasos y los créditos de los acreedores de pequeñas cuantías, por lo que en pocas ocasiones se acude a la fase de liquidación del concurso.

Ese derecho existe independientemente de que se haya acordado la intervención o la suspensión de las facultades de administración del concursado, puesto que tal determinación sólo afectará para concretar qué órgano será el que fije los alimentos, si la administración o el Juez, respectivamente (artículo 47.1, parrafo 2.º)[17].

En el Anteproyecto de 1955 se concedía este derecho de alimentos del concursado en intervención. En el caso de suspensión de la capacidad de obrar sólo se concedía si el pasivo exigible era superior al activo real o cuando, siendo inferior, no pudiera el deudor obtenerlos de persona legalmente obligada a prestárselos.

En la vigente Ley Concursal el derecho nace independientemente de uno u otro supuesto, sobre la simple existencia del presupuesto que lo condiciona: la necesidad de ser alimentado.

La Ley Concursal, al igual que el Anteproyecto de 1983, y a diferencia del Proyecto de 1959 o 1981, que condicionaban para reconocer alimentos a que en la masa existiesen bienes bastantes o que ascendieran a juicio del Juez a más los bienes que las deudas, reconoce el derecho de alimentos sin limitación alguna.

No obstante, como escribe algún autor[18] es un derecho que se reconoce al concursado para acceder de manera vigilada o controlada al patrimonio que tiene intervenido, pero este derecho parte de la justificación de su necesidad.

La existencia de patrimonio en el concursado por existir bienes o derechos personalísimos o inembargables o ingresos económicos en la unidad familiar que provengan de los integrantes de la misma determinaría que no nacería tal derecho, al no existir su presupuesto básico.

De otra parte, coincidiendo parcialmente con Duró Ventura, pese a que la Ley no condiciona directamente la atribución de alimentos a la culpabilidad o no del concursado, lo cierto es que debe entenderse que si la situación de necesidad que da derecho a alimentos ha sido generada por el propio concursado culposa o dolosamente (ejemplo, alzándose con

17. Por contra, Guilarte Martín-Calero entiende que en el caso de intervención de las facultades patrimoniales del concursado, si éste permanece al frente de su actividad, queda excluido el derecho de alimentos, procediendo una retribución por su labor al frente de la empresa, moderado por la administración del concurso (*Comentarios a la Legislación Concursal*, Lex Nova 2004, p. 935).

Opinión difícil de sostener sobre la base de considerar el derecho de alimentos del concursado como un crédito contra la masa en cualquier caso, como se desprende nítidamente de los artículos 47.1 y 154 LC.

18. Barrera Cogollos, S.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, p. 467.

sus bienes en perjuicio de sus acreedores, artículo 164.2.4.º LC) no tendrá éste derecho a beneficiarse de la masa, además de agravar el perjuicio de los acreedores obteniendo beneficios que no merece de la masa del concurso.

La calificación como culpable del concurso no condiciona la obtención de alimentos, ello sin perjuicio de que si llegase a calificarse como culpable pueda la sentencia de calificación condenar al deudor a la devolución de las cantidades obtenidas como alimentos si aprecia que hubo ánimo defraudatorio burlando las reglas de la buena fe en el momento de su obtención.

B) El derecho de terceros a reclamar alimentos

La cuestión que aquí se plantea consiste en precisar la extensión o no del derecho de alimentos a quienes convivan con el concursado, cónyuge e hijos no emancipados.

A ellos se hacía extensivo el derecho en el Anteproyecto de 1981 pues se trata de cubrir con cargo a la masa las necesidades vitales tanto del concursado como de su familia. Al parecer ése es el espíritu de la génesis del derecho.

El hecho de que la Ley Concursal sólo se refiera a los alimentos de terceros, respecto a los cuales el deudor es obligado por una resolución judicial que los establezca, obedece a un defecto de sistemática en la redacción del artículo pero en ningún caso puede significar que pueden ser de peor condición unos y otros.

Refuerza dicha tesis el artículo 84.2.4.º de la Ley Concursal al fijar, con carácter general, como créditos contra la masa los alimentos de las personas respecto de las cuales el deudor tuviera el deber legal de prestarlos, sin matizar que sea por resolución judicial.

Ahora bien, queda analizar si tales alimentos se deben prestar con cargo a la masa activa directamente, o sólo cuando no exista otra persona obligada legalmente que pueda prestarlos.

Pensemos en un comerciante individual, casado y con tres hijos incurso en concurso.

Se generaría la duda de precisar si debe la esposa reclamar alimentos a sus ascendientes o hermanos, por ejemplo, o los hijos de sus abuelos, o si por el contrario tales necesidades deben atenderse por la masa del concurso.

Tampoco queda claro si las sentencias que se dictaran en estos procedimientos, seguidos conforme al artículo 250 (8) de la LEC como juicios verbales, serían ejecutables contra la masa como obligación legal de alimentos a tenor de la literalidad del 2.º párrafo del artículo 47 que sólo hace alusión a procesos del Título I del Libro IV de la LEC, al estar dichos procedimientos regulados fuera de tal Título.

No determina la Ley Concursal cómo debe el cónyuge acreditar al Juez Mercantil, el hecho negativo de la falta de capacidad económica de ascendientes, abuelos, etc., para requerir una pensión que le es perentoria.

Lo cierto es que los alimentos del deudor a que quiere hacer referencia el artículo 47 de la Ley Concursal abarcan el mínimo de subsistencia, la cobertura de las necesidades vitales no sólo del concursado sino también la de los miembros de la unidad familiar que con él conviven.

La respuesta a la perentoriedad debe ser inmediata, directa; la necesidad no puede esperar la mejor o peor disposición de terceros para ser cubierta. Sería el Juez, a posteriori, y a instancia de la administración concursal quien podrá modificar o eliminar la cuantía de los alimentos fijados inicialmente.

Ningún concursado cuya insolvencia no fuese actual sino inminente pediría que le declarasen en concurso conocedor que no iba a cubrir su patrimonio sus necesidades primarias y las de su familia.

C) Cauce para solicitar tal derecho

No establece la Ley un procedimiento determinado para que el concursado solicite alimentos, sino que se limita a señalar cuál será el órgano que los fijará, la administración o el Juez, en función de que se hayan acordado la intervención o suspensión, respectivamente, de las facultades de administración del deudor.

En el supuesto de ser el concurso voluntario podrá pedirse en la misma solicitud de declaración de concurso o en un momento posterior.

Caso de ser el concurso necesario, si el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante, en dicho escrito podría solicitar alimentos. En caso de oposición o silencio lo haría después de la declaración del concurso. La Ley no lo prevé expresamente; tampoco lo impide.

No olvidemos que en cualquier caso puede solicitarse en momentos ulteriores, pues puede suceder que la necesidad no sea sentida inicialmente. Así, el párrafo primero del artículo 47 dice que se podrán solicitar los alimentos «durante la tramitación del concurso».

En principio parecería que en el propio auto declarando el concurso puede incluirse la concesión de alimentos –siempre que se soliciten– pese a no estar enumerado entre los pronunciamientos que según el artículo 21 debe comprender dicha resolución (no es clausus).

Las facultades del Juez Mercantil son amplias y no quedan encorsetadas en la literalidad de la Ley. El problema es otro.

Establece el artículo 47 que en caso de intervención acuerda los alimentos la administración concursal, y ésta es nombrada en el auto de declaración del concurso (artículo 21.2 LC), siendo comunicado tal nombramiento como administrador al designado por el medio más rápido posible (artículo 29) para que comparezca ante el Juzgado a fin de aceptar el cargo.

Por tanto, la solicitud del deudor a la administración debe hacerse después de que ésta haya sido constituida.

Y también indica el artículo 47 que en los supuestos de suspensión de las facultades del concursado será el Juez quien los determine, pero oída la administración concursal, por lo que tampoco podrá hacerlo en el auto de declaración del concurso ya que la administración no está tampoco constituida.

Así, la solicitud puede hacerla el deudor inicialmente pero no podrá proveerse la misma hasta que informe la administración.

Tan sólo como medida cautelar, revisable luego a instancias de la administración, podrá acordarse en el auto por la vía del artículo 21 (4) de la Ley Concursal.

Distingamos pues según haya sido intervenido o suspendido el deudor.

a) En el caso de intervención, el cauce para solicitar alimentos será un escrito dirigido a la administración concursal, exponiendo la necesidad de alimentos y justificando la imposibilidad de satisfacer dicha necesidad con el propio patrimonio, caso de existir, ya que quedarán fuera del concurso los bienes del deudor que conforme al artículo 606 de la LEC fuesen inembargables. Sólo en la medida en que éstos sean insuficientes se hará cargo la masa.

Recibida la solicitud, la administración resolverá lo procedente, consignándolo en acta conforme dispone el artículo 35.4 de la LC, acta que se extenderá o transcribirá en un libro legalizado a tal efecto por el Secretario del Juzgado de lo Mercantil, dando cuenta al Juez de tal acuerdo a los efectos del artículo 35.6, es decir, requerir alguna información específica a los administradores.

En el caso de que la administración concursal esté integrada por tres miembros las decisiones las deben adoptar por mayoría, por lo que caso de no alcanzarse ésta respecto a la cuantía y periodicidad de los alimentos resolverá el Juez del concurso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley Concursal.

b) En el caso de suspensión, la solicitud de alimentos debe dirigirse directamente al Magistrado.

En la tramitación parlamentaria del Proyecto, a instancia de la enmienda del Grupo Parlamentario Catalán, se añadió al apartado tercero que la resolución del Juez del Concurso respecto a la procedencia y cuantía de los alimentos de las personas respecto a las cuales el concursado tuviere el deber legal de alimentar, fuera por auto, asumiendo así el planteamiento de la enmienda número 471 que reclamaba, para la protección de los acreedores y en evitación de fraudes que se tratase de una resolución motivada.

Ahora bien, ¿cuál es el cauce para llegar a dicha resolución?

La Ley lo único que establece es que serán los que autorice el Juez, oídos el concursado y la administración concursal. No existe pues procedimiento regulado por lo que, en princi-

pio, al establecer el artículo 192.1 de la LC que «todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tenga señalada en esta Ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal», sería éste el trámite para articular la solicitud, aunque no terminaría por sentencia (artículo 196 LC) sino por auto.

El Juez Mercantil resuelve la petición del deudor por auto, por aplicación supletoria del artículo 206 de la LEC, pero no creo que se deba articular la solicitud por la vía del incidente concursal.

La propia naturaleza de los alimentos, la necesidad de su inmediata satisfacción y resolución, nos llevan por la lógica a excluir tal planteamiento. Bastará pues una petición directa, la audiencia de la administración y en su caso del concursado para que el Juez pueda resolver provisionalmente.

Otra alternativa procedimental para reclamar los alimentos es considerar la que establece el artículo 188 de la Ley Concursal para obtener autorización para detraer de la masa las cantidades que se puedan señalar como alimentos.

Si consideramos ésta como *iter* procedimental, se iniciaría con un escrito solicitando los alimentos del que se daría traslado a las partes que conforme al artículo 35 o 47 LC deban ser oídas respecto a su objeto concediéndoles para alegaciones plazo de igual duración no inferior a tras días ni superior a diez, atendidas la complejidad e importancia de la cuestión, resolviendo el Juez por auto dentro de los cinco días siguientes al último vencimiento.

D) Cuantía, periodicidad y duración

La ley no fija parámetros. La cuantía ponderará las necesidades del concursado y las posibilidades objetivas de la masa del concurso para satisfacerlas, teniendo en cuenta la existencia de bienes inembargables, los ingresos del resto de integrantes de la unidad familiar, etc.

La periodicidad normalmente será, como dispone el artículo 148 del Código Civil, por meses anticipados, pero nada impide que se acuerden otros períodos más o menos extensos.

Tanto la cuantía como la periodicidad podrán ser revisados en el caso de que varíen las circunstancias que determinaron su fijación.

Y, aunque la Ley sólo prevé tal posibilidad, con audiencia del concursado y de la administración, cuando los alimentos hayan sido fijados por el Juez, no encontramos argumento alguno para que no pueda hacerlo también la administración cuando haya sido ésta la que los ha establecido[19].

19. En este sentido también se pronuncian Cristina Guilarte Martín-Calero (*Comentarios a la Legislación Concursal*, Lex Nova, 2004), Usón Duch (*La nueva Ley Concursal*, Grupo Difusión, Barcelona, 2003) y, en contra Duró Ventura (*Comentarios a la Legislación Concursal*, Dykinson, Madrid 2004, p. 514).

En cuanto a la duración del derecho de alimentos del deudor con cargo a la masa, lo será, según dispone el apartado primero del artículo 47, durante la tramitación del concurso, es decir, en principio hasta que se dicte el auto de finalización del concurso (artículo 176).

No obstante conforme al artículo 145.2, la apertura de la fase de liquidación produce *ipso iure* la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa; e impediría igualmente que nazca el derecho de alimentos el hecho de que el deudor concursado voluntario haya solicitado con la demanda la apertura de la liquidación (artículo 142 LC).

Por tanto, en principio, el derecho de alimentos se extiende no sólo a la fase común del concurso, sino también a la fase de convenio por lo establecido en el artículo 112 («declarada la apertura de la fase de convenio y durante la tramitación seguirán siendo aplicables las normas establecidas para la fase común del concurso»).

Será en el convenio donde se podrán perpetuar los alimentos a favor del concursado, puesto que conforme al artículo 133 (2), desde su eficacia, cesan todos los efectos de la declaración del concurso siendo sustituidas por las que se establezcan en el propio convenio, durando entonces hasta que sea firme el auto y declare cumplido aquél (artículo 176.2).

Además de lo anterior, serán de aplicación las causas de extinción que con carácter general establece el Código Civil en sus artículos 150 y 152.

E) Recursos

En los supuestos de intervención, en los que es el órgano de administración quien fija los alimentos, existen tres opciones:

a) Que los administradores no lograran un acuerdo y fuera el Juez quien, en su defecto, debiere resolver, en cuyo caso contra el auto que dicte no cabe recurso alguno ni puede plantearse incidente concursal sobre la materia resuelta (artículo 35.5 LC).

b) Que los administradores fijen una cantidad con la que el concursado no esté de acuerdo, en cuyo supuesto podría solicitar la supervisión de dicho acuerdo por el Juez (artículo 35.6 LC) y sería éste quien resolvería por medio de auto, contra el que cabría reposición.

c) Cabría plantearse si, de oficio, por la facultad de supervisión que el artículo 35.6 confiere al Juez, puede éste revisar la cuantía fijada por la administración en los supuestos de intervención.

En principio, y conforme a las amplias facultades discrecionales de que goza el Juez, según la Exposición de Motivos, pudiera pensarse que sí.

Sin embargo entendiendo como posible la revisión de las cuantías en los supuestos de intervención, y no sólo de suspensión. Para este último supuesto se requiere, conforme al artículo 47.1, previa solicitud de la administración o de la parte. Creo, pues, que el mismo criterio debe aplicarse en los supuestos de intervención, es decir, debe mediar una previa solicitud.

En los supuestos de suspensión, contra la resolución fijando alimentos cabría, conforme al artículo 197.2 LC, recurso de reposición.

Si asumimos la opción de que la petición de alimentos se debe tramitar por la vía del incidente concursal y resolverse por auto, que no comparto, no cabría recurso alguno, sin perjuicio de que las partes puedan reproducir su petición en la apelación más próxima si hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días.

Otros autores por el contrario, como Barrera Cogollos[20], entienden que ni contra la decisión de la administración ni contra la del Juez cabe recurso alguno, sino que tan sólo cabe instar una ulterior modificación si varían las circunstancias.

Y si se asume la opción de que el cauce para obtener alimentos es la vía de la autorización judicial que prevé el artículo 188 LC, contra el auto no cabría más recurso que el de reposición.

F) Carácter del crédito del concursado

Conforme dispone el párrafo cuarto del artículo 84 LC los alimentos del deudor tienen la consideración de créditos contra la masa y son satisfechos, *ex* artículo 154, parrafo 2.º LC, a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso.

En el caso de que no existan bienes suficientes para pagar al concursado por existir créditos contra la masa que se deban satisfacer con antelación a los alimentos, una vez descontados los créditos asegurados con privilegio especial, podrá el deudor reclamar alimentos a otros parientes.

Otra vía alternativa sería interponer una demanda de alimentos del artículo 250 (8) LEC, cuando considere insuficiente la cantidad que se haya fijado con cargo a la masa y quiera complementarla, reclamando también alimentos al resto de los obligados a prestarlos.

III.3. El concursado como alimentante

El concursado puede resultar deudor de alimentos por vía convencional, por testamento o en virtud de una resolución judicial. En los dos primeros casos, los créditos que pudieran generarse se incorporarían con carácter general en la masa pasiva del concurso y quedan excluidos del presente estudio.

Respecto a los impuestos por resolución judicial, dos pueden ser fundamentalmente los procedimientos en que se generen, bien en proceso sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien a través del juicio verbal previsto en el apartado 8.º del artículo 250 de la LEC.

20. Barrera Cogollos, José Luis: *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosh, 2004, p. 467.

Una primera lectura del artículo 47 de la LC excluiría también estos últimos, al no ser contemplados en el número segundo del artículo que analizamos, por lo que parece que sólo quedan los impuestos a través de un proceso especial de la LEC. Sin embargo, veremos que no es así.

A) La confusa tramitación parlamentaria

Ha sido una de las modificaciones introducidas en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Concursal, en concreto la derivada de la enmienda número 275 del Grupo Parlamentario Socialista, la que centra todo el problema interpretativo del artículo 47 LC.

El texto tramitado como artículo 46 sólo contenía hasta un número segundo, el que hoy es número tercero y con el siguiente texto: «Las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos sólo podrán obtenerlos con cargo a la masa sin no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos, previa autorización del Juez del concurso, que resolverá sobre su procedencia y cuantía».

A instancia de la enmienda número 471 del Grupo Parlamentario Catalán se puntualiza y añade que resolverá «por auto».

A este texto originario, se le antepone con el Dictamen de la Comisión y, al principio, la siguiente frase: «En el supuesto previsto en el apartado anterior», las personas respecto... continuando con su redacción inicial.

Se incluye entonces un segundo apartado al artículo, que es el actual y que sobra, evidentemente por obvio, puesto que solamente con cargo a la masa activa se puede satisfacer esa obligación alimenticia, como las restantes del concursado.

Ello no significa que sólo esos alimentos pueden satisfacerse con cargo a la masa, pues, de ser así, quebraría el principio de igualdad en función del procedimiento en el que se determinasen los alimentos.

No puede ser óbice, por ejemplo, para que un hijo mayor de edad que reclama alimentos a través del juicio verbal del artículo 250.8.º de la LEC pueda satisfacerlos de la masa.

No cabe duda que no puede ser ésta la intención del legislador y a la que nos lleva tal cual la lectura del precepto.

La respuesta parte de considerar que ha habido un error en la tramitación final del Proyecto en el Congreso que no ha hecho sino redactar desordenadamente el artículo 47, debiendo ir tras el primer apartado y enlazando con éste mediante las palabras introducidas «En el supuesto previsto en el apartado anterior...» el que hoy es apartado tercero.

Y el que hoy es párrafo segundo debería o bien suprimirse por inútil o pasar a ocupar, como declaración de intenciones, el apartado tercero del artículo.

B) Los alimentos fijados por resolución judicial

La obligación de prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada en alguno de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el Título I del Libro IV de la LEC se satisfará con cargo a la masa activa (artículo 47.2 LC).

Por tanto, y en principio, únicamente son las personas cuyo derecho esté reconocido en una sentencia dictada en uno de estos procedimientos las que pueden dirigir solicitud al Juez del concurso para que las pensiones que mensualmente (lo normal) les han sido fijadas le sean pagadas puntualmente con cargo a la masa por medio de los administradores del concurso o que se provea para que les sean transferidas a las cuentas que designen, etc.

Compréndase que esta solicitud debe obtener una respuesta inmediata por parte del Juzgado, ya que son cantidades reconocidas para los auxilios necesarios e indispensables.

Quedan fuera, en principio, los alimentos reconocidos en sentencia, a los que por disposición del artículo 142 del CC tienen derecho a reclamarlos y obtenerlos del concursado pero a través del juicio verbal de alimentos del artículo 250.8.º de la LEC.

Pero estos alimentos reconocidos en un proceso especial tienen la naturaleza de créditos contra la masa conforme dispone el número 4 del artículo 84 de la Ley Concursal y son satisfechos a la fecha de sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso, a tenor del artículo 154.

Por lo tanto, el resto de alimentistas tendrá que engrosar como acreedores la lista de los ordinarios o subordinados según sean luego clasificados. No tiene sentido, al ser, igualmente, perentorios.

C) Juez Concursal *versus* Juez de 1.ª Instancia

¿Pueden variarse por el Juez de lo Mercantil los alimentos reconocidos por el Juez de 1.ª Instancia en un proceso especial?

A la vista de la redacción final dada tras la tramitación parlamentaria la respuesta sera sí, puesto que el número tercero de dicho artículo, leído tal cual y en relación con el número anterior nos dice que las personas que en un proceso especial tienen reconocidos alimentos sólo podrán percibirlos de la masa bajo dos condiciones:

Primera, que no puedan obtenerlos de otra persona legalmente obligada a prestárselos, y segundo, que sean autorizados por el Juez del Concurso, que resolverá por auto sobre su procedencia y cuantía.

El problema es cómo articularlos en el proceso concursal.

Pensemos un comerciante individual que tras separarse –mujer y 3 hijos (uno menor de edad)– entra en concurso. La mujer tiene padres y hermanos que viven, los dos hijos mayores del matrimonio trabajan, y además viven los padres del concursado.

El apartado tercero del artículo 47 LC no establece que antes de acudir al Juez de lo Mercantil a reclamar su pensión mensual para subsistir deban entablar contra el resto de los posibles obligados un juicio de alimentos del artículo 250.8.º de la LEC (con sus ulteriores instancias) en los que le sea desestimada la demanda.

Los alimentistas deben, por contra, acreditar con la solicitud el hecho negativo que se carece de alimentantes de mejor derecho para que el Juez tenga base suficiente para resolver sobre la procedencia y la cuantía de los alimentos.

Veamos; el artículo 8, al regular las competencia del Juez de lo Mercantil establece que «la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1.ª Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado **con excepción** de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precisamente los que recoge el párrafo 2.º del artículo 47, y que se satisfarán (dicho imperativamente) con cargo a la masa activa».

Por tanto, el Juez de lo Mercantil no queda excluido del conocimiento de las demandas de alimentos que los necesitados de éstos puedan reclamar al concursado, pero a través del cauce legal, el juicio verbal del 250.8 LEC, al ser de aplicación supletoria, y ser las normas procesales de orden público.

Cabría pensar que el párrafo tercero del artículo 47 permite al Juez saltarse el cauce procesal ordinario y resolver sin más por auto a la vista de la solicitud, obviando así el principio de contradicción y audiencia que preside el proceso civil, pero ¿qué sucede con las sentencias de alimentos ya dictadas, siguen abonándose mensualmente?

En principio la Ley nos lleva a planteamientos absurdos puesto que al contemplar el número segundo tan sólo como abonables con cargo a la masa las resoluciones dictadas en procesos especiales, aquéllos quedarían excluidos debiendo reclamarse como créditos ordinarios o incluso subordinados.

Como vemos dos hermanos pueden tener un distinto tratamiento en función del cauce procesal por el que obtuvieron su pensión alimenticia. Carece de sentido.

En cualquier caso y continuando con buscar la solución a la cuestión que debatimos, es decir, si puede el Juez de lo Mercantil modificar las resoluciones dictadas en el anterior proceso de 1.ª Instancia, hemos de hacer otras consideraciones.

En primer lugar, el artículo 53 de la Ley Concursal textualmente recoge que «las sentencia y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso **vinculan** al Juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que

corresponda», añadiendo en el párrafo siguiente que ello se «entiende sin perjuicio de la acción que asiste a la administración concursal para impugnar los convenios y procedimientos arbitrados en caso de fraude».

Por tanto, y en una primera aproximación vemos que la Ley Concursal extiende al proceso concursal la fuerza expansiva de la cosa juzgada, sin perjuicio de facultar al Juez de lo Mercantil para darle el tratamiento concursal que corresponda.

La duda continúa siendo determinar cuál es el tratamiento concursal que corresponde dar a las sentencias dictadas en un proceso especial de los mencionados en el artículo 47 (2).

Otro artículo, el 84.2.4.º LC, al concretar la composición de la masa pasiva del concurso nos dice textualmente que tienen consideración de **créditos contra la masa**, y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154, es decir, a la fecha de sus respectivos vencimientos «los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta Ley sobre su procedencia y cuantía así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de alimentos a cargo del concursado acordadas por el Juez de Primera Instancia en alguno de los procesos a que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Una lectura de este artículo puede llevar a entender el artículo 47 en su redacción tal cual.

A la luz del artículo 84.2.4.º puede pensarse que lo pretendido por el legislador es que el Juez de lo Mercantil revise la cuantía, más que la procedencia, de las pensiones fijadas por sentencias dictadas con anterioridad a la declaración de concurso (el problema sigue siendo cómo hacerlo) al entender que fueron establecidas por el Juez de 1.ª Instancia sobre unas bases económicas del concursado totalmente diferentes a las que tiene en el concurso.

Por contra, el mismo artículo dice que son créditos contra la masa **en toda la extensión** que se fije los establecidos en resoluciones judiciales dictadas con posterioridad a la declaración del concurso en alguno de los procesos especiales que recoge el artículo 47.

Pero también cabría pensar respecto a las sentencias dictadas con anterioridad, que lo procedente es acudir al procedimiento normal, es decir, a un procedimiento de modificación de medidas por cambio sustancial de circunstancias previsto en el artículo 775 (1) de la LEC que claramente establece que «los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas por ellos convenidas o las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas».

La sentencia que con más conocimiento de causa dicte el Juez de 1.ª Instancia se hará valer ante el Juez de lo Mercantil.

Será el concursado, conforme le legitima el artículo 54 LC el que interpondrá en defensa de sus intereses la oportuna demanda, pues caso contrario, si se negase a interponerla, sería la administración concursal previa autorización del Juez del concurso quien deba interponerla si la estima conveniente para los intereses del concurso.

Creo que este cauce es más lógico, puesto que el artículo 47 no prevé ningún procedimiento, ni el Juez de lo Mercantil tiene base suficiente de conocimiento para operar la variación. Tampoco es competente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.

Además, por el artículo 53 de la Ley Concursal, vinculan al Juez del concurso las sentencias firmes dictadas antes o después del concurso.

Por lo anterior, y, pese a la lectura del artículo 47, no parece que esté facultado el Juez de lo Mercantil para variar ni la procedencia, lo que sería del todo ilógico, ni las cuantías establecidas o que se establezcan en los procesos especiales que dicho artículo recoge.

La conexión que existe entre los números dos y tres no puede entenderse así, sino que debe ser un error en la tramitación parlamentaria.

Ello fundamentalmente porque no se ha establecido en la Ley un cauce lógico, sino todo lo contrario, para que el Juez concursal pueda tomar conocimiento de causa para operar tal variación de cuantías.

Es decir, no tiene argumentos suficientes para decidir ante la solicitud, por ejemplo, de la mujer separada que reclama con cargo a la masa su pensión mensual de alimentos (otra discusión es si sería o no incluible como tal la pensión compensatoria) si tal pretensión es o no adecuada, si existen otros alimentantes preferentes para cubrir sus necesidades, etc.

D) La reinterpretación del artículo 47 de la Ley Concursal

Partiendo de que la confusión que genera la interpretación de este artículo se debe a una errónea tramitación parlamentaria del mismo podemos entender:

Primero. Que el número dos del artículo 47, añadido en el Informe de la Ponencia[21] del Congreso y fruto de la enmienda número 275 propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista realmente debió ocupar el número tercero del artículo.

Y recordemos que en dicha enmienda, en su número tres se expone que «en todo caso, los pronunciamientos de los Jueces civiles en materia de familia se cumplirán con cargo a la masa activa».

Como vemos la enmienda que dio lugar al nuevo párrafo remarca la vinculación al proceso concursal «en todo caso»[22].

21. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 102-16, de 24 de marzo de 2003.

22. BOCG, Congreso de los Diputados, 2 de diciembre de 2002, Serie A, vis 101-15.

Segundo. Por tanto, la obligación de prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada en alguno de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil por un Juez de 1.ª Instancia vinculan al Juez de lo Mercantil en virtud de lo dispuesto en el artículo 53, quien deberá ordenar a los administradores que conforme al artículo 154 se satisfagan con cargo a la masa activa a la fecha de sus respectivos vencimientos.

Carece pues de **competencia** (artículo 8.1.ª) para revisar la procedencia o cuantía, sin perjuicio de que se opere la modificación de las mismas a través del cauce procesal previsto en la LEC y ante el Juez que las haya establecido, cuya nueva resolución igualmente le será vinculante al concursal conforme establecen los artículos 53 y 84.2.4.ª de la Ley Concursal.

Tercero. Las sentencias de alimentos ya dictadas con anterioridad en virtud de procesos del artículo 250 (8.º) de la LEC deben tener el mismo tratamiento por aplicación elemental del principio de igualdad. No se puede primar, pensemos, a un hijo menor cuya pensión alimenticia ha sido acordada en un proceso de separación, frente a otro, mayor de edad que los reclamó y obtuvo de su progenitor –hoy concursado– a través de un juicio de alimentos.

Cuarto. Lo que sí otorga la Ley al Juez concursal es la competencia para conocer de las demandas de alimentos que se interpongan, declarado el concurso frente al concursado que tenga deber legal de prestarlos (artículo 8.1.º LC).

Así lo recoge el número tercero del artículo 47 que como decíamos realmente debería ser el número segundo.

En este caso los solicitantes sólo podrán obtenerlos del concursado con cargo a la masa si no pudieran percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestarlos, y previa autorización del Juez del concurso que resolverá por auto sobre su procedencia y cuantía.

Decíamos que el procedimiento lógico para resolver debería ser el juicio verbal de la LEC, pero éste termina por sentencia, no por auto. Y la finalización por auto fue precisamente la segunda modificación que se operó durante la tramitación parlamentaria del precepto, fruto de la enmienda número 261 del Grupo Parlamentario Catalán[23], por lo que cabría pensar que en función de la amplia discrecionalidad que la Exposición de Motivos otorga al Juez de lo Mercantil le permita resolver prescindiendo de dicho cauce procesal, lo que de otro modo es lógico si se piensa la perentoriedad de una resolución inmediata, dada la situación de necesidad existente y la finalidad humanitaria de la institución.

Quinta. Si como defendemos el párrafo tercero debe enlazar realmente con el primero, ¿qué sentido tienen las palabras añadidas en el supuesto previsto en el apartado anterior durante la tramitación parlamentaria?

Anteriormente manifestábamos que los alimentos del deudor a que se refiere el número primero debían entenderse en sentido amplio, es decir, no sólo a éste, sino también para

23. BOCG, Congreso de los Diputados VII Legislatura, Serie A, núm 101-24, de 27 de junio de 2003.

satisfacer los mínimos vitales del resto de los miembros de la unidad familiar que convivieran con aquél.

Por tanto, el único sentido es entender que la Ley lo que quiere es restringir al máximo el número de alimentos que se pueden satisfacer con cargo a masa, por lo que personas distintas al concursado sólo podrían obtenerlos si acreditan al Juez del concurso que no pueden percibirlos de otros obligados, prueba de hechos negativos que en no pocas ocasiones será de difícil justificación *ab initio* para el solicitante.

Sexto. En cuanto a las ejecuciones pendientes o las cantidades atrasadas de alimentos que no hayan sido reclamadas aún judicialmente, conforme al artículo 55(2) quedan en suspenso y englobarán como créditos ordinarios la masa pasiva del concurso.

Igualmente, y conforme dispone el párrafo primero de dicho artículo, declarado el concurso no podrán iniciarse nuevas demandas de ejecución.

Lógicamente entiendo que defender este planteamiento interpretativo no es asumir la opinión más generalizada de la doctrina, pero tal y como queda redactado el artículo 47 no parece posible la facultad revisora discrecional que se confiere al Juez concursal, sin cauce procesal alguno, sin determinar mientras se resuelve qué pasa con las pensiones que mensualmente se van devengando y son para la alimentación del día a día, sin articular la oposición o elementos de prueba por parte del concursado, etc.

La Ley excluye el conocimiento de este tipo de expedientes al Juez de lo Mercantil (artículo 8.1.º) y así debe entenderse también respecto a su revisión.

IV. CONCLUSIONES

Considerando que, pese a ser la alternativa más cómoda defender la posibilidad del Juez concursal de revisar las resoluciones anteriores y asumir las que se dicten con posterioridad al concurso –postura esta que en principio parece la más sensata y lógica, consciente de las amplias facultades que le otorga la ley en el procedimiento al Juez Mercantil[24]–, ante la imposibilidad y ausencia de un cauce coherente que no sea la más pura y dura discrecionalidad, debe mantenerse la vinculatoriedad en el proceso concursal de las resoluciones dictadas o que se dicten en un proceso especial y la alternativa de acudir al procedimiento de modificación como cauce procesal para adecuar las resoluciones ya dictadas a la nueva situación económica del concursado.

V. BIBLIOGRAFÍA

– Barrera Cogollos, José Luis: *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosh, 2004.

– Cobacho Gómez, J.A.: *La deuda alimenticia*, Montecorvo, 1990.

24. En este sentido, el Profesor Cobacho Gómez, al que me permito citar por la cesión de su trabajo sobre esta materia pendiente de publicación, entiende que la resolución del Juez de 1.ª Instancia, previa al concurso, queda a resultas de lo que decide el Juez del concurso.

– Cordon Moreno, F.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson, 2005.

– Crespo Aulló, A.: «El Legado de alimentos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1985.

– Delgado Echeverría, M.: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, II, 1984.

– Duró Ventura, C.: *Comentarios a la Legislación Concursal*, Dykinson, Madrid, 2004.

– García Villaverde y otros: *Derecho Concursal*, Dilex, SL, 2005.

– Guilarte Martín-Calero, C.: *Comentarios a la Legislación Concursal*, Lex Nova, 2004.

– Gutiérrez Berrinches: *Los procesos de alimentos*, Marcial Pons, 2003.

– Herrera Cuevas, E.: «De la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil», *La Ley*, 2005.

– Jiménez Saruvido, C.: *La Nueva Regulación Concursal*, Colex, 2005.

– Lasarte Álvarez, C.: *Principios del Derecho Civil*, Trivium, 1997.

– Manresa: *Comentarios al Código Civil Español*, 1952.

– Martínez Rodríguez, N.: «La obligación legal de alimentos entre parientes», *La Ley*, 2002.

– Palomar Olmeda, A.: *Comentarios a la Legislación Concursal*, Dykinson, 2004.

– Pérez Martín, A.J.: *La ejecución de las resoluciones dictadas en procedimientos matrimoniales*, Lex Nova, 1998.

– Sagrera Tizón, J.M. y otros: *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, 2005.

– Vázquez Iruzubieta, C.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Dijusa, 2003.

– Villorria Rivera: «Dossier Práctico Francis Lefebre», *Reforma Concursal*, F.J., 2004.

– Zurrilla Cariñana, A.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, 2005.

Revista de Derecho de

familia

JURISPRUDENCIA

Sobreseimiento de la querella interpuesta por el padre contra la madre por estafa procesal y basada en la interposición de diversas ejecuciones por impago de pensiones, en la que sostenía que aquélla había percibido más de lo legalmente establecido en la sentencia, al entender tanto el Juzgado de Instrucción como la Audiencia Provincial que los hechos no eran constitutivos de delito.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 176/2006, DE 5 DE JUNIO

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don César interpuso el día 17 de septiembre de 2003 una querella contra doña Blanca, por la presunta comisión de un delito de estafa con simulación de pleito o fraude procesal, de los artículos 248.1 y 250.2 del CP, correspondiendo su conocimiento al Juzgado de Instrucción núm. 16 de los de Valencia, que incoó las diligencias previas núm. 2875-2003. En la querella se imputaba a la querellada (ex esposa del querellante y madre de un hijo común) que a través de diferentes procedimientos judiciales de ejecución de sentencia, abusando de las garantías procesales excepcionales que la ley otorga a los procedimientos de familia para salvaguardar los intereses de los menores, obtuvo el embargo de bienes del querellado, consiguiendo para sí una cantidad superior a la adeudada, por importe de 5.920'14 euros. Las diligencias cuya práctica se interesaba en la querella eran la declaración de la querellada y documental, teniendo por reproducidos los documentos que acompañan a la querella.

⊙ El Juzgado de Instrucción núm. 16 de Valencia tuvo por personado y parte al querellante por providencia de 14 de octubre de 2003, en la que se dio traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que informase sobre «si los hechos son o no penalmente relevantes».

⊙ El día 27 de octubre de 2003 el Ministerio Fiscal emitió su informe, en el que interesaba el sobreseimiento provisional de las diligencias por considerar que los hechos no son constitutivos de delito, considerando que «la petición de dinero efectuada por el actuar negligente o tardío del querellante en ningún caso constituye el delito pretendido, cuya corrección en su caso debe rectificarse en otro tipo de procedimiento».

⊙ Por Auto de 7 de noviembre de 2003 del Juzgado de Instrucción núm. 17 de Valencia se decretó el sobreseimiento provisional de las actuaciones. Dicho Auto recoge en su hecho único el contenido del informe del Ministerio Fiscal, en el que se solicita el sobreseimiento provisional «al considerar que los hechos en ningún caso constituyen el delito pretendido, y su corrección debe rectificarse en otro tipo de procedimiento». Y en su razonamiento jurídico único se afirma lo siguiente: «Del contenido del escrito de querella interpuesto ... no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de la causa. Por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 779.1.1 y 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y con lo interesado por el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 27 de octubre de 2003, procede acordar el sobreseimiento provisional de las actuaciones».

⊙ Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución, el mismo fue desestimado por Auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de febrero de 2004. El razonamiento jurídico primero de dicho Auto tiene el siguiente tenor literal: «Que a la vista de las alegaciones de las partes, y de la causa remitida, se está en el caso de tener que desestimar el recurso interpuesto. Dice el recurrente que la querellada habría incurrido en delito de estafa procesal, al haber instado en varios procedimientos el pago por el querellante, o el embargo de bienes o de ingresos de éste, para el cobro de cantidades que, en todo o en parte, no le correspondían, y se refiere a una larga lista de procedimientos judiciales, y de cantidades por deudas, costas e intereses, a la que muy bien se puede aplicar las expresiones que el propio recurrente dirige a la parte contraria, a saber, "enrevesamiento procesal" y "barullo procesal". No se puede, por tanto, más que confirmar la resolución recurrida, con expresa reserva a la parte de las acciones civiles que le pudieran corresponder».

⊙ Don César interpuso recurso de amparado que fue desestimado por el Tribunal Constitucional, si bien el magistrado Excmo. Sr. don Roberto García-Calvo Montiel emitió un voto particular en el sentido de que debió ser estimado el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Base jurídica del recurso de amparo.

Tras recordar que, conforme a la doctrina de este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva protege también al querellante y comprende el derecho al proceso, el denominado *ius ut procedatur*, la parte recurrente afirma que no reclama la apertura incondicionada y plena sustanciación del proceso, sino única y exclusivamente que el pronunciamiento que dicte el Juez en la fase de instrucción sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos sea motivado, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (cita la STC 148/1987, FJ 2). Y de la lectura de los fundamentos jurídicos de las resoluciones recurridas resulta que los órganos judiciales han omitido cualquier motivación para el archivo, por lo que debe concluirse que las resoluciones impugnadas han menoscabado el derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante de amparo.

Entiende el recurrente que la inadmisión se acuerda en este caso sobre la base de una injustificada exigencia de acreditación anticipada de los hechos para la tramitación del proceso penal, cuando al propio tiempo se negó toda oportunidad de lograr alguna convicción judicial sobre los mismos, al adoptarse la decisión judicial de desestimación de la querella sin investigación alguna. Y para inadmitir una querella sin practicar pruebas es necesario que motivadamente el Juez entienda, tras la lectura de la querella, que los hechos descritos no tienen naturaleza delictiva. Pero si el Juez, como es el caso, estima que los hechos supuestamente delictivos no se encuentran suficientemente acreditados como tales, debe iniciarse, tras la admisión de la querella, una investigación, practicándose las actuaciones necesarias de investigación, acordadas en el seno del procedimiento penal que legalmente corresponda. Sin embargo, las resoluciones judiciales impugnadas no han respetado las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, porque suponen el incumplimiento del deber de instruir que la legislación procesal penal impone al órgano judicial cuando no puede excluir el carácter delictivo de los hechos relacionados en la querella o éstos no aparecen como totalmente inverosímiles, deber que constituye al propio tiempo, como ya señalara la STC 1/1985, de 9 de enero, una garantía reconocida en el artículo 24.1 CE.

2. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

Comienza señalando el Fiscal que no se ha vedado al recurrente el acceso a la jurisdicción, puesto que el Juzgado de Instrucción núm. 16 de Valencia admitió a trámite la querella y las resoluciones recurridas se pronuncian sobre el fondo de la misma. Lo que está realmente en juego es si la decisión de sobreseimiento provisional acordada por el Juez Instructor, y ratificada en apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, aparece debidamente motivada, puesto que conforme a la doctrina constitucional las resoluciones de archivo de un proceso penal no son contrarias al artículo 24.1 CE, siempre que contengan una respuesta debidamente motivada y no meramente estereotipada y desconectada de la pretensión que se suscitaba (SSTC 128/2003 y 91/2004). Y en el presente caso ni el Auto de archivo dictado por el Juez Instructor, ni el Auto que resuelve la apelación contra el mismo ofrecen motivación más allá de un mero estereotipo formal el primero, y sin contenido

real de respuesta el segundo, lo que determina que ambas resoluciones judiciales han vulnerado el deber de motivación derivado del artículo 24.1 CE, a juicio del Ministerio Fiscal.

Razona en tal sentido el Fiscal que el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 16 de Valencia no contiene explicación alguna justificativa del archivo y sobreseimiento de la causa, ya que se limita a decir que no está debidamente justificada la perpetración del delito que se persigue; una explicación pura y simplemente tautológica e inadmisible en la exigencia de motivación del artículo 24.1 CE. La mera referencia en el párrafo final a lo solicitado por el Ministerio Fiscal no puede entenderse como de motivación por remisión, que se acepta en la jurisprudencia constitucional (SSTC 146/1990, FJ 1, y 171/2002, FJ 2). De un lado por cuanto la referencia es al *petitum* de sobreseimiento del Ministerio Fiscal, y en segundo lugar por cuanto el propio dictamen del Ministerio Fiscal, que en absoluto se recoge en el mentado Auto, tampoco es relevante y sí cuasi formulario, de la preceptiva motivación, pues aunque se exprese con algo más de argumentación «considerando que si la petición de dinero efectuado por el actuar negligente o tardío del querellante, en ningún caso constituye el delito pretendido: cuya corrección en su caso debe rectificarse en otro tipo de procedimiento», esa referencia continúa siendo insuficiente y, en todo caso, no aparece recogida ni explícita ni implícitamente en el Auto de archivo emitido por el Juez Instructor.

Otro tanto, concluye el Fiscal, ocurre con el Auto dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia al desestimar el recurso de apelación, en el que ya se invocaba, aunque lo fuera sucintamente, el artículo 24.1 CE. En el mentado Auto la razón desestimatoria se reduce a descalificar la pretensión del querellante y apelante con frases de los querellados, como de «enrevesamiento procesal» y «barullo procesal», pero no se ofrece razón alguna para desestimar aquella pretensión.

3. Doctrinal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, la Constitución no reconoce ningún derecho fundamental a obtener condenas penales. En consonancia con ese planteamiento, este Tribunal ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un *ius ut procedatur*, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino estrictamente como manifestación específica del derecho a la jurisdicción, que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del artículo 24.1 CE y al que, desde luego, son aplicables las garantías del artículo 24.2 CE (por todas, SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4; 81/2002, de 22 de abril, FJ 2; 21/2005, de 1 de febrero, FJ 4).

También hemos afirmado reiteradamente que la decisión judicial de archivar unas diligencias previas por estimar que los hechos no son constitutivos de infracción penal no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el derecho al ejercicio de la acción penal no supone un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que la ponga término anticipadamente, de conformidad con las previsiones de la Ley de enjuiciamiento criminal, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal (por todas, SSTC 191/1989, de 16 de noviembre, FJ 2; 203/1989, de 4 de diciembre, FJ 3; 191/1992, de 16 de noviembre, FJ 1; 94/2001, de 2 de abril, FJ 2; 21/2005, de 1 de febrero, FJ 4).

Y en cuanto a la referida exigencia de motivación, este Tribunal ha señalado, específicamente en relación con las decisiones de sobreseimiento y archivo de causas penales, que la misma no obliga constitucionalmente al Juez o Tribunal a efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado, sin que el recurso de amparo constituya una vía idónea para el enjuiciamiento o censura de la parquedad o concisión del mismo. Basta, por el contrario, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico, sin que sea necesario el análisis pormenorizado de los elementos integrantes del tipo o tipos penales por los que se formula una querella (SSTC 150/1988, de 15 de julio, FJ 3; 238/1988, de 13 de diciembre, FJ 2; 191/1989, de 16 de noviembre, FJ 3; 191/1992, de 16 de noviembre, FJ 2). Por lo demás, «lejos de criterios de pretendida validez universal, la suficiencia de una concreta motivación sólo puede ser examinada y enjuiciada casuísticamente a la luz de las peculiares circunstancias concurrentes» (STC 191/1992, de 16 de noviembre, FJ 2).

Por último, hemos de recordar que la técnica de la motivación por remisión es constitucionalmente admisible con carácter general (por todas, SSTC 146/1990, de 1 de octubre, FJ 2; 171/2002, de 30 de septiembre, FJ 2; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 5; 113/2004, de 12 de julio, FJ 10) y, en concreto, la remisión a informes del Ministerio Fiscal, incorpo-

rándose así al contenido de las resoluciones judiciales (STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 3).

4. Fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional en el caso concreto.

El examen del presente caso exige, por tanto, que tengamos en cuenta las circunstancias concurrentes, para poder determinar, a la vista de las mismas, si las resoluciones impugnadas contienen una motivación suficiente de la decisión de archivo de la causa conforme a las exigencias del artículo 24.1 CE.

Como se expuso en los antecedentes, la querella interpuesta por el demandante de amparo imputa a la querellada un delito de estafa con simulación de pleito o fraude procesal que ésta habría cometido al instar y obtener el embargo de bienes del querellado, consiguiendo finalmente para sí una cantidad superior a la realmente adeudada. Ahora bien, del examen de las actuaciones y, en concreto, de la documentación aportada por el propio recurrente junto con la querella, se desprende que tal actuación se habría producido en el marco de la ejecución de las sucesivas sentencias de separación, divorcio y modificación de medidas y a consecuencia del impago por parte del querellante de las obligaciones de pago judicialmente establecidas en dichos procesos a favor de la querellada y del hijo común de ambos. También se desprende del análisis de la citada documentación que el querellante ya había planteado su discrepancia en cuanto a las cantidades adeudadas en tales procedimientos, no habiendo obtenido la satisfacción de sus pretensiones. E igualmente se aporta la Sentencia de 17 de enero de 2003, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, en la que revocando la inicial Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal núm. 10 de Valencia, se condena al demandante de amparo como autor de un delito de abandono de familia por impago de pensiones por importe de 5.061,33 euros, Sentencia en la que –conforme al tenor literal de la querella presentada– se otorga «a la Sra. C. la efectiva posesión de lo presuntamente estafado, denunciado en la presente». Es en este contexto y a la luz de tales circunstancias recogidas en la citada documentación en el que hay que analizar la motivación de la decisión de archivo ofrecida por los órganos judiciales.

El Auto del Juzgado de Instrucción de 7 de noviembre de 2003 adopta una decisión inequívoca (poner fin al proceso penal, acordando el sobreseimiento de las actuaciones, al amparo de los artículos 779.1.1 y 641.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim), con expresión de la causa de la misma («no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de la causa»). Una fundamentación que en sí misma y descontextualizada puede resultar insuficiente y meramente estereotipada. Sin embargo, el Auto apoya tal declaración en el informe del Ministerio Fiscal de 27 de octubre de 2003, en el que –como se expuso en los antecedentes– se señalaba que «los hechos relatados no son constitutivos de delito», considerando que «la petición de dinero efectuado por el actuar negligente o tardío del querellante en ningún caso constituye el delito pretendido, cuya corrección en su caso debe rectificarse en otro tipo de procedimiento». Un informe que integra el contenido del Auto, puesto que –como quedó reflejado en el antecedente 2 de esta resolución– el órgano judicial se refiere al mismo en los hechos, señalando que el Fiscal solicita el sobreseimiento provisional «al considerar que los hechos en ningún caso constituyen el delito pretendido, y su corrección debe rectificarse en otro proceso», y se remite expresamente a lo interesado por el Ministerio Fiscal en el razonamiento jurídico único.

En definitiva, de la lectura del Auto, integrado con el informe del Fiscal, se desprende inequívocamente que el órgano judicial está excluyendo el carácter ilícito penal en la conducta atribuida a la querellada, esto es, la concurrencia de los elementos del tipo delictivo imputado o la existencia de indicios de criminalidad en tal conducta, a la vista de las circunstancias del caso anteriormente expuestas, que se extraen de la mera lectura de la documentación aportada con la querella, señalando que en su caso debe acudirse a otro procedimiento distinto del penal para resolver lo que no es sino una discrepancia en cuanto a las cuantías adeudadas y pagadas en los citados procedimientos de ejecución. Con ello se da suficiente cumplimiento a la exigencia de motivación de la decisión de sobreseimiento derivada del artículo 24.1 CE, pues el querellante pudo conocer el fundamento de la misma, que responde a una interpretación de los hechos y del Derecho que en modo alguno puede calificarse de arbitraria, irrazonable o manifiestamente errónea, y pudo ejercitar los recursos legalmente previstos, sin que –como anteriormente se expuso– fuera exigible el análisis pormenorizado de la no concurrencia de los elementos integrantes del tipo penal por el que la querella se formulaba.

Por lo que respecta al Auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, al desestimar el recurso de apelación, al margen de los calificativos que dedica a la querella, tras analizar la petición del recurrente, se limita a confirmar la resolución recurrida, «con expresa reserva a la parte de las acciones civiles que le pudieran corresponder». Por tanto, puede afirmarse que asume como propio el criterio del Auto de archivo en cuanto a la irrelevancia penal de los hechos objeto de investigación, modo de proceder que –como afirmáramos en la STC 150/1988, de 15 de julio, FJ 5– «no merece reproche constitucional alguno, puesto que permite conocer por remisión la razón tenida en cuenta

para la desestimación de las impugnaciones formuladas». Asunción que se hace explícita no sólo en la confirmación de la resolución recurrida, sino en esa expresa referencia a la reserva de las acciones civiles, con lo que se refuerza el argumento de que la cuestión planteada carece de relevancia penal, debiendo resolverse –en su caso– en la vía civil.

Por otra parte –y en contra de lo sostenido en la demanda de amparo–, con tal actuación no se habría infringido, de forma constitucionalmente relevante, el deber de instruir previsto en la Ley de enjuiciamiento criminal, puesto que la instrucción «tiene por objeto establecer si los hechos que se investigan pueden ser o no constitutivos de delito y tal finalidad se cumple cuando el material reunido en la investigación permite al Juez afirmar que el *factum* no es subsumible en ninguno de los tipos penales» (SSTC 191/1989, de 16 de noviembre, FJ 3; 232/1998, de 1 de diciembre, FJ 3). Por ello, venimos sosteniendo que la parte acusadora no tiene derecho a que el órgano judicial lleve a cabo una actividad investigadora exhaustiva o ilimitada, sino que una vez constatado que los hechos que se investigan no son subsumibles en ningún tipo penal, el deber del Juez de Instrucción no es agotar las posibilidades de investigación, sino no alargar innecesariamente el proceso, para salvaguardar los derechos del posible implicado (SSTC 89/1986, de 1 de julio, FJ 3; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 8; 232/1998, de 1 de diciembre, FFJJ 2 y 3).

Y en el presente caso, una vez que el Juez Instructor llega de forma inequívoca a la conclusión de que los hechos carecen de relevancia penal, en los términos anteriormente expuestos, no puede afirmarse que hubiera un deber adicional de instrucción cuyo incumplimiento vulnere derechos fundamentales del querellante, sino que el deber del Juez era precisamente ordenar la finalización del proceso, para así preservar los derechos de la querellada.

5. Voto particular que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1454-2004.

Con el mayor respeto a la opinión de la mayoría, discrepo del fallo desestimatorio del recurso de amparo a que se ha llegado en esta Sentencia y justifico mi Voto particular en el sentido siguiente.

He de precisar que mi discrepancia se centra exclusivamente en el fundamento jurídico tercero. Lo que ocurre es que este desacuerdo implica que el fallo hubiera debido ser, a mi juicio, estimatorio. Debíamos haber otorgado el amparo solicitado en cuanto las resoluciones judiciales impugnadas no incorporan razonamiento concreto alguno que permita, siquiera por remisión, conocer cuál ha sido el criterio esencial fundamentador de la decisión.

En efecto. En lo que al Auto del Juzgado de Instrucción se refiere, no contiene explicación justificativa alguna del archivo y sobreseimiento de la causa, ya que se limita a decir que no está debidamente justificada la perpetración del delito que se persigue. Y no puede considerarse colmada la necesidad constitucional de motivación en la remisión o referencia que la resolución judicial hace al dictamen emitido por el Ministerio Fiscal, por cuanto, como apunta dicho Ministerio en las alegaciones que ha realizado en este proceso de amparo, aquel dictamen tampoco es relevante y sí cuasi formulario, al limitarse, a su vez, a afirmar que la petición de dinero efectuado por el actuar negligente o tardío del querellante, «en ningún caso constituye el delito pretendido», por lo que tampoco de este modo es posible conocer cuál haya sido el fundamento de la decisión adoptada.

Por su parte, la Audiencia Provincial confirma la resolución de instancia con el único argumento de que la lista de procedimientos judiciales y de cantidades por deudas, costas e intereses contenida en la querella le parecía enrevesada o embarullada. Hemos dicho reiteradamente que un razonamiento judicial es arbitrario en cuanto, constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no sea expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4; 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2; 54/1997, de 17 de marzo, FJ 3; y 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7). Y esto es lo que, en mi opinión, ocurre en el caso de autos, en que la Sala, absteniéndose de razonar si concurrían o no *ab initio* en los hechos denunciados las notas caracterizadoras de lo delictivo, tomó en consideración para confirmar la resolución recurrida un elemento de juicio (el carácter más o menos embrollado de la querella), que nada tiene que ver, directa ni indirectamente, con el carácter delictivo o no de los hechos. La decisión, en definitiva, estaba ayuna de razones formales y materiales, y no fue más que el resultado de una simple expresión de la voluntad (SSTC 51/1982, de 19 de julio, FJ 3, y 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4).

En definitiva, es obligado, con la finalidad de preservar el valor esencial que se encuentra en la base del artículo 24.1 CE, que las resoluciones judiciales venga apoyadas en razones que permitan conocer cuál ha sido el criterio jurídico esencial fundamentador de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi. Y en este caso no ha sido así. Las simples fórmulas estereotipadas empleadas en ambas resoluciones no permiten deducir razonablemente, insisto, siquiera por remisión, conocer cuál ha sido tal criterio esencial fundamentador de la decisión.

Y por ello considero que tales resoluciones vulneraron ese derecho fundamental del demandante, por lo que, desde mi punto de vista habría procedido otorgar el amparo solicitado.

Anulación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que acordaba que los gastos de residencia y colegio generados por la hija en Inglaterra fuesen abonados exclusivamente por la madre al haberse producido dicho traslado por voluntad unilateral de la misma, al concurrir un error patente con relevancia constitucional puesto que en las actuaciones consta que dicho traslado se produjo con el conocimiento y consentimiento del padre.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 157/2006, DE 22 DE MAYO

ANÁLISIS DEL CASO

El Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid dictó el 26 de enero de 2000 Sentencia de separación del matrimonio constituido por la aquí demandante de amparo, doña Rosa Delia B.T., y su esposo don Eduardo Elías K.F., aprobándose en dicha Sentencia el convenio regulador suscrito por los cónyuges en noviembre de 1999, y en el que, entre otras medidas, adoptaron respecto de su hija: «mantener a la menor en el colegio donde actualmente cursa sus estudios hasta la finalización de los mismos y su paso a la Universidad española cuyos gastos serán a cargo del padre. Cualquier cambio sobre este punto deberá ser de común acuerdo entre los padres».

Concluidos sus estudios secundarios en el King's College, la hija expuso su deseo de proseguir sus estudios en una Universidad de Inglaterra, en la que efectivamente se matriculó, trasladándose a vivir al Reino Unido. Al decir de la demanda de modificación de medidas planteada después por el Sr. K., este deseo de la hija coincidía plenamente con «la intención de ambos progenitores», que ha sido el educar a su hija en un colegio británico para poder acceder posteriormente a la Universidad inglesa.

En el mes de julio de 2001, el Sr. K. interpuso ante el propio Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid, demanda de modificación de medidas definitivas acordadas en Sentencia de separación de acuerdo mutuo de 26 de enero de 2000. En el escrito de presentación de la demanda expone que desde la firma del convenio regulador ha sufrido una disminución en sus ingresos; que desde esa misma fecha la Sra. B. ha incrementado notablemente los suyos; que su hija reside habitualmente en Londres, es decir, fuera de su domicilio habitual, por lo que la Sra. B. ya no asume los gastos propios de manutención y residencia de la hija; que en el convenio regulador se comprometió a asumir exclusivamente los estudios universitarios en España, pactándose inclusive por las partes que, en caso de que no fuera así, sería preciso un acuerdo entre los padres. En razón de todo lo anterior solicita, entre otros extremos: 1) que «en cuanto a la patria potestad del menor, y en beneficio de éste, se acuerde permitir a la hija que fije su residencia en Inglaterra para cursar sus estudios universitarios en dicho país»; 2) que el pago de los ingresos correspondientes al régimen de alimentos de la menor se realice en una cuenta corriente que ésta deberá abrir en un banco de Inglaterra a tal efecto; 3) y que se disminuyan sus aportaciones previstas en el convenio, principalmente en lo relativo a los gastos de la hija, derivados de su estancia y estudios en el Reino Unido, pidiendo que los futuros gastos fueran sufragados en un 50 por 100 por cada uno de los progenitores. A las pretensiones del actor se opuso la demandada en su contestación a la demanda.

Seguido el juicio por sus trámites, la Juez dictó Sentencia el 19 de noviembre de 2001 en la que consideró acreditado que el convenio regulador preveía que el padre se hiciera cargo de los gastos de

la Universidad «sin concretar si fuese privada o no, si serían en Madrid o en otro lugar; no cuantificaron los gastos totales en ese momento del colegio» (FJ 3, punto 5). En la citada Sentencia, y en su parte dispositiva, la demanda es desestimada en su integridad. La Sentencia resultó aclarada por Auto de 2 de enero de 2002 en el que se concreta al padre que «los gastos de residencia en Londres deberá asumirlos él». Previamente en la Sentencia se había señalado que él mismo haría frente a los gastos de la Universidad y los que estén directamente relacionados con estos estudios.

⊙ Contra la anterior Sentencia, el Sr. K. interpuso recurso de apelación, discutiendo, entre otras cosas, lo relativo al pago de los gastos de estudio y residencia de la hija en Londres toda vez que no es cierto, como afirma la Sentencia, que se comprometiera a pagar los gastos en Universidad distinta a la española, sino sólo en ésta, habiéndose requerido el mutuo acuerdo para tal asunción de gastos como se desprende del convenio regulador, sin que se haya producido ese acuerdo con posterioridad.

⊙ La Sentencia de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid revocó la de primera instancia en el punto atinente a la atribución del pago de los gastos de residencia de la hija en Londres, suprimiéndose la obligación impuesta al padre a que hizo referencia el Auto aclaratorio de la Sentencia dictada en primera instancia. Tras describir los términos pertinentes del convenio regulador y los gastos escolares de la hija en el curso 1999/2000, señala que «sin embargo, ocurre que la madre, de modo unilateral, y no constando el consentimiento ni expreso ni tácito del recurrente, de acuerdo con la hija, decide que esta última continúe los estudios en Inglaterra, ya en la universidad, lo que hace inviable ya atribuir a cargo del padre cualquiera gastos de notoria importancia que ello implica, como resulta de la necesidad de residencia y alojamiento de dicha hija en aquel país, por lo que no se ajusta a derecho, ni a criterios de proporcionalidad y equidad, lo resuelto en el Auto de 2 de enero de 2002, que establece la obligación a cargo de aquél de abonar los gastos de residencia, en Londres, de dicha hija». Con posterioridad a la Sentencia fue dictado por la Sala Auto de 4 de febrero de 2003, no dando lugar a la aclaración solicitada por la apelada. Tales resoluciones fueron notificadas a la representación de la Sra. B.T. el 11 de febrero de 2003.

⊙ Rosa Delia B.T. interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que acordó anular la sentencia de la Audiencia Provincial retrotrayendo las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior a la misma, para que, en su lugar, se dicte la que sea procedente, con respeto del contenido del derecho fundamental vulnerado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Base del recurso de amparo.

La recurrente en amparo aduce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), puesto que la Audiencia Provincial ha variado la Sentencia de primera instancia sobre la base de un error patente, producido al determinar que ciertos gastos generados por los estudios de la hija común en Londres sean compartidos por ambos progenitores. Tal error, según la recurrente, vendría determinado por haber entendido el órgano enjuiciador que la estancia y los estudios de la hija en el Reino Unido vienen motivados por la decisión unilateral de madre e hija, sin consentimiento del padre, de estudiar en el citado país, lo que, en expresión de la Sentencia impugnada, «hace inviable» que los gastos los abone únicamente el padre progenitor.

2. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

En sus alegaciones el Ministerio Fiscal interesó la desestimación del amparo, habida cuenta de que para llegar a la conclusión de que el padre está marginado de la solución tomada y, por tanto, exento de la asunción de todos los gastos generados por tal decisión, la Audiencia ha procedido a valorar la prueba obrante en las actuaciones sobre la base de los escritos de las partes, documentos y las declaraciones y demás pruebas, de tal suerte que no puede hablarse de un error patente en el sentido que este Tribunal ha dado a este término. Por lo demás, el Ministerio Fiscal añade que, aun

admitiéndose que la valoración de la prueba se hubiera basado en un error fáctico, no puede concluirse que tal error fuera determinante del fallo. La representación de don Eduardo Elías K.F., ex cónyuge de la recurrente, interesó en el trámite de alegaciones la desestimación del amparo con el argumento de que la Audiencia adoptó su decisión a partir de la valoración de la prueba aportada durante el procedimiento de modificación de medidas, por lo que no puede decirse que esta decisión se base en un error fáctico, máxime cuando de la misma no se deriva ningún perjuicio para la hoy recurrente en amparo.

3. Doctrina general sobre el error patente con relevancia constitucional.

El examen de la cuestión de fondo implica, por tanto, examinar si se ha producido una vulneración del derecho de la demandante de amparo a una tutela judicial efectiva sin indefensión en virtud de la existencia de un error patente con relevancia constitucional.

La STC 114/2005, de 9 de mayo, recoge, entre otras muchas, la doctrina establecida por este Tribunal con relación al señalado vicio de error patente con relevancia constitucional: «Debe recordarse que este Tribunal ha reiterado que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2). Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000,de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6).

De este modo, y como decíamos recientemente en la STC 201/2004, de 15 de noviembre (FJ 3), un error del Juez o Tribunal sobre los presupuestos fácticos que le han servido para resolver el asunto sometido a su decisión puede determinar una infracción del artículo 24.1 CE. Ahora bien, para que se produzca tal violación es necesario que concurran determinados requisitos, pues no toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional. En primer lugar, el error ha de ser patente, manifiesto, evidente o notorio, en cuanto su existencia resulte inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia. El error ha de ser, en segundo lugar, determinante de la decisión adoptada, de forma que constituya el soporte único o fundamental de la resolución, su *ratio decidendi;* en definitiva, se trata de que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, de tal modo que no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo. Además la equivocación debe ser atribuible al órgano que la cometió, es decir, no imputable a la negligencia o mala fe de la parte que, en tal caso, no podría quejarse, en sentido estricto, de haber sufrido un agravio del derecho fundamental. Por último el error ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca (SSTC, por todas, 194/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 196/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 213/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 63/2004, de 19 de abril, FJ 3)» (FJ 3).

4. Fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional respecto la caso concreto.

En el presente caso resulta de las propias actuaciones que la Audiencia Provincial incurrió en un error cuando en el fundamento jurídico 3 de su Sentencia de 17 de enero de 2003, al justificar su decisión revocatoria, afirma que «la madre, de modo unilateral y no constando el consentimiento ni expreso ni tácito del recurrente, de acuerdo con la hija, decide que esta última continúe los estudios en Inglaterra, ya en la universidad».

De la lectura de la demanda de solicitud de modificaciones de medidas interpuesta por don Eduardo Elías K.F. se deriva que la decisión de que la hija estudiara en Londres fue adoptada, si no por el padre exclusivamente, al menos nunca sin su conocimiento y consentimiento.

Conviene a estos efectos retener los siguientes extremos de dicha demanda. En primer lugar que, como ya se ha expuesto previamente, el primer suplico de la misma consiste precisamente en solicitar «que se acuerde permitir a la hija que fije su residencia en Inglaterra para cursar sus estudios universitarios en dicho país», habiendo sido ya admitida

en varios centros universitarios de Inglaterra, como se acredita documentalmente. En segundo lugar, la demanda civil del Sr. K. manifiesta expresamente que es «intención de ambos progenitores» que la hija realice sus estudios universitarios en el Reino Unido, de ahí que haya sido su voluntad «educar a su hija en un colegio británico». En tercer lugar, en la señalada demanda inicial del procedimiento, el progenitor manifiesta –contrariamente a lo establecido por la Audiencia– que si alguno de los dos cónyuges había modificado la señalada intención de que su hija estudiara en Londres, ésta fue la madre: «Así pues, y aun estando, en principio de acuerdo ambos cónyuges en enviar a la menor a cursar sus estudios universitarios a Inglaterra, lo cierto es que la madre, aprovechando que ejerce la guardia y custodia de la hija y que ésta todavía no ha alcanzado la mayoría de edad, está obstaculizando intencionadamente dicho desplazamiento, por cuanto está condicionando la marcha de la menor».

A la vista de los datos anteriores, se comprende que el escrito de demanda incorpore mediante otrosí la solicitud de que se acuerde, con carácter provisional, «que se autorice a la hija a desplazarse y fijar su residencia en Inglaterra para cursar allí estudios universitarios». En el propio recurso de apelación, que es el que da lugar a la Sentencia impugnada en amparo, es precisamente el Sr. K. quien señala expresamente que «la hija cursó siempre sus estudios en el King's College, siendo su intención y la de sus padres desde siempre, la de continuar sus estudios universitarios en Inglaterra». La recurrente en amparo, cuando se opuso a este recurso, afirmaba que «ha sido el padre el que más influyó en la menor para que se trasladase a la Universidad inglesa y ... mi mandante aunque no se opuso frontalmente a la decisión del padre y la hija, sí mostró su discrepancia en razón de su edad y su enfermedad».

Por lo demás, tal como establece la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid, que la Audiencia Provincial revoca parcialmente, son hechos probados que con posterioridad a la separación la hija común se trasladó a Londres, habiéndole abonado el padre la matrícula en la Universidad y la residencia, y que recibe dinero que le envía su padre en la cuenta que ella ha abierto en Inglaterra.

El error cometido por la Audiencia Provincial constituye un error con trascendencia constitucional, en cuanto lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, a la luz de los requisitos que anteriormente mencionábamos para catalogarlo como un error patente.

a) Se trata, en primer lugar, de un error fáctico manifiesto y fácilmente verificable al contrastar la afirmación judicial de que la decisión de que la hija estudiara en Londres había sido una decisión unilateral de la madre con lo que afirman expresa e inequívocamente las dos partes en el conflicto acerca de que dicha decisión la habían tomado conjuntamente, en los términos descritos en el fundamento anterior.

b) Por otra parte, este error, que no puede ser imputado a la negligencia o a la mala fe de la parte, y sí sólo al órgano judicial que lo cometió, es determinante del fallo de la Sentencia impugnada. En efecto, en el razonamiento de la Audiencia es precisamente el que la madre hubiera decidido de modo unilateral, sin contar con el consentimiento ni expreso ni tácito del recurrente, «lo que hace inviable ya atribuir a cargo del padre cualquiera gastos de notoria importancia que ello implique, como resulta de la necesidad de residencia y alojamiento de dicha hija en aquel país».

c) Ha de decirse, por último, que el alegado error causa efectos negativos en la esfera jurídica de la demandante de amparo. Tras la resolución recurrida en amparo, doña Rosa Delia B.T. debe hacer frente a los gastos de residencia de su hija en Londres. Estos gastos ciertamente podrán correr a cuenta de la pensión de alimentos a cargo del padre si fuera suficiente, pero la obligación de afrontarlos produce un indudable efecto negativo para la recurrente en amparo, habida cuenta que, según lo establecido por el Auto aclaratorio de la Sentencia de instancia, estos gastos debían ser asumidos íntegramente por el Sr. K., además del pago de la pensión alimenticia.

Las anteriores consideraciones nos conducen a la conclusión de que la resolución recurrida ha vulnerado el derecho de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión, reconocido en el apartado 1 del artículo 24 CE, pues se cumplen todos y cada uno de los requisitos para que, de acuerdo con la doctrina establecida por este Tribunal, un error o una equivocación fáctica de un órgano judicial adquiera relevancia constitucional.

FILIACIÓN

Desestimación de la demanda de reclamación de paternidad ya que el valor indiciario de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica no está complementado con otras pruebas que permitan al Juzgador llegar al convencimiento de la filiación reclamada al no considerarse como concluyentes las pruebas testificales.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Mariana, que actúa como representante legal de su hijo menor de edad Aurelio, formuló demanda de menor cuantía en reclamación de filiación no matrimonial contra don Plácido solicitando que se dictase sentencia por la que declare la paternidad extramatrimonial del demandado en relación con su hijo Aurelio debiendo pasar por dicha declaración, practicándose las inscripciones y anotaciones registrales correspondientes, con todos los derechos a ello inherentes, entre los que se reclaman usar los apellidos de aquél, recibir una pensión de alimentos de 30.000 pesetas a favor del menor y con cargo al demandado, que abonará dentro de los cinco primeros días de cada mes, actualizable anualmente con arreglo al IPC y reconocimiento de costas al demandado.

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazado el demandado, se personó en autos quien contestó a la misma y tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia «por la que se absuelva a mi representado de las pretensiones contenidas en la demanda promovida en su contra, todo ello con expresa imposición de costas a la actora».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia de Toro dictó Sentencia el 7 de enero de 1998 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la AP de Zamora dictó Sentencia el 29 de marzo de 2000 desestimando el recurso interpuesto por doña Mariana.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Desestimada en ambas instancias la demanda sobre declaración de filiación no matrimonial del menor Aurelio interpuesta por su madre doña Mariana frente a don Plácido, el presente recurso de casación se articula en un solo motivo por infracción del artículo 127 del Código Civil, sobre todo tipo de pruebas, incluidas las biológicas para la investigación de la paternidad y el artículo 39 de

la Constitución Española, así como de diversas sentencias de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo que a continuación se mencionarán, que posibilitan la aplicación de los diversos medios de prueba para la investigación de la paternidad, así como las consecuencias jurídicas de las actividades tendentes a obstaculizar la celebración de dichas pruebas.

Ante la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, la Sala de instancia valora la prueba obrante en los autos y razona lo siguiente: «Esta indeterminación aparece reflejada ya en la propia demanda, en su hecho primero, punto de partida de toda la reclamación, en el que se limita a afirmarse que la actora "conoció hace varios años al demandado, don Plácido, surgiendo entre ellos una breve relación y fruto de las relaciones sexuales entre ambos, tras el previo embarazo, nació el menor para el cual se reclama la paternidad...", señalándose como único dato concreto el de la fecha de nacimiento del mismo (Hecho 4.º), pero esta indeterminación que se refleja en el escrito de demanda, momento en el cual habrán de fijarse los hechos sobre los que se funda la reclamación con precisión y claridad (artículo 524 LEC), se mantiene en el período probatorio, a través de las dos únicas testigos que deponen a favor de la actora (fols. 63 y 64), en los que al declarar expresa la primera (folio 63) que "ha visto como la llevaba a casa, pero no sabe si subía o no a casa", y la segunda (folio 64) simplemente a dicha pregunta "que es cierto", la prueba de esa relación sustentada en este exiguo y único material probatorio, se pretende apoyar por la parte recurrente en una "documental" consistente en una carta remitida por el Letrado director de la parte actora-apelante (Doc. núm. 2 de la demanda, fol. 5), un "borrador" de una carta que se afirma remitida por la apelante al demandado (Doc. Núm. 1 fol.3), un telegrama (doc. 3, fol. 8), con independencia de otros incorporados ya a esta alzada, y de idéntica naturaleza, y sobre los que, con independencia de su impugnación formal por la parte contraria, y salvo la carta del Letrado y telegrama, no existe en autos prueba alguna de su remisión al demandado, y menos de su recepción, ya que, como en el acto de la vista se ha expuesto, son meros "borradores" y "fotocopias" de las misivas remitidas, siendo por ello su valor probatorio más que cuestionable en tanto en cuanto que esa hipotética correspondencia solamente se ha producido, dígase, en una sola dirección, la del demandado».

Como señala la sentencia de esta Sala de 30 de mayo de 2000, la doctrina jurisprudencial, y ésta es también la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia de 17 de enero de 1994), no atribuyen a la negativa (al sometimiento a las pruebas biológicas) la consideración de una *ficta confessio*, sino sólo el valor del indicio valioso, muy calificado o significativo (entre otras sentencias de 14 de junio 1996; 3 de noviembre de 1997; 2 de septiembre, 1 y 11 de octubre de 1999; y 24 de abril de 2000) que, para permitir declarar la paternidad, ha de conjugarse con el resultado de otros elementos de prueba, o indicios (sentencias de 16 de enero, 2 de febrero, 11 y 28 de mayo, y 11 de diciembre de 1999 y Auto de 26 de enero de 1999, entre otras) que sean suficientes para crear, y poder motivar suficientemente, la realidad de una filiación biológica por obedecer a una concepción natural, y no meramente fáctica.

La sentencia de 4 de febrero de 1999 afirma que «si bien los Tribunales de Justicia no exigen una prueba férrea y absoluta, dadas las especiales condiciones de las situaciones humanas que se debaten y los intereses a proteger de los hijos, tampoco por ello cabe una permisibilidad abierta e incontrolada que permitiría, unas veces, alcanzar decisiones coincidentes con la realidad genética, con lo cual se autorizaría a definir situaciones de estado civil difusas, despejando su incertidumbre para las personas interesadas; pero en otros casos, puede suceder que se atribuya filiación equivocada, con las graves consecuencias que ello implica, por lo que la exigencia de prueba medianamente suficiente y sobre todo convincente, con sujeción a la legalidad a cumplir, se impone y se hace exigente a los Tribunales».

En el caso, el valor indiciario de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica no está complementado con otras pruebas que permitan al Juzgador llegar al convencimiento de la realidad de la filiación demandada; esta Sala acepta la ponderada valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia y que no permite afirmar la existencia, entre demandante y demandado, de relaciones sexuales en período hábil para la concepción del menor.

FILIACIÓN

Si a la voluntad obstruccionista injustificada a practicar la prueba biológica 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.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don José Ramón Ferrandiz Gabriel

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Bernardo interpuso demanda contra don Pedro (menor de edad) y doña Emilia solicitando se dicte sentencia por la que se declare inexistente la filiación matrimonial del niño don Pedro y la consecuente no paternidad de mi cliente; condenando en todo caso, a dicha parte demandada a estar y a pasar por dicha resolución, a cumplirla e imponiéndole las costas procesales.

⊙ Admitida a trámite la demanda fue emplazada la parte demandada, doña Emilia, sin que la misma haya comparecido en autos, ni contestado a la demanda, por lo que fue declarada en rebeldía por resolución de fecha 16 de junio de 1997.

⊙ Compareció el Ministerio Fiscal, el que tras hacer las alegaciones oportunas, interesó: «... se dicte sentencia ajustada a derecho y conforme a los hechos que resulten probados».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander dictó Sentencia el 14 de octubre de 1998 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Santander dictó Sentencia el 4 de febrero de 2000 desestimando el recurso interpuesto por don Bernardo.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el motivo del recurso que merece nuestra atención afirma el recurrente que la sentencia de apelación resulta de la infracción del artículo 118 de la Constitución Española, en relación con el 127 del Código Civil. Llega a esa conclusión porque la Audiencia Provincial admitió la prueba pericial biológica para la investigación de la paternidad impugnada, propuesta por él en la segunda instancia, pero no empleó ningún medio coercitivo para su práctica, impedida por la madre demandada al no presentar al hijo menor, bajo su custodia, a fin de que le fueran extraídas las necesarias muestras de sangre.

En respuesta a tal planteamiento ha de insistirse en 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 (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.

Siendo ése el caso, no cabe entender producida la violación de normas sobre las potestades judiciales de dirección del proceso y el derecho de las partes litigantes a la prueba, que el recurrente denuncia, sino una correcta aplicación de las mismas, tanto como de la reglas conforme a las que aquélla fue admitida por la Audiencia Provincial, según en la propia sentencia recurrida se argumenta.

FILIACIÓN

Declaración de la paternidad en base a la negativa a la prueba biológica unida a otras pruebas como la no contestación al requerimiento notarial que le hizo la madre a los pocos días del nacimiento del hijo o el rehúse de una carta certificada en la que se le informaba de un cambio de domicilio.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Elisa, en representación de su hijo menor de edad don José Pablo, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra don Óscar y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia en la que se declare que el menor don José Pablo es hijo no matrimonial de don Óscar, declarando la procedencia de rectificar el asiento registral del nacimiento de don José Pablo, obrante en el Registro Civil de Alicante en el sentido de anotación de su filiación paterna, constando ser hijo de Óscar; y rectificando sus dos apellidos paterno «Óscar» y en segundo lugar el materno «José Pablo», por lo que en lo sucesivo pase a denominarse Luis Enrique, declarando la sentencia que dicha filiación producirá los demás efectos previstos en la ley, y condenando finalmente la sentencia al demandado al pago de los gastos y costas procesales, si se opusiere a la presente demanda.

⊙ Don Óscar contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia estimando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda y, subsidiariamente, de no ser admitida la excepción, desestimando la demanda y absolviendo libremente a su representado de todos sus pedimentos, con expresa imposición a los demandantes doña Elisa de todas las costas causadas.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid dictó Sentencia el 3 de noviembre de 1995 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 7 de diciembre de 1996 desestimando el recurso interpuesto por doña Elisa.

⊙ Doña Elisa Interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de septiembre de 2002 declarando la paternidad de don Óscar respecto al menor José Pablo.

⊙ Contra la expresada sentencia de esta Sala se interpuso recurso de amparo núm. 6002-2002 ante el Tribunal Constitucional, dictando la Sala Segunda Sentencia el 14 de febrero de 2005 estimando

el recurso de amparo y, tras declarar vulnerados los derechos del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 CE), acordó restablecerlo en sus derechos y, a tal fin, anular la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 856/2002 retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la mencionada Sentencia para que se dicte otra que sea respetuosa con los mencionados derechos fundamentales.

- El Tribunal Supremo volvió a confirmar el fallo dictado en la anterior sentencia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Preliminar.

La existencia de una sentencia constitucional que anula la sentencia de esta Sala en la que se resolvió inicialmente el recurso de casación planteado obliga a tenerla en cuenta como paso obligado para establecer el contexto en el que debe dictarse la presente resolución.

La razón por la que el Tribunal Constitucional anula nuestra sentencia es la incoherencia que advierte entre la doctrina mantenida en la misma y la jurisprudencia constitucional, que, según refleja el Tribunal, coincide con la línea establecida por una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es esta quiebra la que lleva al Tribunal Constitucional a considerar que la sentencia precedente causa una lesión del derecho la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución, CE), en cuanto es reveladora de una «incoherencia interna que quiebra la lógica argumental del discurso judicial», que es una de las hipótesis en las que una resolución judicial puede calificarse de vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva. Al propio tiempo, según dicho Tribunal, se vulnera el principio de igualdad de la aplicación de la ley (artículo 14 CE), en cuanto la sentencia que anula, «al atribuir al demandante la paternidad reclamada con base única y exclusivamente en la negativa de éste a someterse a la prueba biológica, prescindiendo del resto de la prueba practicada en el proceso de elaboración conjunta de aquélla y ésta, se ha separado de manera aislada y ocasional de una consolidada línea jurisprudencial [se entiende, de la Sala Primera del Tribunal Supremo]».

El Tribunal Constitucional, en la sentencia anulatoria de la dictada por esta Sala, se refiere a la jurisprudencia constitucional en la materia indicando que las sentencias dictadas por el Tribunal, contra lo que parece desprenderse de la sentencia impugnada, no avalan la posibilidad de que se haga la declaración de paternidad con base única y exclusivamente en la negativa del afectado a someterse a la prueba biológica de paternidad. A modo de resumen de la línea jurisprudencial constitucional, trae a colación una reciente resolución interlocutoria en la cual se declara que la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad no puede interpretarse como una *ficta confessio* [confesión presunta] del afectado, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en relación con la base probatoria indiciaria existente en el procedimiento.

Registra también el Tribunal Constitucional que la declaración de la paternidad con base única y exclusivamente en su negativa a someterse a la prueba biológica resulta contraria a la doctrina recogida en las sentencias del Tribunal Supremo, que reflejan una consolidada doctrina jurisprudencial sobre el valor probatorio de la negativa a someterse a la prueba biológica de la paternidad, pues aquellas sentencias declaran que la negativa no es base para integrar una *ficta confessio*, aunque representa o puede representar un indicio «valioso» o «muy cualificado» que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que por sí es de imposible prueba absoluta.

2. Primer motivo: quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

Fijado, en la forma en que ha quedado establecido en los fundamentos precedentes, el marco en el que debe desenvolverse la resolución del recurso de casación interpuesto, no es difícil justificar, sin salir del terreno procesal en que aparece formulado,

la certeza de la conclusión a que acaba de llegarse en relación con el primer motivo de casación.

En efecto, la parte recurrente entiende vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido el artículo 24 CE con indefensión al entender que, no obstante haber sido admitida por el órgano de instancia la prueba pericial biológica propuesta por la parte mediante auto motivado, la voluntad obstructiva injustificada del demandado ha imposibilitado su práctica vetando a la parte recurrente la posibilidad de acreditar la filiación reclamada.

Basta, para revelar la manifiesta falta de fundamento de este motivo, observar que la prueba fue acordada condicionada a que fuera aceptada por el demandado. En efecto, la vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino, como varias veces hemos dicho, una carga procesal, puesto que su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina que, en caso de ser injustificada la negativa, recaigan sobre la persona renuente las consecuencias de la falta de prueba, siempre que concurran los requisitos determinados por la jurisprudencia constitucional y ordinaria (la existencia de indicios suficientes para, conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada).

No puede imputarse a los tribunales de instancia la infracción alegada, pues se funda en un supuesto incumplimiento de la obligación de imponer la práctica de la prueba en contra de la voluntad del afectado, o, en último término, en una infracción del derecho a la tutela judicial que, por proceder de la actuación de una de las partes, y no del órgano jurisdiccional, que es quien debe prestar aquella tutela, no puede ser aceptada.

En consecuencia, el análisis de la cuestión principal queda diferido al examen del segundo de los motivos de casación, que versa precisamente sobre la procedencia de imputar al afectado las consecuencias de la indeterminación probatoria resultante de su negativa a la práctica de la prueba pericial biológica de paternidad.

3. Motivo segundo: infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia.

Se alega la vulneración de los artículos 24.1, 14 y 39.2 CE, así como de la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en la sentencia de 17 de enero de 1994, pues se defiende, en esencia, que el demandado no pudo negarse legítimamente a someterse a una prueba biológica, puesto que a juicio de la parte recurrente no se cumple el requisito de la inexistencia de indicios serios de la conducta que se le atribuye por no haberse opuesto y ofrecido razones en contra de su práctica en la fase de admisión de la prueba biológica, la cual fue acordada por el Juzgado.

El motivo debe ser estimado.

Para resolver la cuestión planteada es necesario advertir, en primer término, que, al hallarse en juego los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y de igualdad (artículo 14 CE), en relación con la protección de los derechos del menor (artículo 39.2 CE), esta Sala no puede partir, como parece sugerir el informe del Ministerio Fiscal, de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados, sin limitarse a considerar, como ocurre cuando el recurso de casación se desenvuelve en el plano de la legalidad ordinaria, si las conclusiones *de facto* (sobre los hechos) obtenidas por el tribunal de instancia, además de no infringir las normas que integran el régimen de la prueba, simplemente soportan la aplicación de un test de razonabilidad.

En efecto, la protección de los derechos fundamentales, cuando su delimitación gravita sobre una cuestión esencialmente fáctica, exige que el tribunal competente para prestar la protección prevista por la norma fundamental proceda a la calificación de los hechos en la medida indispensable para valorar en todas sus dimensiones la posible infracción cometida, pues otra cosa equivaldría a desconocer el alcance jurídico-constitucional del derecho fundamental por cuya vulneración se reclama. No puede olvidarse que los tribunales ordinarios desempeñan una función de protección de los derechos fundamentales con sujeción, en materia de garantías constitucionales, a la interpretación que realice el Tribunal Constitucional de los preceptos de la norma fundamental. En esta función, al menos en tanto se mantenga la falta de un desarrollo satisfactorio del proceso sumario de protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria, desempeña un papel capital el recurso de casación, como se infiere de la previsión contenida en el título preliminar de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el sentido de que la invocación de normas constitucionales abre por sí misma camino al expresado recurso.

La salvedad que acaba de hacerse reviste especial importancia, pues no cabe la menor duda de que la conclusión probatoria ofrecida por la sentencia de instancia y por la sentencia dictada por el Juzgado, que la sentencia de apelación confirma, es la de que la pretensión de la demanda no puede apoyarse en más prueba que la muy cualificada, pero

insuficiente por sí misma, consistente en la negativa del afectado a someterse la prueba biológica.

En efecto:

1) La sentencia dictada en primera instancia, y al cabo confirmada por la de la Audiencia Provincial recurrida, comienza, en el punto que especialmente interesa, analizando «si a los autos existen pruebas indirectas de las que puede inferirse la paternidad del demandado». Entiende, a continuación, que debe ser objeto de especial atención el resultado de la prueba de confesión judicial del demandado y la testifical propuesta por la actora. Registra el resultado totalmente adverso de la primera, detallando el contenido de las declaraciones de los diversos testigos presentados, y llega la conclusión de que «de lo expuesto tan sólo puede obtenerse como conclusión que no existe ni la menor prueba de las aludidas en la demanda relaciones sexuales entre la actora y el demandado, ni siquiera existe prueba alguna sobre el mantenimiento, al menos, entre ambos de una cierta amistad». En cuanto a la negativa del demandado a la prueba pericial biológica la sentencia estima, en esencia, que la negativa que no vaya acompañada de unas justificaciones muy cualificadas no puede conducir, según la jurisprudencia constitucional, a la consagración de la impunidad respecto a la aceptación de las cargas y deberes directamente derivados de unos posibles vínculos familiares, pero considera que una de estas causas justificadas es la inexistencia evidente de indicios serios de la conducta que se atribuye al demandado y concluye que, en el caso examinado, la inexistencia de la menor prueba o indicio sobre la conducta del demandado y sus relaciones sexuales con la actora no permite considerar como injustificada su negativa a la práctica de la prueba.

2) La sentencia dictada en apelación, también en torno específicamente a la cuestión planteada, parte de que la negativa a someterse a la práctica de la prueba pericial no constituye en sí misma una *ficta confessio*, sino que es necesario el examen del resto de las pruebas practicadas. Pasando a este examen, se centra en las manifestaciones de la actora; en las declaraciones del testigo presencial del encuentro de la misma con el presunto padre; en las declaraciones de la tía de la demandante; en las fotocopias y dibujos realizados por el hijo; y en la carta dirigida por la actora por conducto notarial al demandado, la cual, subraya, se reconoce que nunca tuvo respuesta. Concluye que «ninguna de las pruebas propuestas por la actora, ni siquiera la de sus testigos, resultan convincentes a los fines pretendidos, sino todo contrario.»

La autonomía que este Tribunal ha de recabar frente a los tribunales de instancia, en sus funciones casacionales de protección de los derechos fundamentales, atendida la índole y el contenido del motivo formulado, exige, según los principios que hemos expuesto, que procedamos por propia autoridad al examen de los elementos probatorios obrantes en los autos, con el fin de determinar si existen indicios suficientes de la paternidad alegada que permitan, en conjunción con los efectos de la negativa a someterse a la prueba biológica –respetando su carácter de indicio muy cualificado– llegar presuntivamente a la conclusión de la existencia de la relación de paternidad reclamada.

No pueden compartirse las apreciaciones de la sentencia recurrida, y de la de primera instancia íntegramente confirmada, en el sentido de la inexistencia absoluta de pruebas que demuestren la paternidad, al margen de la negativa a la práctica de la prueba biológica, pues ambas obtienen una conclusión valorativa negativa apreciando el conjunto de los medios de prueba suministrados, pero no realizan específicamente un análisis detallado de la existencia de simples indicios y de su posible trascendencia. En efecto, se advierte en los autos la existencia de determinados indicios susceptibles *prima facie* de ser considerados, como son:

a) La remisión con intervención notarial, pocos días después del nacimiento, de una carta certificada al demandado en el que la madre le atribuye la paternidad del hijo recién nacido y lo requiere de manera conminatoria al cumplimiento de sus deberes paternales.

La remisión de la comunicación, acreditada por la fe notarial, es admitido por las partes que no tuvo respuesta alguna y así lo registra la sentencia apelada. El silencio del demandado (que no es considerado por la sentencia de primera instancia, y que la sentencia de apelación considera como elemento que desvirtúa la posible eficacia indiciaria de la remisión de la comunicación por la madre), no equivale, ciertamente, a una *ficta confessio*, pero no cabe la menor duda (apelando a la experiencia inveterada de los juristas civiles que refleja la glosa de las Partidas, inspirada en el jurista romano Paulo, *tacens noc fatetur*, *sed nec negare videtur:* quien calla no otorga, pero tampoco parece que niegue) de que en el orden normal de las relaciones humanas el silencio ante un requerimiento de esta naturaleza (reconocido en la contestación a la demanda, en unión de la inverosímil explicación de que el demandado creyó que se trataba de una amenaza más) constituye un indicio que no inclina a presumir la falsedad de la imputación que contiene, pues la reacción esperable con arreglo a la buena fe cuando se recibe una comunicación de esta índole, según la experiencia normal de la vida, si es infundada, consiste en la negativa tajante, seria y formalmente expresada, en correspondencia con el máximo grado de formalidad (la autorización

notarial) adoptado en el requerimiento, su carácter inmediato al nacimiento, su procedencia de una persona con la que se ha tenido contacto en el domicilio propio en tiempo anterior a la concepción, su envío al despacho profesional, cuyas señas conocía, y la intención de emprender acciones que su formulación presupone, aunque en el caso examinado la demanda se presentase bastantes años después.

Esta Sala, en materias de otra índole, tiene incluso declarado, como recuerda la sentencia núm. 236/2004, de 7 abril, recurso de casación núm. 3816/1998, que «como dice la sentencia de 29 de febrero de 2000, "el silencio puede equivaler el asentimiento cuando quien calla viniera obligado a manifestar su voluntad contraria según las exigencias de la buena fe entre las partes o los usos generales del tráfico (sentencias de 24 de noviembre de 1943, 24 de enero de 1957, 14 de junio de 1963 y 2 de febrero de 1990, entre otras)"».

b) La existencia (no considerada en las sentencias de instancia) de llamadas telefónicas insistentes dirigidas por la madre al presunto padre mediante un número telefónico que el testigo más próximo al demandado no recuerda haber facilitado y las amenazas reconocidas en la contestación a la demanda, las primeras corroboradas por dicho testigo, primo del demandado, que recoge las manifestaciones de éste –cuya representación procesal formula una hipótesis poco convincente sobre su finalidad (solicitar una entrevista para pedir trabajo)–, no fácilmente explicables en el marco de la relación personal absolutamente episódica y superficial que el demandado defiende haber existido.

c) La remisión por la demandante, con matasellos de correos correspondiente a la época del embarazo, de una carta certificada dirigida al demandado y rehusada por éste, abierta ante el Juez, en cuyo interior se hallaba una tarjeta de visita comunicando el nuevo domicilio de aquélla (hecho no considerado en las sentencias de instancia).

La virtualidad que debemos otorgar a estos indicios, en conjunción con la negativa a la práctica de la prueba biológica, depende del grado de relevancia indiciaria que deba atribuirse a ésta.

Las varias apelaciones de la sentencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia reiterada de esta Sala en relación con los requisitos para la valoración de la negativa demuestran que nuestra línea jurisprudencial ocupa un espacio situado dentro de los límites que conforman el marco constitucional cuando declara que la negativa a la prueba biológica no constituye un elemento probatorio equiparable a los demás en cuanto a su grado de eficacia presuntiva, sino que desempeña un papel especialmente relevante, como se deduce de la afirmación reiterada en nuestras sentencias, especialmente en las más recientes, en el sentido de que dicha negativa constituye un indicio «valioso» o «muy cualificado», sintagma este último que se invoca y reproduce literalmente en la sentencia constitucional a que venimos refiriéndonos, la cual, en suma, perfila el marco constitucional dentro de cuyos límites ha de manifestarse con sentido propio nuestro poder de juzgar y nuestra función de fijar la orientación jurisprudencial que debe presidir la aplicación de la ley por los tribunales civiles.

Nuestra construcción jurisprudencial se funda en un conjunto de valoraciones formadas a lo largo de un proceso de consolidación, relacionadas con la ponderación de la finalidad de la norma y de los intereses que integran la realidad social –que la ley nos ordena atender cuando nos apodera para fijar su interpretación– y centradas, primordialmente, en el punto de vista de la protección que para el menor supone la seguridad jurídica y objetiva en la determinación de la paternidad, en estrecha correspondencia con la naturaleza de la prueba biológica, la facilidad para su realización, su acreditada solvencia científica y su eficacia instrumental, y en armonía con la relevancia constitucional de los principios de protección integral de los hijos y de seguridad jurídica aplicada al estado civil de las personas.

Sin necesidad de remontarnos a la larga serie de sentencias de esta Sala en donde se va dibujando con valor jurisprudencial, en torno a los valores y principios reseñados, esta nota de especial valor o calidad indiciaria que se atribuye a la negativa injustificada a la prueba biológica de paternidad, basta citar la muy reciente de 27 de octubre de 2005 (cuya doctrina se corrobora en otras contemporáneas, como las SSTS de 17 de noviembre de 2005 y 22 de noviembre de 2005), en la que, tras fijar que «la doctrina jurisprudencial en materia de declaración de paternidad-filiación, –actualmente sintetizada en el apartado 4 del artículo 767 Ley de Enjuiciamiento Civil–, estima que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios», reitera nuevamente que «la negativa a la prueba biológica no constituye una *«ficta confessio»*, como reitera la doctrina de esta Sala y recoge actualmente el artículo 767.4 LEC, pero igualmente reitera la jurisprudencia la cualidad de indicio valioso o muy cualificado, que, unido a otros indicios reveladores de la existencia de relaciones íntimas entre los padres al tiempo de la concepción o que permitan, en el orden natural y social de las cosas, formar una convicción razonable, constituye base sólida

para declarar la realidad de la paternidad-filiación» y añade la existencia de un elemento relevante, el interés del menor revelado por las circunstancias, que permite concluir que, «dado el conjunto de indicios valorados» (que, en el caso contemplado en la mencionada sentencia, son circunstanciales), con la práctica de la prueba biológica «se habría conseguido una certeza, que en su propio estricto contenido a nadie puede causar perjuicio.»

Si esto es así, la conclusión a que debe llegarse es la de que, ofreciendo una especial relevancia como indicio la negativa a la práctica de la prueba biológica, al menos cuando, como ocurre en el presente caso, esta negativa no ha sido acompañada de ninguna razón que la justifique (pues el afectado arguyó motivos heterogéneos difícilmente admisibles), los demás indicios concurrentes no es exigible que generen una virtualidad probatoria plena por sí mismos, ni siquiera que sean aptos para jugar un papel preponderante en la construcción de la presunción, sino que basta que tengan una eficacia coadyuvante en términos de normalidad o razonabilidad desde el punto de vista del orden acostumbrado de las cosas, acreditado por la experiencia, para corroborar el indicio especialmente significado derivado de la negativa a la práctica de la prueba pericial biológica.

La existencia de indicios de este carácter, según la orientación que se ha consolidado en nuestra jurisprudencia, priva de justificación a la negativa, y colma su eficacia indiciaria. Desde esta perspectiva, la plataforma fáctica integrada por los indicios antes reseñados, que demuestran el encuentro previo de la demandante y el demandado en el domicilio de éste, la preocupación de la madre por la paternidad del hijo, su imputación formal y exigente al demandado en época contemporánea al nacimiento, la insistencia en sus requerimientos, y el difícilmente explicable silencio por parte de éste, integra un conjunto de hechos desde luego insuficientes para fundar por sí mismos la determinación de la paternidad en virtud de una presunción *hominis* (de hombre, es decir, no legal), pero a los que es fuerza reconocer un valor coadyuvante de relevancia suficiente para colmar una presunción de paternidad apoyada solidariamente en la negativa injustificada del afectado a someterse a la prueba biológica como indicio especialmente cualificado –en el concierto jurídico de los derechos afectados–, pero necesitado para su plena virtualidad –en el sistema constitucional de derechos fundamentales, interpretado por el Tribunal Constitucional– del apoyo de otros indicios, como los que, extraídos de la prueba practicada en el proceso con todas las garantías, hemos ponderado racionalmente según las reglas del criterio humano.

La estimación del recurso de casación comporta, de acuerdo con el artículo 1715 LEC 1881, la procedencia de casar la sentencia recurrida, estimar la demanda presentada e imponer a la parte demandada las cosas de la primera instancia (en virtud del principio del vencimiento), siendo los demás de cargo de las respectivas partes.

FILIACIÓN

Cuando se ejercita conjuntamente la acción de reclamación e impugnación de la filiación no es aplicable el plazo de caducidad previsto para la segunda de las acciones que es meramente accesoria de la primera.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Excma. Sra. doña Encarna Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

Don Gregorio interpuso demanda de menor cuantía contra doña Emilia, doña Cristina y doña Flor solicitando se dicte sentencia por la que: 1) Se declare que mi mandante es padre extramatrimonial por naturaleza de Cristina y Flor, practicándose la oportuna inscripción registral de la filiación los siguientes apellidos Gregorio y Emilia. 2) Se declare la nulidad del reconocimiento efectuado por

doña Emilia sobre la filiación de las hijas con la subsiguiente cancelación de los asientos registrales correspondientes. 3) Se condene a pagar las costas del presente procedimiento a los demandados.

⊙ Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, así como el Ministerio Fiscal, compareciendo dicho Ministerio Fiscal mediante el oportuno escrito, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «se tenga por personado al Ministerio Fiscal y por contestada la demanda y en su día, se dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas».

⊙ La representación de doña Emilia, alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... por invocada la excepción dilatoria de falta de personalidad en el actor por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio, al amparo del artículo 533, apartado 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con estimación de la misma, dicte Sentencia procesal de absolución en la instancia, con expresa declaración de condena a la parte actora al pago de las costas procesales causadas, por su temeridad y mala fe procesal, y *ad cautelam* en la indicada representación, tenga por contestada en tiempo hábil y legal forma la demanda de Juicio Declarativo de Menor Cuantía que ha sido formulada por don Gregorio; y, previo el recibimiento a prueba que desde ahora solicito, sin perjuicio de su ulterior reproducción, y tras los demás trámites pertinentes, dicte Sentencia desestimando íntegramente la demanda formulada por don Gregorio, contra mi representada doña Emilia, absolviendo a mi representada de los pedimentos de aquélla, y condenando a la parte actora al pago de las costas para su manifiesta temeridad y mala fe».

⊙ La representación de doña Cristina, alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: «... se dicte en su día Sentencia estimando las excepciones planteadas por esta parte con carácter previo de falta de legitimación procesal y de caducidad de la acción planteada y subsidiariamente, supuesto de no resultar procedente la misma, desestime la demanda con todos los efectos inherentes en base a los argumentos esgrimidos en este escrito de contestación, todo ello con expresa imposición de costas al actor».

⊙ La representación de doña Flor, alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando «... tener por interpuesta excepción de falta de legitimación en el actor, así como subsidiariamente, excepción de caducidad en la acción de reclamación de la filiación, por contestada en tiempo y forma la demanda, y seguido el juicio por sus trámites, previo el recibimiento del pleito a prueba que, desde este momento dejo interesado, dictar en su día sentencia que estime las excepciones presentadas, con desestimación total de la demanda interpuesta, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Sagunto dictó Sentencia el 16 de septiembre de 1998 estimando la demanda y declarando: a) Que don Gregorio es padre extramatrimonial por naturaleza de Cristina y Flor, debiéndose practicar la correspondiente inscripción registral de la filiación de ambas demandadas, en la que constarán los apellidos Luis María. B) La nulidad del reconocimiento efectuado por doña Emilia de las hijas con la subsiguiente cancelación de los asientos registrales correspondientes. Por otro lado se condena en costa a las demandadas.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 7.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 30 de octubre de 2000 desestimando los recursos de apelación interpuestos por doña Emilia, doña Cristina y doña Flor.

⊙ Las demandadas interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso de doña Emilia

Se basa el recurso en la infracción de los artículos 10 y 39 de la Constitución Española, 7, 154 y 123 del Código civil en relación con los artículos 49 LRC y 187 RRC. Considera que el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial se había efectuado de forma abusiva y de mala fe, porque ha supuesto una grave alteración de la vida familiar de las demandadas.

Los argumentos que se utilizan a favor de la admisión del recurso no son aceptables porque:

1.º Aunque las disposiciones que cita a favor de la exigencia del consentimiento del hijo mayor de edad para la eficacia del reconocimiento son plenamente ciertas, no son aplicables al presente caso en el que lo que se ejercitó en su día fue una acción de reclamación de una filiación extramatrimonial eficaz desde su constancia en el Registro civil y no un reconocimiento, imposible por resultar inscrita una filiación contradictoria. Y resulta obvio que esta acción no puede contar nunca con el consentimiento de aquél a quien afectará la impugnación, a no ser que se allane a la demanda, en cuyo caso el consentimiento resulta obvio.

2.º Cuando el recurso se refiere al ejercicio de la acción con abuso del derecho, está introduciendo un hecho nuevo, que no puede ser admitido en casación. Pero al mismo tiempo debe recordarse que el demandante actuó en ejercicio de un derecho, sin que en ningún momento se haya probado que su actuación fue abusiva.

Mayores argumentos merece la alegación contenida en el primer motivo del recurso relativa a la falta de legitimación del Sr. Gregorio para ejercitar la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial que ostentaban sus dos hijas, dado que no existió la correspondiente posesión de estado. En los tres recursos se alega que el artículo 133.1 del Código civil considera legitimado sólo al hijo para el ejercicio de esta acción, aunque la propia recurrente reconoce que este Tribunal ha ampliado la legitimación a supuestos no comprendidos en el artículo 133 del Código civil.

La sentencia de 22 de marzo de 2002 resume la jurisprudencia de esta Sala en relación al tema de la admisión de la legitimación del padre no matrimonial. Efectivamente considera que frente a la interpretación literal del artículo 133 del Código civil que legitima sólo al hijo para la reclamación de la paternidad no matrimonial, había que aceptar una interpretación más flexible que resultaba de la interpretación conjunta de los artículos 133 y 134 del Código civil, ya que si este último permitía al progenitor la impugnación de la filiación contradictoria en el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación, «también esta impugnación condicionará la habilitación para que pueda ejercitar la acción de reclamación» (sentencia de 8 de julio de 1991). De acuerdo con la citada sentencia de 22 de marzo de 2002, hay que señalar que esta tesis se ha mantenido en las sentencias posteriores, de modo que «al superarse la literalidad del artículo 133 del Código civil que atribuye sólo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el artículo 134 del Código civil legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible y este interés existe y se presenta legítimo en casos como el presente en relación del padre biológico» (sentencia de 22 de marzo de 2002. Además, sentencias de 2 de octubre de 2000, 13 de junio de 2002, 17 de junio de 2004 y 8 de julio de 2004, entre las más recientes).

Esta jurisprudencia está en la línea de otras disposiciones semejantes en el derecho comparado. Así el artículo 339.3 del Código civil francés considera que cuando existe la posesión de estado durante 10 años, no se puede impugnar el reconocimiento, a no ser que la acción la interpongan el hijo o aquellos que pretenden ser los auténticos padres (de *ceux que si prétendent les parents véritables*). El artículo 104.2 del Códi de Familia de Cataluña legitima para la reclamación de la filiación no matrimonial al padre o a la madre cuando el reconocimiento previamente efectuado no haya producido eficacia por falta de consentimiento de los hijos o de aprobación judicial.

El Tribunal Constitucional ha considerado en su sentencia 273/2005, de 27 de octubre, que la redacción actual del artículo 133 del Código civil vulnera el artículo 24 de la Constitución Española en su vertiente de acceso a la jurisdicción y ha considerado que «la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del artículo 39.2 de la Constitución Española de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 Constitución Española), en su vertiente de acceso a la jurisdicción». A pesar de ello, el Tribunal Constitucional no declara la nulidad del mencionado precepto para evitar que el hijo se vea privado

de legitimación para reclamar la filiación extramatrimonial cuando falta la posesión de estado, por lo que «la apreciación de la inconstitucionalidad de la insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador (...) el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores en los casos de falta de posesión de estado», por lo que procede estimar la cuestión de inconstitucionalidad presentada y declarar como tal el párrafo primero del artículo 133 del Código civil, «en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado».

Aunque el Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente para evitar la declaración de inconstitucionalidad, la interpretación correctora que este Tribunal ha realizado del artículo 133 del Código civil, lo cierto es que después de la sentencia 273/2005 y a falta de la necesaria reforma legal del artículo 133.1 del Código civil, esta Sala, con mayor razón, debe seguir sus propios precedentes en relación con la legitimación del progenitor no matrimonial para interponer la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial. Por ello debe rechazarse el primer motivo del recurso de casación presentado por doña Emilia.

El segundo motivo del recurso se formula al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de la jurisprudencia relativa a la prueba de la filiación cuando no se haya practicado la prueba biológica acordada.

La referencia a la vulneración de los derechos fundamentales de las hijas, alegados para justificar su negativa, no es admisible, porque a partir de la STC 7/1994, de 17 de enero, existe el deber de soportar estas pruebas siempre que sean consideradas indispensables por la autoridad judicial y no entrañen un grave quebranto para la salud, por lo que «atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física y a la intimidad del afectado». La falta de la prueba biológica acordada no permite, por sí misma, declarar la filiación, porque como afirma la sentencia de este Tribunal de 20 de septiembre de 2002, «en definitiva: si hay prueba suficiente, se declara la filiación, pese a una negativa de prueba biológica; si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio, que unido a los indicios, permite declarar la filiación» (ver asimismo las sentencias de 1 de julio, 19 de diciembre de 2003, y 27 de octubre de 2005 entre muchas otras).

Las pruebas aportadas, como la participación del actor en la inscripción del nacimiento de la hija Cristina, que consta por el nombre «Gregorio» que aparece como padre, aunque sin los apellidos a los meros efectos de identificación; las aportaciones económicas constantes, las fotografías aportadas con la demanda, etc., llevan al juzgador a apreciar indicios suficientes para declarar la paternidad.

Por todo ello, debe desestimarse este motivo y también este recurso de casación.

2. Recurso de doña Cristina.

El recurso de doña Cristina presenta un único motivo, basado en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ataca la prueba por la vía del error de derecho por infracción de las reglas de la valoración de la prueba, porque considera que ninguna de las circunstancias aducidas llevaban a la conclusión relativa a la existencia de una relación que diera lugar a la concepción y nacimiento posterior de las hijas, porque al no haberse podido efectuar la prueba biológica, la declaración de paternidad no se había basado en pruebas que pudieran llevar al convencimiento sobre la concepción.

En primer lugar debe repetirse aquí lo dicho en el fundamento quinto en relación al mismo tema presentado como motivo en el recurso de casación de doña Emilia. Además, es obligada la referencia a la doctrina de este Tribunal sobre los problemas de prueba de la filiación, porque la recurrente, aun sin referirse a ella de forma clara y directa, viene a proponer que no habiéndose practicado la prueba biológica, hay que añadir, por su negativa a hacerlo, todas las otras pruebas utilizadas por los Tribunales de instancia carecen de valor. Esta Sala ha venido considerando que la negativa a someterse a una prueba biológica no constituye una *ficta confessio*, (sentencias de 2 de julio de 2004, 1 de octubre de 1999, 10 de octubre de 1999, 29 de marzo de 2000, 27 de diciembre de 2001, 16 de julio de 2004, 5 de julio de 2004, etc.), por lo que en este caso, los Tribunales de instancia actuaron correctamente al valorar las otras pruebas que el demandante aportó en el trámite procesal oportuno.

En realidad, lo que pretende la recurrente es una nueva valoración de la prueba, lo que no resulta admisible en casación. Por ello, debe desestimarse este motivo y con ello el recurso de casación presentado por doña Cristina.

3. Recurso de doña Flor.

Su motivo fundamental se centra en la infracción del artículo 140 del Código civil en lo relativo a la caducidad de la acción de impugnación de la filiación. La recurrente olvida que el actor interpuso en su día dos acciones: la de reclamación de la filiación y la de impugnación de la filiación contradictoria. Se trata de una acción mixta que «debe quedar sometida al régimen de la acción de reclamación», porque la finalidad de esta última es la de determinar la filiación, a la que se opone, de manera formal, la que consta en el Registro civil, y

por ello debe ser impugnada, tal como establece el artículo 113.2 del Código civil. Por ello esta Sala ha considerado que la acción de impugnación es accesoria, instrumental e inevitable cuando se reclama una filiación que contradice la inscrita. Esta doctrina es unánime en la jurisprudencia de esta Sala, como puede comprobarse en las sentencias de 3 de junio de 1988, 20 de diciembre de 1991, 17 de marzo de 1995, 13 de junio y 9 de julio de 2002, entre otras. Todo ello lleva a la conclusión de que al ser la acción de reclamación imprescriptible por tratarse de una acción de estado, no se le puede aplicar el plazo de caducidad del artículo 140 del Código civil para las acciones de impugnación ejercitadas de forma aislada. Por todo lo anterior, debe rechazarse el motivo.

VIVIENDA FAMILIAR

Nos hallamos ante un simple precario, porque habiendo probado el actor su título de propiedad, no ha quedado probado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer el inmueble aquí reivindicado, siendo insuficiente la atribución del uso otorgada en un procedimiento matrimonial ya que la sentencia no puede afectar a terceros que no fueron parte en el procedimiento.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Excma. Sra. doña Encarna Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Claudio, cuando su hijo Claudio contrajo matrimonio con doña Irene, les cedió la posesión de un piso de su propiedad.

⊙ Tras la crisis matrimonial, en el convenio regulador se atribuyó a la esposa el uso de la vivienda conyugal, extremo que fue homologado por la correspondiente sentencia.

⊙ Don Claudio, para recuperar la posesión de la vivienda, ejerció una acción de desahucio por precario que fue desestimada.

⊙ Don Claudio interpuso demanda de menor cuantía contra doña Irene y don Claudio solicitando que se dicte sentencia por la que se declare el dominio de mi representado sobre la finca descrita en el Hecho Primero de la demanda, en virtud del título que ostenta y se condene a los demandados a dejar la vivienda litigiosa libre y a disposición del actor; y todo ello con imposición de costas a los demandados.

⊙ Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de doña Irene, como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte Sentencia desestimando la demanda declarando la propiedad de la misma a favor de los demandados y subsidiariamente, y para el caso de estimar el dominio del demandante, declarar la existencia de un comodato de dicha vivienda en atención a las necesidades familiares, con expresa imposición en costas a la parte demandante.»

⊙ No habiendo comparecido el demandado don Claudio, por resolución de fecha 31 de diciembre de 1997, fue declarado en rebeldía, dándose por contestada la demanda.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gijón dictó Sentencia el 23 de marzo de 1998 estimando

la demanda y declarando el dominio del demandante sobre la finca descrita en el hecho primero del escrito de demanda, y condenando a los demandados a dejarla libre y a disposición del actor, imponiéndoles asimismo las costas causadas en este procedimiento.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Asturias dictó Sentencia el 20 de enero de 1999 estimando el recurso interpuesto por doña Irene y desestimando la demanda.

⊙ Don Claudio interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se pide que se declare su propiedad sobre la vivienda objeto del litigio y, señala el Tribunal Supremo, lleva razón en su pretensión, porque ha quedado probado en los autos que le pertenece la propiedad del piso ocupado por la que fue esposa de su hijo, puesto que tanto la sentencia de 1.ª Instancia como la de apelación consideran que el derecho de propiedad de don Claudio «está perfectamente acreditado». Por tanto y sin mayores argumentos, debe admitirse el primer motivo del recurso de casación.

Los dos siguientes motivos de casación del presente recurso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1692 4 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncian de nuevo la violación del artículo 348 del Código civil, esta vez en relación con los artículos 1564 y 1565 de la Ley de Enjuiciamiento civil en el segundo de los motivos, y con los artículos 1741 y 1750 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en el tercero. En definitiva, lo que se recurre de la sentencia apelada es el reconocimiento del derecho de la demandada a seguir poseyendo la vivienda, cuya propiedad ostenta el ahora recurrente. Y ésta es la cuestión fundamental del recurso, que se va a examinar estudiando conjuntamente los motivos segundo y tercero.

El problema de la reclamación por el tercero propietario de la vivienda que había sido usada sin título concreto por uno de los hijos del mismo propietario ha sido objeto de discusión, debido a la falta de concreción del título que legitima al hijo o hija para poseer. Se ha sometido a la consideración de este Tribunal en dos ocasiones:

a) En la sentencia de 2 de diciembre de 1992, esta Sala concluyó que estaba fijado el uso de la vivienda «por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal «uso preciso y determinado» lo impregna de la característica especial que diferencia el comodato del precario (artículos 1749 y 1750 de la Ley de Enjuiciamiento civil), pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esta necesidad familiar que no se ha negado en la demanda». Por ello estimó el recurso y mantuvo la posesión de la nuera y las hijas del matrimonio disuelto.

b) La sentencia de 31 de diciembre de 1994 señala que «siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita el ceder el uso de la vivienda. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso». Esta sentencia está en la línea de la dictada por esta Sala antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, que introdujo el divorcio como medio de disolución del matrimonio. Se trata de la sentencia de 30 de noviembre de 1964 que declaró que «aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen la vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que esa cesión del uso y disfrute, sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced, no puede inferirse, mientras otra cosa no conste

que se establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario, en el sentido técnico con que el derecho romano lo configuraba; que cesará cuando a él quieran ponerle fin el cedente o el cesionario (...)», de modo que según esta sentencia, «la cesión del uso y disfrute de una vivienda a un familiar muy allegado, sin señalamiento o exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario». Y aunque el caso resuelto en esta sentencia afectaba a una viuda, esta decisión puede ser considerada como un precedente para la resolución del presente recurso.

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

Debemos pronunciarnos a continuación sobre las circunstancias del presente recurso. Y para ello debemos examinar si la demandada, Sra. Irene ostentaba un título que le permitiera seguir poseyendo el inmueble propiedad del padre de su marido, una vez producida de la crisis matrimonial y determinados sus efectos.

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

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

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

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

La aplicación de esta doctrina al presente recurso nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario, porque habiendo probado el actor su título de propiedad, no ha quedado probado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer el inmueble aquí reivindicado.

A esta conclusión opuso la Sra. Irene el argumento de la protección de la vivienda ligado a la de la familia. Este argumento es absolutamente aceptable cuando se trata de las relaciones entre cónyuges, pero no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio que se disuelve y que no son parte, porque no pueden serlo, en el procedimiento matrimonial (argumento *ex* sentencia del Tribunal Constitucional 126/1989, de 12 de julio).

Por tanto, la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual. Al haberse convertido en un precario la posesión concedida inicialmente por el Sr. Claudio, tal como indica la sentencia recaída en el litigio en la 1.ª Instancia, el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, una vez atribuido el uso a uno de los cónyuges, con exclusión del otro.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Inadmisión del recurso de casación en el que se cuestionaba si en un procedimiento de divorcio puede el Tribunal, corrigiendo lo acordado por los cónyuges, establecer un límite temporal a la pensión inicialmente pactada como definitiva en el convenio regulador de la separación, al no haberse aportado jurisprudencia que resulte contradictoria para configurar el presupuesto del interés casacional.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, AUTO DE 19 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Félix interpuso demanda de divorcio contra doña María Purificación solicitando que se dictase sentencia por la que estimando la demanda acuerde la disolución por Divorcio del matrimonio de los mencionados cónyuges a los efectos civiles, y se adopten como medidas dimanantes del mismo las expuestas en el Hecho Sexto de esta Demanda, condenando a la demandada al pago de las costas totales en el supuesto de que se opusiera a la presente.

⊙ Doña María Purificación contestó a la demanda solicitando el divorcio y que se acordasen como efectos del mismo: A) Régimen de Visitas y Vacaciones: Manteniendo el régimen de visitas, pactado en los apartados b) y c) de la cláusula Tercera del Convenio Regulador, suscrito por los cónyuges, con fecha 24 de marzo de 1998, se aclare que las vistas pactadas deberán realizarse en la ciudad de residencia de la niña: Zaragoza; sin que pueda el esposo trasladar a la niña a otra ciudad, cuando la visite en ejercicio de su derecho. Prohibición que, obviamente, sólo se refiere al ejercicio de su derecho de visitas y no al de vacaciones. B) Contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio en atención a la hija común: Con modificación de la cláusula Cuarta del Convenio Regulador, suscrito por los cónyuges, que quedará redactada de la siguiente forma: «Cuarta. El esposo abonará, en concepto de alimentos para la hija, por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, la suma de 175.000 pesetas/mes. La anterior cantidad se actualizará anualmente, a tenor de la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo. Los gastos extraordinarios que afecten a la hija común, tanto sanitarios, como de actividades extraescolares o de cualquier otro tipo, serán satisfechas por ambos progenitores por mitad e iguales partes». C). Manteniéndose las restantes cláusulas pactadas en el Convenio Regulador, suscrito por los cónyuges, con fecha 24 de marzo de 1998.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza dictó Sentencia el 27 de junio de 2001 declarando el divorcio y manteniendo los efectos de la sentencia de separación de fecha 29 de abril de 1998, que aprobó el convenio regulador de fecha 24 de marzo de 1998, excepto el uso del domicilio conyugal, para la esposa, contemplado en la estipulación segunda, que se deja sin efecto. Se declara extinguido el derecho expectante de viudedad. La pensión compensatoria de la cláusula quinta se limita por 5 años a partir de la fecha de la sentencia de separación (es decir, hasta el mes de abril de 2003, inclusive). La cláusula tercera se deja sin efecto, y el padre podrá visitar y relacionarse con su hija, desde la salida del colegio a las 20 horas del domingo, en que reintegrará a la hija al domicilio materno, en fines de semana alternos. Además la mitad de vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa y un mes en verano, dividido en dos quincenas, a elegir, el padre los años impares, y la madre, los años pares. Los gastos extraordinarios de la hija serán abonados por mitad entre los padres. Sin expresa condena en costas.

- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Zaragoza dictó Sentencia el 6 de marzo de 2002 desestimando el recurso de casación interpuesto por las partes.

- Doña María Purificación interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación objeto de enjuiciamiento se plantea por interés casacional en relación con la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, y versa, como punto o cuestión controvertida, sobre si cabe establecer con carácter temporal la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil.

La Sentencia del Juzgado razonó que «respecto a la pensión por desequilibrio es reiterada la jurisprudencia que afirma que no puede convertirse en una pensión vitalicia, sino que su verdadera naturaleza es la de corregir la descompensación económica en los patrimonios de los cónyuges hasta que el que perciba menos ingresos, se rehaga y pueda vivir de forma independiente. En el supuesto de autos, la demandada de 36 años de edad y 7 años de matrimonio, durante él trabajó en Tortosa para un despacho de reconocido prestigio y ahora ha entrado a formar parte de un despacho de don Abelardo, en donde comenzó en Zaragoza en el mes de febrero del año 2000, y aún no ha conseguido rehacerse económicamente. Por ello se mantiene la pensión por importe de 50.000 pesetas mensuales, pero limitada por un período de cinco años desde la fecha de la presente resolución, teniendo en mente [sic] las circunstancias del artículo 97 CC».

La Sentencia de la Audiencia Provincial respecto del tema que aquí interesa razona que «en cuanto a la pensión compensatoria ésta se pactó en el convenio regulador de manera ilimitada por 50.000 pesetas mensuales, pero también parece evidente que la demandada se ha trasladado a vivir a Zaragoza junto a su madre, donde ha residido de soltera contando pues con un mayor apoyo tanto familiar como laboral, en suma parece adecuado, dado que el matrimonio sólo duró 4 años y pico, la edad de la esposa así como su cualificación laboral (artículo 97 del Código Civil), la limitación temporal que sostiene la sentencia recurrida que también debe ser confirmada en este apartado».

El primer motivo se refiere a la aplicación de los artículos 97, 100, 101 y 1255 del Código Civil y 222, 19, 415 y 428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se fundamenta en la modificación de lo acordado, libre y voluntariamente, por los cónyuges litigantes en el Convenio Regulador y sancionado por el Juzgado en su sentencia (se refiere a la de separación de 29 de abril de 1998), en orden a la permanencia de la Pensión Compensatoria por desequilibrio a favor de la esposa, sin haber sufrido cambio en las circunstancias. Y el tercer motivo se refiere a la aplicación de los artículos 2.3, 97, 100, 101 y 1255 del Código Civil, y se fundamenta en haberse fijado como fecha de inicio de la limitación temporal la de la sentencia de separación, lo que supone atribuirle carácter retroactivo.

Los dos motivos anteriores fueron inadmitidos por Auto de la Sala de Admisiones de este Tribunal de 1 de febrero de 2005, y por consiguiente quedan fuera del ámbito de análisis casacional, el cual se limita al motivo segundo.

La cuestión que se suscita ante esta Sala, en dicho motivo 2.º, con amparo en el artículo 477.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 97, 100, 101 y 1255 del Código Civil, consiste en «si, establecida la pensión compensatoria, ésta ha de ser necesariamente limitada en el tiempo».

Para resolver la cuestión suscitada es preciso hacer dos apreciaciones previas. La primera consiste en que es ajeno al motivo, y por lo tanto a la *cognitio* de esta Tribunal, el tema intercalado en la argumentación de la parte recurrente acerca de si cabe apartarse de lo pactado por los cónyuges. Plantea la parte recurrente si «puede el Tribunal, corrigiendo lo acordado por los cónyuges, establecer un límite temporal a la pensión inicialmente pactada como definitiva». Al problema del pacto se refería el primer motivo, y el mismo fue inadmitido. Por otra parte, de la jurisprudencia aportada no resulta la contradicción exigible para configurar el presupuesto del interés casacional. Es más, en una de ellas, que se cita como contraria a la temporalidad de la pensión compensatoria, claramente se acepta la posibilidad de modificar lo pactado –pensión establecida convencionalmente– por alteración sustancial de las circunstancias, cuya carga probatoria incumbe al que pretende la alteración. La segunda apreciación es que la Sentencia recurrida, y lo mismo sucede con la de

primera instancia, no dicen que «necesariamente» la pensión limitada ha de ser temporal, ni ello cabe deducirlo de la referencia de la resolución del Juzgado a que la pensión por desequilibrio «no puede convertirse en una pensión vitalicia». Y ambas resoluciones, se atienen a las circunstancias del caso para fijarla en el mismo durante un tiempo limitado.

La cuestión sometida al *dubio* queda reducida a si cabe establecer la pensión compensatoria con carácter temporal, lo que ya ha sido resuelto en sentido afirmativo, siempre con sujeción a las pautas que se establecen, por las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero y 28 de abril del presente año 2005, dictadas en interés casacional, y cuya doctrina jurisprudencial no resulta contradicha por la resolución recurrida.

En el mismo sentido positivo se ha manifestado el legislador, pues la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Desestimado el recurso de casación interpuesto respecto a si en el divorcio cabe modificar la pensión compensatoria que se fijó en la separación, de modo que se pueda establecer de forma temporal cuando lo era con carácter ilimitado por no haber jurisprudencia contradictoria y porque el juzgador *a quo* examina las circunstancias del caso y no aprecia alteración y este extremo es inconmovible en el recurso de casación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Pedro interpuso demanda de divorcio contra doña Ana solicitando que se dictase sentencia declarando la disolución del vínculo matrimonial por divorcio del matrimonio contraído entre doña Ana y don Pedro, con causa en lo establecido en el artículo 86.2 del Código Civil y acuerde adoptar las siguientes medidas complementarias, entre otras: 5.º Se temporalice la pensión compensatoria fijada para la esposa en Sentencia de Separación en la suma mensual de 130.303 pesetas, durante un plazo de cinco años, con efectos a parte de la Resolución dictada en esta instancia, cantidad pagadera por adelantado, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que al efecto designe la esposa, y actualizable anualmente según las variaciones que experimente el IPC que dice el INE u Organismo Oficial que le sustituya.

⊙ Doña Ana contestó a la demanda y alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para suplicar al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se declare la disolución de vínculo matrimonial por divorcio, desestimándose las medidas complementarias, que serán sustituidas por las que se solicitan en la demanda reconvencional. Formuló reconvención, con alegación de hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para suplicar al Juzgado dictase Sentencia «estimatoria de la presente demanda y por la que se declaren, entre otras las siguientes: 5.ª Pensión compensatoria: Procede modificarla al alza y dejarla establecida en la cantidad de 225.000 pesetas/mes, sin fijación de término temporal.

⊙ Don Pedro, contestó a la demanda reconvencional alegando los hechos y fundamentos de derecho aplicables, suplicando al Juzgado dictase Sentencia desestimando íntegramente todos y cada uno de los pedimentos formulados de adverso.

- El Juez de Primera Instancia núm. 3 de Palma dictó Sentencia el 31 de mayo de 2001 estimando la demanda y acordando, entre otras medidas la siguiente: «e) Se acuerda fijar a favor de la esposa pensión compensatoria en la cuantía que resulte de actualizar la inicialmente señalada en sentencia de separación y por un plazo de seis años a contar desde la firmeza de la sentencia. Dicha pensión será revisada anualmente conforme a las variaciones que experimenta el coste de la vida, según los índices aprobados por el organismo oficial competente.».

- En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Baleares dictó Sentencia el 29 de abril de 2002 estimando parcialmente el recurso interpuesto por doña Ana y entre otros pronunciamientos acuerda dejar sin efecto el carácter temporal de la pensión compensatoria acordada en la sentencia de instancia, manteniéndose la misma en la forma que fue acordada en la sentencia de separación.

- Don Pedro interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación objeto de enjuiciamiento versa sobre un tema de pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, impugnándose la Sentencia de la Audiencia Provincial por existir interés casacional al resolver una cuestión sobre la que se afirma que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales (artículo 477.2.3.º y 3 LEC). La Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Palma de Mallorca de 31 de mayo de 2001, dictada en el procedimiento de divorcio autos núm. 1214 de 2000, seguidos a instancia de don Pedro contra doña Ana, acuerda, entre otros pronunciamientos y en lo que aquí interesa, en el particular E) del fallo, «fijar a favor de la esposa pensión compensatoria en la cuantía que resulte de actualizar la inicialmente señalada en sentencia de separación y por un plazo de seis años a contar desde la firmeza de la sentencia. Dicha pensión será revisada anualmente conforme a las variaciones que experimenta el coste de la vida, según los índices aprobados por el organismo oficial competente».

La Sentencia dictada en apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de la misma Capital el 29 de abril de 2002, en el Rollo 467/2001, modifica el particular antes expuesto y acuerda «dejar sin efecto el carácter temporal de la pensión compensatoria acordada en la Sentencia de instancia, manteniéndose la misma en la forma que fue acordada en la Sentencia de separación».

La resolución de segunda instancia examina ampliamente el tema de la pensión compensatoria en los fundamentos de derecho tercero y párrafos primero y tercero del cuarto. De su contenido interesa resaltar para resolver el recurso que se examina el texto siguiente: «Y visto el contenido de los dos artículos anteriores (se refiere al 99 y 101 del Código Civil), esta Sala entiende que procede estimar en este extremo el recurso de apelación interpuesto por la señora Ana, por cuanto una vez establecido en la sentencia de separación el derecho a la pensión compensatoria a favor de la esposa sin limitación temporal alguna, no puede pretenderse en el procedimiento de divorcio posterior la limitación temporal de tal derecho, ya que ello en realidad lo que supone es la extinción del derecho de la pensión aunque no de forma inmediata sino en el plazo señalado en la sentencia, cuando dicha extinción, conforme lo dispuesto en el artículo 101 del Código Civil, exige el cese de la causa que lo motivó y no una simple alteración sustancial de circunstancias, ya que tal alteración sustancial de circunstancias lo único que permite, conforme lo señalado en el artículo 100 del Código Civil, es una modificación en la cuantía de la pensión compensatoria establecida en su día pero no su extinción. Es decir, el artículo 97 del Código Civil establece como presupuesto necesario para el nacimiento de dicho derecho que la separación produzca un desequilibrio económico al cónyuge que solicita la concesión de tal derecho en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio; y una vez que se da dicho presupuesto se fija la pensión teniendo en cuenta las distintas circunstancias a que se refiere el mencionado artículo en los ocho apartados del mismo». A continuación se refiere a las circunstancias tenidas en cuenta en la Sentencia de separación de 21 de octubre de 1999, y seguidamente añade: «Por lo tanto, la causa que motivó el derecho de la pensión compensatoria no ha cesado, por lo que no puede acordarse su extinción, que, en realidad es lo que se acuerda en la Sentencia de instancia aunque no de forma inmediata pero sí diferida al plazo de seis

años. Es decir, el desequilibrio sigue existiendo...», argumentando la resolución sobre las circunstancias que afirma «no desaparecen por el transcurso del tiempo». Todo ello en el fundamento tercero, pues en el cuarto se trata de la cuantía.

El recurso de casación interpuesto por don Pedro adolece de falta de precisión en la determinación de la cuestión que se somete a la verificación casacional aunque parece deducirse, por un lado, que es el tema de la temporalidad de la pensión compensatoria (apartado denominado motivo segundo), en tanto, por otro [cuarto, ap. A)], bajo la rúbrica Criterios Jurisprudenciales seguidos para sustentar la tesis de fijación temporal de la pensión compensatoria se refiere a que la fijación de la pensión en la sentencia de separación no produce cosa juzgada y no priva al juzgador de nuevo examen a la hora de dictar la sentencia de divorcio, para determinar si persisten o no las circunstancias que aconsejaron su señalamiento.

El recurso, tal y como se ha planteado por la parte recurrente, no se ajusta a la exigencia del interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Ello es así, en cuanto al tema de la temporalidad de la pensión compensatoria, porque la Sentencia objeto de recurso, que indefectiblemente debe ser contemplada en el juicio de contraste y es la única que puede resultar modificada por la de casación, no niega la posibilidad de la pensión temporal, es decir, la posibilidad de que, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, el tribunal pueda fijar una duración limitada en el tiempo a la pensión compensatoria del artículo 97 CC. Lo único que hace es rechazarla en el caso concreto con el fundamento de que en el proceso anterior de separación matrimonial se acordó con duración ilimitada, y no aprecia cambio de circunstancias que justifiquen la sustitución, apreciación esta que queda fuera del control casacional. Y en cuanto al segundo tema, relativo a si en la Sentencia que se dicte en un proceso ulterior sobre divorcio cabe modificar lo que se ha acordado sobre la pensión compensatoria en un proceso anterior, de modo que se pueda fijar en aquélla como temporal lo que antes se estableció con duración ilimitada, lo cierto es que pese al interés del tema, este tribunal no puede entrar a examinarlo por dos razones, una de principio, porque no hay jurisprudencia contradictoria, y otra, específica del asunto, porque, a pesar de sus declaraciones genéricas, el juzgador *a quo* examina las circunstancias del caso, y no aprecia alteración, y este extremo es inconmovible en el recurso de casación. Y se dice que no hay jurisprudencia contradictoria porque, como viene reiterando esta Sala, es preciso que se señalen dos Sentencias con una doctrina determinada de un mismo tribunal (una de las cuales habrá de ser la impugnada), y otras dos Sentencias de otro tribunal con la doctrina contradictoria, debiendo, además, expresar en el escrito de interposición las resoluciones con el contenido básico que justifica el interés casacional, lo que en el recurso que se enjuicia no se hizo, pues no hay el número de sentencias antes mencionado relativas a la cuestión concreta de que se trata.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter privativo de la indemnización que percibió el esposo a consecuencia del accidente de circulación que sufrió y, tras la separación de los cónyuges y a instancia de los tutores del esposo que fue declarado incapaz, se condena a la esposa a la rendición de cuentas de dicha cantidad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Excma. Sra. doña Encarna Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Daniel sufrió un accidente de circulación en 1987, que le produjo unas graves secuelas; fue indemnizado en la cantidad de 47 millones de pesetas (282.475,69 euros). Como consecuencia del mismo accidente, don Daniel percibió también unas pensiones por invalidez, con cargo a la Seguridad Social.

⊙ El 17 de julio de 1991, cuando don Daniel se hallaba internado para ser intervenido, otorgó un poder para la administración especial con las facultades que en el mismo se especificaban, a favor de su esposa, doña María Virtudes, demandada en este pleito, «con relación tanto de los bienes privativos como gananciales».

⊙ El matrimonio se separó el 27 de julio de 1994 y por sentencia de 1 de septiembre del mismo año, don Daniel fue incapacitado y se nombró tutores a sus padres don Ángel Daniel y doña Francisca.

⊙ Don Ángel Daniel y doña Francisca, tutores de don Daniel interpusieron demanda de juicio ordinario contra doña María Virtudes solicitando que se requiera a doña María Virtudes, a fin de que proceda a una correcta rendición de las cuentas tanto del dinero de la indemnización percibida por su esposo, como de las cantidades abonadas al mismo por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en concepto de gran invalidez y de atrasos, dictándose una Sentencia por la que, una vez ordenada la rendición de cuentas solicitada, se condene a doña María Virtudes al reintegro de todas aquellas cantidades que no hayan sido justificadas con los correspondientes intereses legales, así como aquellos devengados en concepto de mora, con expresa condena en costas a la parte demandada.

⊙ Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de doña María Virtudes, como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte Sentencia por la que se estimen las excepciones planteadas y, subsidiariamente, para el caso de que las mismas no fuesen estimadas, se absuelva a mi representada de las pretensiones de contrario, conforme a la rendición de cuentas *ad cautelam* realizada, sin que quepa el reintegro de cantidad alguna, por corresponder ello a un procedimiento judicial distinto como es el de liquidación ganancial.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Madrid dictó Sentencia el 26 de abril de 1996 desestimando la demanda. El Juez consideró que al no haberse liquidado la sociedad de gananciales existente en el matrimonio, no era posible proceder a la liquidación de cuentas pedida, por lo que desestimó la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 8.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 12 de febrero de 1999, con el siguiente fallo: «Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por don Ángel Daniel y doña Francisca, como tutores de su hijo don Daniel, contra la sentencia dictada por el Iltmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 36 de Madrid en los autos originales de los que el presente rollo dimana, revocamos la sentencia apelada y estimando en parte la demanda formulada por aquellos apelantes contra doña María Virtudes condenamos a ésta a que rinda cuentas de las cantidades que recibió su esposo don Daniel como indemnización por el accidente que sufrió en 1987 y que quedaron en poder de la demandada y declaramos ineficaz la donación de cinco millones de pesetas que ésta hizo a favor del hijo del matrimonio y la condenamos a que en la rendición de cuentas compute esa cantidad como perteneciente a don Daniel y se la devuelva a éste en cuanto forme parte del saldo positivo a favor de él y se desestiman las demás pretensiones de la demanda. No se hace condena en costas en ninguna de las dos instancias.»

⊙ Doña María Virtudes interpuso recurso de casación que fue parcialmente estimado por el Tribunal Supremo en el sentido de declarar la incongruencia de la decisión de la sentencia apelada relativa a la ineficacia de la donación efectuada por doña María Virtudes a su hijo y manteniendo en todo lo demás la sentencia apelada.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del recurso se formula por considerar que la sentencia recurrida había incurrido en incongruencia, dado que había declarado la nulidad de una donación efectuada por la recurrente a su hijo, siendo así que esta petición no figuraba en el suplico de la demanda, que se limitaba a pedir la rendición de cuentas y la devolución de las cantidades no justificadas.

Ciertamente lleva razón la recurrente en este motivo de su recurso, puesto que al declarar la nulidad de la donación, la Audiencia ha incurrido en incongruencia por conceder más de lo pedido por los actores, ya que la declaración de nulidad de la donación efectuada al hijo de la demandada nunca fue objeto de petición en la demanda, como se comprueba de la trascripción efectuada en el fundamento primero de esta sentencia. Por ello hay que considerar que la sentencia recurrida lleva a cabo un pronunciamiento decisorio de la nulidad de la donación que no se solicitó y ello con apoyo en diversas sentencias de esta Sala entre las que se citan las de 13 de diciembre de 1993, 29 de abril de 1996, 24 de octubre de 2004.

La admisión de este motivo comporta que no se entre a examinar el tercero de los del recurso, que se centra a argumentar sobre la validez o no de la donación efectuada al menor de edad, hijo de la recurrente, lo que ahora carece de sentido. Sin embargo, la admisión de este motivo no exime a la demandada de la rendición de cuentas de la cantidad donada a su hijo.

Procede admitir este motivo del recurso de casación.

El segundo de los motivos de casación se formula al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1361, 1355, 1251 y 1347 del Código civil. La recurrente considera que se han infringido estos artículos en cuanto que ella era administradora de los bienes gananciales y que se ha infringido la presunción de ganancialidad, al obligarla a rendir cuentas de unos bienes que, según ha declarado a lo largo del procedimiento, se convirtieron en gananciales por voluntad de ambos cónyuges.

El planteamiento del presente motivo no resulta coherente con la estructura misma del régimen de gananciales y ello por las razones siguientes:

1.ª El artículo 1346.6.º del Código civil establece que son bienes privativos «el resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges» y las indemnizaciones de distinto origen adquiridas por el Sr. Lucio tienen esta calificación porque fueron obtenidas como consecuencia del accidente de circulación sufrido. Por tanto siempre fueron bienes privativos del esposo de doña María Virtudes.

2.ª Por lo tanto, en relación con estos bienes, la actuación de la Sra. María Virtudes sólo pudo estar legitimada en el mandato atribuido voluntariamente por su esposo, ya que al tratarse de bienes privativos no estaban incluidos en la administración que el artículo 1375 del Código civil atribuye conjuntamente a los cónyuges sobre bienes gananciales. Y efectivamente así sucedió como se constata por el poder otorgado a doña María Virtudes por su esposo, cuya validez no se ha puesto en duda en este litigio.

Por ello no puede aplicarse la presunción de ganancialidad, porque la ley declara que estos bienes no tienen la cualidad de gananciales, son bienes privativos y para que la hubiesen adquirido, hubiese sido necesaria una declaración expresa del titular de los mismos, que no consta probado que se hubiese producido.

Siendo por tanto doña María Virtudes mandataria de su esposo en virtud del poder otorgado a su favor en el año 1991, deben aplicarse las reglas del mandato, de acuerdo con las cuales, don María Virtudes está obligada a rendir cuentas de su gestión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1720 del Código civil.

Por lo tanto debe rechazarse el segundo motivo del recurso.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se desestima la petición realizada por el esposo que pretendía que un inmueble propiedad exclusiva de su esposa, respondiese del préstamo que solicitó y que dice que se invirtió en la adquisición de aquél, debiendo presumirse que el régimen existente entre los cónyuges era el de separación de bienes.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Vicente Luis Montes Penades

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Marcos, de nacionalidad española, nacido en Barcelona en 1950, residente en Abu Dhabi (Emiratos Árabes Unidos), contrajo matrimonio en Las Vegas (Estado de Nevada, Estados Unidos de América) con doña Ángela, de nacionalidad estadounidense, sin que dicho matrimonio fuera inscrito en el Registro Civil español.

⊙ El matrimonio fijó su domicilio en El Escorial, si bien por razón de su profesión el marido realizaba viajes constantemente fuera de España.

⊙ El 20 de febrero de 1992, Sra. Ángela, adquirió una casa en Vulpellac (Girona), por escritura pública, figurando en la propia escritura y en la posterior carta de pago del resto de precio, otorgada en 15 de mayo de 1992, como soltera. En las escrituras y en el Registro de la Propiedad figura la Sra. Ángela como titular.

⊙ Don Marcos mantiene que el dinero con el que la demandada adquirió el referido inmueble era suyo en su totalidad, proveniente de un préstamo que concertó con una entidad domiciliada en Suiza.

⊙ La unión sentimental que, según don Marcos, mantenían, se rompió en noviembre de 1994, por abandono de doña Ángela.

⊙ Don Marcos le reclamó la transferencia de la casa a su nombre.

⊙ La Sra. Ángela presentó demanda de divorcio ante el Tribunal del Condado de Santa Bárbara (California, EEUU).

⊙ En diciembre de 1995 don Marcos presentó demanda frente a doña Ángela solicitando que se dictase sentencia en la que alternativamente se declarara: que el referido matrimonio es ineficaz en España, por no haberse inscrito en el Registro Civil y, a consecuencia de ello, el bien adquirido por la demandada «es de carácter privativo de ella, aunque el referido inmueble deberá responder del pago del crédito de 11.200.000 pesetas, más los intereses derivados del mismo al 8% anual desde la fecha de constitución, el 10 de enero de 1992, y por plazo de 5 años», conseguido por don Marcos en Ginebra (Suiza) de la entidad Financiera Edison Management Corp., además de acordar la rectificación del asiento registral, en el sentido de vincular el inmueble al pago del referido crédito o al reembolso del mismo al aquí actor, en el supuesto de que llegado el vencimiento, en 10 de enero de 1997, hubiere tenido que ser hecho efectivo por este último»; o b) que el matrimonio civil celebrado por los aquí contendientes es eficaz en España, que el referido matrimonio se rige por la sociedad de gananciales y, en consecuencia, el inmueble es ganancial, y el crédito es igualmente ganancial y en su consecuencia acordar la rectificación del asiento registral en el sentido de que el inmueble pertenece con

carácter ganancial a los contendientes, y que el mismo inmueble responderá del pago del referido crédito o del reembolso del mismo por el actor. En ambos supuestos, con costas.

⊙ La demandada compareció y contestó la demanda en julio de 1996. Opuso la excepción de falta de jurisdicción, con base en la regla del num 3.º del artículo 22 LOPJ y, con carácter subsidiario, postuló sentencia en la que se declarase que el matrimonio, como ajustado a la *lex loci*, es válido y eficaz en España desde su celebración y que, siendo catalán el marido, se rige por el régimen de separación, por lo que el inmueble es privativo de ella, sin que haya de restituir cantidad alguna.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia de La Bisbal d' Empordà núm. 2 dictó Sentencia el 6 de mayo de 1998 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Girona, dictó Sentencia el 18 de marzo de 1999 desestimando el recurso interpuesto por don Marcos.

⊙ Don Marcos interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en cuanto a la competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda, pero volvió a desestimar la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Juzgado de Primera Instancia entendió que se pide, como cuestión principal, la declaración de eficacia o de ineficacia del matrimonio en España y, como consecuencia de ello, se determine el carácter privativo o ganancial del inmueble, en tanto que por la demandada se opone fundamentalmente la falta de jurisdicción, que es lo que concluye, aplicando las reglas del artículo 22, núm. 3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

La Sala de Instancia comparte la solución final, pero no el *iter* que siguió el Juzgador de Primera Instancia. Considera que el actor no solicitó la nulidad sino la ineficacia por falta de inscripción, pero subyaciendo en ello la cuestión principal, que es patrimonial, ya que lo que pretende el actor es determinar quién es el real titular de la finca, esto es, si lo es la señora demandada, o los dos cónyuges. Se trata de un efecto patrimonial –dice la Sala– del matrimonio, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción española en los casos establecidos en el artículo 22.3.º LOPJ. Pero no se da aquí ninguno de los supuestos, y el matrimonio, por otra parte, tuvo existencia y vigencia, a juzgar por los datos que obran en Autos. Luego –concluye– no dándose ninguno de los puntos de conexión que señala el repetido precepto 22.3.º de la LOPJ, hay falta de jurisdicción.

En el primer motivo se denuncia la infracción por inaplicación del artículo 62.4.º de la LEC 1881, puesto que, a juicio del recurrente, ejercita una acción mixta «y por tanto, competencia del juzgado español».

El motivo no puede prosperar. Carece, en primer lugar, de técnica casacional, empezando porque quiere plantear un problema de defecto de jurisdicción, que habría de conducirse por el cauce del ordinal 1.º del artículo 1692 LEC 1881, como han señalado, entre otras, las Sentencias de 5 de octubre de 2001, de 22 de marzo de 2000, de 25 de noviembre de 2003, si bien el error en la consignación del número del ordinal del artículo 1692 LEC 1881 no impide que se entre en su estudio –y lo mismo ocurre con los motivos 2.º y 3.º, como se verá–, tal y como han dicho, entre otras, las Sentencias de 17 de febrero de 2005, de 6 de noviembre de 1992 o de 28 de septiembre de 1993. Pero, además, sigue por hallarse ante una total confusión entre la jurisdicción y la competencia territorial, dado que, como es notorio, el artículo que se invoca como infringido se refiere sólo a esto último.

En segundo lugar, el recurrente confunde la acumulación de acciones con la calidad de la acción, y denomina «acción mixta», aunque en este concreto punto puede tener apoyo en cierta jurisprudencia que admite como acción mixta «la concurrencia de acciones varias, unas de contenido personal y otras real, que el titular utiliza conjuntamente para obtener su vinculación totalitaria de la sentencia, y forman un complejo integral, de tendencia finalista única» (Sentencia de 24 de diciembre de 1934, de 17 de mayo de 1932). Amén de que, en el caso, la eficacia del matrimonio podría determinar, en el caso de que los cónyuges estuvieren casados bajo el régimen de gananciales, la adquisición *ex lege* del inmueble, en régimen de comunidad, por el marido, en base a un precepto como el artículo 1347.3.º del Código civil (en relación con el artículo 609 CC y 94.1 del Reglamento Hipotecario), siempre que se tratara de una adquisición onerosa a costa del caudal común, aunque es cierto que goza de una presunción.

Pero no es esto ni lo que ocurre ni lo que se pide. En el supuesto de hecho, la demandada se presenta como soltera y verifica el pago del precio a su nombre, sin implicar para nada al marido, que en el litigio dice que no lo es «en España», de entrada, aunque alternativamente solicita que se declare que lo es (que está casado) y que el inmueble es ganancial, como también el crédito.

Pero la pretensión de fondo, como acertadamente señala la Sala de instancia, es de orden patrimonial y se dirige a establecer no ya la propiedad o la copropiedad del inmueble adquirido por demanda, sino la vinculación del inmueble al pago del crédito que el actor dice haber conseguido, transfiriendo los fondos a la demandada, y puede verse obligado a pagar. Esta pretensión, ya se intente como «propiedad» (en el pedimento alternativo «b») ya como una especie de afección a la que se denomina «responsabilidad», tiene carácter real y, desde el punto de vista, las declaraciones que se postulan sobre eficacia o ineficacia del matrimonio son meramente instrumentales.

No hay aquí una «acción mixta», pues, como ha dicho la Sentencia de 15 de diciembre de 1999, aunque algunas sentencias admitieron la aplicación del fuero de las acciones mixtas a los supuestos de concurrencia de acciones personales y reales (Sentencias de 24 de diciembre de 1934, ya citada, de 4 de agosto de 1935, de 3 de mayo de 1949), esta doctrina ha sido rechazada por otras decisiones (7 de diciembre de 1940, 2 de julio de 1941, 8 de julio de 1942), al considerar que no basta la concurrencia, porque rige la acción básica o principal, sobre la cual se determina la competencia. No hay, pues, que entender que hay «acción mixta» cuando se ejercitan acciones reales y personales, pues la denominación se reserva para las antiguas acciones mixtas (las divisorias) y para las acciones complejas, como la petición de herencia (Sentencias de 26 de octubre de 1951, de 4 de abril y de 5 de diciembre de 1961, entre otras).

Por otra parte, es claro que la infracción que se denuncia no podría darse, puesto que la incompetencia de jurisdicción, si se diera en el caso, debería estimarse con carácter previo a la cuestión sobre la competencia territorial. El Tribunal *a quo*, haya acertado o no en la solución, no ha podido infringir la regla del artículo 62.4.º LEC 1881, y el motivo ha de ser desestimado.

En el segundo motivo, se denuncia la infracción por inaplicación del artículo 22.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también al amparo del ordinal 2.º del artículo 1694 de la LEC 1881, cuando, como hemos visto, debería haberse formulado por el 1.º

El motivo ha de ser estimado. El actor, si bien ha aludido e incluso ha postulado la ineficacia (y también la eficacia, pero bajo un cierto régimen económico) de su matrimonio, deduce una pretensión de orden real sobre un bien inmueble radicado en España. Una pretensión que determina la competencia y la jurisdicción de los tribunales españoles, en base al artículo 22.1.º LOPJ, y que no puede ser oscurecida (en el intento del actor) por la parte de los pedimentos en que se postula una declaración de ineficacia o de eficacia del matrimonio. Esa «ineficacia», basada en la falta de inscripción, no es exactamente una pretensión dirigida a establecer la nulidad, como la declaración de «eficacia» no parece estar comprendida en la regla del núm. 3 del artículo 22 LOPJ. Pero, sea de ello lo que fuere, en todo caso son pretensiones instrumentales para la postulación de la declaración de una suerte de afección real del inmueble al pago del crédito. Una cuestión que claramente implica la competencia de los tribunales españoles.

Tanto más cuanto que la existencia del matrimonio parece indudable, como lo es que sería válido con arreglo a la *lex loci* y el requisito de su inscripción no le privaría de efectos entre los cónyuges (Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1996, de 11 de enero de 1999, de 12 de febrero de 1994, de 11 de abril de 1995, de 1 de julio de 1989, etc), sino que además se haya contraído o se haya seguido bajo el régimen de gananciales, lo que en el caso deja de estar claro, en vista de que el hecho del nacimiento en Cataluña, de la que salió después de la mayoría de edad, pudo haber determinado la aplicación del régimen de Derecho catalán, que es

el de separación de bienes, salvo pacto capitular en que se pacte otro.

En el Motivo Tercero, se denuncia la infracción de la propia regla del número 3.º del artículo 22 LOPJ, y una vez más la cuestión se introduce por el ordinal 2.º del artículo 1692 LEC 1881, en vez de por el ordinal 1.º

El recurrente trata de justificar la que sería aplicación indebida de la regla indicada sobre la base de que se está debatiendo se refiere «a un bien inmueble situado en España adquirido formalmente por una persona con el dinero de otra, mientras duró una unión sentimental de hecho» y trata de acudir a decisiones relativas a la inaplicabilidad del régimen matrimonial de bienes a las uniones libres.

El motivo se desestima. La cuestión que ahora se suscita está en contradicción con los argumentos deducidos en la litis y con los propios pedimentos de la demanda, además de que sería, por otra parte, una cuestión nueva, que no cabe plantear en casación, según está ampliamente establecido por la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 23 de mayo de 2002, de 19 de febrero de 2004, de 15 de febrero y 12 de julio de 2002, entra tantas otras).

En el Cuarto de los motivos, al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 LEC 1881, se denuncia la infracción del artículo 61.2.º y 3.º del Código civil, por inaplicación, que se produce –dice el recurrente– al considerar la sentencia que efectivamente existió matrimonio y que el mismo produjo efectos civiles desde su celebración, lo que ha dado lugar a considerar cuestión patrimonial entre cónyuges los temas debatidos en este procedimiento».

El motivo ha de ser desestimado *a radice*. A parte de que no es fácil entender lo que se pretende, toda vez que en uno de los pedimentos alternativos admite el propio actor que se declare que el matrimonio existe, la peregrina tesis que ahora defiende, sobre la posibilidad de un matrimonio que existiría en los EEUU pero no en España, ignorando la regla final del artículo 49 del Código civil y la 1.ª del propio artículo 61 CC, carece absolutamente de soporte argumental en la litis, con el agravante, además, de que el recurrente pretende ahora un nuevo examen y una nueva valoración de la prueba, convirtiendo la casación en una tercera instancia (Sentencias de 10 de noviembre de 2003, de 4 de diciembre de 2003, de 30 de mayo de 2001, de 27 de febrero de 2002, etc.) e incurriendo en el vicio denominado «hacer supuesto de la cuestión» ya que el recurrente parte de hechos distintos de los apreciados en la instancia, sin combatir la valoración de la prueba por el cauce adecuado (Sentencias de 22 de mayo de 2002, de 12 de mayo de 2005, de 12 de junio de 2002, de 22 de febrero de 2005, entre otras).

Entiende, pues, la Sala que, en base a la pretensión principal que se deduce, se ha de aceptar la competencia de los tribunales españoles y, en concreto, del juzgado al que se ha dirigido el actor y ante el que ha comparecido la demandada.

Otra cosa, es sin embargo, que la acción entablada puede prosperar. En primer lugar, la vinculación que se pretende establecer entre el inmueble y el crédito que dice el actor haber obtenido y transferido, no se entiende. Si se trata de una garantía, no encaja en figura alguna, y tema sometido a régimen de tipicidad. No hay aquí –y se trata de un inmueble– hipoteca ni cualquier otra figura de garantía. Además, la «responsabilidad» había de derivar de una obligación, y para ningún efecto se ha establecido la existencia de una deuda de la demandada frente al actor. Ni siquiera aceptando la realidad del préstamo obtenido y la transferencia de los fondos, pues falta demostrar a título de qué se haría tal transferencia, y caben diversos títulos, incluso la donación. No se determina cuál había de ser la razón por la que la demandada había de restituir, reponer o atender el pago del crédito. Incluso si se pretendiera una suerte de enriquecimiento injusto (lo que no se postula) habría de establecerse cómo se ha enriquecido la demandada a costa del actor, y realizarse las postulaciones correspondientes.

Y en cuanto al efecto patrimonial del régimen legal o convencional de bienes del matrimonio, únicamente podría derivar de la existencia entre los cónyuges del régimen de la sociedad de gananciales o de otro de comunidad, lo que, en el caso, es altamente improbable en el caso de un español nacido en Barcelona, al que hay que suponer vecino catalán cuando se casa, y por ello, con arreglo al precepto vigente cuando el matrimonio se contrajo, debió aplicarse a ese matrimonio el régimen de separación de bienes o acaso el régimen del domicilio común de los cónyuges, lo que no se debatido ni acreditado en la instancia.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter ganancial de la deuda que mantenía el esposo –abogado en ejercicio– con un cliente derivada de la liquidación de la provisión de fondos, no existiendo incongruencia en la sentencia que condena a la esposa en su participación en los bienes comunes del patrimonio consorcial.

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

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Industrias Aragonesas del Calzado SA interpuso demanda de menor cuantía contra doña Remedios y don Diego, sobre rendición de cuentas, solicitando que se dictase sentencia por la que se declarase lo siguiente: a) Que la entidad actora efectuó provisión de fondos a don Diego en su condición de Letrado-Director del Procedimiento núm. 201/91 del Juzgado de Primera Instancia de la Almunia de doña Godina para atención de gastos y suplidos en cuantía de veintiocho millones de pesetas (28.000.000 pesetas). b) Que se declarase la cuantía de los gastos que don Diego ha efectuado legítimamente como consecuencia de la Dirección Letrada del procedimiento judicial expresado. c) Que se declarase la cuantía de la minuta profesional de don Diego, devengada por su intervención en los autos núm. 201/91 citados. Para ello intereso que el demandado presente en las actuaciones minuta en forma, detallando cada uno de los conceptos que la compongan. Si esta parte la considera excesiva, se formulará impugnación de la misma, tramitándose en el período probatorio el informe a que hace referencia el artículo 427 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ponderándola, en este supuesto la Autoridad Judicial a la vista de las alegaciones realizadas y el Informe solicitado; con el apercibimiento de que en el supuesto que el demandado no presentara dicha minuta en forma, se efectuará igualmente, la liquidación de la Provisión de Fondos reservándole su Derecho para reclamarla como y donde proceda. d) Que por el demandado o en su caso por el Juzgado, a la vista de los tres apartados anteriores (o en su caso de los apartados a y b), se realizara la correspondiente liquidación de la provisión de fondos efectuada, ordenándole reintegrar a la entidad actora la diferencia, si existiera. e) Que se condenara al demandado al abono de intereses desde el momento en que debió practicarse la liquidación, de conformidad con el contrato de arrendamiento de servicios profesionales concertado. f) Que se condenara al demandado al pago de todas las costas procesales.

⊙ Admitida a trámite la demanda, el demandado contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se estimara la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, así como la ampliación de la misma, absolviendo en la instancia, sin entrar a conocer el fondo de las mismas y, en otro caso, se desestimara la demanda inicial del procedimiento, así como su posterior ampliación absolviendo a los demandados de cuantos pronunciamientos se pretendieran en la misma, todo ello con imposición de las costas a la actora.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia de Almunia de doña Godina dictó Sentencia el 27 de julio de 1998 estimando la demanda y condenado a don Diego a abonar a la actora la cantidad de 14.680.853 pesetas, que devengarán el interés legal desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago. Igualmente condenó a doña Remedios a responder de dicha cantidad con su participación en

los bienes comunes del patrimonio consorcial. Todo ello con expresa imposición a los demandados de las costas causadas en el presente procedimiento.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Zaragoza, dictó Sentencia el 20 de abril de 1999 estimando parcialmente el recurso interpuesto por doña Remedios en su propio nombre y derecho y como tutora de don Diego y con revocación parcial de la sentencia de instancia, se fija la cuantía por la que deberán responder los apelantes, en 11.787.564 pesetas, confirmando la sentencia de instancia en todos sus demás extremos, y sin hacer una especial imposición de las costas de esta alzada».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del recurso denuncia la violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional acerca de la congruencia. La acusación resulta totalmente infundada y se escuda en artificiosos argumentos que no se corresponden con la realidad de las pretensiones ejercitadas y la concordante respuesta judicial. No se puede considerar incongruente, como se afirma, la condena a la recurrente, que es cónyuge y representante legal del también demandado y condenado Sr. Diego, puesto que la cantidad que se reclama, establecida, finalmente, por la sentencia, es una deuda imputable a los bienes comunes del patrimonio consorcial, de manera, que fue, tal razón, la que determinó la llamada al proceso del cónyuge que no había contraído directamente la responsabilidad derivada del crédito recibido. En suma, el motivo perece.

El segundo motivo considera que se ha infringido el artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 1254 y 1257 del Código civil, por falta de legitimación pasiva. Mas esta aseveración, carece de sustento, en atención a que la provisión de fondos, origen del pleito, facilitada para gastos y honorarios en relación con el encargo profesional hecho al marido de la recurrente, como abogado, antes del accidente que sufrió y posterior incapacitación, se inserta, obviamente, en la partida cuarta del artículo 1362 del Código civil. Como expresa la sentencia recurrida la legitimación pasiva de la recurrente resulta no del hecho de haber participado en la relación jurídica de la que proviene el crédito, sino del hecho de que de ese crédito debe responder el patrimonio consorcial. En definitiva, el motivo sucumbe.

El tercero y último de los motivos denuncia la inaplicación del artículo 1249 del Código civil en relación con el artículo 1253 del mismo texto legal, así como de la jurisprudencia que lo interpreta. Empero, la argumentación que formula la recurrente nada tiene que ver con la aplicación de las presunciones al caso debatido, pues, de los datos de que parte, se infiere lo contrario, dado que justamente como reconoce, la interesada, la Sala entendió que la prueba intentada del supuesto pacto que se alegó, carecía de entidad probatoria suficiente para considerar acreditado el pacto que se alegaba. Inferir de estos datos, por el carácter equívoco de los indicios, la necesidad de construir una presunción favorable a la recurrente, implica una suplantación de la función genuina del juzgador y la construcción unilateral, al margen de los hechos probados, de unas presunciones que configuran la creación de unos hechos propios, conducta no admisible en sede casacional. Por tanto, el motivo sucumbe.

UNIONES DE HECHO

Desestimación de la demanda interpuesta por un conviviente contra otro y en la que se reclama la propiedad de unos inmuebles que adquirieron en pro indiviso durante la convivencia al no considerarse que existiese donación por razón de matrimonio ni negocio fiduciario.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Adolfo y doña Constanza mantuvieron una relación de pareja desde el año 1987 hasta 1997, año en el que se rompió la misma. Fruto de esas relaciones fue el nacimiento de una hija en común durante el mes de diciembre de 1994.

⊙ Previamente, y en concreto en julio de 1991, la Sec. 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, en apelación, decretando el divorcio del matrimonio entre el hoy actor y la que fuera su esposa doña Rita.

⊙ En fecha 5 de junio de 1992 don Adolfo adquirió una finca urbana, sita en Manzanares el Real (Madrid) escriturada a favor de éste y de doña Constanza y al precio de 16.000.000 de pesetas más 960.000 pesetas de IVA, que fueron sufragadas, en su totalidad, por don Adolfo, así como los gastos Notariales –50.500 pesetas– y los Registrales –35.650 pesetas–.

⊙ En fecha 17 de junio de 1996 don Adolfo formalizó escritura de compraventa de un apartamento sito en Gavá-Playa y que se otorgó en favor de ambos por mitad y en común, habiendo satisfecho don Adolfo el total importe de la adquisición, establecida en 20.000.000 de pesetas, si bien para parte de su pago concertó el actor un préstamo hipotecario a la entidad Open-Bank por importe de 13.000.000 de pesetas. Los recibos derivados del préstamo hipotecario han sido satisfechos, hasta ahora por el Sr. Adolfo y con cargo a su cuenta.

⊙ Don Adolfo formuló demanda de menor cuantía contra doña Constanza solicitando que se dicte sentencia por la que se declarase: 1) Que doña Constanza es tan sólo propietaria aparente de la mitad indivisa de las fincas siguientes: A) finca número tres, vivienda o chalé señalado con igual número sita en término de Manzanares el Real, urbanización La Pedriza. B) finca número 89, situada en el Bloque Oeste. 2) Subsidiariamente y para el caso de que se entendiera que dichas fincas habrán sido donadas por el actor a la demandada, se declare sin efecto dicha donación por no haberse contraído el matrimonio en contemplación al cual se donaron. 3) En los supuestos del apartado 1.º A y B, se condene a la demandada a otorgar escritura pública restituyendo al actor la propiedad material de la mitad indivisa de las fincas señaladas con apercibimiento que de no otorgarla en término se efectuará por el Juzgado en su representación. 4) Se ordene la rectificación de las inscripciones regístrales que se deriven de las anteriores declaraciones. 5) Se condene a la demandada a desalojar la finca sita en Gavá, antes descrita, dejándola libre y a disposición del actor. 6) Alternativamente y en el supuesto de que no prosperaran los anteriores pedimentos, se condene a la Sra. Constanza a satisfacer la mitad del precio de las compraventas satisfecho por el actor, hasta la fecha de la sentencia, condenando, además a la demandada a que en lo sucesivo pague la mitad de los recibos del préstamo hipotecario que grava la vivienda de Gavá. Igualmente, interesa la condena de la demandada a las costas procesales.

- El Juzgado de Primera instancia núm. 1 de Gavá dictó Sentencia el 23 de junio de 1998 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 17.ª de la AP de Barcelona dictó sentencia desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Adolfo.
- Don Adolfo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fundamentación jurídica de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial para desestimar el recurso interpuesto por don Adolfo.

Primero. El negocio fiduciario ha sido definido por la doctrina y jurisprudencia como aquel consistente en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, el fiduciante, realiza a favor de otro, el fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido mediante una asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiere cumplido la finalidad prevista; en el mismo concurren dos contratos independientes, uno real de transmisión plena del dominio, eficaz *erga omnes* y otro obligacional válido *inter partes*, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado.

Al respecto, ninguna prueba existe sobre un convenio relativo a la restitución por la demandada el tiempo del cese de la convivencia, de la propiedad material de la mitad indivisa de las fincas (posiciones 15 y 18 de la confesión judicial del actor).

Se infiere por el contrario, 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, debiendo atribuirse por igual a cada uno el conjunto de las resultas económicas de la convivencia mantenida a lo largo del tiempo.

Si bien consta por las certificaciones de «Open Bank» y «Caja de Madrid» obrantes a los folios 501 a 503 que el actor vino efectuando mensualmente transferencias de 130.000 pesetas a la cuenta 04-0118127-08 para el pago de los períodos de amortización de la hipoteca constituida para la adquisición del apartamento de Gavá, y que asimismo satisfizo el precio de compra de la vivienda de Manzanares El Real, al absolver la posición 19 reconoce que durante los 10 años de convivencia, salvo los 9 meses posteriores al nacimiento de su hija, Constanza desarrolló actividad laboral, no constando que los productos de su trabajo se aplicaron a otras finalidades distintas que el sufragar los gastos familiares, y así, satisfizo los recibos girados por la Escuela Infantil «Los Abetos» a que asistía la menor (f. 546), y las cuotas de la póliza de asistencia de esta última en Sanitas (f. 547); también abonó los recibos del seguro del chalé de Manzanares El Real y el 50% del impuesto de transmisiones patrimoniales, sin que, no obstante la respuesta del actor a la posición 5.ª, exista prueba de que el dinero fue entregado previamente por él.

Segundo. No existe negocio fiduciario, sino constitución de un condominio regulado por los artículo 392 y ss. del CC.

Los títulos de la demandada sobre los inmuebles están constituidos con arreglo al artículo 609 por los contratos de compraventa de 5 de junio de 1992 y 17 de junio de 1996, en los que se hace constar que ambos adquieren por mitad, en común y proindiviso, y el otorgamiento de las escrituras públicas equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, de conformidad con el artículo 1462.

Tercero. No existe donación por razón del matrimonio, pues según el artículo 1336 CC ésta es la que se efectúa antes de celebrarse y en consideración al mismo, y según reconoce el actor al absolver la posición 20, nunca hubo tal propósito.

No cabe sostener que con la formalización de las compraventas se oculte una donación del actor a la demandada, de la mitad indivisa de las fincas, a los efectos de declaración de su nulidad con arreglo al artículo 1342, por no haberse celebrado el matrimonio.

Si bien la jurisprudencia vino entendiendo que las uniones matrimoniales y las de hecho no pueden ser consideradas a todos los efectos como supuestos o realidades equivalentes, y que por ello no rigen para estas últimas las normas específicamente establecidas para la regulación de las primeras, debiendo rechazarse la aplicación analógica de las normas de los regímenes económicos matrimoniales y de la comunidad de bienes, tal criterio ha sido

modificado por sentencias posteriores, entre los que se pueden citar las de 4 de abril de 1997 y 23 de julio de 1998, según las cuales, cabe la posibilidad de considerar que la unión no matrimonial lleva aparejado el surgimiento de un régimen de comunidad de bienes, llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario, o de cualquier otra forma, cuando los convivientes a través de un pacto expreso o tácito, manifestado en la aportación continuada y duradera de las ganancias de su trabajo al acervo común, evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o alguno de los bienes adquiridos a título oneroso mientras duró la unión de hecho.

2. Sobre el negocio fiducirario.

En el motivo primero, amparado en el número 4.º del artículo 1692 de la LEC, fundado en la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre negocio fiduciario, la parte recurrente alega –según podemos resumir e interpretar de forma muy sintética– que si el precio de la compraventa fue satisfecho exclusivamente por el actor, aunque se produjera «una puesta a nombre» de la demandada, resulta manifiesto que quien realmente adquirió fue el actor y que la titularidad de la demandada es puramente aparente, en cuanto perseguía únicamente la finalidad de permitirle la administración del bien en el matrimonio que tenían intención de contraer y que no llegó a celebrarse.

Según la parte recurrente, para llegar a esta conclusión no es preciso que se demuestre la existencia de un convenio obligacional entre fiduciante y fiduciario, por lo que la sentencia, al partir de la doctrina según la cual el negocio fiduciario debe descomponerse en los 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) infringe la jurisprudencia, ya que la teoría del doble efecto, abandonada ya por ésta, es radicalmente contraria a la naturaleza del negocio fiduciario, según se desprende de diversas sentencias que cita (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1964, 22 de noviembre de 1965 y 16 de mayo de 1963), por lo que entiende que basta comprobar el pago del precio por el actor para demostrar la existencia de negocio fiduciario, sin que la contribución por la demandada al sostenimiento del hogar cuasi conyugal le atribuya otro derecho que el de una reclamación por esas aportaciones fundada eventualmente en el enriquecimiento injusto.

El motivo debe ser desestimado.

Debe notarse que la parte recurrente, aunque utiliza la expresión negocio fiduciario, invoca en puridad la existencia de 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 Gavá, 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 (vgr. S. 5 julio 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.

3. Sobre el negocio simulado.

En el motivo tercero, al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 de la LEC, fundado en la infracción de la doctrina y jurisprudencia sobre el negocio simulado, se alega, en síntesis, que la discordancia entre la voluntad interna y la voluntad exteriorizada conduce en este caso a la conclusión de que existe un contrato simulado con simulación relativa, pues la aparente compraventa se desdobla en los contratos, uno de compraventa, de que son sujetos los vendedores y el recurrente como comprador, y otro de donación de la mitad indivisa de las fincas objeto de la compraventa, en la que es parte el recurrente y la recurrida.

El motivo debe ser desestimado.

No puede esta Sala poner en duda que, al margen de la existencia, no probada, de una *causa fiduciae* –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, según la parte recurrente– 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 supuesto de autos, que el recurrente pretende, tropieza de nuevo con el inconveniente, insuperable en el recurso de casación, de que no se compadece con la valoración probatoria efectuada por la sentencia de instancia.

Como declara la sentencia núm. 64/2005, de 11 febrero, «la doctrina de esta Sala, admite como sufi-

ciente la prueba de presunciones, la cual se configura en torno a un conjunto de indicios, que si bien tomados individualmente pueden no ser significativos, e incluso cabe que sean equívocos, sin embargo, en conjunto, y en relación con las circunstancias, son reveladores de la actuación simulatoria. Y en tal orden se han tomado en cuenta entre otros aspectos fácticos 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, 29 diciembre 2000 y 25 septiembre 2003)».

En el caso examinado, como ya se ha indicado, la sentencia impugnada, partiendo de los indicios ofrecidos por determinados actos económicos de los convivientes, concluye que existió voluntad de formar una comunidad sobre los bienes inmuebles adquiridos, la cual quedó perfectamente reflejada en las escrituras públicas de compraventa, por lo que es de ver que, ateniéndose a los hechos que el tribunal de instancia admite, no aparece la existencia de una voluntad de simulación encaminada a celebrar un negocio jurídico distinto del aparente, ni se nos ofrece demostrada la existencia de una *causa simulandi*, necesaria para apreciar el efecto jurídico querido por el recurrente, habida cuenta de que la sentencia declara probado que no existió voluntad de contraer matrimonio que determinara las adquisiciones, y el actor reconoció que no existía razón para no efectuar las adquisiciones exclusivamente en su nombre.

4. Vulneración de la prueba de presunciones.

En el motivo cuarto, amparado en el número 4.º del artículo 1692 de la LEC; fundado en la infracción del artículo 1253 del Código civil, el recurrente, con carácter subsidiario, sostiene que se ha vulnerado el hoy derogado artículo 1253 del Código Civil, en un doble sentido, que podemos sintetizar, de forma muy escueta, así:

a) El tribunal de instancia debió declarar, partiendo de que el precio de las compraventas fue satisfecho en su integridad por el recurrente, que realmente existió verdadera donación de una mitad indiviso de ambas fincas en favor de la recurrida, aplicando una presunción.

b) El tribunal de instancia no pudo presumir que la contribución al sostenimiento del hogar familiar permite obtener la inferencia de la adquisición de la copropiedad, puesto que, en todo caso, daría derecho a la demandada recurrida a exigir una indemnización o reclamación por un hipotético enriquecimiento injusto.

El motivo debe ser desestimado.

La denuncia de la vulneración del artículo 1253 del Código civil sólo puede hacerse en aquellos casos en que se hace valer el carácter ilógico de la inferencia obtenida por el tribunal de instancia partiendo de un hecho base que no se declara probado, que lo fue de manera arbitraria o ilógica, o del que no se deduce según las reglas del criterio humano la conclusión probatoria obtenida.

Esta Sala tiene reiteradamente declarado, en efecto, que la infracción del hoy derogado y sustituido artículo 1253 del Código civil, relativo a la prueba de presunciones, sólo puede producirse en los casos en los cuales se ha propuesto esta forma de acreditación de hechos en la instancia o la misma ha sido utilizada por el juzgador, o, finalmente, cuando éste ha omitido de forma ilógica la relación existente entre los hechos base que declara probados y las consecuencias obtenidas (entre las más recientes, sentencias de 11 de octubre de 2005 y 7 de noviembre de 2005); pero no en aquellos casos en los cuales el Tribunal se ha limitado a obtener las conclusiones de hecho que ha estimado más adecuadas con arreglo a los elementos probatorios que le han sido brindados en el proceso sin incurrir en una manifiesta incoherencia lógica.

En el caso examinado, en consecuencia, la vulneración a que se refiere el apartado a) del fundamento anterior no cumple con este elemental requisito, de tal suerte que aparece como una impugnación de la prueba valorada en su conjunto en la instancia.

La vulneración a que se refiere el apartado b) del fundamento anterior se presenta, ciertamente, de forma inversa y, en consecuencia, correcta –combatiendo la inferencia lógica que se dice haber obtenido por vía presuntiva el tribunal de instancia–. Sin embargo, no se advierte, partiendo de los antecedentes jurisprudenciales que han sido recordados en un fundamento anterior sobre casos similares, que se haya infringido la necesidad de partir como hechos base de hechos declarados probados ni que falte la ilación lógica o enlace preciso y directo entre los hechos base y los hechos consecuencia; puesto que la firma de escrituras de compraventa en períodos separados por un amplio espacio de tiempo con el fin de adquirir viviendas familiares haciendo constar en el contrato su adquisición pro indiviso en favor de ambos convivientes, la existencia de actos que demuestran que por parte de la demandada existió una contribución a las cargas de la convivencia producto de su actividad laboral, la realización de determinados pagos por la demandada relacionados con la adquisición de los inmuebles, la suscripción junto con el actor de un contrato de préstamo hipotecario para la adquisición del segundo de ellos y la falta de prueba de otras razones que impidieran

o desaconsejaran que la adquisición pudiera ser hecha íntegramente a favor del recurrente privan al hecho de que el precio fuera abonado por él de suficiente valor para presumir que la intención de los contratantes fue que la adquisición tuviera lugar realmente sólo a favor de éste y no a favor de la otra persona que figuraba como coadquirente.

5. Sobre la donación por razón de matrimonio.

En el motivo quinto, amparado en el número 4.º del artículo 1692 de la LEC; fundado en la infracción de los artículos 1218 y 1225 del Código civil, se alega, sustancialmente, que la sentencia declara que los contrayentes no tenían intención de contraer matrimonio; sin embargo, se observa, existe una declaración documental de los litigantes dirigida al Juez encargado del Registro Civil, con el fin de contraer matrimonio, escrito de puño y letra de la demandada, y un certificado expedido por el Ayuntamiento solicitado por la propia recurrida para contraer matrimonio, por lo que ambos documentos tienen un valor probatorio equivalente al de las escrituras públicas, por mor del artículo 1225 CC, y, en consecuencia, la sentencia, al declarar la inexistencia de dicha voluntad, desconoce su valor probatorio en contradicción con el citado precepto.

El motivo debe ser desestimado.

La falta de fundamento de este motivo es manifiesta, puesto que el primero de los documentos del que pretende extraerse la fuerza probatoria propia de un documento público para demostrar la voluntad de contraer matrimonio no fue presentado ante la autoridad encargada del Registro Civil, requisito indispensable para su eficacia, sin el cual no presenta otra naturaleza que la propia de un acto preparatorio o de un borrador, insuficiente por sí mismo para demostrar la firmeza de las declaraciones en él contenidas, lo que obliga a realizar el examen de esta prueba documental en relación con los restantes elementos obrantes en los autos, como hace la sentencia de instancia para llegar a la conclusión contraria a la que pretende la parte recurrente.

Lo propio sucede con el segundo de los documentos acompañados, puesto que la petición de una certificación preparatoria para contraer matrimonio no significa por sí misma la existencia de la voluntad de contraerlo, y requiere de un examen conjunto con las restantes pruebas para indagar la verdadera voluntad de los interesados, que es lo que ha hecho la Sala de instancia.

En el motivo sexto, amparado en el número 4.º del artículo 1692 de la LEC, fundado en la infracción del artículo 1233 del Código civil, se alega, en síntesis, que la sentencia de instancia infringe el citado precepto al realizar una interpretación absurda e ilógica de la confesión del actor, puesto que la contestación a la posición que la sentencia cita consiste en la manifestación de que durante los 10 años de convivencia en común no han contraído matrimonio, a pesar de no tener ningún impedimento para hacerlo, mientras que la sentencia extrae de dicha contestación la conclusión de que el recurrente reconoce la inexistencia de voluntad de contraer matrimonio.

El motivo debe ser desestimado.

Es cierto que la sentencia de instancia atribuye a la contestación a la posición a que acaba de hacerse referencia un significado que no se infiere directamente de su contenido; sin embargo, resulta evidente que la falta de propósito de contraer matrimonio no se infiere solamente de la contestación a la referida posición, sino también del conjunto de las pruebas practicadas a las que implícitamente hace referencia la sentencia de apelación al confirmar en su integridad la sentencia de instancia y aceptar expresa e íntegramente sus fundamentos de derecho.

En esta última sentencia, en efecto, se analiza detalladamente la posible existencia de intención de contraer matrimonio y se llega a una conclusión negativa respecto a la prueba de este extremo, argumentando que la indudable intención o persistente deseo o propósito de contraer matrimonio entre partes no existió como causa determinante de la adquisición de las viviendas, pues en 1991 el actor obtuvo la disolución de su anterior matrimonio y no fue hasta septiembre de 1992 cuando se rellena el pliego para contraer matrimonio civil, escrito que nunca llegó a ser cursado ni diligenciado en el Registro Civil y, aunque la demandada presentó alta en el Padrón municipal de Madrid a los efectos de contraer matrimonio, en ningún momento se tramitó expediente para su concesión; y, además, en junio de 1992 los litigantes llevaban cinco años de convivencia y entonces adquirieron por mitad indivisa una finca cita en Manzanares el Real sin que se observe ninguna cláusula o condicionamiento que someta la plena eficacia de la mitad indivisa de la recurrida a condición, término o modo de los admitidos en Derecho; por lo que, si pudiera entenderse que la primera decisión se hizo alentada por un futuro matrimonio, cosa que el Juzgado declara expresamente que no se ha probado, la segunda adquisición efectuada en 1996 por los litigantes destruye toda posibilidad de promesa o intención de contraer matrimonio, pues no casa, a juicio del juzgador, con las reglas de la sana crítica y de la experiencia que, si en septiembre de 1992 la demandada interesó documentación relativa al matrimonio civil y éste no llegó a concretarse, se insistiera cuatro años después en otra compraventa de finca urbana con las mismas características

que la anterior, pero con el aditamento de que el préstamo hipotecario para la adquisición fuera suscrito tanto por el actor como por la demandada; teniendo en cuenta que los abonos por parte del recurrente no son decisivos, habida cuenta de que ésta acredita documentalmente haber satisfecho el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados relativo, por ejemplo, a la finca adquirida por iguales mitades en Manzanares el Real, por lo que se llega a la conclusión en la expresada sentencia de que debe darse prevalencia al negocio directo, que no es otro que la compraventa por mitades indivisas, puesto que resulta evidente que el comprador (expresión que en la sentencia impugnada tiene el claro sentido, en contra de lo que opina la parte recurrente, de persona que gestionó la adquisición de los bienes inmuebles a favor de ambos compradores) no compraba para sí solo, sino para quien por entonces formaba con él pareja estable.

El Juzgado cita también otra de las posiciones, la decimoquinta, en la que el actor reconoce que no existe ni en la compraventa de la finca de Manzanares ni en la de Gavá cláusula o condición que obligue a la recurrida a ceder su mitad; y que su intención originaria fue la de adquirir por mitad las propiedades que se reclaman viene a ser confirmado al responder a la cuarta posición que se formula, manifestando que es cierto que cuando adquirieron el chalé de Manzanares El Real no había ningún impedimento para adquirirlo tan sólo a su nombre. El juzgador, finalmente, entiende presuntivamente que la finalidad de la compra de la finca de Gavá fue la misma y, por consiguiente, que se produjo la adquisición de las dos compraventas efectuadas por los litigantes no en consideración al hecho de matrimonio como causa, sino con base en el hecho confesado por el actor de constituir las dos viviendas residencia familiar, entendiendo por tal la compuesta por los litigantes y la hija de ambos.

En suma, no se aprecia que en la valoración de la confesión judicial, en apreciación conjunta con el resto de los medios probatorios, se haya incurrido en la vulneración que se invoca.

6. Sobre las donaciones simples.

En el motivo octavo, amparado en el número 4.º del artículo 1692 de la LEC, fundado en la infracción del artículo 633 CC, se plantea, con carácter subsidiario, la alegación de que, suponiendo que no se hubieran efectuado las donaciones en atención al matrimonio proyectado, en tal supuesto estaríamos ante unas donaciones simples que no habrían cumplido los requisitos de validez de escritura pública y que, por ende, resultarían nulas por defecto de forma.

El motivo incurre también en el defecto insubsanable de partir de una realidad práctica incompatible con la que resulta de la valoración probatoria efectuada por el tribunal de instancia, por lo que debe ser desestimado.

7. Sobre la jurisprudencia en torno a las uniones de hecho.

En el motivo noveno, amparado en el número 4.º del artículo 1692 de la LEC, fundado en la infracción de la doctrina y de la jurisprudencia sobre «uniones de hecho» o *more uxorio*, se alega, sustancialmente, que al admitir la sentencia de instancia la posibilidad de considerar que la unión o matrimonial lleva aparejado el surgimiento de un régimen de comunidad de bienes cuando los convivientes a través de un acto expreso o tácito manifestado en la aportación continuada y duradera de las ganancias de su trabajo al acervo común, evidencian su inequívoca voluntad de hacer comunes todos o alguno de los bienes adquiridos a título oneroso mientras duró la unión de hecho, infringe la doctrina jurisprudencial sobre esta materia.

El motivo debe ser desestimado.

La reciente sentencia del Pleno de esta Sala de 12 de septiembre de 2005 resume la doctrina jurisprudencial acerca de este punto, declarando que la unión de hecho se rige primordialmente por la voluntad de los convivientes y, en consecuencia, los efectos que produzca la ruptura de la unión «serán efectos jurídicos derivados o propios de la institución que en cada caso proceda y no precisamente del matrimonio. Así, en la actualidad es frecuente la adquisición de vivienda en proindiviso, incluso por personas que piensan contraer matrimonio en un futuro más o menos próximo, y en tal caso lo procedente será aplicar las reglas de la disolución de la comunidad de bienes o "división de la cosa común", según los artículos 400 y siguientes del Código Civil.»

En consecuencia, la demostración de una voluntad expresa o tácita de los convivientes de hacer comunes todos o alguno de los bienes adquiridos durante la convivencia puede determinar la existencia de una comunidad en sentido jurídico, en concordancia con nuestra jurisprudencia más reciente sobre la naturaleza y efectos de las uniones de hecho, por lo que no se advierte que la sentencia de instancia haya incurrido, en su *ratio decidendi*, en la vulneración que se le imputa, aunque el desarrollo de sus argumentos no sea en algunos aspectos adecuado a la jurisprudencia más reciente de esta Sala, en cuanto ésta, en la sentencia indicada, ha destacado que «la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio –Sentencias del Tribunal Constitucional 184/1990 y la 222/92, por todas–,

aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por "analogía *legis*" de normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad.»

En el motivo décimo, amparado en el número 4.º del artículo 1692 de la LEC, fundado en la infracción del artículo 1253 del Código civil, se alega de nuevo la infracción de las reglas del Código civil sobre la prueba de presunciones, por entender que la sentencia de instancia, sin motivación alguna, resume la existencia de una voluntad de constituir una comunidad de bienes, habida cuenta de que dicha circunstancia no resulta de ninguna prueba directa en el proceso.

El motivo debe de ser desestimado.

La parte recurrente estima que no existe otra prueba en favor de la existencia de la comunidad que la escritura otorgada a nombre de ambos convivientes sobre los bienes que se reivindican. Sin embargo, la sentencia de instancia no extrae consecuencia alguna por la vía presuntiva en relación con el contenido de este documento; sino que lo interpreta correctamente y niega que los hechos de los que pudiera deducirse indiciariamente la evidencia de una simulación o de una fiducia no son suficientes para extraer esta conclusión, por lo que nuevamente nos encontramos ante un supuesto en el que no se combate el carácter ilógico de la presunción realizada en la instancia, sino que se pretende que se llegue a una conclusión probatoria ajena a las formuladas, lo que, como se ha reiterado al hilo de examen de anteriores motivos, no es factible en el recurso de casación.

8. Sobre el enriquecimiento sin causa.

En el motivo undécimo, amparado en el número 4.º del artículo 1692, fundado en la infracción de la doctrina y jurisprudencia del enriquecimiento sin causa, se alega, en síntesis, que, con carácter subsidiario, se solicitó en la súplica demanda que la demandada fuera condenada al pago de la mitad del precio de las dos compraventas, sosteniendo que concurren los elementos del enriquecimiento injusto o sin causa, concretados en la adquisición de una ventaja patrimonial por parte de la demandada derivada de la satisfacción del precio de la compraventa íntegramente por parte del actor; el empobrecimiento por parte de éste consistente en el daño emergente derivado del pago de la totalidad del precio cuando sólo adquirió la titularidad de la mitad pro indiviso de las fincas; la correlación entre ambos elementos; y la falta de causa o disposición legal que justifique el enriquecimiento.

El motivo debe ser desestimado.

Concurren, para obtener la conclusión a la que acaba de llegarse, dos razones fundamentales:

a) Esta Sala ha declarado reiteradamente 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 ocurre en el caso examinado con la regulación –analizada en los anteriores motivos– de los elementos que deben concurrir para la validez de las compraventas de inmuebles como consecuencia de las cuales se arguye haberse producido dicho enriquecimiento (como dice la sentencia de 6 de octubre de 2005, «para hacer entrar en juego la técnica del enriquecimiento injusto o torticero, hay que afirmar que la misma no es de aplicación al supuesto de autos, por la simple razón de que no cabe acudir a dicha doctrina cuando existe una normativa específica que regula el supuesto concreto».

b) Nuevamente, el motivo se opone a la relación de hechos formulado por la Sala de instancia, puesto que en ella se llega a la conclusión de que las compraventas de bienes inmuebles objeto de este proceso tienen su causa en la aportación económica de ambos convivientes para contribuir a los gastos comunes y obtener una vivienda familiar, sin que se advierta elemento alguno que apunte en el sentido que consolida nuestra ya citada sentencia de 12 de septiembre de 2005, según la cual, para apreciar la existencia de enriquecimiento injusto a raíz de la disolución de la unión, «Habrá que estar (...) 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.»

UNIONES DE HECHO

Existencia de una comunidad de bienes al 50% respecto a la construcción de una vivienda en un solar propiedad de la conviviente y realizada por ambos durante el período de convivencia común.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 2006

Ponente: Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Alberto y doña Constanza constituyeron una unión de hecho por su convivencia de siete años sin haber contraído matrimonio. En el transcurso de estas relaciones, ambos convivientes fueron cotitulares de distintas cuentas de ahorro y adquirieron por mitad y pro indiviso un solar en la localidad de Lubiano; más adelante don Alberto cedió su mitad indivisa a la Sra. Constanza. Sobre dicho solar construyeron una vivienda que fue costeada por mitad por ambos convivientes.

⊙ Don Alberto interpuso demanda de menor cuantía contra doña Constanza, solicitando que se dictase sentencia por la que se declare que entre el demandante y demandada existió una unión extramatrimonial y una comunidad de bienes adquiridos durante el tiempo de su convivencia, bien tenga el carácter de comunidad entre copropietarios o por analogía con el matrimonio, sociedad de gananciales o una sociedad civil de hecho, participando cada uno en cualquiera de los supuestos al 50% de las propiedades de los bienes muebles o inmuebles, pérdidas o ganancias y en general sobre cualquier bien o derecho adquirido en el período de tiempo referenciado; y se declare disuelta la sociedad civil o comunidad condenando a la demandada a efectuar las operaciones de partición al 50% lo que se efectuará en ejecución de Sentencia y de forma alternativa y/o subsidiaria para el supuesto de no estimarse la anterior pretensión se declare el derecho a una indemnización a favor de mi representado, cuantía indeterminada de indemnización por ahora, que se concretará en atención al volumen de bienes y derechos y beneficios adquiridos en tal período que se determinen en el presente procedimiento en período probatorio y en su caso en ejecución de Sentencia».

⊙ Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de doña Constanza como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte Sentencia por la que se declare no haber lugar a ninguna de las pretensiones aducidas de contrario...».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vitoria-Gasteiz dictó Sentencia el 5 de febrero de 1999 estimando parcialmente la demanda, declarando que entre don Alberto y doña Constanza hubo una convivencia o unión extramatrimonial entre noviembre de 1990 y septiembre de 1997, constituyéndose entre ambos, en un cincuenta por ciento cada uno, una comunidad sobre la vivienda construida en Lubiano y asentada sobre el suelo propiedad exclusiva de la Sra. Constanza, y declaro la división de la citada comunidad, condenando a la demandada a la división de la citada propiedad común.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Álava dictó Sentencia el 27 de abril de 1999 desestimando el recurso interpuesto por doña Constanza.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega la recurrente error de hecho del artículo 1249 en relación con el artículo 1253 del Código civil, por considerar que la Audiencia entiende que no se ha acreditado que la recurrente haya aportado las cantidades necesarias para afrontar el pago de la obra realizada en el terreno de su propiedad, presumiendo, al contrario, que con los ingresos que tenía por su trabajo y los otros medios económicos de que disponía, no podía hacer frente al pago de la construcción de la vivienda.

En el presente caso no nos hallamos ante una prueba de presunciones, sino que en realidad lo que se rechaza por parte de la recurrente es la decisión a que llega el juzgador de instancia como consecuencia de la valoración de las pruebas existentes. En este punto, debe aplicarse la doctrina jurisprudencial, de acuerdo con la que la cita del artículo 1249 del Código civil «es inoperante, por no contener este precepto norma alguna de valoración de la prueba» (sentencia de 25 de abril de 2005) y por ello la sentencia de 24 de mayo de 2004 señala que «al acumular la infracción de los dos preceptos referidos se mezcla la *quaestio facti* con una *quaestio iuris* y se somete a respuesta casacional una imposibilidad lógica dado que la inferencia del juzgador de instancia está realizada sobre un supuesto fáctico diferente del que sostiene la parte en su motivo» (asimismo, sentencias de 24 de octubre de 2004 y 18 de febrero y 19 de abril de 2005).

Por estas razones debería ya ser desestimado el presente motivo; ahora bien hay que añadir también que como ha sido repetidamente señalado por esta Sala, es necesario que la sentencia recurrida haya hecho uso de la «actividad probatoria de las presunciones» (sentencia de 24 de mayo de 2004) para poder impugnar por este motivo la sentencia recurrida; la sentencia de 18 de febrero de 2005 pone de relieve la reiterada jurisprudencia de la Sala que rechaza en relación con la «revisión casacional de la prueba de presunciones, tanto la cita acumulada en un mismo motivo de los artículos 1249 y 1253 del Código civil (p. ej. sentencias de 21 de diciembre de 1989 y 19 de febrero de 2002), como la admisibilidad misma de la revisión pretendida si la declaración de hechos probados impugnada se funda en pruebas efectivamente practicadas y no en presunciones», por lo que la sentencia de 5 de diciembre de 2005 dice que «esta Sala tiene reiteradamente declarado que la infracción del hoy derogado y sustituido artículo 1253 del Código civil, relativo a la prueba de presunciones, sólo puede producirse en los casos en los cuales se ha propuesto esta forma de acreditación de hechos en la instancia o la misma ha sido utilizada por el juzgador, o, finalmente, cuando éste ha omitido de forma ilógica la relación existente entre los hechos que declara probados y las consecuencias obtenidas (...), pero no en aquellos casos en los cuales el Tribunal se ha limitado a obtener las conclusiones de hecho que ha estimado más adecuadas con arreglo a elementos probatorios que le han sido brindados en el proceso sin incurrir en una manifiesta incoherencia lógica».

Por todo ello procede no admitir el segundo motivo del recurso de casación.

En otro motivo, se alega por la recurrente la infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias de 18 de febrero de 1993 y 21 de octubre de 1992, que reconocen que para que exista un patrimonio común, se debe acreditar la contribución activa del reclamante a la adquisición del mismo, puesta en común de dinero, etc. Toda la argumentación del motivo tercero del recurso va dirigida a destruir la conclusión del juzgador *a quo* que consideró que respecto del inmueble construido en el terreno propiedad de la Sra. Alberdi, se había constituido una comunidad.

La cuestión debe plantearse en los términos siguientes:

1.º Es cierto que según dice la recurrente, la convivencia de hecho no comporta *per se* la creación de una comunidad de bienes, del tipo que sea. Por ello, esta Sala entiende que la unión de hecho se rige fundamentalmente por la voluntad de los convivientes (sentencia de 12 de septiembre de 2005).

2.º En consecuencia, es posible que por la voluntad de los convivientes, se cree un sistema de comunicación de bienes parecido a cualquiera de los admitidos para el matrimonio o bien se utilicen otras fórmulas para hacer comunes todos o algunos de los bienes que se adquieran durante la convivencia. Es también posible crear comunidades sobre bienes determinados, como ha ocurrido en el caso objeto del recurso y ello porque según la sentencia de 5 de diciembre de 2005, «la demostración de una voluntad expresa o tácita de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia puede determinar la existencia de una comunidad en sentido jurídico, en concordancia con nuestra jurisprudencia más reciente sobre la naturaleza y efectos de las uniones de hecho».

Sentado lo anterior, hay que examinar los razonamientos del recurso para concluir, como ya

se adelanta, que no se han producido los defectos alegados.

En primer lugar, hay que señalar que la sentencia apelada se limita a declarar que se creó una comunidad sobre el bien consistente en una edificación construida sobre un terreno que era propiedad de la conviviente Sra. Constanza. La sentencia recurrida no atribuye un efecto universal a la convivencia y por ello hay que rechazar que existiese ningún tipo de forma comunitaria sobre todos y cada uno de los bienes adquiridos durante este período, conclusión a la que llega la propia sentencia recurrida.

En segundo lugar, la sentencia recurrida valora los distintos hechos relativos a la obtención de la financiación necesaria para la construcción, atribuyéndoles la naturaleza de un pacto tácito, mediante el que se constituyó la comunidad en cuestión. Ciertamente hubiera sido posible solucionar el problema de las inversiones del Sr. Alberto en suelo que ya no era suyo en el momento de la edificación, acudiendo a las reglas del Código civil que regulan los efectos de la accesión, pero seguramente no se ha utilizado esta vía por considerarse que existió una auténtica voluntad de crear una comunidad sobre el bien en cuestión, que no se manifestó de forma expresa, sino tácitamente, lo que se deduce de los actos de las partes.

Por ello debe rechazarse que se hayan infringido las sentencias de 21 de octubre de 1992 y 18 de febrero de 1993, porque ambas consideraron que no se había probado la voluntad de constituir la comunidad en cuestión, diciendo la de 21 de octubre de 1992 que «debe inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer comunes a todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión de hecho», admitiendo ambas que esta voluntad puede probarse «por pacto expreso o por acuerdo tácito (que puede inferirse de sus actos concluyentes)». Y ello fue lo que ocurrió en el caso enjuiciado, según la sentencia apelada.

SUCESIONES

Desestimada la demanda que solicitaba la declaración de incapacidad de la testadora basada en informes médicos que se expidieron con posterioridad a su fallecimiento y en un informe del alcalde del pueblo donde residía la misma, no habiéndose probado, por otro lado, que concurriese vicio en el consentimiento en el momento de su otorgamiento.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Camila falleció el 30 de junio de 1969, habiendo otorgado su último testamento el día 2 de noviembre de 1965 ante el Notario de Puigcerdá don Arcadio Gil Cortiella, en estado de viuda y sin descendencia y sin herederos forzosos. Instituyó en el mismo como sus herederos universales a don Isidro y a su esposa doña Angelina a partes iguales. Con anterioridad, el 30 de octubre de 1962, había otorgado testamento notarial, en el que nombraba herederos universales, en la proporción que señalaba, a su sobrina doña Carmen, don Pedro Antonio, don Abelardo, y a don Aurelio.

⊙ Con anterioridad a su fallecimiento doña Camila había concertado en escritura pública con los cónyuges don Isidro y doña Angelina un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, en cuya virtud doña Camila cedía a estos últimos la propiedad de un conjunto de fincas a cambio de que le prestasen alimentos, con la extensión que determinan los artículos 142 y siguientes del Código civil, por toda la vida de la alimentista, que habría de ser considerada como persona integrante del hogar de los alimentantes, cualquiera que sean los años que viviese doña Camila. La transmisión de los bienes se sujetó a la condición resolutoria de que los alimentistas cumpliesen

con la obligación contraída, sin que en caso de resolución pueda una y otra parte reclamarse los frutos de las fincas cedidas ni las pensiones pagadas.

⊙ Don Abelardo interpuso demanda de menor cuantía contra don Isidro y doña Angelina solicitando que se dictase sentencia: 1.º Que se declarase la nulidad del testamento otorgado por doña Camila en fecha 2 de noviembre de 1965 ante Notario don Arcadio Gil Cortiella por incapacidad de la testadora para regir sus bienes y persona; 2.º) Complementaria, alterativa o subsidiariamente se declare la nulidad del testamento otorgado por doña Camila en fecha 2 de noviembre de 1965 ante el Notario don Arcadio Gil Cortiella, al haberse otorgado con violencia, dolo o fraude; 3.º) Como consecuencia de la nulidad del testamento se declare asimismo la nulidad de la escritura de inventario otorgada por los demandados ante el Notario de Ripoll don Ramón Algar en 19 de febrero de 1971; 4.º) Se declare la nulidad de la escritura de cesión otorgada por doña Camila a favor de don Isidro y doña Angelina, autorizada en fecha 14 de noviembre de 1967 por el Notario don Rafael del Coto por simulación, fraude, falta de consentimiento e incapacidad de la de la cedente doña Camila, 5.º) Se declare que el último testamento vigente de doña Camila fue el otorgado en fecha 30 de octubre de 1962 ante el Notario don Alfredo Pastor Pastor y que en consecuencia el único legítimo heredero es el actor don Abelardo, como consecuencia de la cesión de derechos y acciones a su favor de los demás herederos y que, por tanto en su calidad de heredero le pertenecen al actor en plena propiedad y dominio todos los bienes y derechos que constituyen el caudal hereditario de la causante: 6.º) Que se declare la nulidad de todos los asientos del Registro de la Propiedad de Puigcerdá, correspondientes a la escritura de Inventario otorgada ante el Notario don Ramón Algar en 19 de febrero de 1971 y a virtud de la escritura de cesión otorgada en 14 de noviembre de 1967 por el Notario don Rafael Coto; 7.º) Se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a entregar al actor las fincas dichas; 8.º) Se condene a los demandados al abono de los daños y perjuicios a fijar en ejecución de sentencia, para el caso de que, oponiéndose a la demanda, sigan detentando las fincas objeto de la misma, condenándose asimismo a los demandados por los daños y perjuicios que hayan podido ocasionar por el uso y posesión continuada de las fincas objeto de la demanda, y 9.º) Se condene a los demandados a las costas y gastos del presente procedimiento.

⊙ 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 la demanda con libre y total absolución de los demandados y con imposición de costas al actor por su evidente temeridad, interesando por otrosí el recibimiento del pleito a prueba y que se denegase la demanda solicitada por la adversa».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia de Puigcerdá se dictó Sentencia el 12 de junio de 1997 desestimando la demanda, por no haber probado el actor que doña Camila estuviese incapacitada de hecho al otorgar la escritura pública de cesión de bienes a cambio de alimentos ni al testar en 1965 en favor de los demandados. También estimó que el actor tampoco había practicado ni una sola prueba para acreditar que dicha señora hubiese sufrido violencia, dolo o fraude o existiese simulación.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Girona dictó Sentencia el 6 de julio de 1998 desestimando el recurso interpuesto por don Abelardo.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el motivo primero del recurso se alega infracción por inaplicación del párrafo primero del artículo 1218 del Código civil. Se fundamenta en que la sentencia recurrida ninguno de los documentos públicos aportados con la demanda ha sido apreciado «en cuanto a su contenido y a su relación con el dictamen pericial psiquiátrico obrante en autos, pues para la Audiencia dichos documentos no son dignos de credibilidad alguna». Entienden los recurrentes que son documentos públicos que llevan consigo una presunción de veracidad.

El motivo se refiere a los documentos cinco, seis, siete y ocho de los acompañados a la demanda. Los tres primeros son tres certificados médicos extendidos en el modelo oficial, en junio de 1970 y noviembre de 1972, en el que se diagnostica sobre la salud mental de doña Camila, meses después de su fallecimiento, y el cuarto es una certificación del Alcalde de Bolvir (Gerona) en la que manifiesta lo notorio que era en el municipio que doña Camila «a partir del año 1964 aproximadamente» se hallaba delicada de salud, y no coordinaba las ideas en las relaciones que sostenía con el vecindario. El susodicho documentos es de noviembre de 1971.

Ante todo ha de resaltarse que la fundamentación del motivo falta a la verdad, pues en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida se hace un minucioso análisis de los documentos y de las demás pruebas obrantes en autos. Al recurrente podrá no satisfacerle que su conclusión no haya sido la que sus intereses reclamaban, pero no por ello puede afirmar que aquélla no les da credibilidad alguna.

El recurrente asigna el valor de documentos públicos a los que anteriormente se consignaron, pero no lo son obviamente, pues el artículo 1216 del Código civil dice que son documentos públicos «los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley», por tanto no tienen este concepto los tres certificados médicos aportados con la demanda, aunque consten en modelo oficial. Uno de ellos es de un médico inspector municipal de sanidad con el sello de la inspección, pero lo que certifica son cuestiones ajenas a las de su cargo oficial y competencias (el estado de salud de doña Camila). Tampoco se puede llamar documento público al certificado del Alcalde, pues entre sus funciones no se encuentra la de dar fe del estado de salud de los habitantes del municipio.

Por otra parte, aunque por hipótesis se prescindiera de todas estas consideraciones, reiteradísima jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el valor o eficacia que da el artículo 1218 al documento público no se extiende a su contenido, pues, aunque en principio hacen prueba contra sus otorgantes y causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que los documentos en cuestión tengan prevalencia sobre los demás, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (sentencias de 6 de julio de 1989, 27 de marzo de 1991 y 30 de septiembre de 1995, entre otras). Es lo que en la sentencia justamente ha acontecido.

Por todo ello el motivo se desestima.

El motivo segundo, al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción por inaplicación del artículo 1225 del Código civil. Se sustenta en que el reconocimiento efectuado por la parte contraria respecto a los documentos aportados sí vincula a ella respecto de la autenticidad y realidad de su contenido. Negárselo supondría la comisión por sus autores de un delito.

El motivo se ha formulado como subsidiario del anterior, aunque señala un precepto como infringido que no es aplicable, pues el artículo 1225 se refiere a la fuerza probatoria del documento «entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes», que serían aquí los médicos que certifican y el Alcalde. Es decir, que el artículo 1225 no es aplicable a personas ajenas a ellos. En realidad, lo aportado son testimonios que deben ser confirmados a presencia judicial mediante la oportuna prueba testifical y con arreglo a las normas legales sobre la misma.

Toda la fundamentación del motivo descansa en que han de ser veraces los documentos, porque de lo contrario habría delito, lo que es impensable en las personas de sus autores. Pero es indudable que esta consecuencia hipotética no ha de llevar a creer en la veracidad intrínseca de los testimonios de una manera automática, por razón de la cualidad de las personas que los firman.

No es cierto que los demandados, hoy apelados, hayan reconocido la veracidad de los repetidos documentos, pues han propuesto y practicado pruebas para demostrar lo contrario. Las afirmaciones del recurrente son desafortunadas, pues

equivalen a que aquéllos se han allanado a su demanda sin que la sentencia hubiese reconocido tal allanamiento, y este error patente no lo comete obviamente.

Se vuelve a insistir en el fundamento de derecho segundo de la susodicha sentencia en que de manera prolija se efectúa el análisis de los documentos desde el punto de vista de su fuerza para convencer que doña Camila no se hallaba en su cabal juicio. No es el recurso de casación una tercera instancia donde de nuevo esta Sala pudiese valorar el material probatorio, según su reiterada jurisprudencial.

Por último, aunque se prescindiese del error de cita del artículo 1225, la veracidad de las declaraciones contenidas en el documento privado puede ser desvirtuada por otras probanzas (sentencias de 23 de julio de 1993 y las que en ellas se citan).

El motivo tercero, al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción del artículo 1214 del Código civil. Su dilatada fundamentación se basa en que el actor, hoy recurrente, hizo todo lo que en su poder estaba para probar la incapacidad de doña Camila, y en que la sentencia recurrida no ha valorado los documentos aportados con la demanda, ni la prueba pericial practicada como diligencia para mejor proveer, pruebas que comenta ampliamente como favorable a su tesis.

El motivo se desestima porque el artículo 1214 sólo se puede infringir desde el punto de vista casacional cuando no se respeta los principios de distribución del *onus probandi*, y no es hábil para atacar la valoración el resultado probatorio. El recurrente no señala una infracción del mismo, por lo que todas sus consideraciones acerca del valor de las pruebas debían discurrir en otro u otros motivos por errores de derecho.

Dice la sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1989, con cita de otras, que no se produce utilización incorrecta del *onus probandi* ni se incurre en inversión de la carga de la prueba cuando el Juzgador se limita a comparar los elementos de convicción aportados por las partes a la luz de sus respectivas tesis, dando prevalencia a los que entiende más autorizados para acreditar los hechos sobre los que se cuestiona. Por otra parte, la sentencia de 6 de febrero de 1995 dice que la infracción del artículo 1214 sólo se produce cuando se hacen recaer las consecuencias de la falta de prueba de un hecho a su prueba. Con evidente error, el recurrente confunde que la valoración probatoria le sea adversa con que la Audiencia no estimaba su pretensión por no haber probado lo que a él no le incumbía.

El motivo cuarto, al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción del artículo 1253 del Código civil. Se fundamenta en que el hecho que se trata de deducir es el desconocido de si doña Camila era incapaz en fechas 2 de noviembre de 1965 (cuando otorgó testamento) y 14 de noviembre de 1967 (cuando cedió la propiedad de fincas a cambio de alimentos). El hecho demostrado del que hay que partir es la realidad de los síntomas expuestos en los certificados médicos acompañados a la demanda. El enlace preciso y directo entre este hecho conocido y el desconocido anterior son los razonamientos expuestos por el perito médico-psiquiatra en el dictamen que emitió, según el cual doña Camila se hallaba incapacitada mental y volitivamente para regir su persona y bienes a partir de 1964. La sentencia recurrida no valoró ese dictamen.

El motivo se desestima porque la base fáctica para construir la presunción es inexistente, al haber examinado la Audiencia los certificados médicos con resultados negativos para la tesis del actor, hoy recurrente. También porque el dictamen pericial, que se realiza en 1997, o sea, treinta años después del fallecimiento de doña Camila, sobre la base de los certificados médicos acompañados a la demanda, según manifestó su autora, no hay duda de que tiene el mismo defecto de partida, cual es la negación de credibilidad de aquéllos; lo contrario sería incongruente e ilógico. No es dudoso que si la fallecida tenía las enfermedades que constan en los certificados médicos originan las consecuencias que dice el dictamen pericial, por si aquéllos no son fiables, queda en el aire, desde el punto de vista litigioso, el dictamen pericial.

Por otra parte, es doctrina de esta Sala la de que el artículo 1253 no obliga al juzgador a utilizar la prueba indirecta de presunciones, por lo que cuando fundamenta su fallo en pruebas directas obrantes en autos no infringe aquel precepto (sentencias de 11 de julio de 1994 y 1 de febrero de 1995), y son pruebas directas las que la Audiencia ha valorado. Tampoco puede establecer esta Sala la presunción de incapacidad de doña Camila, porque no hay hechos acreditados que con fuerza lógica se derive aquélla de modo incontrovertible.

SUCESIONES

Interpretación de la voluntad del testador ante un legado de cosa específica coexistente con un usufructo de los bienes a favor del cónyuge viudo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Ernesto falleció habiendo otorgado testamento notarial abierto, en el que legaba a su cónyuge el usufructo universal y vitalicio de su herencia, con relevación de fianza e inventario y con facultad de tomar por sí posesión de los bienes hereditarios. Para el caso de que alguno de los hijos no lo acepesetase, quedaría reducido a la legítima estricta, acreciendo el resto a los que estuvieron conformes; y si todos estuvieren disconformes e impugnasen la disposición de usufructo, quedará convertido su legado en legado de pleno dominio del tercio libre, además de su cuota viudal. A continuación legó a su hijo don Franco el restaurante sito en Armuña, paraje «casica casá». En el remanente instituyó herederos por partes iguales en nuda propiedad, o en plena propiedad si su cónyuge le premuere, a sus hijos don Pedro Jesús, don Franco y don José Francisco, con sustitución vulgar en favor de sus descendientes.

⊙ Don Ernesto estaba casado al fallecer con doña Valentina, con la que no tuvo descendencia. Los antedichos hijos fueron habidos de anterior matrimonio de don Ernesto, disuelto por muerte de la esposa.

⊙ Doña Valentina interpuso demanda de menor cuantía contra don Pedro Jesús, don Franco y don José Francisco solicitando que se dicte sentencia en la que se declare que mi representada ostenta el usufructo universal y vitalicio de todo el caudal hereditario quedado al fallecimiento de su esposo, debiendo procederse a la práctica de la liquidación de la sociedad ganancial habida, imponiendo las costas a los demandados que se opongan a dicha declaración.

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, comparecieron únicamente don Pedro Jesús y don Franco, mediante su representante legal, el cual 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 desestime la demanda formulada de adverso, con expresa condena en costas a la actora. Formulando a su vez reconvención con el siguiente suplico: «dicte sentencia por la cual estime como propiedad del causahabiente la mitad de los bienes descritos y, exclusivamente sobre esta mitad, se constituya el usufructo de la demandada en reconvención, excluyendo el legado existente en el testamento a favor de mi mandante, don Franco, con expresa imposición de costas para el caso de que se oponga a esta demanda reconvencional». Don José Francisco, fue declarado en rebeldía por su incomparecencia.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia de Purchena dictó Sentencia el 20 de febrero de 1997 estimando la demanda y declarando que doña Valentina ostenta el usufructo universal y vitalicio de todo el caudal hereditario quedado al fallecimiento de su esposo, para lo que deberá procederse a la practica de la liquidación de la sociedad ganancial habida e integrada por los bienes que se acrediten en ejecución de sentencia; y condenando a la parte demandada al pago de las costas ocasionadas en el presente procedimiento.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Almería dictó Sentencia el 27 de enero de 1999 desestimando el recurso interpuesto por los demandados y confirmando la sentencia en todos sus extremos.

⊙ Don Franco interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que declaró que el restaurante legado por el causante a su hijo don Franco no entra en el legado de usufructo universal de sus bienes dispuesto por él en favor de la actora-reconvenida, manteniendo la sentencia recurrida en lo demás.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el motivo primero se alega la infracción del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; artículo 6.4 del Código civil; los artículos 1392 y 1397, también del Código civil; y la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de 8 de noviembre de 1994 sobre las acciones meramente declarativas. Se fundamenta básicamente en que con la declaración, pretendida en la súplica de la demanda, de que se declarase el usufructo universal sobre los bienes del causante, se busca una extensión del mismo al restaurante legado por él específicamente a su hijo don Franco, sin pedirlo expresamente, lo cual dicen los recurrentes, es un camino torticero y fraudulento.

El motivo se desestima porque no se dice nada de cómo han sido infringidos los artículos 1392 y 1397 del Código civil. Tampoco se dice nada de cómo se ha infringido la doctrina de la sentencia citada. Y en cuanto a la mala fe y abuso del derecho en el ejercicio de su acción por la actora es cuestión completamente nueva en casación, pues no fue planteada, ni aludida siquiera, en los escritos expositivos del pleito, y esta Sala lo tiene retiradamente vedado (sentencias de 10, 28 y 31 de diciembre de 1999 y 7 de noviembre de 2005, y las que en ellas se citan). Además, atribuir intenciones de fraude o abuso del derecho a la actora porque ejercita los derechos que le confiere el testamento de su fallecido esposo es contrario a la presunción de buena fe que es de obligada observancia en toda conducta humana, mientras no se demuestre lo contrario. No existe tampoco falta de interés legítimo en la actora al pedir la liquidación de la sociedad de gananciales habida con el causante, que es paso previo a la concreción de su usufructo.

El motivo segundo acusa infracción de los artículos 813, párrafo 2.º, 820, párrafo 3.º, 867.3.º y 868, todos del Código civil. Su fundamentación reside sustancialmente en que la demanda reconvencional fue desestimada porque no se puede entrar, según declara la sentencia, en la concreción de los bienes que forman el caudal hereditario al no haberse liquidado previamente la sociedad de gananciales. Señala el motivo que entonces no se puede aceptar que es exacta y ajustada a derecho la imposición del gravamen del usufructo sobre toda la herencia, sin entrar en valoraciones concretas del caudal hereditario porque no se respetaría el artículo 834 del Código civil.

El motivo se desestima porque la sentencia de la Audiencia, que es la única susceptible de recurso de casación, no ha infringido los preceptos sobre la legítima, pues se ha limitado a decir con carácter general que el legado de usufructo universal es válido siempre que se respeten las legítimas, «pero por ello, dice la sentencia, se ha estipulado en el propio testamento lo determinado en el núm. 3 del artículo 820 del Código civil» (f.j. 2.º) Es obvio que para hacer esta declaración general no se necesita para nada la concreción de los bienes de la herencia, es aplicable cualquiera que éstos sean.

Ciertamente que la sentencia recurrida no concreta los bienes del causante, como pedían los reconvinientes, pero lo justifica acertadamente en el f.j. 2.º: «En orden a la primera de las cuestiones planteadas, esto es, lo que constituye el caudal hereditario del difunto, no pueden concretarse en este momento procesal los bienes que lo componen, como se pretende por los demandados recurrentes, puesto que, no constando en autos que se haya procedido a la liquidación, (teniendo en cuenta, obviamente, su activo y su pasivo), de la sociedad de gananciales del primer matrimonio del causante, ni del contraído con la actora, han de practicarse, en primer lugar, tales liquidaciones, para que pueda procederse después, a la concreta fijación del caudal hereditario del finado, sobre el cual ha de recaer el usufructo de la demandante». Por último, y respecto a la infracción que se denuncia de los artículos 867.3.º y 868 del Código civil no hay en el motivo ni la más ligera alusión a su efectiva vulneración, sólo se citan en el encabezamiento del motivo.

El motivo tercero, al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción por inaplicación de los artículos 1346 y 1025, ambos del Código civil, y de la doctrina jurisprudencial que cita. Se combate la desestimación de la pretensión reconvencional de que se dictase sentencia por la cual se estime como propiedad del causahabiente la mitad de los bienes descritos en la demanda. En contra, entiende el recurrente que lo que se pretendía con la demanda reconvencional era determinar qué bienes constituían el patrimonio del causante, para lo cual se partía de que todos los adquirió durante el primer matrimonio con la madre de los demandados.

El motivo se desestima porque la explicación que da el recurrente de los motivos de la reconvención no tuvo su reflejo en la súplica de la demanda reconvencional. En efecto, se pedía que se realizasen adjudicaciones concretas al patrimonio del causante, y lógicamente ello era imposible hasta que no se liquidasen las dos sociedades de gananciales, lo que conlleva complejas operaciones de inventario (determinación de bienes y deudas sociales), avalúo, pago de deudas, y, en fin, la adjudicación del activo sobrante.

El motivo cuarto, al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción por inaplicación de los artículos 771 y 675 del Código civil; por vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de los testamentos; y por aplicación indebida de los artículos 867, párrafo 3.º, y 868 del Código civil.

En su fundamentación se combate el pronunciamiento contenido en el fundamento de derecho 3.º de la sentencia recurrida en el que se dice que el testador había legado, con carácter previo al del restaurante a su hijo Franco, el usufructo de todos sus bienes a su cónyuge, por lo que este derecho abarcaba al restaurante. Entiende el recurrente que ello contraría la voluntad del causante expresada literalmente, atendiendo sólo al orden de colocación de ambos legados en el testamento.

El motivo se queja de la desestimación de la demanda reconvencional en la que se pedía que el restaurante fuese excluido del usufructo de la herencia, y plantea en realidad la segunda cuestión central de este litigio, cual es de determinar si fue voluntad del testador aquella exclusión del usufructo universal en favor de su cónyuge. La interpretación literal del testamento no soluciona la cuestión, pues en él lo único que se puede leer es que el testador lega a su esposa el usufructo universal de la herencia y a su hijo Franco el restaurante. La sentencia recurrida interpreta, únicamente por el modo de redacción del testamento, que, al ordenarse el legado de usufructo de herencia antes que el legado del restaurante, fue voluntad del testador que aquel usufructo recayese sobre dicho restaurante, lo que es una conclusión insegura y discutible, pues no hay ninguna razón en contra de que precisamente al legar el restaurante después del usufructo, quiso hacer dos legados con objetos distintos, pues de otra forma no hubiera dispuesto el legado en favor de quien heredaba la nuda propiedad de sus bienes, no tendría sentido atribuirle en concreto el restaurante en nuda propiedad, que es a lo que equivaldría la tesis acogida por la sentencia recurrida. Así pues, se revela como más adecuada la no inclusión del restaurante dentro de la herencia del causante que es objeto del usufructo en favor de su cónyuge; la propia lógica, derivada del conjunto del testamento, conduce a ella, y no a sustituir un legado de cosa específica, expresamente ordenado, por un legado de nuda propiedad, que ostentaría el beneficiado sobre toda la herencia por su llamamiento como heredero junto con sus hermanos.

Por ello el motivo se estima, si bien se destaca que el artículo 771 del Código civil, citado como infringido por el recurrente, es inaplicable al caso de modo evidente.

La estimación del motivo cuarto conduce a la casación parcial de la sentencia recurrida, con revocación parcial de la de primera instancia, estimando parcialmente la demanda reconvencional, y declarando en consecuencia que el restaurante cuyo legado fue dispuesto por el testador en favor de su hijo don Franco no ha de ser incluido en el usufructo universal de herencia legado a su esposa.

La valoración de los bienes de la herencia no puede efectuarse atendiendo a la fecha en que se produjo el fallecimiento sino al momento en que se realiza la partición.

SUCESIONES

Cuando se trata de la partición de bienes procedentes de herencias distintas es necesario proceder separadamente a la práctica de dicha liquidación y a las operaciones particionales correspondientes a los bienes que forman parte de uno y otro haber hereditario.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Lucía presentó demanda de menor cuantía contra doña María Virtudes, don José María, don Inocencio y doña Carina por la que ejercita la nulidad o rescisión de las operaciones particionales, realizadas por la codemandada Sra. Carina, como contador partidor en la herencia de los padres de la demandante, doña Esperanza y don José Pedro, por entender que en las operaciones practicadas por la demandada, se ha beneficiado a los codemandados y hermanos de la demandante doña María Virtudes y don Inocencio, ya que el esposo de la demandada doña Carina es el abogado de sus hermanos. Igualmente estima la demandante, que el reparto de la herencia se ha hecho como si se tratara de un solo causante, cuando en realidad se tendría que haber repartido primero la herencia de doña Esperanza y después la de don José Pedro. Estima la demandante que existe un defectuoso cálculo del importe que corresponde al tercio de mejora de doña Lucía, doña María Virtudes y don Inocencio. Igualmente en el cuaderno particional hay una serie de bienes que no se han tomado en consideración, como son ciertos bienes de don José Pedro que no se han incluido; y existe simulación o fraude en determinadas ventas realizadas a los herederos de bienes de don José Pedro que no se han incluido en la herencia, así como donaciones que deben ser traídas a la masa hereditaria. Entiende igualmente la demandante que no se ha realizado una adecuada valoración de los bienes. Terminaba solicitando que, teniendo por presentada la demanda con los documentos que se acompañan, se sirva admitirla y previos los trámites legales oportunos se dicte sentencia por la que estimando la demanda se declare: a) la nulidad o subsidiariamente la rescisión de la partición hereditaria llevada a cabo por doña Carina, debiendo realizarse en ejecución de sentencia otro cuaderno particional sobre las bases que se indican en el suplico de la demanda y que consisten en elaborar el reparto de la herencia de forma independiente respecto de los bienes de doña Esperanza y don José Pedro; que se dé a los bienes que constan en el hecho quinto de la demanda el valor que señala la demandante o el que se determine en prueba; que se incluyan en la herencia los bienes descritos en el hecho sexto y séptimo de la demanda; que se traigan a colación los bienes donados y que se describen en el hecho octavo; solicitando con carácter subsidiario si no se estima lo anterior, que el valor de los bienes de la demandante lo es de 5.746.641 en vez de 4.838.418 pesetas; se decrete asimismo la nulidad de las inscripciones del Registro de la Propiedad o Catastro que se opongan a las adjudicaciones de bienes que hayan de practicarse, y se impongan las costas a la parte demandada.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Haro dictó Sentencia el 4 de noviembre de 1997 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la AP de La Rioja dictó Sentencia el 11 de febrero 1999 desestimando el recurso interpuesto por doña Lucía.

⊙ Doña Lucía interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que acordó dejar sin efecto la sentencia de la Audiencia Provincial y declarando la nulidad de la partición

hereditaria realizada por doña Carina sobre la herencia de doña Esperanza y don José Pedro, debiendo realizarse en ejecución de sentencia otro cuaderno particional sobre las siguientes bases: 1.ª) El reparto de la herencia que proceda se habrá de efectuar de forma independiente respecto de la herencia de doña Esperanza, por un lado, y de don José Pedro, por otro. 2.ª) Los valores que constan en el hecho quinto de la demanda se ajustarán a la valoración ajustada al momento de la liquidación. 3.ª) Se traerán a colación, valorándose al valor real actual, los bienes donados que constan en el hecho octavo de la demanda, para conocer si dichas donaciones son inoficiosas, debiéndose realizar el cómputo económico de las mismas para que, en su caso, el donatario compense en dinero el exceso de valor que le corresponda según lo percibido por herencia y donación. 4.ª) Se decreta la nulidad de cuantas inscripciones del Registro de la Propiedad o del Registro del Catastro se opongan a las adjudicaciones de bienes que hayan de practicarse, remitiéndose los correspondientes mandamientos a tales registros. B) Se desestiman las demás pretensiones de la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado cuestiones puramente procedimentales y otras de menor trascendencia, nos interesa destacar dos cuestiones que han motivado la estimación del recurso de casación.

1. Motivos segundo y sexto sobre el momento de valoración de los bienes.

En el motivo segundo, al amparo del artículo 1692.3.º LEC 1881, en su primer inciso (quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia), se denuncia la infracción por no aplicación del artículo 359 LEC 1881, en relación con el artículo 372.3.º de dicha norma, artículo 248.3.º LOPJ y artículo 120.3.º CE, entendiendo que la sentencia omite todo razonamiento acerca de cómo unos determinados bienes han de tener idéntica valoración en el año 1989 y en el año 1994, dado que la sentencia dice que el dictamen pericial efectúa dicha valoración con referencia a dichas fechas y la misma es única, lo que supone, a juicio de la parte recurrente, una incongruencia omisiva.

En el motivo sexto, al amparo del artículo 1692.4.º LEC 1881, se denuncia la infracción por no aplicación del artículo 1074 CC, pues, discutiéndose el valor de los bienes, se considera por la Sentencia que lo ha de ser atendiendo al valor que tenían los bienes en la fecha del fallecimiento de los causantes, es decir, en los años 1989 y 1994, rechazando la valoración realizada por el dictamen pericial practicado en juicio en el que se atendía al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas.

El motivo segundo debe ser desestimado. El motivo sexto debe ser estimado.

La desestimación del motivo segundo se funda en que la incongruencia omisiva, que expresamente se denuncia en este motivo, consiste en la falta de adecuación entre las pretensiones de la parte y lo resuelto en la sentencia, de tal suerte que se omita todo pronunciamiento sobre alguna de sus pretensiones o sobre aspectos sustanciales de las mismas; pero no se produce este tipo de incongruencia cuando la sentencia concede menos de lo pedido dentro de las pretensiones formuladas y de la oposición a las mismas.

Como recuerda la sentencia de 18 de julio de 2005, esta Sala ha dicho que «la concordancia entre las pretensiones aducidas en la demanda y en este caso, en la propia reconvención, y la parte dispositiva de la sentencia no debe ser conforme de manera literal y rígida, sino que basta que se produzca la racionalidad necesaria y la adecuación sustancial, lo que viene facultado por la necesaria flexibilidad de las sentencias, (sentencias de 4 de noviembre de 1994 y 28 de octubre de 1994). Esta Sala ha reiterado que el concepto de incongruencia es flexible y «viene determinado por la adecuación de la sentencia a los motivos del recurso planteado, teniendo en cuenta los términos en que quedó resuelta la cuestión litigiosa por la sentencia recurrida en casación» (Sentencia de 4 de noviembre de 2004).»

En el caso examinado resulta evidente que la sentencia realiza una valoración de los bienes objeto de la partición sin ajustarse a las pretensiones de la parte demandante, que solicita que se acepte el valor superior establecido por los peritos en el proceso judicial, pero, con independencia de que resulte desacertado el razonamiento en que se funda el tribunal de instancia para preferir esta valoración –consistente en que la misma se atiene a la fecha de fallecimiento de los causantes–, no puede decirse que exista incongruencia omisiva por

el hecho de haber aceptado una valoración inferior a la postulada por la parte demandante.

La estimación del motivo sexto se funda en que reiterada jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que la valoración de los bienes sujetos a una operación particional debe referirse al momento de la liquidación, como se infiere de diversos preceptos del Código Civil, entre los que se cuenta el artículo 1074 CC, que cita la parte demandante como infringido. Entre las más recientes, la STS 21 de octubre de 2005 declara que «hay que aceptar, como hace ahora el Código civil en preceptos como los que ha invocado el recurrente [847, 1045.1.º y 1074 CC], una cierta corrección del nominalismo, procediendo, de una parte, a aproximar el momento de valoración al de la liquidación y pago, para expresarlo en unidades monetarias de tal momento; y, por otra parte, estableciendo la regla de pago en la moneda corriente en el momento de la liquidación, esto es, actualizando al valor actual de la moneda en el momento del pago.»

La infracción de este principio, que puede resultar inocua cuando redunda en una minusvaloración general y compensada respecto de todos bienes de la herencia sin repercusiones desfavorables para unos y otros herederos (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991), constituye, por el contrario, causa de nulidad de la partición en aquellos supuestos en los cuales se advierte que dicho criterio valorativo produce una alteración del principio de equitativa distribución de los bienes de la herencia (pues, como dice la STS de 25 noviembre de 2004, la posición general entiende que cuando no se respeta el criterio igualitario concurre una causa de nulidad de la partición, debido a que supone la vulneración de lo preceptuado en la ley).

En el caso examinado no cabe la menor duda de que es así, toda vez que el bien adjudicado a la demandante no experimenta variaciones sensibles entre la valoración realizada en el cuaderno particional y la atribuida por los peritos en el proceso, mientras que respecto de otros bienes adjudicados a otros herederos la diferencia es notable, lo que pone de manifiesto que el error en la determinación de la fecha a la cual debe referirse la valoración de los bienes objeto de la partición ha tenido una influencia determinante en la quiebra del principio de igualdad en la distribución de los bienes hereditarios, por lo que debe ser considerada como causa de nulidad de la partición.

2. Motivos tercero y octavo sobre realización de las particiones de ambas herencias en un único cuaderno particional.

En el motivo tercero, al amparo del artículo 1692.3.º LEC 1881 (quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia) se denuncia la infracción por no aplicación del artículo 359 LEC 1881, en relación con el artículo 372.3.º de la misma, artículo 248.3.º LOPJ y artículo 120.3.º CE, acusando la falta de un mínimo razonamiento para resolver el problema planteado en relación con la necesidad de efectuar la partición de los bienes de la herencia de la esposa y de su marido por separado, ya que se trataba de distintos bienes y los testamentos eran diferentes.

En el motivo octavo, al amparo del artículo 1692.4.º LEC 1881 se denuncia la infracción por no aplicación del artículo 669 CC en relación con el artículo 670 y 675 del mismo, pues, a pesar de tratarse de testamentos diferentes los relativos a doña Esperanza fallecida el 26 de abril de 1989 y de su esposo don José Pedro de 12 de julio de 1994, se realiza su partición en un solo cuaderno particional como si se tratase del mismo testamento.

El motivo tercero debe ser desestimado. El motivo octavo debe ser estimado.

La desestimación del motivo tercero de casación se funda en que la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado con reiteración que para cumplir la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no es necesario que la fundamentación de la sentencia contenga una refutación expresa de todos y cada uno de los argumentos aportados por las defensas, sino que basta con que la motivación, aun siendo sucinta, sea suficiente para comprender las razones jurídicas que han impulsado al tribunal a adoptar la decisión.

En el caso examinado se observa que la Sala expone de manera congrua los argumentos en que se funda para considerar que no es necesaria jurídicamente una partición separada de los bienes pertenecientes a una y otra herencia, pues sostiene que se trata de los mismos causantes y de los mismos herederos –sin perjuicio de que este argumento deba estimarse desacertado, como seguidamente se verá–, pues una cosa es la falta de razonamiento y otra el posible error del mismo.

La estimación del motivo octavo de casación se funda en que esta Sala tiene también declarado que cuando se trata de la partición de bienes procedentes de herencias distintas, máxime cuando a raíz de alguna de ellas debe realizarse una liquidación de la sociedad conyugal existente, es necesario proceder separadamente a la práctica de dicha liquidación y a las operaciones particionales correspondientes a los bienes que forman parte de uno y otro haber hereditario, al menos cuando no puede asegurarse que la omisión del orden correcto de proceder no determina alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que deben adjudicarse a cada uno de los herederos; y no sólo, como parece

suponer la sentencia recurrida, cuando se registra la omisión de la participación en las operaciones particionales de alguno de los llamados a suceder por ser distintos los herederos en una y en otra operación sucesoria.

La reciente STS de 2 de noviembre de 2005 considera nula una partición por el hecho de que la Sala «ha considerado correcta la partición hecha por el contador dirimente, no obstante no haber realizado división alguna de bienes, ni adjudicación de los mismos, entre los herederos de la primera herencia, a quienes no ha citado, sino que englobándolos todos ellos con los de la segunda, que es a la que se refiere el juicio de testamentaría, los divide como si de un patrimonio único se tratara, sin disolver el régimen económico matrimonial de los causantes, a fin de conocer los bienes».

En el caso examinado resulta obvio que se produce aquella consecuencia indeseada, determinante, por ende, de la vulneración del principio de equidad en la correcta formación de los lotes y de la nulidad de la partición, habida cuenta de que el fallecimiento de la primera causante hacía obligado liquidar la sociedad de gananciales que mantenía con su esposo, posteriormente fallecido, así como calcular de manera separada las consecuencias derivadas de la designación de éste como heredero en el tercio de libre disposición, para proceder a continuación a la partición del haber hereditario no adjudicado al esposo en virtud de dicha liquidación y, seguidamente, de manera separada, a la partición de los bienes integrantes de la segunda herencia –determinados con arreglo a las consecuencias ya conocidas de la liquidación de la sociedad conyugal y de la primera sucesión, en la que el esposo figuraba como heredero–. Al no haberse hecho así, y haberse adjudicado indiferenciadamente un tercio de todos los bienes de la primera y de la segunda herencia –como si fuera equivalente al tercio de libre disposición de la segunda herencia– al hijo mejorado en ésta en dicho tercio, se ha producido una alteración grave en la regularidad de las operaciones particionales, que se han realizado sin respetar debidamente la secuencia de una y otra sucesión hereditaria.

SUCESIONES

Desestimado el recurso de casación en el que se pretendía dar una nueva valoración a los inmuebles distinta a la que constaba en el Cuaderno Particional aportando una nueva valoración efectuada por un perito con la cualificación de arquitecto superior y alegando que el incremento en el precio de la vivienda usada es inferior.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don José Antonio Xiol Ríos

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Fátima y don Miguel Ángel contrajeron matrimonio en Oviedo el 25 de agosto de 1960, dictándose el 17 de diciembre de 1981 sentencia de divorcio.

⊙ En el año 1992 se instó por don Miguel Ángel liquidación de la sociedad de gananciales; iniciada la tramitación, se nombró dirimente y en el cuaderno presentado por éste se manifestó discrepancia por las partes, fundamentalmente en cuanto a valoración; concretamente, en cuanto al piso de Oviedo que el dirimente valora en 25.289.974 pesetas, de acuerdo con la tasación del Sr. Pedro Francisco y de una plaza de garaje que el perito valoró en 3.000.000 pesetas.

⊙ Doña Fátima presentó demanda contra don Miguel Ángel solicitando que se dicte sentencia por la que se modifique el cuaderno particional del dirimente en los siguientes puntos: a) Valoración de los bienes inmuebles de acuerdo con el arquitecto Sr. Luis Miguel; b) Adjudicación de la plaza de garaje a la demandante; c) Incluir en el pasivo aquellas cantidades abonadas por la esposa en mejoras

de piso y garaje y pago de IBI hasta 1997; d) Incluir en el activo la indemnización de 18 250 000 pesetas cobradas por el esposo; e) Incluir, asimismo, las acciones de BANESTO, DURO FELGUERA y FENINSA, condenando al demandado a estar y pasar por estas declaraciones y al pago de costas del juicio.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Oviedo dictó Sentencia el 26 de febrero de 1998 desestimado la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Oviedo dictó Sentencia el 25 de marzo de 1999 estimando en parte el recurso interpuesto por doña Fátima en el único sentido de que ha de adjudicarse a la misma la plaza de garaje inventariada por el dirimente bajo el número 3, con la consecuencia de modificar el cuaderno particional, procediendo a la elaboración de uno nuevo.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fundamento del recurso de casación interpuesto por doña Fátima.

Sostiene la actora que el informe del perito que sirvió de base al Cuaderno Particional se realizó extrajudicialmente, en base a negociaciones amistosas, sosteniendo que la valoración del piso debe ser de 23.172.040 pesetas, valoración hecha por arquitecto superior, que justifica la valoración; otro de los puntos discrepantes es referente a la valoración de la plaza de garaje, que el dirimente valora en 3.000.000 de pesetas, cuando el arquitecto antes mencionado lo hace en 2.500.000, valor que se propugnaba en la demanda; la valoración de las 65 acciones de Telefónica, si bien podía admitirse, debe tenerse en cuenta que el esposo ostentó la titularidad de dichas acciones obteniendo rendimiento de las mismas en concepto de dividendos y que han de tenerse en cuenta como mayor valor de ellas; la demanda impugnaba la valoración y se remitía a la que resultase de la prueba; en cuanto a las adjudicaciones sólo discrepaba respecto de la plaza de garaje, entendiendo que la plaza de garaje es anexa al piso y debía adjudicarse a la misma persona; desde el momento en que se realizó el inventario del pasivo, se tuvieron en cuenta las cantidades abonadas hasta la confección del inventario e interposición del incidente de exclusión de bienes, siguiendo produciéndose contribuciones y mejoras con posterioridad; por ello entendía que debían ampliarse, como gastos del pasivo, todas las cantidades abonadas por la demandante desde 1992 hasta el momento; se aportaba documental al efecto; por otra parte debían incluirse en el inventario las cantidades correspondientes a la duración del matrimonio, respecto de la indemnización de 18.250.000 pesetas. recibidas por el esposo como jubilación anticipada; finalmente también debían incluirse acciones de BANESTO, DURO FELGUERA y FENINSA, no certificadas por el Banco en su momento. En el incidente, se añadía la demanda, se excluyeron por falta de prueba, que ahora se aportaba.

Tras formular las alegaciones que estimaba oportunas.

2. Fundamentación jurídica de la sentencia del Juzgado.

La sentencia del Juzgado se fundaba, en síntesis, en lo siguiente:

a) La valoración relativa a la inclusión de las acciones de Telefónica, las discrepancias en cuanto a mejoras y pago de impuestos y la pretensión de inclusión de otros valores mobiliarios no había sido objeto de discrepancia en Junta de interesados con el cuaderno particional elaborado por el contador dirimente por la representación de la parte demandante (artículo 1088 CC).

b) La pretensión relativa a la inclusión de parte de la indemnización percibida por el esposo en concepto de jubilación anticipada, además de referirse a una cuestión sobre la que no había existido discrepancia, debía desecharse por concurrir cosa juzgada, dado que en la sentencia por la que se resolvió el incidente sobre exclusión de bienes se determinó que dicha indemnización no tenía carácter ganancial, sino privativa del esposo.

c) Lo propio había sucedido con el resto de valores mobiliarios a que se refería la reclamación.

d) La valoración del piso debía hacerse conforme a cuaderno particional, dado que la valoración

del contador dirimente era inferior a la que arrojaba el dictamen pericial presentado en el proceso.

e) La valoración de la plaza de garaje que resultaba del dictamen pericial era también muy similar a la formulada por el dirimente, por lo que debía mantenerse.

f) La separación en la adjudicación del piso y del garaje debía justificarse por ser la plaza de garaje independiente y poder adquirir el esposo un piso en la zona y ofreció la justificación de que la equiparación en las adjudicaciones verían la inclusión en cada una de ellas de un bien inmueble.

3. Fundamentación jurídica de la Sentencia dictada por la AP de Oviedo.

La sentencia se funda en lo siguiente:

Primero. Comparte esta Sala la premisa establecida por el Sr. Juez *a quo* en el primero de los fundamentos de su resolución en cuanto que el ámbito del juicio declarativo ordinario al que remite el artículo 1088 de la LEC ha de ceñirse a los puntos concretos en que los interesados han disentido de las operaciones llevadas a cabo por el contador-partidor dirimente. Igualmente, es también necesario poner de relieve el efecto de cosa juzgada material, que no meramente formal, que ha de producir lo que se resuelve en un previo incidente de exclusión o inclusión de bienes promovido en juicio de testamentaría, en los supuestos, claro está, de darse la triple identidad del artículo 1252 del Código Civil, pues es patente que se trata de un procedimiento contradictorio con todas las garantías y sin merma o limitación de medios de defensa.

Segundo. Sentado lo anterior, y habida cuenta de su plena aplicación al caso de litis por virtud de lo dispuesto en el artículo 1410 del Código Civil, que remite al procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales a las normas de los juicios hereditarios, hemos de partir en el supuesto de autos de lo siguiente: a) Que las discrepancias existentes en orden al cuaderno particional se recondujeron al valor del inmueble (26.289.974 pesetas. el dirimente y 23.172 040 pesetas el contador de la esposa), plaza de garaje (3.000.000 pesetas y 2.500.000 pesetas, respectivamente) vehículo (100.000 pesetas y 80.000 pesetas), existiendo discrepancias también en orden a la adjudicación y confección de hijuelas al separar el dirimente el inmueble de la plaza de garaje, b) Que durante la tramitación del procedimiento de liquidación fue planteado incidente de inclusión-exclusión recayendo sentencia de 8 de junio de 1994 que declaró la exclusión del inventario de metálico representado por la cantidad de 18.250.000 pesetas percibidas por el esposo como «jubilación anticipada», el vehículo y las deudas representadas por lo abonado por la esposa por mejoras y otros conceptos en vivienda y garaje, declarando la inclusión de una serie de acciones depositadas en Banesto. Esta sentencia fue apelada y revocada en parte por la de 29 de mayo de 1995 de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial en cuanto acordó la inclusión del vehículo y de las mejoras abonadas por la esposa.

Así las cosas, y a la vista de los pedimentos contenidos en la demanda origen de este litigio, evidentemente los ordinales 4.º y 5.º (atinentes a las acciones y a la indemnización antes aludida) ya habían quedado resueltos ciertamente en el incidente reseñado, por lo que la existencia de cosa juzgada al respecto veta su nueva discusión en esta litis.

Con respecto al ordinal tercero, es lo cierto que respecto a las cantidades a que él mismo hace referencia, existió coincidencia en cuanto al cuaderno particional presentado por la actora y el del dirimente, sin que se hubiera efectuado advertencia al respecto. Por otra parte, y de la prueba de autos no resultó acreditado el devengo de nuevas cantidades desde el año 1997.

En suma, pues, ha de convenirse con el Sr. Juez *a quo* en que el debate habría de reconducirse a la valoración del inmueble y garaje y su adjudicación conjunta o separadamente.

Abordado pues el objeto a debatir que acaba de reseñarse, la actora hoy recurrente, funda su pretensión en estimar como más ajustada la valoración efectuada por el Arquitecto don Luis Miguel frente a la realizada por el Arquitecto Técnico don Pedro Francisco.

Con independencia de la diversa titulación de uno y otro, desde luego es patente que debe considerarse a ambos con idéntica capacidad para verificar la tasación en cuestión; ahora bien, si tenemos en cuenta que como resultó de la testifical recibida el Sr. Pedro Francisco realizó la valoración en su día por encargo de ambas partes contendientes, y además por aquélla incluso resultó inferior a la llevada a cabo en la presente litis por el Arquitecto Sr. Armando; fácilmente se corresponde que meras razones de equidad aconsejan tal y como se resolvió en la recurrida estar a la valoración consignada por el contador-partidor dirimente, e igual razonamiento ha de servir en orden a la tasación del garaje, en la que sólo hubo 200.000 pesetas de diferencia con lo expresado en su pericia por el referido don Armando.

Finalmente, resta analizar si la adjudicación de la vivienda a la esposa ahora recurrente y del garaje al esposo debe considerarse justa, o por contra no resultaría más razonable que aquélla recibiese ambos bienes en su hijuela.

Sobre tal particular, ha de reconocerse la validez del razonamiento de la en su día actora, acerca

de la diferencia a efectos de mercado, de una vivienda con o sin plaza de garaje, máxime en una ciudad como Oviedo habida cuenta de las circunstancias que concurren en su infraestructura vial, ello unido al carácter complementario y accesorio que es predicable de cualquier plaza de garaje respecto del piso del que resulta anexo.

Por otra parte, el que el artículo 1062 del CC refiere al principio de igualdad en los lotes a adjudicar, lo hace en función de su naturaleza, especie y calidad, y es patente que no parece compadecerse entre un inmueble y una plaza de garaje de hecho vinculada a ésta.

En este extremo, pues, debe prosperar el recurso.

4. Motivos del recurso

a) En el primer motivo alega la recurrente la infracción de los artículos 1243 del Código civil y 632 de la Ley de enjuiciamiento civil. Alegaba, en síntesis, que existe una valoración realizada por el arquitecto don Luis Miguel y que fija el precio del piso en 23.172.040 pesetas, que considera más adecuada que la aceptada por la sentencia, ya que estaba refrendada por un Arquitecto superior y no uno técnico y, por otra parte, el valor de mercado de los pisos antiguos en Oviedo dada la gran cantidad de construcción, principalmente en la zona en la que se encuentra el inmueble que nos ocupa, no se incrementa en la misma proporción en la que lo hace el metro cuadrado construido nuevo, hechos que se expresan en el informe pericial efectuado por el arquitecto referido (el cual es más completo y detallan más conceptos) y que no son tenidos en cuenta por el Arquitecto Técnico. En iguales términos se expresaba la demanda al tratar el tema de la valoración de la plaza de garaje.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo.

Como tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia, la valoración de la prueba pericial corresponde a las facultades del tribunal de instancia, por lo que sólo puede ser impugnada en casación cuando concurre la vulneración de alguna de las normas que integran el régimen de este medio probatorio o cuando la valoración efectuada arroja un resultado erróneo, arbitrario o ilógico contrario a las reglas de la sana crítica, pero no cuando se trata de sustituir el criterio de valoración seguido razonablemente por el tribunal de instancia por el que la parte recurrente estima más adecuado o acertado.

Como dice, entre las más recientes, la sentencia de 27 de julio de 2005, recurso de casación 4776/1998, «La valoración de la prueba pericial corresponde a la función de los tribunales de instancia al tratarse de un medio de prueba de apreciación libre, por lo que no cabe la verificación casacional. Excepcionalmente se admite su revisión cuando se afecta al derecho de tutela judicial efectiva por incurrir el juzgador en error patente, arbitrariedad o irrazonabilidad, o bien cuando se contradicen las reglas de la sana crítica, que, si bien no están catalogadas ni son susceptibles de tal enunciación, sin embargo se entienden violadas cuando se sigue un criterio contrario a los dictados de la lógica o del raciocinio humano. Por consiguiente, no cabe mediante el recurso de casación pretender sustituir una valoración de la prueba pericial efectuada en la resolución recurrida por otra distinta. Sólo es posible someter a la consideración del Tribunal casacional alguno de aquellos vicios, y ni siquiera cabe debatir si la solución o conclusión pretendida es más lógica que la de la resolución que se impugna, pues de aceptarse esta dialéctica se convertiría a la casación en una tercera instancia contrariando su auténtica función.»

En el caso examinado la parte recurrente se limita a contraponer los argumentos que apoyan una valoración de la prueba favorable a sus pretensiones frente a los que, de modo razonable, justifican la apreciación probatoria realizada tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial, los cuales ni siquiera se ha intentado demostrar que sean erróneos, ilógicos o absurdos.

b) En el motivo segundo alega la infracción del artículo 1063 del Código civil en relación con el artículo 1398, apartado 3.º, del mismo cuerpo legal. Alegaba, en síntesis, que es procedente la ampliación, a efectos de la elaboración del definitivo cuaderno particional, de todas las cantidades abonadas por la recurrente en mejoras del piso, así como los pagos por la contribución urbana, hoy IBI, desde junio de 1992 hasta el momento de la elaboración del cuaderno particional en el mes de junio de 1997, como se deducía de los certificados de la Comunidad de Propietarios sobre cantidades abonadas en concepto de gastos de comunidad, derramas y plaza de garaje, así como certificación del Ayuntamiento de Oviedo sobre pagos en concepto de impuesto sobre bienes inmuebles. Cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 14 de octubre de 1993, la cual declaró que «estos preceptos autorizan como posible interpretación más ajustada a la justicia material que la actualización se efectúe en el momento de la confección del cuaderno por el contador dirimente pero no permiten ir más allá».

El motivo también es desestimado por el Tribunal Supremo.

La parte recurrente, con defectuosa técnica casacional, se limita a reproducir los argumentos expuestos en la demanda para fundamentar su

pretensión, pero no expone argumento alguno para impugnar la argumentación contenida en la sentencia apelada, en el sentido de que el objeto de juicio ordinario en el que se ventila la impugnación de las operaciones particionales, de conformidad con el artículo 1088 LEC 1881, queda limitado a las cuestiones que hayan sido objeto de oposición o impugnación oportunamente formulada, es decir, dentro de los 15 días que fija el artículo 1084 LEC 1881 para que sean discutidos en la junta convocada para ello, donde el contador dirimente y los interesados expondrán los respectivos pareceres sobre las cuestiones determinantes de las diferencias en orden a lograr la avenencia, y sólo si la conformidad no se consiguiera, se abre el cauce del juicio declarativo que proceda para sustanciar la oposición contra las operaciones que haya realizado el dirimente, ya que, si éste ha intervenido según lo previsto en el artículo 1078 LEC 1881, es él quien formula el proyecto particional definitivo.

Independientemente de ello, se observa que el cuaderno particional prevé en una disposición final que «si aparecieran otros bienes, derechos o acciones, así como obligaciones, no comprendidas en el inventario, se adicionarán a éste y se distribuirán por partes iguales entre los litigantes».

c) El motivo tercero se basa en la infracción del artículo 544 de la Ley de enjuiciamiento civil en relación con el 1252 del Código civil. Alegaba, en síntesis, que no se había producido la cosa juzgada apreciada por el juzgador de instancia, puesto que no se había ejercitado acción alguna al respecto; la acción ejercitada lo había sido en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y lo que se pretendió por quien ejercitó la acción fue la exclusión de la totalidad de la indemnización sin que esta parte defendiera en aquel entonces la inclusión de la parte proporcional con base en unos fundamentos de derecho que en nada tienen que ver con los que en su momento se discutieron en el incidente de exclusión de bienes, teniendo en cuenta que la petición de la demanda se hacía al amparo del giro jurisprudencial que se ha producido en la Audiencia Provincial de Oviedo (sentencia de 4 de diciembre de 1995) y que hacía a la parte recurrente por economía procesal incluir la petición en el presente juicio en el que puede dilucidarse sin que deba procederse a instar el juicio para la nulidad de la partición.

Este motivo también es desestimado por el Tribunal Supremo.

Resulta evidente que el incidente de exclusión, usual en la práctica procesal bajo la vigencia de la LEC 1881, constituye un proceso declarativo tramitado como incidente de previo pronunciamiento, el cual, según la más reciente jurisprudencia, (sentencia de 21 de octubre de 2005, recurso núm. 85/1999), se resuelve con efectos de cosa juzgada sobre las pretensiones que constituyen su objeto propio. El argumento de la parte recurrente, en el sentido de que debe distinguirse entre la pretensión encaminada a lograr la exclusión de la totalidad de la indemnización y aquella que pretende una inclusión de parte de la misma resulta sumamente artificioso y no puede ser aceptado, puesto que el objeto preciso del incidente de exclusión es la decisión sobre la procedencia de incluir o no en la partición, en todo o en parte, determinado bien, cualesquiera que sean los argumentos jurídicos que, en aplicación del principio *iura novit curia*, el tribunal pueda tener en cuenta para realizar la calificación del bien adecuada para decidir la cuestión, de tal suerte que la *causa petendi* no sufre alteración por el hecho de que se pretenda una u otra calificación, ni siquiera apoyándose en la evolución de la doctrina sentada por los tribunales.

En torno a esta cuestión es preciso notar que esta Sala, en reciente sentencia de 29 de junio de 2005, recurso núm. 48/1999, tiene declarado que la indemnización por despido o pensión de jubilación o concepto análogo, percibida tras la disolución de la comunidad, no se imputa a ésta.

d) En el cuarto motivo se denuncia la infracción de los artículos 583.3 y 593 de la LEC, sosteniendo que no ha sido tenida en cuenta la muy destacable negativa del demandado a prestar confesión judicial, cuando tal actitud de no comparecer en las dos ocasiones sin justa causa y pese a las debidas garantías en cuanto a su citación ha de acarrear las consecuencias legalmente prevenidas y recogidas en los artículos 583.3 y 593 de la LEC, como son la de tenerlo por confeso con la valoración esgrimida por la parte demandante.

Este motivo sigue el mismo camino que los anteriores y es desestimado por el Tribunal Supremo.

Para que exista *ficta confessio* no sólo es necesario que se hayan hecho por el juez, previamente, las advertencias oportunas, sino también que el juez, según su prudente arbitrio, estime que de la negativa o incomparecencia del llamado a declarar se infiere racionalmente la consecuencia del reconocimiento de los hechos en que se funda la pretensión de la parte contraria, puesto que es bien patente que el artículo 593 LEC 1881, cuya infracción se invoca, no obliga al juzgador a atribuir a la negativa o incomparecencia los efectos fatales que pretende la parte recurrente, sino que únicamente lo faculta para ello, al emplear la inequívoca expresión «podrá ser tenido por confeso en la sentencia definitiva», reveladora del carácter potestativo del apoderamiento que la ley hace en favor del tribunal.

En el presente supuesto no cabe duda de que el conjunto de las apreciaciones probatorias realizadas

por la sentencia de apelación y por el juzgado de primera instancia en torno a la valoración de los bienes inmuebles sobre los que la parte recurrente pretende proyectar los resultados de la *ficta confessio*, demuestran que el tribunal de instancia, competente para la valoración de la prueba, ha apreciado en su conjunto los elementos y medios probatorios existentes y no ha considerado oportuno admitir la existencia de una *ficta confessio* en relación con hechos que, en resolución, son idóneos para ser fijados mediante una valoración de carácter pericial y técnico y ajenos al círculo de conocimiento personal del declarante.

Por lo demás, no consta que esta cuestión haya sido planteada en el recurso de apelación, por lo que, de ser así, se trataría de una cuestión nueva no susceptible de ser resuelta en casación.

SUCESIONES

La administración de lotería no forma parte de la herencia del causante ya que su titularidad se rige en cuanto a su transmisión por normas específicas (artículo 14 del RD de 11 de junio de 1985) que nada tienen que ver con las sucesorias. El antiguo titular únicamente tiene la facultad de proponer a un nuevo titular dentro de un determinado círculo de personas.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Eva falleció el día 24 de febrero de 1991, en estado de viuda de don Gabino, con quien había estado casada en únicas nupcias, y de cuyo matrimonio nacieron cuatro hijos, Jesús Manuel, Pedro Francisco, Cornelio y Alfredo.

⊙ Doña Eva explotaba una Administración de Loterías desde el 15 de diciembre de 1961. El 7 de junio de 1962 se le concedió por el Ministerio de Hacienda la titularidad en propiedad.

⊙ Al amparo del Real Decreto 1082/1985, de 11 de junio (BOE de 5 de julio), doña Eva declaró ante Notario el 30 de septiembre de 1985 que a todos los efectos administrativos del Real Decreto citado, y, en general, a todos los efectos legales procedentes, sin limitación designaba a su hijo don Cornelio para que fuera nombrado nuevo titular, caso de su fallecimiento, indicado que aquél venía colaborando efectivamente en las tareas de la Administración de Lotería Nacional desde el 15 de diciembre de 1971. Mediante escrito del mismo día comunicó al Director General del Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado (ONLAE) que optaba por el régimen establecido en el Real Decreto 1082/1985, con todos los derechos y obligaciones que en él se comprendían, incluidos los derechos que se derivaban de la aplicación de los artículos 5, 12, 13 y 14.

⊙ Tras el fallecimiento de doña Eva obtuvo la titularidad de la Administración de Loterías que aquélla explotaba su hijo don Cornelio.

⊙ Doña Eva había otorgado testamento ológrafo el 1 de octubre de 1990, después protocolizado, en el que dejaba a su hijo Cornelio la legítima estricta, y el resto de sus bienes y derechos a sus hijos Jesús Manuel, Pedro Francisco y Alfredo.

⊙ Don Jesús Manuel, don Pedro Francisco y don Alfredo interpusieron demanda de menor cuantía contra don Cornelio, sobre acción de petición y división de herencia solicitando que se dictase

sentencia declarando que los bienes y derechos que forman parte del caudal relicto de la causante doña Eva son los que se describen en los hechos séptimo y octavo de esta demanda, entre los que se encuentran: el negocio de Lotería que constituye la Administración número 2 de Cuenca; los rendimientos generados por el negocio de Lotería desde el fallecimiento de doña Eva hasta que se produzca la partición de la herencia.

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia «por la que se desestimase la demanda por no pertenecer y ser ajeno al caudal hereditario la Administración de Lotería Nacional número dos de Cuenca a que la misma se refiere, ni estar integrados sus rendimientos, en el caudal hereditario; ni ser procedente rendición alguna de cuentas sobre dicha Administración de Lotería; ni tampoco la rendición de cuentas ni el reintegro de la cuenta bancaria a que se refiere el suplico de la demanda; ni ser ajustados a la realidad el avalúo de los bienes efectuados; ni tampoco, finalmente, la adjudicación de bienes en la forma interesada en el núm. 5 del propio escrito»

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Cuenca dictó Sentencia el 11 de septiembre de 1998 estimando en parte la demanda si bien excluyendo de la masa hereditaria la administración de lotería y el rendimiento del citado negocio desde el fallecimiento de la madre.

⊙ En grado de apelación la AP de Cuenca dictó Sentencia el 5 de abril de 1999 manteniendo la exclusión de la herencia de la administración de lotería y de los rendimientos de la citada explotación desde el fallecimiento de la madre.

⊙ Don Jesús Manuel, don Pedro Francisco y don Alfredo interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del recurso, al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción de los artículos 659 y 333 del Código civil, y de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso. Frente a la sentencia recurrida que, confirmando la de primera instancia, excluye el negocio de loterías y de sus rendimientos del activo hereditario, sostienen los recurrentes la interpretación contraria, pues son locales comerciales, sin que la circunstancia de estar limitado el ejercicio de esa actividad comercial a las personas que reúnan los requisitos establecidos por la normativa administrativa haga perder el carácter mercantil a las funciones que se desarrollan en sus dependencias, por lo que en la palabra genérica bienes que el artículo 333 utiliza se comprende todas las cosas, corporales o incorporables, susceptibles de adquisición y transmisión, y así ha de entenderse todo establecimiento de venta de loterías, como la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 24 de enero de 1953, 31 de enero de 1962, 25 de marzo de 1964 y 26 de febrero de 1979) lo ha estimado en cuanto a las oficinas de farmacia), que también tienen restricciones legales en cuanto a su transmisibilidad, pero que, al igual que las administraciones de loterías, son negocios que tienen un indudable valor económico. Por lo que se refiere a estas últimas, cita en favor de la tesis que mantienen las sentencias de esta Sala de 26 de abril de 1995, 22 de julio y 31 de diciembre de 1997.

El motivo no se ha articulado correctamente desde el punto de vista casacional. En primer lugar, se cifran como infringidos preceptos que por su generalidad no pueden servir de base a un motivo sentencias de 19 de diciembre de 2001 y 18 de marzo de 2002, entre otras. En efecto, el artículo 333 del Código civil no contiene más que un concepto de las cosas para clasificarlas como bienes muebles o inmuebles, lo que nada tiene que ver con la cuestión litigiosa, a saber, si el negocio de venta pública de loterías es transmisible por herencia o no. Tampoco el artículo 659 del Código civil sirve a este fin, pues se limita a dar un concepto de herencia. Cierto es

que forman parte de la misma los derechos que no se extingan a la muerte de la persona pero, se repite, la cuestión es saber si la explotación del antedicho negocio por concesión de la Administración se extingue o no con la muerte de su titular.

Ahora bien, como los recurrentes consideran como infringida doctrina de esta Sala contenida en las sentencias que citan, referidas (según ellos) al tema litigioso, se hace preciso abordar su análisis.

La sentencia de 26 de abril de 1995 recayó sobre un caso en el que la causante, titular de una Administración de Loterías, había impuesto al hijo que le sucedería en dicha titularidad que repartiese con su hermano un 40% de los beneficios netos, y que el 20% restante lo legaba a sus nietos. La Sala confirmó la sentencia recurrida en casación, que declaró la validez del legado de participación en los beneficios del negocio de lotería, sin que fuese nula la cláusula porque no vulneraba el RD de 11 de junio de 1985, y la Instrucción General de Loterías.

En el presente litigio no se dan ninguna de las características del expuesto doña Eva no hizo en su testamento ninguna designación de nuevo titular. Tampoco dispuso nada respecto de los beneficios del negocio. En estas circunstancias, dada la disparidad de supuestos litigiosos, no puede invocarse como doctrina aplicable al actual la sentencia de 26 de abril de 1995.

La sentencia de 22 de julio de 1997 tuvo como presupuesto fáctico un convenio celebrado entre los dos hijos de la titular a la Administración de Loterías, en virtud del cual acordaron que la misma, aunque figurase oficialmente a nombre de uno u otro o de sus herederos, fuese propiedad por iguales partes indivisas de ambos, percibiendo también por mitad los beneficios que produjese. Fue nombrada como nuevo titular de la Administración la esposa de uno de los firmantes del acuerdo. La sentencia declaró que la expresada titular tenía una titularidad más bien impuesta por las normas administrativas, «que no es incompatible y menos excluye que concurra una titularidad civil, en este caso plural, a favor de los hermanos fallecidos, únicos herederos de la primitiva titular, pues dicho negocio se integra en su labor hereditaria y ninguna disposición administrativa lo puede excluir, pues sería contradictoria-frontal (sic) a la normativa sucesoria general». La sentencia no entró a conocer en realidad del Real Decreto de 11 de junio de 1985, que regula la transmisión de la titularidad de las Administraciones de Loterías, al desestimarse el motivo de casación que se basaba en la infracción del artículo 14 del mismo por la sentencia de la Audiencia que se recurrió, y que fue confirmada por esta Sala. La razón fue que se trataba de un precepto administrativo, que no es apto para que su infracción originase un motivo de casación.

La última sentencia citada por los recurrentes es la de 31 de diciembre de 1997. El caso litigioso fue entonces la transmisión *mortis causa* de la titularidad de una Expendurría de Tabaco, y repitió la doctrina contenida en la sentencia de 22 de julio de 1997. Sin embargo, aquí era un mero *obiter dicta*, ajeno a la *ratio decidendi* del litigio, puesto que la pertenencia de la titularidad de la Expendurría a su herencia lo afirmaba precisamente una disposición administrativa, el Decreto de 9 de agosto de 1979, cuyo artículo 21 decía: «Los titulares de las expendurías podrán transmitir *mortis causa* su titularidad a favor de su cónyuge o de alguno de sus herederos forzosos»

Así, pues, de las tres sentencias citada por los recurrentes, sólo la de 22 de julio de 1997 contiene doctrina que, si se reitera, puede ser invocada en casación como infringida. Cierto que la de 31 de diciembre de 1997 lo hace, pero como un mero *obiter dicta*, que no constituye doctrina jurisprudencial a efectos casacionales (sentencias de 21 de mayo de 1977 y 19 de mayo de 2000 entre otras). Por otra parte, esta última sentencia dice que la anterior de 22 de julio cita las sentencias de 19 de julio de 1991, 6 de abril de 1992, 9 de julio de 1993 y 6 de febrero de 1996. Pero ninguna se refiere a la transmisión *mortis causa* de una Administración de Loterías.

La doctrina que sustenta esta Sala sobre la transmisión *mortis causa* de las Administraciones de Loterías puede resumirse en que no forman parte de la herencia, que la titularidad de las Administraciones se rige en cuanto a su transmisión por normas específicas, que nada tienen que ver con las sucesorias. Las mismas se hallan en el artículo 14 del RD de 11 de junio de 1985.

El análisis del RD de 11 de junio de 1985 conduce a la conclusión de que las Administraciones de Loterías no se transmiten *mortis causa* como formando parte de la herencia, pues son intransmisibles *inter vivos*, sólo cabe que el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado nombre nuevo titular si el actual renuncia, y que éste proponga al nuevo de entre su cónyuge, padres, hijos o nietos, y, en su defecto, algún hermano. Por otra parte, el susodicho Organismo sólo lo designará si el propuesto cumple las condiciones legales exigidas, y será objeto de instrucción del oportuno expediente, que habrá de ser anunciado en el Boletín Oficial del Estado (artículo 13). Tampoco admite el Real Decreto de 1985 la transmisión *mortis causa* de la titularidad de la Administración, sino sólo otorga al titular de la Administración la facultad de proponer al Organismo un nuevo titular, de manera muy análoga a la transmisibilidad *inter vivos* (artículo 17).

Por lo tanto, la titularidad no se transmite ni *inter vivos* ni *mortis causa*. El titular de la Administración lo único que tiene es la facultad de proponer a un nuevo titular dentro de un círculo señalado de personas, que nada tienen que ver con el hecho de suceder al titular. La Administración nombra al nuevo si reúne las condiciones que le exige el RD de 1985, no porque el Administrador de Loterías lo haya dispuesto.

La Administración de Loterías se configura así como una titularidad que se extingue a la muerte del titular si no hubiese hecho propuesta de designación, o que ésta hubiese recaído en persona que no reuniere los requisitos previstos en el artículo 14, o que no hubiere solicitado el nombramiento en el plazo de un mes desde el fallecimiento (artículo 14.5). Ello hace que la titularidad de la Administración otorgue un conjunto de derechos y obligaciones que se especifican en el RD de 1985 y que se extinguen a la muerte del designado, salvo que se den los casos anteriormente consignados, y que nada tiene que ver con su herencia. Entre ellos se encuentra la repetida facultad de proponer a ONLAE un nuevo titular para después de su fallecimiento.

Por otra parte, el artículo 659 del Código civil excluye de la herencia los derechos que se extinguen a la muerte de la persona, entre los que hay que integrar necesariamente la titularidad de una Administración de Loterías, que es un derecho configurado exclusivamente por normas administrativas. El administrador sólo tiene facultad de proponer a la Administración un nuevo titular, no un sucesor, no en su testamento necesariamente sino en documento público (artículo 14.1). Todo lo demás hasta el nuevo nombramiento del propuesto sigue un proceso administrativo, que terminará, en su caso, con una nueva designación de Administrador de Loterías. En ningún caso la decisión final depende del titular fallecido.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Siendo la esposa cubana y el esposo español, el divorcio ha de regirse por la ley española al ser la del lugar de la última residencia habitual común (artículo 107.2.º CC).

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: «Fallo: desestimar la demanda presentada por la representación procesal de doña Mónica. Estimar íntegramente la demanda reconvencional presentada por la representación procesal de don Joaquín y, en su virtud, declaro disuelto por divorcio su matrimonio con la Sra. Mónica.»

Debe tenerse en cuenta que la Sra. Mónica es de nacionalidad cubana, mientras que le Sr. Joaquín es español, estableciendo el artículo 107 del Código Civil en su apartado 2, que la separación y el divorcio se regirán, en el presente caso, por la ley de la última residencia habitual común, que fue en España, a falta de cumplimiento de los anteriores fueros que asimismo prevé dicha regulación legal.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Aunque en la legislación española se ha superado el concepto de culpabilidad en la ruptura matrimonial, sí tendría trascendencia al tratarse de un proceso de divorcio al que es aplicable la ley rumana (artículo 9 CC), de tal modo que si se acredita que la causa de divorcio deviene de culpa de uno de los cónyuges, el otro tiene derecho a beneficiarse durante un año de una pensión compensatoria (artículo 41.1 C. de Familia de Rumanía). No procede dicha pensión: no se ha probado que los problemas surgieran exclusivamente por la conducta del marido, ni que se desentendiera completamente de su familia.

AP HUELVA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Florentino Gregorio Ruiz Yamuza

La sentencia recurrida decreta la disolución del matrimonio de los litigantes por divorcio, fijando de acuerdo con la Ley personal de ambos ex cónyuges, Código Civil de Rumanía, la guardia y custodia de los dos hijos menores de la pareja que se atribuye a la madre, doña Antonia, el régimen de visitas a favor del padre, don Lorenzo, y determinando que el padre abonará una pensión alimenticia a favor de los dos menores ascendente a 250 euros mensuales.

También establece la resolución recurrida que, una vez firme la misma, deberán instar los cónyuges en el plazo de dos meses la inscripción en el Registro Civil donde fuera inscrito el matrimonio, puesto que de no hacerlo, conforme al artículo 39 del Código Civil rumano la decisión de divorcio quedará sin efecto.

La demandante en un escrito de interposición de recurso de apelación, relativamente extenso, introduce los siguientes motivos de recurso:

1. Que no se ha hecho mención en la sentencia de la causa de divorcio, lo que debería haberse efectuado, declarando que el divorcio se produce por culpa del marido que abandonó el hogar y

señalando la pensión a favor de la esposa que para estos casos prevé el artículo 41.4 del Código Civil rumano.

Considera la Sala que han de ser rechazados por las razones que pasamos a exponer:

1. Quizás el más difícil de despejar de los cuestionamientos que se hacen a la sentencia de primer grado sea el relativo a la culpabilidad del matrimonio. Este concepto ha quedado superado en la legislación de divorcio española, pero no obstante sigue teniendo trascendencia conforme a la Ley rumana, aplicable a este contencioso de acuerdo con el artículo 9 del Código Civil. Según las previsiones del derecho de familia de aquel país, efectivamente cuando se determina que la culpabilidad o la por mejor decir la causación del divorcio deviene de la culpa de uno de los contrayentes, el que es ajeno a tal circunstancia, podrá beneficiarse durante un año de una pensión compensatoria.

En el presente caso, los litigantes mantienen posturas completamente irreconciliables en cuanto a afirmar si don Lorenzo abandonó el domicilio o fue echado del mismo por doña Antonia. Si bien hay un testigo que afirma en juicio que fue don Lorenzo quien se marchó del hogar, no lo es menos que el demandado justifica que, a pesar de su falta de estabilidad laboral, hizo una transferencia a favor de la actora por 3.830 euros y otra de 200 euros. Esto daría cuenta de que no se colocó en situación de desentenderse completamente de su familia; pero lo que es más importante, al indagar en la causa o culpa del divorcio hemos de precisar que éste no se decreta porque uno de los cónyuges se vaya del hogar, sino porque la convivencia se ha deteriorado en grado tan sumo que la continuidad del matrimonio deviene imposible (artículo 38 del Código de Familia de Rumanía) y en este sentido no estamos en condiciones de tener por probado que los problemas de la pareja surgieran de manera expresa y exclusiva por la conducta de uno de los componentes.

PATRIA POTESTAD

Habiéndose atribuido a ambos progenitores la titularidad conjunta de la patria potestad, procede despachar ejecución al no constar que la madre facilite al padre información sobre aspectos esenciales que afectan al hijo. Existiendo dificultades para la comunicación telefónica entre padre e hijo, deberá ser el Juzgador de instancia quien, previa audiencia de los padres, decida sobre la intensidad y frecuencia de tales contactos.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 17 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

Con fecha 31 de enero de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Colmenar Viejo se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «SS.ª, por ante mí, la secretaria, dijo:

Que debía desestimar y desestimo la oposición formulada, por el procurador Sr. Figueroa Espinosa de los Monteros en representación del ejecutado; declarando procedente la ejecución siga adelante en los términos por los que se despachó. Sin expresa condena en costas a la ejecutada. No ha lugar a la intervención telefónica intereresada.»

El auto despachando ejecución de 27 de septiembre de 2004 acordó el requerimiento de Melisa en diferentes aspectos relacionados con la patria potestad y el auto que analizamos de 31 de enero de 2005, acuerda desestimando la oposición, declarar procedente que la ejecución siga adelante en los términos por los que se despachó.

Cuando se trata de obligaciones de hacer el requerimiento es ajustado a Derecho de conformidad con el artículo 705 de la LEC que establece que si el título ejecutivo obliga a hacer alguna cosa, el Tribunal requerirá al deudor para que la haga dentro de un plazo que fijará según la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurran.

Esgrime la parte apelante que el título no puede ejecutarse, ya que es el auto de 26 de julio de 2000 dictado en el incidente de medidas provisionales que devino ineficaz como consecuencia de las medidas definitivas dictada en la sentencia de separación, pero esta afirmación no corresponde a la realidad, ya que como consta en el encabezamiento y en el hecho primero de la demanda ejecutiva y en

el auto despachando ejecución de 27 de septiembre de 2004 el título judicial que sirve de base a la ejecución es la sentencia de separación conyugal de 30 de mayo de 2001 que fue confirmada por la sentencia de este órgano jurisdiccional de 25 de octubre de 2002.

Afirma también la parte apelante en apoyo de su pretensión revocatoria que la sentencia de la Audiencia Provincial no contiene medida alguna relativa a lo que la contraparte solicita, esto es que se aperciba a nadie, esta alegación tampoco puede acogerse, ya que la sentencia de separación conyugal de 30 de mayo de 2001, confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial citada, en el punto tercero del fallo establece literalmente «La atribución de la guarda y custodia del hijo menor a la madre, pero ejerciendo conjuntamente ambos progenitores la patria potestad», y esta titularidad conjunta de la patria potestad posibilita que el progenitor paterno participe en las decisiones referentes a la educación, formación y salud del menor para lo cual debe obtener la información necesaria, por lo cual el requerimiento acordado está justificado. En este punto conviene recordar que la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual abandonada y superada, ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos, queda definida como una función, en la que se integran un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados.

No consta que la demandada haya proporcionado al progenitor paterno información sobre aspectos esenciales del hijo, por lo que el requerimiento acordado es ajustado a Derecho al ser don Imanol también titular de la patria potestad.

Se exponen en el recurso de apelación las dificultades que existen en la relación telefónica entre el demandante don Imanol y su hijo motivadas por la actividad laboral de la madre como auxiliar en un gerontológico del Ayuntamiento de Zaragoza, debiendo señalarse a este respecto que las discrepancias entre los litigantes sobre la intensidad y frecuencia de las llamadas deben ser resueltas por el juzgador de instancia previa audiencia de los mismos.

PATRIA POTESTAD

El incumplimiento del régimen de visitas no es motivo para privar al padre de la patria potestad, máxime cuando deriva de la conflictividad existente entre los progenitores: una vez declarada la paternidad, el padre ha intentado ver a su hijo, aunque éste se negara a ello. Resultan inviables los abusos sexuales denunciados hacia el menor, al desarrollarse las visitas en la ludoteca, delante de terceros y sin pernocta. El impago de la pensión, aun siendo una conducta merecedora de sanción, tampoco reviste tal entidad como para privar al padre de la patria potestad, y puede salvarse a través de un proceso de ejecución.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: «Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Francisco de la Cruz Gordo, en nombre y representación de Gabriela, no ha lugar a la privación de la patria potestad de Ángel Daniel respecto de su hijo menor Marcos. Todo ello con imposición de las costas causadas en los presentes autos a la actora, apreciando mala fe y temeridad a los efectos previstos en el artículo 394.3 párrafo 2.º de la LEC».

Solicitando la ahora apelante en esta alzada, como ya lo hiciera en la instancia, la privación al Sr. Ángel Daniel de la patria potestad respecto al hijo común de los litigantes Marcos, nacido en fecha 23 de julio de 1999, fruto de relación matrimonial, cuya pretensión la basa, en esencia, según se deriva del escrito de demanda, y reitera

en las alegaciones contenidas en el escrito interponiendo recurso de apelación, en los incumplimientos que aduce reiterados del padre tanto del régimen de visitas como del pago de la pensión de alimentos de su hijo, malos tratos hacia el hijo y la madre y abuela materna, así como abusos sexuales en la persona del menor, sin que esto último se adujera en la demanda sino mediante escrito presentado en el Juzgado en fecha 1 de marzo de 2004, según consta en las actuaciones, en orden a la resolución sobre dicha pretensión, ha de tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 133 del Código de Familia «la potestad constituye una función inexcusable y, en el marco del interés general de la familia, se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad», y disponiendo el artículo 136.1 del mismo texto legal que «el padre y la madre pueden ser privados de la titularidad de la potestad sólo por sentencia firme, fundamentada en el incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, o por sentencia dictada en causa penal o matrimonial», tiene dicho la jurisprudencia, en relación a las normas del Código Civil, que «la patria potestad de la prole actúa como derecho inherente de la paternidad y maternidad y en nuestro ámbito tiene indudable carácter de función tutelar que la configura como institución en favor de los hijos, así lo dice el referido artículo 154, y lo tiene declarado la jurisprudencia desde antiguo (Sentencias de 28 de octubre de 1891, 25 de junio de 1923, 3 de marzo de 1950, 18 de febrero de 1969 y 9 de marzo de 1984), así como las más recientes [Sentencias de 23 de julio de 1987 (RJ 1987\5809), 30 de abril de 1991(RJ 1991\3108), 18 de octubre de 1996 (RJ 1996\7507) y 5 de marzo de 1998 (RJ 1998\1495)]. La protección a cargo de la familia, que impone la condición de menor, conforme declara el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966) (RCL 1977\893; NDL 3630) y que refiere el artículo 39.3 de la Constitución, en su vertiente obligatoria de derecho-función, llevó al legislador a la procura de un ejercicio correcto de la patria potestad, y evitar que pudiera resultar contrario a los intereses de los hijos, por ello el artículo 170 del Código Civil establece que se pueda privar total o parcialmente de su potestad a los progenitores mediante sentencia civil, que ha de fundarse en incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, lo que ha de presentarse plenamente probado [Sentencia de 6 de julio de 1996 (RJ 1996\6608)]. Se trata de una declaración genérica al no precisar el Código las conductas determinantes de tal sanción, por lo que los Tribunales, en cada caso concreto, han de decidir el alcance de los incumplimientos, midiendo su gravedad y también su reiteración», (STS de 9 de julio de 2002, RJ 2002\2905).

Y, en el caso de autos, aplicando dicha doctrina jurisprudencial, teniendo en cuenta el contenido del artículo 136 del Código de Familia sobre la privación de la potestad que queda dicho y que, como el antedicho artículo 133 del mismo texto legal prevé, constituye una función inexcusable, se colige que la privación de la potestad ha de ser objeto de interpretación restrictiva, siendo necesario para adoptar una medida tan drástica y trascendente que concurran circunstancias excepcionales (incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, conforme al artículo 136 del Código de Familia) que así lo aconsejen, siempre en interés y beneficio del menor que es el interés que debe ser protegido, sin que dichas circunstancias excepcionales puedan considerarse concurrentes en el presente caso ya que el hecho en el que se basa la solicitud de la ahora apelante relativo al incumplimiento por el padre del régimen de visitas y de la obligación de alimentos debe ponerse en relación con la conflictividad existente entre los progenitores que incluso motivó que se tramitara procedimiento de impugnación de la filiación instada por el padre, y que ha llevado a ambos a la interposición de innumerables denuncias, con la celebración de otros tantos juicios de falta, o la apertura de diligencias previas, y la adopción, incluso, del acuerdo por el Juzgado de suspensión del régimen de visitas con la consiguiente imposibilidad del padre de poder cumplir el mismo cuyo cumplimiento consta en las actuaciones que ha venido intentando una vez declarada su paternidad, con lo que no puede considerarse que el alegado incumplimiento del régimen de visitas obedezca a una actitud deliberadamente rebelde del ahora apelado al cumplimiento de su obligación de comunicación con el hijo común, por cuanto consta en las actuaciones la testifical del agente de la policía local de Caldes de Montbui que manifiesta haber acompañado al padre a recoger al menor al domicilio materno y ante las quejas de los vecinos quedaron en que el Sr. Ángel Daniel avisaría a la policía local para que le acompañara a recoger a su hijo, como así dice que se vino haciendo y tuvo ocasión de presenciar directamente la negativa del menor a irse con el padre y de oír a través del interfono también dicha negativa, cuyas negativas del menor carecen de virtualidad a los efectos de privación de la patria potestad, sin perjuicio de que atendido el estado de estrés y ansiedad que al menor le comportaban las visitas con el padre según se deriva de la prueba pericial practicada pueda ser objeto de modificación de medidas en cuanto al cumplimiento del

régimen de visitas mediante, incluso, su suspensión, lo que no es objeto de solicitud ni siquiera con carácter subsidiario, y respecto a lo que en el informe psicológico acompañado con la demanda como documento núm. 19, emitido por doña Clara que se ratificó en el acto de la vista, aunque no se le exhibió, lo que se aconseja es que «las visitas del niño con su padre sean en un lugar neutral y con la presencia de un profesional que pueda colaborar para la buena relación del menor con el padre», y en el mismo sentido en el informe de asistencia emitido por doña Ángeles, que en el informe de asistencia de 19 de febrero de 2004 (obrante a los folios 158 y 159) manifiesta que «en caso de permanecer las dificultades actuales y respecto a la verbalización de malos tratos y de abusos sexuales por parte de la madre y del niño se considera fundamental llevar a cabo un proceso de evaluación en una unidad de detección e intervención en abusos sexuales, así como la solicitud de una valoración psicológica del padre y de la madre del menor solicitada a instancias judiciales», en el informe de asistencia de 18 de marzo de 2004 (obrante a los folios 418 a 422), en el que también se ratificó en el acto de la vista sin habérsele exhibido, lo que se dice es que «en cualquier caso, de llevarse a cabo el régimen de visitas se considera aconsejable que éste se lleve a término inicialmente en lugar público, con el padre y niño a solas pero en presencia de otros niños y/o de educadores», que es lo que se ha venido haciendo en la Ludoteca según consta en las actuaciones y se deriva de la testifical de doña Angelina que manifestó que es responsable del servicio de Ludoteca y allí se han venido desarrollando las visitas del padre con el menor.

Como, teniendo en cuenta que, atendida dicha conflictividad entre los progenitores, consta en las actuaciones que el ahora apelado se dirigió a la apelante mediante burofax de fecha 21 de julio de 2003 solicitándole el número de cuenta bancaria donde ingresar la pensión alimenticia del hijo, con ser la dejación del pago de la pensión alimenticia una conducta merecedora de sanción, sin embargo, siendo fácilmente corregible mediante su exigencia a través del procedimiento de ejecución de sentencia correspondiente, ello no puede considerarse tampoco como de entidad tal que aconseje la privación de la potestad del padre sobre el hijo, teniendo en cuenta, además, a los efectos que ahora importa, que dicha medida, que ha de adoptarse en beneficio e interés del menor, no supone una sanción indefinida como se deriva de que el propio artículo 136.2 del Código de Familia prevé que «la autoridad judicial debe acordar, en beneficio e interés de los hijos, la recuperación de la titularidad de la potestad cuando haya cesado la causa que había motivado su privación», empleando en dicho apartado relativo a la recuperación de la patria potestad la forma imperativa «debe» al contrario de la facultativa «pueden» empleada en el apartado 1, referente a la privación de la potestad, lo que supone, como señala la jurisprudencia que «la privación de la patria potestad, total o parcial, no constituye una sanción perpetua, sino condicionada (tampoco necesariamente) a la persistencia de la causa que la motivó», (STS de 12 de julio de 2004, RJ 2004\4371), cuyas causas de incumplimiento de régimen de visitas e impago de la pensión alimenticia no puede considerarse, por lo que queda dicho, de entidad tal que conlleve la privación de la patria potestad, por cuanto, también como dice la jurisprudencia, «con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses» (STS de 24 de abril de 2000, RJ 2000\2982), y sin perjuicio de lo que resulte de la causa penal en cuanto a los abusos sexuales denunciados, obrando en autos, en virtud de la documental aportada en el rollo por la propia apelante, el informe psicológico emitido por el Equip Técnic Penal de Barcelona en el que en las conclusiones del emitido respecto al menor se dice que «valorem que el testimoni del menor en relació als fets denunciats conté nombrosos indicadors compatibles amb un relat suggestionat, en aquest cas, per la infuència de la figura materna. Per tant, considerem que es tracta d'un relat no creïble i que no es correspon al relat d'uns fets viscuts», y respecto al padre concluye que «de l'exploració de la sexualitat no s'han pogut recollir indicadors que ens aportin dades en aquesta àra que ens permetin valorar una possible conducta d'abús sexual, con la denunciada en la present causa», y, en su caso, atendido el régimen de visitas que se venía desarrollando sin pernocta y en la Ludoteca delante de terceros que hace inviable unos posibles malos tratos al menor también alegado por la demandante-apelante, careciendo de relevancia a los fines del proceso los alegados a la madre o a la abuela, procede la desestimación del recurso de apelación.

GUARDA Y CUSTODIA

No procede otorgar la guarda y custodia compartida: es inviable al amparo del artículo 92.5.º CC, al faltar el acuerdo imprescindible de los progenitores; tampoco es posible al amparo del artículo 92.8.º CC, porque no existe informe favorable del Ministerio Fiscal, ni la convicción del Juez de que «sólo de esa forma se protege convenientemente el interés superior del menor». Sin cuestionar la idoneidad de ambos, se otorga a la madre por considerarlo más conveniente para el menor, y se fija un amplio régimen de visitas que comprende 3 fines de semana al mes. Requisitos legales y jurisprudenciales de la custodia compartida.

AP LEÓN, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Luis Adolfo Mallo Mallo

La sentencia apelada atribuye a la madre –doña Isabel– la guarda y custodia del hijo del matrimonio –Ismael, de 9 años de edad–, pronunciamiento que es impugnado por el padre –don Sebastián– quien solicita la guarda y custodia compartida por ambos progenitores.

El motivo va a ser desestimado.

A la hora de decidir acerca del establecimiento de un régimen de guarda y custodia de los hijos, el criterio básico no es otro que el del *favor filii*, –consagrado en el artículo 39 CE, en la LOPJM–, sancionado por diversos tratados y resoluciones de organizaciones internacionales e inspirador de diversos preceptos del CC –artículos 92, 93 y 94 entre otros–.

Lo prioritario es garantizar, ante todo, el interés material, moral y de todo orden del menor, que prevalece sobre los deseos o intereses de los progenitores, sin perder nunca de vista ese principio inspirador existen dos posibles fórmulas de otorgamiento de la guarda y custodia: la tradicional de otorgar la guarda y custodia a uno de los progenitores (exclusiva y unilateral) y la más innovadora de otorgar la guarda y custodia de forma conjunta o compartida a ambos progenitores.

Cierto es que las Audiencias Provinciales, vienen admitiendo (antes de la reforma legal a que aludieran) la posibilidad de otorgar la guarda y custodia compartida, fórmula que en determinadas circunstancias presenta bondades indudables, si bien, se pone de relieve la excepcionalidad de tal fórmula en cuanto ha de reservarse para casos en que concurran muy especiales circunstancias que le hagan aconsejable, poniendo de relieve que la tenencia compartida de los hijos no es sino una posible fórmula de custodia más prevista para tutelar el interés preponderante del niño, perfectamente viable sólo a instancia de ambos padres y cuando sea rigurosamente avalada por la capacidad de ambos para ostentarla, la voluntad libre y espontánea del propio menor (elemento importante pero no determinante en cuanto a la adopción de la decisión judicial; *vid.* la SAP Girona, Secc. 2.ª, de 25 de febrero de 2001), las circunstancias geográfica y social que no perjudiquen el entorno del menor con un excesivo peregrinaje del domicilio de un progenitor al del otro, la nula conflictividad entre los padres (como establece la SAP Madrid, Secc. 22.ª, de 9 de julio de 2004), «la guarda y custodia compartida requiere la existencia de armonía y una relación satisfactoria entre los progenitores», estilos homogéneos de vida, la alta edad de los hijos (según la SAP Las Palmas, Secc. 5.ª, de 28 de febrero de 2005), «tampoco son aconsejables las situaciones de custodia compartida como la que propugna el recurrente en menores de 12 años sin que exista acuerdo entre los progenitores», ausencia de obstáculos laborales y los correspondientes informes psicológicos del Equipo Técnico Psico-social adscrito al Juzgado de Familia.

No concurriendo la totalidad de tales circunstancias en el caso concreto, el establecimiento de un régimen de custodia compartida o conjunta podría ser una fuente generadora de conflictos que, inevitablemente, redundan en el perjuicio psicológico y emocional del menor, situación esta que es preciso, a toda costa, evitar.

La Ley 15/2005 de 8 de julio ha dado nueva redacción al artículo 92 CC que ha quedado redactado en los siguientes términos:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

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

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

La preocupación del legislador de velar por el *favor filii* se plasma en cuatro pasajes distintos del artículo 92 CC, a saber, los siguientes:

En el apdo. 4, cuando se dice que: «el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos».

En el apartado 6, al declarar que: «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

Igualmente, el apdo. 9.º viene a reproducir el último párrafo de la anterior redacción del artículo 92 del Código Civil, insistiendo en que «el Juez, antes de adoptar algunas de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del régimen de custodia de los menores».

Por último, es realmente interesante la cláusula de cierre que el legislador ha previsto para el sistema de régimen de guarda y custodia conjunta, al prever en su apdo. 8 que: «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor», supuesto que pone de manifiesto el carácter de orden público que tiene el régimen de guarda y custodia de los menores y como el Juzgador tiene que obrar no a instancia de parte, sino de oficio.

De lo expuesto que se pueda afirmar que el «interés del menor» constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia y de su propia operatividad y eficacia.

En nuestro caso no es posible otorgar el ejercicio compartido de la guarda y custodia al amparo del núm. 5 del artículo 92 CC, pues falta el acuerdo imprescindible de ambos progenitores, oponiéndose la madre a ese régimen de guarda y custodia que sólo el padre demanda.

Tampoco resulta posible hacerlo al amparo del núm. 8 del citado precepto, pues ni existe informe favorable del Ministerio Fiscal, que se opone a esa pretensión interesando se confirme el régimen de guarda y custodia que establece la sentencia apelada, ni tenemos la convicción de que «sólo de esa forma se protege convenientemente el interés superior del menor».

Así pues, sin cuestionar la idoneidad de ambos progenitores para ejercer las funciones de guarda del menor, estimamos lo más conveniente para sus intereses el mantenimiento de la guarda y custodia otorgada a la madre, con un amplio régimen de visitas a favor del padre, lo que coincide además con el deseo expresado por el menor en su exploración (F. 124), régimen de visitas que comprende tres fines

de semana al mes, siendo razonable reservar un fin de semana para que el menor pueda compartir un tiempo de ocio con la madre, y todas las tardes que el menor desee, además de la mitad de los períodos vacaciones, que, por estimarlo adecuado, ha de ser confirmado.

GUARDA Y CUSTODIA

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 ha iniciado una nueva relación con otra persona por lo 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 que existe entre los padres que repercute en la menor.

AP BALEARES, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Mateo Lorenzo Ramón Homar

En la demanda instauradora de esta litis, la representación de doña Milagros solicita la modificación de un conjunto de medidas acordadas en procedimiento de divorcio con el demandado don Luis Miguel, a consecuencia de su previsto traslado de residencia a Guadalajara, básicamente en relación con el derecho de visitas del padre con la hija Frida, en la actualidad de cinco años de edad. El demandado interpone demanda reconvencional en solicitud de cambio de guarda y custodia de la hija menor y se atribuya ésta al padre, por las consecuencias que conlleva el cambio de residencia de la madre, que en síntesis, considera pretende alejar a la menor del padre y se halla injustificado. La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda inicial y desestima la reconvencional, denegando la modificación de la guarda y custodia de la menor, y adecuando el régimen de visitas a favor del padre al traslado de residencia que se reputa justificado, y distribuyendo los gastos de viaje.

Siguiendo un orden lógico, el primer aspecto que debe tratarse es si el deseo de doña Milagros de trasladar su residencia desde Mallorca a Guadalajara, y que constituye un derecho constitucional recogido en el artículo 19 de la Constitución Española, tiene un móvil espurio, manifiesta falta de justificación o se halla guiado con el único objetivo de provocar un alejamiento de la menor respecto de su padre. Al respecto debemos ratificar la acertada fundamentación de la sentencia recurrida sobre este particular, resaltando que la Sra. Milagros es natural de Guadalajara y desde esta Ciudad trasladó su residencia a Mallorca en el año 1999, poco tiempo antes de comenzar la relación con el ahora demandado, y en la misma residen sus padres (abuelos maternos de la menor) y, parece ser, una hermana; y el deseo de iniciar una nueva relación sentimental con una persona de profesión Guardia Civil y con destino actual y en estos últimos años en Madrid (Casa Real), adquiriendo una nueva vivienda en Azuqueca de Henares, tal como se ha acreditado documentalmente, son motivos razonables para un cambio de residencia en el ejercicio de tal derecho.

Sentada tal conclusión, y no siendo posible en ejercicio de tal derecho fundamental por la Sra. Milagros, que ambos progenitores residan en Mallorca, nos hallamos ante el difícil dilema de determinar si es más beneficioso para la menor un cambio de guarda y custodia a favor del padre y que la misma quede con residencia habitual en Mallorca, o continuar con la guarda y custodia de la madre con el correlativo traslado de dicha menor a Guadalajara, conllevando en todo caso, un alejamiento físico con uno de los progenitores.

La sentencia de instancia acuerda la continuación de la guarda y custodia de la madre, básicamente por considerar que la estabilidad intrafamiliar debe prevalecer sobre la estabilidad social (amistades de colegio); que el traslado no supone la interrupción definitiva de la relación paterno-filial, sino una mayor dificultad que ambos irán superando con el tiempo; y no comparte la conclusión del dictamen de la Sra. Marisol por cuanto se separaron los padres cuando la menor tenía un año, y el

cuidado desde entonces siempre ha correspondido a la madre.

Dicho aspecto esencial del fallo es impugnado en el recurso interpuesto por el Sr. Fiol, básicamente con argumentos fundados en el dictamen de doña Marisol, y destacando que la Sra. Milagros no tiene credibilidad, por haber intentado en el pasado suprimir o reducir a una hora semanal el derecho de visitas del padre faltando a la verdad ante el órgano judicial e inventándose falsas citas médicas en Navidad; que el Sr. Luis Miguel, por el contrario, goza de total credibilidad; las dos condenas penales impuestas a la Sra. Milagros; que la motivación del cambio de residencia es alejar a la menor de su padre, y que él goza de un horario flexible; la existencia de posibles abusos, dejando la madre a la menor a la guarda de dicha familia de dicho posible agresor en conducta que califica de «espeluznante»; y que el dictamen de la Sra. Marisol establece que la base de seguridad de la menor reside en la figura paterna, que la menor ha estado mucho tiempo con su padre, y el efecto de separarle de su padre producirá el mismo efecto que separarle del cónyuge custodio; se ha producido un «cambio de roles» de modo que, en contra de lo que es habitual el padre ha logrado constituirse en el centro de la vida de la menor, y que el padre es el progenitor que ha llegado a establecer un vínculo más fuerte con la menor.

A favor de la tesis del padre recurrente se presenta el dictamen de la psicóloga doña Marisol, y a favor de la tesis mantenida por la madre, el hecho de la falta de una adecuada justificación para alterar una situación como la mantenida desde la separación por el solo hecho de ese traslado, y las conclusiones expuestas por la psicóloga doña Cristina, en sus aclaraciones, al afirmar que ve correcta la relación madre e hija, que depende de cada niño la dificultad de un cambio de residencia, pero Frida puede adaptarse perfectamente, considerando más difícil un cambio de guarda y custodia. Visto el conjunto de la prueba, la Sala ratifica la acertada fundamentación de la sentencia recurrida, resaltando que no se aprecian motivos para alterar una situación anteriormente existente de guarda y custodia de la madre, y la solución menos perjudicial para la menor se considera es la de autorizar su traslado a Guadalajara, si bien complementado con un amplio y adecuado régimen de visitas a favor del padre, en atención al especial vínculo afectivo que mantiene la menor con su padre, que constituye una base de seguridad de la menor, conforme al dictamen pericial antes señalado. Asimismo en un contexto acreditado y reconocido por ambas partes de una relevante y exagerada tensión entre los dos progenitores, con multiplicidad de denuncias mutuas y discrepancias relevantes, que provocan ansiedad en ambos, tal situación de cambio de residencia, tal como apunta la psicóloga Sra. Cristina, es hipotéticamente posible ayude a aliviar dicha tensión tan negativa para la menor, en cuya existencia coinciden los dos dictámenes psicológicos obrantes en las actuaciones, lo que evidenciaría que la situación anterior al traslado no funciona; y así en el dictamen suscrito por doña Cristina, y en aspecto en el que coincide con doña Marisol, la menor se silencia cuando se entra en el terreno familiar, presenta sentimientos de agresividad contenida, con presión y tensión emocional, al captar la menor la conflictividad entre los progenitores, con signos de conflictos de lealtad. No se puede culpar exclusivamente a uno de los cónyuges de tal tensión. En cuanto al dictamen de doña Marisol se nota en falta una evaluación personal de la Sra. Milagros con la que ha mantenido una sola entrevista, si bien también se corresponde con una notable animadversión de la actora hacia dicha psicóloga especialmente tras conocer su dictamen, no quedando acreditado un motivo que justifique un cambio de una situación anterior de guarda y custodia acordada inicialmente y de común acuerdo por ambos progenitores, y la cual no se ha acreditado fuere negativa para la menor. En cuanto al dictamen de doña Cristina, se aprecia que tampoco ha evaluado al padre, y no llegó a concluirse por acordarse que las sesiones se efectuaren con una sola psicóloga para evitar cansar a la menor con tantas sesiones de evaluación.

Por ambas partes se recuerdan denuncias y hechos en su conflictiva relación tras la ruptura de la convivencia, tales como vicisitudes en algún período de derechos de visitas en Navidad, u otras que fueron ya objeto de otros procedimientos de modificación de medidas documentadas en las actuaciones, como el intento infructuoso de la Sra. Milagros de reducir sensiblemente el régimen de visitas, o la sentencia que amplía el régimen de visitas inicialmente establecido, que pone de relieve la preferencia de que la menor, dado el intenso trabajo de la madre, permanezca con el padre con preferencia a guardadores de confianza de la madre. Tales hechos ponen de manifiesto una elevada tensión que repercute negativamente en la menor, pero carecen de relevancia para decidir la cuestión controvertida. Del mismo modo, la condena penal de la Sra. Milagros por una falta de lesiones y otra falta de injurias contra el Sr. Luis Miguel por hechos acaecidos en diciembre del año 2001, se reputan irrelevantes, y tan sólo expresivos de unas relaciones sumamente tensas que perjudican a la menor, sin que puedan atribuirse en exclusiva a uno de los dos progenitores.

En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por el demandado.

GUARDA Y CUSTODIA

No procede modificar la guarda y custodia a favor del padre, al no existir alteración sustancial de las circunstancias: del propio Convenio Regulador se desprende el consentimiento del padre a que el menor cambiara de residencia, por motivos de traslado profesional de la madre, con independencia de que hasta que terminase el curso escolar el menor quedara bajo la custodia del padre, fijándose a partir de entonces un distinto régimen de visitas paterno-filial. Los requerimientos afectivos y psíquicos del menor justifican el mantenimiento de la custodia materna.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Moreno Montero

El fallo de la resolución objeto de recurso, datada a 18 de noviembre de 2005, dice: «Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. don Francisco Javier Gómez Sánchez, en nombre y representación de don Felipe contra doña Ana y el Ministerio Fiscal y, en consecuencia no procede atribuir al actor la guarda y custodia sobre Valentín ni permitir que éste resida y estudie en Don Benito. –Por lo que hace al régimen de visitas vigente hasta el momento y que es el que se aprobó mediante Sentencia de 4 de marzo de 2004, procede su modificación y se acuerda que sea el programa punto de encuentro de la Junta de Extremadura quien deba controlar e ir determinando la forma y periodicidad de las visitas una vez sea examinado el informe psicosocial del Equipo Técnico Psicosocial dependiente del Juzgado de Familia de Badajoz y obrante en las actuaciones, así como el menor, progenitores y familiares que entiendan convenientes, ofreciendo asesoramiento a todos ellos en la forma que entiendan adecuada a fin de conseguir un correcto desarrollo evolutivo del menor, quedando a criterio del Programa Punto de Encuentro los pasos a seguir en orden al establecimiento de un régimen de visitas normalizado a favor del padre de forma que no sea perjudicial para el desarrollo psicoafectivo del menor, debiendo remitir al Juzgado informes de evolución de forma trimestral–. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento respecto de las costas causadas.»

El recurso, no obstante las respetables y serias razones que así en él como en el escrito de demanda y a lo largo del proceso en general ha aducido la parte ahora apelante, ha de ser desestimado. Ello así, fundamentalmente, porque, como con todo acierto destaca la juzgadora de primer grado en su larga y claramente razonada resolución, la modificación de las medidas derivadas de crisis matrimonial (CC, 90 y 91) viene legalmente supeditada a la comprobación de una alteración sustancial en las circunstancias existentes al momento de su establecimiento, lo que, referido al primordial interés de los menores de edad que ha de presidir cuantas decisiones jurisdiccionales haya de afectarlos, exige un cuidadoso estudio de su estado y situación personales en el instante de la inicial fijación de las medidas y en el de resolverse el proceso encaminado a la modificación de aquéllas.

Pues bien; no se advierte en lo actuado, por detenidamente que se mire, como es de rigor hacerlo, ningún cambio en verdad fundamental en las circunstancias que hubieron de ser tenidas en cuenta, ya por los propios padres en su correspondiente convenio, ya por el juzgador al aprobarlo, al dictarse la Sentencia de 4 de marzo de 2004, donde, al tiempo que se venía a refrendar la común decisión de dichos padres en orden a sustituir el régimen de visitas hasta entonces aplicable, por razón del traslado de la madre a la localidad de Calamonte, también ha de entenderse que, aunque quizá no de modo tan explícito como hubiera sido deseable o preferible, se dejaba autorizado para el futuro el cambio de domicilio del menor, que la antecedente sentencia de separación hacía con tino hincapié en dejar sujeto a una nueva disposición expresa. A este último respecto, no cabe sino respaldar sin ambages la conclusión en tal sentido que recoge la Juez *a quo* en sus razonamientos, esto es, la de que, tanto en una interpretación gramatical, como desde un punto de vista lógico, por lo que se refiere al texto conjunto de la resolución de marzo 2004 así como al del acuerdo previo entre las partes cuya aprobación judicial se había de consuno solicitado, resulta natural y obligado entender que el mantenimiento de la guarda y custodia del menor por su madre al tiempo que se dejaba reconocido el traslado de ésta por razones laborales o profesionales a la población antes indicada, suponía el consentimiento del padre y el de la Autoridad judicial respecto de un

nuevo domicilio del menor, bien que, por motivos relativos al curso escolar, se determinase el mantenimiento del niño en Don Benito, y al cuidado y en la compañía ordinaria de dicho padre, hasta finales del período lectivo, lo cual, en definitiva, explicaba la modificación del régimen de visitas a favor de aquél, de otro modo no explicada.

Por lo demás, a despecho de las apasionadas versiones contradictorias de uno y otro progenitor en su lícito y más que comprensible afán por conservar, o bien por ganar, la custodia del hijo común, es lo cierto que en el caso se dan circunstancias poderosas en pro de la opinión de una y de otra parte, y que la edad del menor justifica, desde el ángulo de los requerimientos afectivos, y psíquicos en general, del niño, y en ausencia de razones que descalifiquen a ninguno de los padres, el mantenimiento de la guarda y custodia materna, complementada por la más amplia y generosa contribución, es más que deseable, de dicha madre a la comunicación entre padre e hijo, amén de la de este último con sus abuelos paternos.

Que desestimando el recurso, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Núm. Uno de Don Benito de en los autos núm. 392/04. Sin especial pronunciamiento sobre costas de segunda instancia.

GUARDA Y CUSTODIA

No se concede la custodia compartida por cursos escolares, además de por la distancia existente entre las ciudades de residencia de los progenitores, por no darse las condiciones de mutuo entendimiento entre ambos.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Se suscita en primer lugar la cuestión relativa a la guarda y custodia del hijo común Juan de 3 años de edad, en el momento de la tramitación de la causa, y que se pretende por el recurrente sea un sistema de custodia compartida.

Tal cuestión de fondo, objeto de debate habrá de ser resuelta conforme a las previsiones de los artículos 90 y 91 *in fine* del CC según los cuales para que se produzca una modificación de las medidas adoptadas en precedente pleito matrimonial es preciso que se alteren sustancialmente las circunstancias existentes al momento de su adopción, debiendo afectar dicho cambio al núcleo o esencia misma de la medida, no bastando a tal efecto un mero cambio tangencial o accesorio, debiendo tener carácter definitivo o ser cuando menos de cierta duración, teniendo, además, que obedecer a circunstancias ajenas a la voluntad de quien promueve la modificación, extremos que, sin duda, han de calibrarse ajustadamente a fin de no vulnerar exigencias derivadas del principio de la seguridad jurídica, y que no concurren en los hechos objeto de cuestión, que se remontan a la sentencia de separación de 13 de febrero de 2003 que aprueba el convenio regulador suscrita por los interesados.

En efecto ningún cambio sustancial se ha producido en los hechos enjuiciados al margen de la edad del niño siendo de destacar en todo caso que excepción hecha de tales requisitos el criterio determinante para la resolución del caso es el interés prioritario del menor.

Y así tal objeto de debate habrá de ser resuelto fundamentalmente también conforme a las nuevas normas 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 en la sentencia de la primera instancia se resolvió fijar y mantener en definitiva, la guarda y custodia de Juan a favor de la madre, tal y como ya habían acordado los padres en el anterior pleito matrimonial, lo que al parecer de la Sala es conforme a derecho y a las circunstancias del caso.

En efecto, el examen de lo actuado revela la pertinencia de lo dispuesto 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, –y en este caso en particular, como se admite en el propio recurso de apelación, y se aprecia en la contienda suscitada– en el conflicto familiar objeto de la controversia judicial.

Y es así, que 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 que nos ocupa, resuelta en esta contienda judicial, lo que hace decaer la pretensión apelante, en los términos solicitados, y máxime en aquellos de tal duración, (períodos anuales, o por cursos escolares), y con residencias tan lejanas, como León y Meco, lo que determina en este punto la confirmación de la sentencia recurrida, y conlleva a su vez, el rechazo de la pretensión suscitada.

GUARDA Y CUSTODIA

No procede modificar la guarda y custodia a favor del padre, al no presentar serios indicios de realidad los motivos alegados a tal fin: el padre alega que el menor ha sufrido malos tratos físicos y psíquicos por parte de la madre, a la que considera incapaz de educar al hijo. Los informes técnicos descartan que el origen del carácter y comportamiento del menor devengan de la falta de aptitud de la madre para ejercer adecuadamente la autoridad y cuidado parental: no existe alteración sustancial de circunstancias que permita modificar una medida que fue previamente consensuada por ambos cónyuges.

AP BALEARES, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Santiago Oliver Barceló

Formulada demanda sobre modificación de las medidas adoptadas en sentencia de fecha de 7 de septiembre de 2001, por parte de don Emilio, contra doña Amanda, concretamente para que se otorgue al padre la guarda y custodia del menor Valentín y se establezca un régimen de visitas a favor de la madre, fue contestada por el Ministerio Fiscal y por la Sra. Amanda, y, tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, incluida la pericial psicológica, aquélla fue desestimada en la instancia por Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2005, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que desestimando la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Reinoso Ramis en nombre y representación de don Emilio contra doña Amanda quien ha litigado representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Colom Ferra debo absolver y absuelvo a la mencionada doña Amanda de cuantas pretensiones se le deducían en este litigio, sin que en consecuencia de lo expuesto

proceda modificar el régimen de custodia establecido respecto del menor Valentín por la sentencia dictada por este mismo Juzgado en fecha 7 de septiembre de 2001. Por el contrario procede modificar el régimen de visitas establecido a favor del padre para con el hijo común en la referida sentencia pasando a disfrutar aquél del siguiente régimen: don Emilio tendrá consigo a su hijo Valentín todos los miércoles y viernes desde las 16 h hasta las 20 h y los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del menor del Centro escolar donde lo recogerá el padre –o desde las 16 h si el día no fuera lectivo– hasta el lunes por la mañana en que el padre deberá acompañar al menor al Centro escolar al que asiste –de no ser día lectivo lo devolverá a las 11 horas–. Asimismo lo tendrá en su compañía la mitad de los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo el padre los años pares y la madre los años impares el disfrute de los precitados períodos en el supuesto de discrepancia. El fin de semana que Valentín pase con su madre deberá coincidir con aquel en el que la Sra. Amanda tenga consigo a su hijo Marc. Sin expreso pronunciamiento en costas»; contra cuya resolución se alza la representación procesal del Sr. Emilio, alegando que el menor Valentín ha sufrido malos tratos físicos y psíquicos por parte de la madre, quien impide una normal relación de padre-hijo, que la madre es incapaz de educar al menor según el informe del psicólogo adscrito al Juzgado, todo lo cual hace que sea arriesgado el mantenimiento de la guarda y custodia, y sea adecuado otorgarla al padre, en protección del interés superior del menor Valentín.»

La parte demandada se opone al recurso formalizado de adverso, negando los malos tratos que le imputan y la mejor disposición del padre para asumir la custodia de Valentín, como indica el psicólogo adscrito al Juzgado y el Forense, que está capacitada para el cuidado del menor, e interesa la confirmación de la sentencia dictada en la instancia; al igual que el Ministerio Fiscal en su informe de 26 de enero de 2006.

Analizado, en conjunto, el material probatorio desplegado, y puesto en relación directa con los informes periciales, este Tribunal concluye que en el supuesto de autos no concurren alteraciones o cambios sustanciales de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para adoptar las medidas de guarda y custodia del menor, y del régimen de visitas a favor del padre, en la sentencia de fecha de 7 de septiembre de 2001, y que los hechos acaecidos con posterioridad no autorizan un cambio de guarda y custodia del menor Valentín a favor del padre, ahora demandante; todo ello en concordancia con lo resuelto por el Juzgador *a quo* en la resolución impugnada. De principio, procede advertir que los hechos manifestados por Marc, hijo de la demandada habido de otra anterior relación, deben analizarse con extrema cautela y cuidado, a falta de objetividad, amén del frente común de las dos ex parejas frente a la Sra. Amanda, sin perjuicio de que las estancias y contactos entre los menores Marc y Valentín benefician, sin duda, a ambos. En efecto, este Tribunal ha tomado en especial consideración que: a) la atribución de la guarda y custodia del menor Valentín fue acordada, a favor de la madre, de común acuerdo, así como el derivado régimen de visitas que proponía el padre (ver Sent. de 7 de septiembre de 2001); b) que desde tal fecha la madre, Sra. Amanda, sigue ostentando la guarda y custodia del menor; c) existen denuncias cruzadas por malos tratos y amenazas, habiéndose dictado orden de protección integral, a 26 de octubre de 2004, de acercamiento y comunicación contra el Sr. Emilio; d) la solicitud de cambio de la guarda y custodia se basa en unas manifestaciones de Marc, a 24 de febrero de 2005, ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 en las Diligencias Previas núm. 5248/04; e) la psicóloga Sra. María Inés no se entrevistó con la Sra. Amanda, sino con ambas ex parejas y con los dos menores (apenas con Valentín que no colaboró sobremanera durante las dos entrevistas), refirió su inestabilidad emocional a los enfrentamientos entre partes y a la inaplicación de normas educativas y disciplinarias, y que no pudo valorar los hechos denunciados como malos tratos, y que Valentín manifestaba mayor grado de dependencia de la madre, que no compareció a la consulta de la indicada profesional; f) en el acto del juicio, la Sra. María Inés manifestó que Valentín se muestra alterado con todo el mundo, que está muy dolido con la madre, pero que no muestra rechazo hacia ella; g) ninguno de los litigantes ha logrado que Valentín superara los problemas psicopedagógicos, hábitos de estudio, comportamientos con parientes, allegados y compañeros de clase, ni coadyuvado a su estabilidad emocional; h) no ha quedado acreditado que el menor haya quedado sin compañía, en su casa, por capricho o conveniencias de la madre, ni que haya recibido «palizas» y/o bofetadas por parte de ésta, como se alegó en el acto del juicio, con carácter previo; i) el actor ha incumplido el régimen de visitas (testifical Sra. Inés), dando lugar a dos entregas del menor, a falta de recogida los miércoles, en el Juzgado, y enfrentamientos en el «Punt de Trobada», (informe de 25 de enero de 2006), y no ha mostrado interés sobre la evolución escolar y estudios de Valentín; j) no constan denuncias a la demandada por parte del actor, referibles a malos tratos físicos, ni había antes solicitado modificaciones de medidas acordadas, amén de que se niega a entregar al menor los lunes, alegando que él tiene derecho, y repartir, a tener fines de semana libres, lo que poco se compadece con el reducido horario laboral fijo del actor;

k) del informe pericial, emitido a 4 de noviembre de 2005, por el psicólogo adscrito al juzgado, que se ha entrevistado con los litigantes y explorado los dos menores, se desprende que su información no es favorable a una situación de maltrato físico continuado sobre Valentín por parte de sus padres, no habiendo indicios de que lo fuera objeto por parte de la madre, y que el motivo expuesto para solicitar el cambio de guarda y custodia no presenta serios indicios de realidad, y que el progenitor no custodio debe tener un amplio régimen de visitas, debido al adecuado vínculo afectivo que el menor presenta con ambos padres (f. 131 a 137 de autos). Este Tribunal acoge las conclusiones del perito judicial, y rechaza que el origen del carácter y del comportamiento de Valentín devengan de falta de aptitudes o de capacidad de la madre para ejercer adecuadamente la autoridad y cuidado parentales, que ha llevado a cabo desde el inicio; y estimar adecuado, y congruente con la guarda y custodia otorgada a la madre, la ampliación que del régimen de visitas se determina a favor del padre, al igual que el Ministerio Fiscal, que en la vista celebrada en esta alzada interesó el mantenimiento de la guarda y custodia del menor Valentín a favor de la madre.

La interrelación entre los distintos hechos y circunstancias personales concurrentes y la naturaleza especial de este tipo de procesos impiden hacer expresa imposición a las partes de las costas procesales causadas, en ambas instancias, en estricta aplicación de los principios objetivo y de causalidad, y conforme a lo prevenido en los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede que la menor pernocte con el padre hasta que no cumpla 3 años de edad. No obstante, se deja sin efecto el pronunciamiento que obligaba al padre a que dichas pernoctas, desde los 3 a los 5 años, se realizaran en el domicilio de los abuelos paternos: aunque ahora mismo vive con ellos, ello puede cambiar e impediría al padre ir de vacaciones con su hija, y además no puede imponerse tal obligación a quienes no han sido parte, ni oídos en el procedimiento (los abuelos).

AP GUIPÚZCOA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Begoña Argal Lara

Para el establecimiento del régimen de visitas en la sentencia, el Juez *a quo* ha valorado las conclusiones del informe pericial del equipo psicosocial, estableciendo que no habrá pernocta de la hija menor con el padre hasta los 3 años de edad.

Entiende el recurrente que existe un error en la valoración de la prueba en relación con las circunstancias de salud de su hija, al afirmar el Juez *a quo* que la menor es una niña prematura.

La Sala, a la vista de lo expuesto, deberá proceder a la revisión de la prueba psicosocial del equipo judicial, para determinar si la valoración probatoria que el Juez *a quo* ha realizado de la misma, es o no ajustada a derecho, teniendo para ello en cuenta que el vigente artículo 348 de la LEC, dispone que «el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica», lo que implica que el legislador ha pretendido distinguir en el sistema de valoración de las pruebas periciales una especialidad a medio camino entre la prueba tasada y la libre valoración, y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha hecho hincapié en la íntima vinculación entre la apreciación libre o discrecional y la valoración realizada según las reglas de la sana crítica, en contraste con el sistema de prueba tasada (SSTS de 21 de enero, 14 de octubre, 24 de octubre de 2000, 27 de febrero de 2001, 4 de junio de 2001).

Se han reputado infringidas las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba pericial, cuando se omiten datos o conceptos que figuren en el dictamen, cuando el juzgador tergiversa las conclusiones periciales o extrae deducciones absurdas o ilógicas, si procede con arbitrariedad o las apreciaciones del juzgador no son coherentes.

La jurisprudencia del TS, sentencias de 15 de julio de 1999, 21 de febrero de 2003, concreta que

debe respetarse la valoración probatoria, a no ser que sea contraria a derecho, ilógica o absurda.

La prueba psicosocial judicial, única que se ha practicado en autos, concluye:

«De acuerdo a lo anteriormente expuesto así como a las precedentes consideraciones desde el punto de vista psicológico y siempre como orientación se considera adecuado para la menor que continúe con la madre, por considerarse el cuidador habitual de la menor, y el padre una convivencia alterna, dado que el padre cuenta con los apoyos de sus padres, comenzar las pernoctas de fin de semana cuando cumpla la menor tres años, que estará la menor más madura físicamente, dadas las dificultades con las que nació, y por su tendencia a problemas físicos.

Sería importante que las pernoctas de la menor se hicieran donde los abuelos paternos al menos durante los primeros años de la menor ya que pude necesitar el padre apoyos familiares en sus cuidados habituales, de los que él puede no estar acostumbrado al principio.

Durante los primeros años, no convendría a la menor separarse mucho tiempo de la madre, por lo menos hasta los cinco años, por lo que sería mejor en período vacacional de verano, Navidad, Semana Santa se distribuyeran por semanas alternas.

En cuanto a las visitas intersemanales dos días, sería conveniente que el padre se implicara en alguna actividad de la menor, como recogerla de la guardería después de la siesta de la menor y merienda, disfrutar al aire libre y entregarla a su domicilio habitual antes de las ocho teniendo en cuenta la edad de la menor.

A todo ello se tiene que unir una actividad flexible y tolerante por ambos progenitores que siempre beneficiará a la menor.»

De lo expuesto, la Sala estima que la valoración efectuada en la sentencia de instancia es lógica, racional y ajustada a las conclusiones de la pericial, sin que hayan sido desvirtuadas mediante contraprueba por el recurrente. No obstante lo expuesto, y dado que el Juez *a quo* acoge la recomendación de la psicóloga de que las pernoctas se realicen en el domicilio de los abuelos paternos desde que la menor alcance los tres años y hasta que cumpla cinco años, la Sala estima que ello no puede imponerse a quien no ha sido parte, ni oído en el procedimiento, ni tiene obligación legal alguna al respecto, por lo que procede la revocación de la citada prescripción de pernocta en casa de los abuelos paternos, pues aunque señala la sentencia que reside ahí el padre, pudiera ser que ello se modificara e impediría al padre ir de vacaciones con su hija a cualquier lugar.

Estimamos en parte el recurso de apelación formulado por Jose Miguel frente a la sentencia de 23 de junio de 2005 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Tolosa y la revocamos parcialmente, y:

– Dejamos sin efecto la obligación impuesta de que la pernocta de la menor Maite, desde los 3 años y hasta los 5 años, tiene que realizarse en el domicilio de los abuelos paternos.

– Mantenemos el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

– No procede efectuar imposición de costas de la alzada.

RÉGIMEN DE VISITAS

Aunque las relaciones de la menor con el padre son buenas, se fija un régimen de visitas más restringido que el habitual, a los efectos de garantizar que el padre pueda estar con su hija cuando su horario laboral se lo permita, evitando así que la menor tenga que permanecer sola con la actual pareja del padre, con quien la hija ha manifestado que le cuesta trabajo relacionarse con normalidad. No se estima beneficiosa para la menor la imposición de la presencia de la otra persona, sin perjuicio de que paulatinamente pueda ir acostumbrándose a ella.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Juana Calderón Martín

En cuanto se refiere al régimen de visitas que se recoge en la sentencia, igualmente entendemos que el recurso que plantea la dirección letrada de don Fidel debe desestimarse. Así, aunque es ciertamente de alabar que el padre pretenda ampliar al máximo el tiempo de tales visitas, y ello, además, es con-

forme con la idea de que siempre es deseable que los contactos, comunicaciones y visitas de los hijos menores con el progenitor que no tiene la custodia sean lo más flexibles y amplios posibles, en interés de los propios menores, para cuyo adecuado desarrollo es sin duda imprescindible la presencia de la figura tanto materna como paterna, no podemos dejar de lado que, en el supuesto que tratamos, ha sido la propia menor quien ha manifestado ante los técnicos del Equipo de Apoyo a los Juzgados que, si bien las relaciones con su padre son y han sido buenas, le cuesta trabajo establecer una relación normalizada con la actual pareja de su progenitor, con quien eventualmente tendría que permanecer, posiblemente sola, debido a los horarios y obligaciones profesionales del padre; por ello, al menos de momento, se considera adecuado mantener el régimen de visitas de fines de semana y vacaciones que establece la sentencia y que igualmente recomendó el mencionado Equipo Técnico en su informe, porque de este modo se intenta garantizar que, al menos, la comunicación se mantenga directamente con el padre, sin perjuicio de que, paulatinamente, pueda irse acostumbrando la niña a la presencia de la otra persona, presencia cuya imposición sin más no se estima beneficiosa para ella.

RÉGIMEN DE VISITAS

Al haber cambiado la madre su lugar de residencia, se modifica el régimen de visitas paterno-filial: dicha libre decisión no puede implicar un alejamiento del padre y sustitución por su nuevo compañero sentimental, debiendo evitarse una posible alienación parental; la madre ha de asumir las molestias de su decisión, y en los fines de semana alternos, una vez se desplazará el padre hasta Guadalajara, y el otro deberá desplazarse la madre hasta el lugar de residencia del padre, soportando cada uno los gastos de sus desplazamientos. La menor podrá viajar sola en avión, cuando las entidades transportistas así lo permitan.

AP BALEARES, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Mateo Lorenzo Ramón Homar

En la demanda instauradora de esta litis, la representación de doña Milagros solicita la modificación de un conjunto de medidas acordadas en procedimiento de divorcio con el demandado don Luis Miguel, a consecuencia de su previsto traslado de residencia a Guadalajara, básicamente en relación con el derecho de visitas del padre con la hija Frida, en la actualidad de cinco años de edad. El demandado interpone demanda reconvencional en solicitud de cambio de guarda y custodia de la hija menor y se atribuya ésta al padre, por las consecuencias que conlleva el cambio de residencia de la madre, que en síntesis, considera pretende alejar a la menor del padre y se halla injustificado. La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda inicial y desestima la reconvencional, denegando la modificación de la guarda y custodia de la menor, y adecuando el régimen de visitas a favor del padre al traslado de residencia que se reputa justificado, y distribuyendo los gastos de viaje. Dicha resolución es impugnada por ambas partes, la actora en solicitud de restricción y modificación del régimen de visitas acordado en la sentencia de instancia y el reparto de gastos de viaje, y el demandado reiterando su petición de modificación del cambio de guarda y custodia.

El recurso de apelación interpuesto por la representación de la Sra. Milagros muestra su disconformidad con el régimen de visitas fijado en la sentencia, tanto en su duración, como en el modo en que se efectúa, solicitando un notable recorte del mismo. Se alega que no es equitativo el reparto de gastos en las visitas de fines de semanas alternos, pues cuando el padre se dirige a Guadalajara viaja solo y es optativo, y cuando la madre acude a Palma viajan dos personas y es obligatorio, solicitando que la menor pueda viajar sola; no es adecuado a los horarios escolares y de descanso de la menor, ni reparte equitativamente entre los cónyuges el esfuerzo personal y económico para el ejercicio de este derecho de visita, haciendo un cálculo de horarios, según el cual supondría dejar dos horas de clase en viernes por la tarde y llegar muy tarde a la vuelta; que será muy gravoso para la madre cuando vuelva a trabajar de nuevo, teniendo que dejar el trabajo los viernes por la tarde y sábados por la mañana, con los gastos que le comportará su estancia en Palma un fin de semana de cada cuatro, sugiriendo que el derecho de visitas en fines de semana se limite a uno al mes y con traslado del padre a Guadalajara, hasta tanto la menor no pueda viajar sola en avión,

la cuantía de la pensión es exigua, y más cuando el padre ha recuperado el uso del piso de su propiedad; coarta la libertad personal de la madre al tener que permanecer en Mallorca un fin de semana de cada cuatro; cuando coincida con períodos vacacionales de Semana Santa y semana blanca, supondrá un excesivo número de desplazamientos para la menor; refiere problemas de cumplimiento dado su estado de embarazo; y solicita reducción de la duración en temporada de verano; y solicita que durante dichos períodos de derecho de visitas la madre pueda comunicarse con la menor.

Si se exceptúa dicha última petición, concordada por la representación del padre, siempre que la comunicación se efectúe del mismo modo que la establecida a favor del padre, las restantes peticiones se consideran improcedentes, compartiendo la Sala la conclusión del Ministerio Fiscal de que la madre no puede pretender que su decisión de traslado de residencia no le implique ningún inconveniente de horarios y costes. Es de reseñar que una vez confirmada la continuación de la guarda y custodia de la madre tras el cambio de residencia de ésta a Guadalajara, debe fijarse un régimen de visitas lo más amplio posible y adecuado a dicha distancia física, atendidas las circunstancias expresadas en el dictamen de la psicóloga doña Marisol de una especial relación del progenitor con la niña y su base de seguridad, y especialmente tendentes a evitar un hipotético y progresivo alejamiento de la menor de su padre con sustitución por otro –el compañero sentimental de la madre–, y en este sentido es preocupante la manifestación de la menor, quien ante la indicada psicóloga, dice tener «dos papás» y su apreciación de indicios (marcha de la madre a Guadalajara durante la pendencia de la litis en primera instancia sin despedirse la menor del padre) de los que infiere que en el futuro pueda producirse un síndrome de alienación parental, que, por el momento no se ha consumado, pues la menor no se niega a estar con su padre. Con tales datos, y con la finalidad de evitar tales posibles vicisitudes, se estima adecuado el régimen de visitas fijado, y también que la menor en uno de cada cuatro fines de semana se desplace a Mallorca para estar con su padre, y de este modo, junto con la correcta ampliación del régimen de visitas en períodos vacacionales, «compensar» de algún modo el menor contacto de la menor con su padre, como consecuencia del cambio de residencia, dejando sin efecto las visitas los martes y jueves por la tarde de cada semana que antes tenía.

Por la recurrente, en aspecto que no fue objeto de debate y prueba en primera instancia, y sólo aludido como aclaración de sentencia, se plantea la necesidad de que la menor pueda viajar sola en avión cuando se desplace a Palma, lo que evitaría las molestias y gastos del traslado de la madre al tener que permanecer en Palma uno de cada cuatro fines de semana. La Sala carece de datos para decidir dicha cuestión que podrá ser objeto, en su momento de la oportuna petición, dependiente también de los requisitos puestos por las compañías aéreas en razón de la edad, por lo que, por el momento, no cabe admitir tal posibilidad, de la que se ignora si podría ser posible, sin perjuicio del hecho evidente de que, tan pronto como sea posible, la madre no tenga necesariamente que viajar a Palma en tales fines de semana cuando la menor se halle en las debidas condiciones para viajar sola y las entidades transportistas así lo admitan.

Dicho traslado de la madre a Palma junto con la menor en uno de cada cuatro fines de semana, centra la mayoría de las críticas de ésta al régimen de visitas fijado en la sentencia de instancia, y ciertamente supone un gasto económico, una estancia obligada de la madre en Palma con sus consecuencias de molestia en la posible actividad laboral o coartar su libertad personal en dicho tiempo, pero no debe olvidarse, en primer lugar su carácter temporal, o sea, hasta tanto la menor no pueda viajar sola, y en segundo, su finalidad en beneficio de la menor, evitando una alejamiento de su padre, y en tercer lugar, que son consecuencia del libre ejercicio por parte de la Sra. Milagros de su derecho a establecer libremente su residencia en el territorio nacional, y en contrapartida del mismo, debe soportar molestias. El sistema de reparto de gastos, si bien es cierto que la situación económica del padre mejora al cesar el uso anterior de la vivienda conyugal de su íntegra propiedad, se considera equitativo y proporcionado a las circunstancias del caso, todo ello sin olvidar que son consecuencia de la libre decisión adoptada por la Sra. Milagros, y de que el padre, cuando en uno de cada cuatro fines de semana se traslade a Guadalajara, también deberá soportar gastos de transporte y alojamiento en dicha Ciudad en la cual no tiene arraigo alguno. Ciertamente el traslado del padre a Guadalajara es optativo, y el de la madre a Palma es obligatorio, pero es aventurado pensar que el padre no se va a desplazar a Guadalajara, sin perjuicio de la modificación que pudiera adoptarse si sistemáticamente no se utiliza dicha opción. En relación con las objeciones de dificultad de viajar ante un posible embarazo o por motivos laborales en el futuro, cabe reseñar que podrá ser ayudada por alguna de las personas de su confianza o familiares con los que cuenta en Guadalajara, y que según dicha parte ahora recurrente, alegó como uno de los motivos de su cambio de residencia a dicha Ciudad. No se considera procedente reducción alguna ni en verano ni ante la proximidad de períodos vacacionales.

RÉGIMEN DE VISITAS

Habiéndose asignado a la madre, por comisión de servicios, un puesto de educadora en el Reino Unido durante un curso escolar, se estima la demanda de modificación temporal de medidas fijadas en previo divorcio: se modifica el régimen de visitas con el padre, siendo el lugar de recogida y entrega del menor el domicilio paterno, sufragando la madre los gastos de desplazamiento. La autorización de residencia del menor con la madre se considera beneficiosa para el menor.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández

En la demanda rectora se ejercita modificación temporal de medidas reguladoras en previo proceso de divorcio, adoptadas de mutuo acuerdo por las partes en convenio regulador, con motivo de un cambio de circunstancias, la comisión de servicios asignada a la actora por el Ministerio de Educación, como educadora, para el Reino Unido, desde el día 1 de septiembre de 2004 al 31 de agosto de 2005, concretamente como profesora en el Instituto Español de Cañada Blanch, donde se admitiría para sus estudios al hijo menor de las partes, Tomás, y por ello se suplica un cambio en el régimen de visitas y comunicaciones del menor con el padre, dadas las dificultades que su residencia temporal en el extranjero implicaría para poder llevar a cabo las fijadas en el convenio regulador firmado por las partes, aprobado judicialmente, interesando que se determinase otro, el más amplio y conveniente posible para el progenitor. Ante ello, don Miguel Ángel, contesta a la demanda, oponiéndose al traslado al extranjero del hijo común, y formula reconvención suplicando un cambio a su favor de la guardia y custodia del menor, con las consecuentes modificaciones del convenio de mutuo acuerdo en lo referente al régimen de visitas y pensión alimenticia.

En auto de medidas cautelares dictado por el Juzgado de instancia de fecha 3 de septiembre de 2004, se autorizó el traslado de residencia del menor a la ciudad de Londres durante los nueve meses que dura el curso escolar 2004/2005, en compañía de su madre para cursar los estudios de sexto de primaria en el Instituto Español Cañada Blanch, fijando régimen de comunicaciones y visitas a favor del padre, concretamente la totalidad de las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa, la totalidad de los descansos *half terms* entre trimestres, concretamente del 25 al 29 de octubre, del 14 al 18 de febrero y del 30 de mayo al 3 de junio. Aclarado dicho auto, por otro de fecha 14 de septiembre de 2004, en lo que se refiere a la entrega y recogida del niño en dichos períodos concedidos, que sería en el domicilio paterno, inmediatamente que llegase el avión procedente de Inglaterra. Dicha alteración de medidas fue confirmada en lo esencial en la sentencia dictada en los autos principales de modificación de medidas, desestimada la reconvención, la que es recurrida en apelación por la representación de don Miguel Ángel. Que en lo referente a la autorización de residencia en el extranjero de Tomás con su madre para el curso escolar 2004/2005, dado el tiempo transcurrido desde el dictado de la sentencia apelada, finalizó el mismo, y reintegrado de nuevo a España, el menor cursa en la actualidad estudios en un Colegio de esta ciudad, donde también tiene su domicilio el padre. Por ello, el Tribunal convocó una vista para oír a las partes sobre la situación actual, que practicada, consideramos que en lo referente a la autorización dada en su día para su traslado de residencia al extranjero, carece en la actualidad de interés legítimo, sin perjuicio de la crítica que pudiera admitirse respecto de la actuación de la madre de falta de comunicación previa al otro progenitor sobre el particular, antes de la presentación de la demanda y medida cautelar, en atención a que la patria potestad del hijo común es compartida, presentando la demanda en fecha 30 de julio de 2004, en momento próximo al inicio de la comisión de servicios conferida a la madre por el Ministerio de Educación, que lógicamente tuvo que ser previa solicitud. Por otra parte la decisión adoptada de autorización de la residencia del menor con su madre en el Reino Unido para el curso escolar 2004/2005, la consideramos acertada, dado que en vez de perjudicarle, consideramos, con la juzgadora de instancia, beneficiosa para el menor, compensando al padre en dicho período de tiempo con un régimen de comunicaciones para con su hijo mucho más amplio al fijado en el convenio por las partes, cierto con la inconveniencia de la imposibilidad de comunicar en los fines de semana alternos y días de comunicaciones fijados

en aquél, y sin que por otra parte, le hubiese causado mayores perjuicios económicos respecto a los traslado en avión del niño para poder comunicar en los períodos vacacionales fijados. Tampoco observamos motivos suficientes para rebajar la pensión alimenticia como se pretendía durante el tiempo en que el niño estuviese en Londres.

Por lo que se refiere a la medida concreta que concierne a la guarda y custodia del hijo único del matrimonio, Tomás, habiéndose pactado en convenio aprobado judicialmente en favor de la madre, solicitando el recurrente el cambio a su favor, de la prueba practicada, e incluso de las meras alegaciones formuladas en el recurso, no estimamos que concurran los presupuestos necesarios para la modificación de dicha medida. No existe, como se reitera en esta alzada, alteración sustancial alguna de las circunstancias tenidas en cuenta en su día por los progenitores, novedosa e importante, que pudiera justificar la modificación del régimen prevenido de la medida en cuestión; sino que por el contrario el interés del menor aconseja que deba continuar en la misma situación, al estar plenamente acomodado y conforme al sistema de vida, escolarización y asistencia que le proporciona la madre. El otorgamiento de la guarda y custodia del menor al padre, como se pretende en este momento, provocaría un cambio en su entorno actual, mayores perjuicios que beneficios, lo único que consideramos que produciría serían problemas en la adaptación a la nueva situación del niño, como interés más digno de protección, y probabiliza la aparición de dificultades en el proceso de desarrollo del niño, por lo cual consideramos oportuno mantener la actual situación. El motivo alegado del recurso de apelación se desestima.

RÉGIMEN DE VISITAS

Aunque antes haya existido un régimen más restrictivo de visitas entre el padre y la hija, a través del Punto de Encuentro y en presencia de la madre, lo conveniente para su normalización no es una prolongación de dicho sistema, sino fijar un régimen normalizado, siendo preciso un cambio de actitud de la madre y de su compañero sentimental, a efectos de no generarle a la menor el llamado conflicto de lealtades, debiendo tener claro la menor quién es su padre.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pueyo Mateo

En lo que se refiere al régimen de comunicación de la menor, residente en Burgos, con el padre residente en Asturias, fue fijada en la recurrida de la siguiente forma: «Se establece el siguiente Régimen de Estancias y Comunicaciones de la hija menor con su padre: –Se mantendrán hasta el mes de marzo de 2006 las visitas establecidas en el PEF de Burgos, debiendo hacerse sin intervención, ni presencia de la madre, como se informó por la perito judicial; debiendo la madre y su compañero sentimental favorecer la relación paterno-filial, buscando ayuda profesional, al respecto, si no supieran cómo hacerlo. –Las próximas vacaciones escolares de Semana Santa, la menor permanecerá con su padre y madre, por mitad, eligiendo –en caso de discrepancia– el período a disfrutar, la madre los años pares y el padre, los impares, preavisando con quince días de antelación. –A partir de ese momento, las estancias con el padre se realizarán con independencia del PEF de Burgos, pasando a ser de Fines de Semana Alternos desde las 18:00 horas del viernes a las 20:00 horas del domingo, recogiendo y reintegrando a la menor en el domicilio materno. Correspondiendo el primer fin de semana al progenitor que no haya disfrutado del segundo período de Semana Santa. – Mitad de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, iniciándose el período vacacional el día siguiente a aquél en que comiencen aquéllas. Eligiendo, en caso de discrepancia en cuanto al período a disfrutar, la madre los años pares y el padre los impares. Preavisando en todos los casos con un mes de antelación.»

En el presente caso se muestra disconforme la actora apelante con el mismo, para lo que alega la falta de comunicación entre padre e hija y el hecho de que las visitas anteriores han tenido que desarrollarse en el punto de encuentro de Burgos,

estando ella presente porque la niña si no no quería permanecer con su padre, por lo que estima que el período que se establece en la recurrida para el régimen de comunicación con la menor es breve, pasándose con excesiva inmediatez a lo que podría denominarse un régimen de comunicación normalizado.

Expuestos así los términos de debate, hemos de recordar que como declara el Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 11 de julio de 2004: «El derecho de los padres que no ejerzan la patria potestad a relacionarse con sus hijos menores está regulado en el artículo 160 del Código Civil (el 92, que ha sido el invocado por la recurrente, hace lo propio al contemplar uno de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio). Establece el artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990/2712) (ratificado el 30 de noviembre de 1990, BOE de 31 de diciembre de 1990) que los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de los dos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. Como recuerda la Sentencia de 17 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6722), el interés del menor constituye principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al Juzgador, a todos los poderes públicos e incluso a los padres y ciudadanos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a su edad y circunstancias, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que pueda ser manipulado y buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social.».

La Sala, tras examinar la prueba practicada y teniendo en especial consideración el informe del Punto de Encuentro y aún en mayor medida el de la psicóloga, estima que el régimen de comunicación decretado por la Sra. Juzgadora *a quo* cumple el fin fundamental para el que está concebido el régimen de visita del menor con el progenitor no custodio, que no es otro que la protección del interés superior de aquél, siendo concluyente el informe de la psicóloga, quien ratificó su informe en el acto del juicio, momento en el que señaló: 1.º) Que no existía el menor riesgo para la menor en las estancias con su padre; 2.º) Que tal comunicación era precisa y que para su normalización lo procedente no era la prolongación del sistema hasta ahora establecido de verse padre e hija en el punto de encuentro con la presencia de la madre, sino que era preciso un cambio de actitud de doña Raquel y de su actual compañero sentimental, a efectos de no generarle a la menor el llamado conflicto de lealtades, debiendo tener claro la menor, y en eso es fundamental el papel de la madre, que su padre es don Lucio y no su pareja actual.

VIVIENDA FAMILIAR

Se atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar sin limitación temporal, pues se encuentra residiendo en ella desde hace 5 años que se produjo la separación de hecho, y su estado de salud es más delicado que el del esposo, y ello sin perjuicio de que dicha atribución de uso quede sin efecto como consecuencia del resultado de la liquidación de gananciales que cualquiera de los cónyuges puede instar.

AP MURCIA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Joaquín Hervás Ortiz

Y en lo que se refiere a la vivienda familiar, teniendo en cuenta que el propio apelante parece aceptar la titularidad común de dicha vivienda, procede atribuir su uso a la demandada, sin establecer, en principio, limitación temporal a tal utilización, pues es ella la que se encuentra residiendo desde la separación de hecho en esa vivienda, hace ya más de cinco años según se reconocía en demanda, y teniendo en cuenta que parece ser el de la esposa el interés más necesitado de protección teniendo en cuenta que parece presentar un estado de salud más delicado que el del esposo. Pero la no atribución de limitación temporal fija a tal utilización de la vivienda familiar por parte de la demandada ha de entenderse sin perjuicio de que las partes puedan ejercitar los derechos de los que se crean asistidas en relación con tal vivienda familiar, en el procedimiento que corresponda y de que el uso que se atribuye a la actora pueda quedar sin efecto, en su caso, como consecuencia del resultado de tal procedimiento.

VIVIENDA FAMILIAR

Aunque se haya otorgado a la madre la custodia del hijo, se atribuye el uso de la vivienda familiar al esposo: llevaban 3 años separados de hecho, y la esposa se había trasladado al domicilio de su madre, permaneciendo el padre en la vivienda familiar, lo que ha permitido que el menor permaneciera allí con él los fines de semana. No es conveniente alterar la situación libremente consentida por las partes durante la separación de hecho. El artículo 96 CC no puede tener aplicación automática, pues podría entrar en abuso de derecho y propiciar un enriquecimiento injusto.

AP LEÓN, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Luis Adolfo Mallo Mallo

La sentencia apelada atribuye a la esposa el uso del domicilio familiar, en aplicación estricta de lo dispuesto en el artículo 96 CC y como consecuencia de la atribución a la misma de la guarda y custodia del hijo menor.

Tal pronunciamiento es impugnado por el esposo que reclama para sí el uso de la vivienda familiar, motivo de impugnación que ha de ser acogido.

Es doctrina reiterada (por todas SAP de Madrid de 7 de octubre de 2005) que, por regla general, y con independencia del carácter de la relación entre los progenitores, matrimonial o no matrimonial, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, aplicable a todo tipo de supuestos y uniones familiares, y también con independencia de la titularidad de la vivienda, que puede ser de carácter ganancial, en proindiviso de ambos progenitores, o de la titularidad privativa de alguno de ellos, o de terceros, dicha vivienda, que ha sido la sede familiar, se otorga a los hijos menores y al progenitor en cuya compañía quedan éstos, en aquellos casos en los que en el ámbito económico o material, el progenitor custodio no tiene alternativa al respecto, por falta de ingresos o recursos económicos o por falta de la posibilidad de disfrutar y usar de otra vivienda, a través de cualquiera de los títulos permitidos en derecho (propiedad, arrendamiento, usufructo, precario, derecho de uso), pues resulta evidente en estos supuestos el interés preferente a proteger correspondiente a los hijos.

Sin embargo, no es posible la aplicación automática de dicho precepto, en el sentido de otorgar tal derecho de uso de la vivienda a dichos menores y al progenitor custodio, cuando del análisis de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, afectante no solamente a los menores sino también a los progenitores, es posible adoptar otras soluciones que, siempre, deberán tener en cuenta el interés a proteger y que no generen riesgo alguno en orden a la cobertura de las necesidades de la prole, siendo una de las principales prioridades de la decisión a adoptar la de preservar y garantizar el adecuado alojamiento de los menores y el progenitor custodio, al margen de propiciar los medios que aseguren el desarrollo integral de dichos menores, y ello indefectiblemente pasa por el análisis concreto de cada supuesto; interpretar de otro modo el precepto antes aludido podría dar a situaciones que pueden entrar de lleno en el abuso del derecho y, en ocasiones, propiciar un indebido enriquecimiento injusto.

Las circunstancias de hechos concurrentes aconsejan la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar al cónyuge no custodio, por estimar que, en este caso, el suyo es el interés más necesitado de protección, y resulta, además lo más beneficioso para el menor.

En efecto, 3 años antes de interponerse la demanda los esposos se separaron de hecho, trasladándose la esposa en compañía del hijo al domicilio de su madre y permaneciendo el esposo en la que fuera vivienda familiar.

Ambas viviendas se encuentran en la misma localidad y a escasa distancia, lo que ha permitido que el hijo menor resida durante la semana en la vivienda de la abuela materna y el fin de semana en la del padre, quien, a diferencia de la madre, no dispone en la localidad de otra vivienda adecuada.

En definitiva, desde la separación de hecho se ha mantenido una situación consentida por las partes y que no parece conveniente alterar, máxime cuando el propio menor viene manifestando que «está bien así y quiere que las cosas sigan igual» (F. 124), deseo que entendemos va también referido a la voluntad de permanencia en la vivienda en que reside, por lo que, estimamos que la atribución del uso de la vivienda familiar al apelante satisface mejor los intereses de éste, los más necesitados de protección en este ámbito en cuanto no dispone de una vivienda alternativa adecuada a diferencia de la esposa, y, además es quien soporta el pago de

la cuota hipotecaria que grava la vivienda familiar (por importe de 209,79 euros) –pronunciamiento que mantenemos sin perjuicio de lo que proceda cuando se liquide la sociedad de gananciales– y, además, resulta también más beneficioso para el hijo menor, en la medida en que se mantiene inalterada una situación de hecho querida y deseada cuya alteración podría resultar perturbadora.

VIVIENDA FAMILIAR

No procede la limitación temporal del derecho de uso, aunque el hijo alterne sus estudios de ESO con la realización de un trabajo, sin perjuicio de que, una vez que alcance independencia económica, pueda modificarse dicha medida.

AP BALEARES, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Juan Cabrer Barbosa

Tras resolver la meritada resolución lo relativo a la separación –extremo que no ha sido recurrido por ninguna de las partes– analiza la cuestión relativa al uso de la vivienda familiar y lo resuelto sobre este tema sí es recurrido por el Sr. José Francisco, pero sólo en relación a la no fijación de un plazo por el juzgador de instancia, terminado el cual debería de dejarse la vivienda familiar libre y a disposición de sus propietarios (ambos cónyuges).

Se ha concedido el uso de la vivienda en cuestión al hijo de los litigantes, Carlos, dado que concurría en él el interés más digno de protección ya que era menor de edad en la fecha de interposición de la demanda y durante la sustanciación del procedimiento, alcanzando la mayoría de edad el mismo mes en que se dictó la sentencia de la primera instancia. Y, como consecuencia de que la guarda y custodia del mismo ha venido atribuyéndose a la madre, a ésta se ha concedido el uso de la vivienda conyugal. Se trata de una situación interina en el sentido de que va rigiendo en base sobre todo a principios de *perpetuatio iurisdictionis* mientras Carlos no pueda valerse económicamente por sí mismo, pero en el bien entendido de que esta situación está en vías de fenecer dado que momentáneamente Carlos alterna sus estudios de ESO con un trabajo temporal por el que ahora ha sido contratado, y debido también a la intención de aquél de obtener un trabajo fijo una vez terminada la ESO. Por ello, considera la Sala que por el momento no debe fijarse plazo para que Carlos y su madre dejen libre, vacua y expedita la vivienda que fuera domicilio familiar ya que aún el hijo de los litigantes no goza de suficiente independencia económica y está estudiando, pero que, en cuanto pueda colegirse que han cambiado estas circunstancias –que, como se ha dicho, se adivina que ello puede ocurrir a corto plazo– podría tener la consecuencia de que se modificara la medida adoptada.

Por ello este extremo de la apelación del Sr. José Francisco merece ser desestimado y confirmada la decisión del Juzgador de instancia sobre esta cuestión.

VIVIENDA FAMILIAR

No procede que el préstamo hipotecario sea abonado al 50% por los cónyuges, sino en proporción a la capacidad económica de cada uno de ellos. Ello fue lo pactado en el Convenio Regulador no ratificado por la esposa, y aunque en dicho momento los ingresos de ésta eran superiores, también es verdad que el marido tiene que abonar ahora un alquiler, por lo que subsiste la misma desproporción entre los ingresos de uno y otro.

AP BALEARES, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Juan Cabrer Barbosa

Por último, entiende el Juzgador de instancia que la contribución a la carga del matrimonio consistente en pago de la cuota mensual de 530,41 euros del préstamo hipotecario de referencia ha de ser en

la suma de 120 euros por parte del marido. La Sra. Sandra es quien ha recurrido esta medida considerando que deben abonar ambos cónyuges el 50%. Para resolver adecuadamente esta cuestión ha de tenerse en cuenta que los hoy litigantes firmaron en su momento un Convenio Regulador que luego no tuvo vigencia por mor de no ratificarse en el mismo ante el Juzgado la Sra. Sandra, lo que dio lugar a que no pudiera dictarse sentencia de separación consensuada, siendo que en dicho Convenio se acordaba por común consentimiento de las partes que la Sra. Sandra contribuyera en un tanto por ciento superior a la contribución del marido en el pago del préstamo. Al efecto se tuvo en cuenta el mayor potencial económico de la esposa. Esta diferencia también existe en la actualidad, y si bien es cierto que la esposa percibe unos emolumentos inferiores a los de la fecha en que se acordó el contenido del Convenio, también lo es que la economía del esposo se ha visto afectada por el pago de un alquiler. El Juez de instancia acierta pues al considerar que la desproporción entre economías subsiste actualmente por lo que no procede dividir la cuota mensual del préstamo hipotecario de constante referencia al 50%.

Ese motivo de apelación formulado por la Sra. Sandra merece ser desestimado.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Los gastos por actividades extraescolares forman una categoría independiente dentro de los alimentos junto con los ordinarios y extraordinarios, y por tanto deben abonarse por mitad entre ambos progenitores. Voto particular de la Magistrada Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo, en el sentido de que aquéllos deben incluirse en los alimentos ordinarios.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

La obligación alimentaria, supone la existencia de dos partes, una acreedora que ha de reunir, aunque sea hipotéticamente la condición de necesitado, y otra deudora que ha de tener los medios y bienes suficientes para atender la deuda, por lo que, al deber venir fijada ponderadamente la pensión de alimentos atendiendo a las necesidades del alimentista y posibilidades del alimentante, siendo el alimentante no sólo el progenitor con quien no convivan los menores sino también aquel que tiene atribuida su guarda y custodia no obstante tenerse en cuenta y valorarse dicho hecho que conlleva, como es lógico, determinados gastos para el conviviente que por su escasa cuantía y generalidad con que se presentan no suele dársele importancia o trascendencia aunque la tenga, en el caso de autos, atendidos los ingresos y gastos de uno y otro progenitor que se señalan en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia recurrida, que en aras a evitar repeticiones innecesarias procede dar por reproducidos, aunque tiene en cuenta la disposición legal contenida en el artículo 91 del Código Civil en lugar de los preceptos dichos del Código de Familia de Cataluña aplicable al caso de autos atendida la autosuficiencia de la regulación de la materia en la legislación propia de Cataluña, atendidos los gastos de la menor que figuran a los folios 67 y 68 en el que figura por enseñanza 147,92 euros, y por comedor 112,00 euros, y 1,62 y 3,52 euros por material, que ha de considerarse comprendido dentro del concepto de alimentos conforme al contenido que de los mismos da el artículo 259 del Código de Familia, además figura también 15,72 euros por actividades complementarias extraescolares, que no puede considerarse alimento en sentido estricto por cuanto con la cantidad que normalmente se señala en concepto de pensión de alimentos a cargo del progenitor no conviviente y a favor de los menores deben considerarse incluidos los alimentos ordinarios, en los términos que prevé el artículo 259 del Código de Familia, no los gastos extraordinarios ni los originados como consecuencia de las actividades extraescolares respecto a los que, no pudiendo considerarse ni ordinarios, ya que no son los necesarios para el mantenimiento, la vivienda, el vestido, la asistencia médica y formación de los alimentistas, ni extraordinarios por no ser imprevistos que, además, sean necesarios o consensuados, que han de ser satisfechos dichos gastos extraordinarios por mitad entre los progenitores, sin que entre los gastos extraordinarios puedan considerarse incluidas las actividades extraescolares de la menor, como erróneamente se hace en la Sentencia de Instancia, por cuanto, originadas

éstas al margen o fuera de la necesaria actividad escolar, como su propio nombre de «extraescolares» indica, los gastos relativos a las mismas habrán de ser satisfechos en la forma consensuada por los progenitores o, a falta de acuerdo, conforme a lo que decida el Juez, sin que sea dable imponer desde un principio a uno de los progenitores la obligación de hacer frente a su pago por cuanto son muy variadas las circunstancias que pueden presentarse durante el período de formación de los menores que no sólo aconsejen sino que, incluso, hagan necesaria su participación en las actividades que se organicen por el colegio fuera de las propias de la actividad escolar, y otras, aquellas como campamentos, colonias o actividades deportivas que puedan desarrollar los menores, que tampoco es dable que se haga cargo, en principio, de las mismas el progenitor conviviente que es el que primeramente se erige en receptor de las necesidades o deseos de los menores de acuerdo con lo que como actividades extraescolares organiza el colegio o sin que las mismas formen parte de las organizadas por el centro escolar, sin participación alguna en su amortización por el no conviviente cuando pueda considerarse que redunden en la formación integral de los hijos, por lo que, a falta de acuerdo o consenso entre los progenitores, se hará el pago correspondiente a dichas actividades extraescolares conforme a lo que decida el Juez, y al suponer los gastos extraordinarios aquellos gastos imprevistos que, además, sean necesarios o consensuados, es decir, como su propio nombre «extraordinarios» indica, aquellos gastos que, no pudiendo considerarse incardinables dentro de los gastos ordinarios, pues se presentan de manera súbita o inopinada al margen o fuera de los mismos, ni pudiendo considerarse tampoco comprendidos dentro de los que se originan como consecuencia de las actividades extraescolares de los menores, se presentan de forma súbita o de manera no prevista, y a dicha imprevisión o falta de previsión sobre su acaecimiento se aúna la necesidad de hacer frente a los mismos en beneficio o interés de los menores (bien por repercutir en su salud, física o mental, bien por las circunstancias concurrentes que los hagan aconsejables para su formación integral), o que, se presentan de forma no prevista, y aún no pudiendo considerarse que fueran estrictamente necesarios para los menores, sin embargo, los progenitores consensúan o acuerdan su devengo por entender que pueden repercutir en beneficio de los hijos cuyo interés preferente se debe tener en cuenta al adoptar las medidas que les afecten conforme a lo dispuesto en el artículo 82.2 del Código de Familia, y cuyos gastos extraordinarios deben ser soportados por los progenitores, a falta de acuerdo entre los mismos, por mitad que es la contribución que viene a fijar la resolución recurrida aunque erróneamente incluye entre los gastos extraordinarios «el material escolar, ya sean libro o uniformes» que han de considerarse incluidos dentro de los gastos ordinarios, y también incluye los gastos por actividades extraescolares que queda dicho que no pueden considerarse extraordinarios, mereciendo tal calificación de los señalados por la Sentencia recurrida sólo los «sanitarios o farmacéuticos no amparados por la Seguridad Social», y siendo alimentante, como queda dicho, no sólo el progenitor no custodio, teniendo en cuenta, además, que el Sr. Diego ha tenido otro hijo, Didac, nacido en fecha 12 de mayo de 2004, fruto de otra relación, a cuya alimentación debe también contribuir, parece a la Sala más proporcionada la cantidad de 250 euros al mes como la que en concepto de alimentos a favor de la referenciada hija Anna deba pagar el progenitor no custodio en lugar de la fijada en la Sentencia de Instancia y, en definitiva, determinando los gastos extraordinarios y los originados como consecuencia de las actividades extraescolares como queda dicho en el presente Fundamento de Derecho, así como la forma de pago de los mismos que se mantiene en cuanto al 50% de los gastos extraordinarios que aquí se conceptúan y que respecto a las actividades extraescolares será la contribución al importe de las mismas conforme a lo que convengan los progenitores o, en su defecto, según decida el Juez, procede la estimación parcial del recurso de apelación.

Voto particular

Que formula doña M.ª José Pérez Tormo, Magistrada de la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona, a la Sentencia dictada por la Sección en esta misma fecha resolviendo el recurso de apelación contra la sentencia de siete de mayo de dos mil cinco del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Manresa, el cual fundo en las siguientes consideraciones:

Primero.–El motivo de discrepancia de la Magistrada que suscribe en relación con la sentencia que origina el voto particular, se centra en la fijación en la sentencia de la Sala, a entender de la suscribiente, de tres categorías de alimentos: los alimentos ordinarios o institucionales, según dicción de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya a que después se hará mención; los gastos extraordinarios y las actividades extraescolares. Todos ellos integrantes de un concepto amplio de alimentos, que como efectos de la sentencia matrimonial establece el artículo 76 del Código de Familia, deben ser regulados.

Así la Sentencia de la Sala, establece la cifra que como contribución a la pensión alimenticia de la hija común debe entregar el Sr. Diego, que

reduce la cifra fijada en la sentencia de Instancia, el pago del 50% de los gastos extraordinarios y la mitad de las actividades extraescolares que lleve a cabo la menor, previo acuerdo de las partes, y en caso de no alcalzar tal acuerdo, difiere su decisión a la autoridad judicial.

Segundo.–Establece el artículo 76.1.c) en relación con el artículo 143, ambos del Código de Familia, el deber de alimentos del padre y de la madre respecto de los hijos menores de edad sujetos a su potestad, en el sentido más amplio, de educación y de formación integral.

Asimismo el artículo 267 del mismo texto legal indica que la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades del alimentista y los medios económicos y las posibilidades de la persona o personas obligadas a prestarlos.

Por tanto, en cada caso concreto, para fijar en sentencia la cuantía que como contribución a los alimentos de los hijos sujetos a patria potestad debe entregar el progenitor no custodio, debe atenderse a las necesidades del hijo común, esto es los gastos cotidianos, habituales y periódicos que ya está teniendo o necesitando, entre otros datos, como son los referidos a los medios de los alimentantes. Deben incluirse por tanto los gastos relativos a educación e instrucción del alimentista que ya sean conocidos.

Entre tales gastos periódicos suelen encontrarse las actividades extraescolares, que, salvo contadas excepciones, se llevan a cabo cada curso escolar, no siendo por tanto imprevisibles. Su devengo es mensual de forma periódica, con posibilidad de variación anual, pues puede variar de la actividad de fútbol a baloncesto y de teatro a inglés, pero habitualmente dentro de una franja de precios similar. Si el importe de la actividad extraescolar fuera desproporcionada en relación a la efectuada el año anterior nos encontraríamos ante un gasto extraordinario, por imprevisto, que precisaría del tratamiento para tales gastos consignado en sentencia. Y si se dejara de realizar y su importe fuera de tal magnitud que implicara una variación sustancial de las circunstancias relativas a las necesidades del menor, deberá la parte interesada, mediante el cauce procedimental previsto en la LEC, solicitar la modificación de la cuantía a entregar para los alimentos del hijo o hija común.

Tener en cuenta los gastos y necesidades de los hijos para la fijación del importe de la pensión a entregar por el progenitor no custodio y después acordar el pago por mitad de alguno de esos conceptos, implica una duplicidad de pago que no debe establecerse.

Que los menores realicen una actividad extraescolar u otra dependerá del los usos y las circunstancias de la familia, y a estos parámetros debe adecuarse la cifra que se fije como pensión alimenticia a cargo del progenitor no custodio.

Tienen, la mayor parte de tales actividades extraescolares carácter deportivo o cultural, al mismo tiempo que, en muchas ocasiones, facilita el horario de recogida de los menores por los progenitores, adecuando tales actividades al horario laboral de aquéllos. Coadyuvarán, por tanto, a su educación y formación integral, por lo que deben incardinarse en el precepto previsto en el artículo 143 del Código de Familia, que prevé como obligación inherente a la potestad del padre y de la madre, el de alimentos en el sentido más amplio, de educación y de formación integral.

Así lo han entendido y consta en innumerables sentencias de las Audiencias Provinciales, citándose únicamente a modo enunciativo la de la Audiencia de Barcelona, de esta misma Sección 12.ª que tiene en cuenta para la fijación en sentencia de una cifra como contribución a la pensión alimenticia por parte del progenitor no custodio la actividad extraescolar de piscina, en sentencia de fecha 26 de marzo de 2003; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de fecha 19 de abril de 2002, que dice refiriéndose a actividades extraescolares «respecto de las clases de inglés y matemáticas dentro de la pensión alimenticia mensual», de la misma Audiencia Provincial, Sección 24.ª de 17 de septiembre de 2001, sentencia de 18.ª de Barcelona de fecha 16 de abril de 2002, y la de la misma Audiencia Provincial, sección 14.ª de fecha 8 de septiembre de 2003.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 3 de junio de 2002 con ocasión del análisis que realiza sobre los alimentos, distingue entre institucionales y autónomos, refiriéndose los primeros a aquellos que son producto de una obligación ya absorbida por una concreta institución familiar, como el matrimonio y la filiación, e identificando a los segundos con los otros casos «en que legalmente proceda», como podría ser el previsto en el artículo 260.4 del Código de Familia. Pues bien, dicha sentencia distingue entre los amplios términos en que deben ser entendidos los alimentos institucionales, por tanto para los hijos sujetos a potestad, y los correspondientes al segundo caso en los que se deben únicamente los «necesarios para la vida», eliminándose entonces el tramo o porción correspondiente a los gastos de formación, educación e instrucción, que en el primer caso se incluyen.

Tercero.–Asimismo debe tenerse en cuenta que el artículo 76.1.c) del Código de Familia establece que debe entregarse «por el concepto de alimentos de los hijos, de acuerdo con el artículo 143» una cantidad de dinero en relación con el

artículo 268 del Código de Familia que dice que la obligación de alimentos se ha de cumplir en dinero y por mensualidades avanzadas, estableciendo la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 209.4 *in fine* que el fallo de las sentencias «... determinará ... la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 219 de esta Ley».

El artículo 219 establece respecto de las sentencias con reserva de liquidación, que la demanda debe cuantificar exactamente el importe del pago que se solicita, «sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética».

Entiendo que la reforma efectuada por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 intenta evitar en lo posible la indeterminación que se pretende si difiriéramos para el trámite de ejecución de sentencia, de forma anual y repetitiva, la decisión del tema que ahora nos ocupa.

Cuarto.–Adoptar la medida que acuerda la sentencia de la Sección, esto es, que al inicio de cada curso escolar deban las partes consensuar las actividades extraescolares que deba realizar el hijo o hija común, abocará a muchas parejas a innumerables discusiones que en definitiva no van más que a deteriorar la paz familiar tan necesaria en las situaciones de crisis matrimoniales. Piénsese en situaciones de violencia familiar con medidas de alejamiento que impedirán los acuerdos que la sentencia de esta Sala requiere. O la eventual posibilidad de que en el mes de septiembre, que suele ser el de elección de las actividades extraescolares de los menores, la acumulación de peticiones en el Juzgado impida su resolución a tiempo de manera que las expectativas de los niños se vean frustradas al no obtener la plaza para la realización de la actividad extraescolar que deseaban.

Quinto.–Téngase en cuenta además, los logros que a través de los años de experiencia en materia de ejecución de sentencias de familia se obtuvieron cuando se concretaron, tras repetida jurisprudencia, temas como la determinación de que las pensiones alimenticias de los hijos comunes debían ingresarse en una cuenta corriente designada por el progenitor custodio, o que dicho importe debía ingresarse en los cinco primeros días de cada mes, o como en el caso que ahora nos ocupa, la cantidad debía entregarse al progenitor custodio para ser administrada por éste, con posibilidad de planteamiento por el otro progenitor del procedimiento de controversia en el ejercicio de la patria potestad por el cauce procedimental previsto al efecto; beneficiándose tanto las parejas que se separaban como los Juzgados de Instancia, de los claros criterios establecidos, criterios que ahora se alteran con la novedosa forma de concretar el pago de la pensión alimenticia por el no custodio.

Por todo ello se considera más adecuado el establecimiento de una cuantía como contribución a los alimentos de los hijos comunes a pagar por el progenitor no custodio, en la que se prevea el concepto, entre otros, de las actividades extraescolares, de manera que sea el progenitor custodio quien la reciba y administre, con posibilidad de instar el procedimiento de controversia en el ejercicio de la patria potestad por el progenitor no custodio, en caso de desacuerdo.

Quinto.–La sentencia que origina el presente voto particular reduce la cifra fijada en la resolución recurrida, de 300 euros como contribución del demandado a los alimentos de la hija común a 250 euros mensuales, manteniendo el pago de la mitad de los gastos extraordinarios, excluyendo del concepto de gasto extraordinario las actividades extraescolares, pero aún así fija su pago por mitad entre ambos progenitores, y en caso de desacuerdo será la Autoridad Judicial quien decida; criterio que no comparte la Magistrada que suscribe, pues teniendo en cuenta las necesidades alimenticias de la menor, entre las que se cuentan las actividades extraescolares que pueda realizar, así como los medios económicos de ambos progenitores, que se han hecho constar en la sentencia de la Sala y se dan aquí por reproducidos a efectos de evitar reiteraciones inútiles, es por lo que considero que debe confirmarse la resolución recurrida.

Sexto.–Por las consideraciones expuestas, que me han llevado a discrepar de la decisión adoptada mayoritariamente por la Sala, y a formular este voto particular considero que, tal como ha hecho la Sala, debió estimarse en parte el recurso de apelación formulado contra la sentencia, y en consecuencia fijarse la cifra de 250 euros como contribución a los alimentos de la hija común, en cuyo importe se incluye el concepto de actividades extraescolares, además del pago por mitad de los gastos extraordinarios.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se revoca el pronunciamiento de instancia que establecía una previsión de futuro acordando un aumento de la pensión de alimentos para el caso de que el padre rescindiera un seguro privado médico y para cuando finalizara el pago del préstamo hipotecario: no proceden tales previsiones, pues se desconoce en qué situación se encontrarán alimentante y alimentista cuando esos hechos se produzcan, y ello sin perjuicio de que si se acreditase una alteración sustancial de circunstancias pueda instar su modificación. Análisis jurisprudencial de los requisitos necesarios para la modificación de medidas.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pueyo Mateo

Por el actor don Agustín se promovió juicio de divorcio frente a doña Maite, de quien se halla judicialmente separado, solicitando se declare haber lugar a la disolución del matrimonio de los litigantes, se otorgase a la demandada la guarda y custodia de la menor Marta, se atribuya a madre e hija el uso de la vivienda familiar, siendo de cargo de la demandada los gastos derivados del uso de aquélla, incluidos los suministros y energías. Se fije un régimen de comunicación entre la menor y el padre. Y, finalmente, se establezca su contribución a los alimentos de la menor en 90 euros mensuales, haciéndose el actor cargo del pago de la totalidad de la cuota hipotecaria que grava la vivienda familiar hasta su total liquidación, y asimismo solicita abonar él los gastos del colegio de la niña, incluyendo cuota mensual, comedor y transporte.

Por su parte la demandada solicita que habiendo venido a mejor fortuna el actor éste contribuya a los alimentos de la hija con la cantidad mensual de 600 euros.

La juzgadora *a quo* dictó sentencia en la que estima los pedimentos de la demanda, salvo la cuantía de los alimentos que la fija en 120 euros mensuales, estableciendo una previsión de futuro relativa a esa cuantía para el caso de que el actor rescindiera el seguro privado médico concertado y para cuando finalizara la liquidación de la carga hipotecaria existente sobre la vivienda, para ambas hipótesis se prevé que sus importes respectivos acrezcan a los alimentos.

Frente a esta resolución de la juzgadora *a quo* interpusieron recurso de apelación ambas partes. La demandada porque postula se fijen los alimentos de la menor en 600 euros mensuales instados en la contestación y el actor porque estima que aquéllos deben fijarse en 90 euros mensuales, dejando sin efecto las previsiones de futuro a que hicimos referencia en líneas precedentes, solicitando la estimación de la demanda.

Como reiteradamente han venido señalando los Tribunales, entre otros, en la reciente sentencia de 27 de diciembre de 2005 de la Audiencia Provincial de La Coruña: «los efectos de las sentencias matrimoniales, por las que se han de regir en lo sucesivo las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges e hijos (artículos 92 y ss. del CC), si bien producen excepción de cosa juzgada material, ello no significa que, una vez fijados tales efectos, se mantengan inalterables ante los distintos avatares por los que puede discurrir la fortuna y necesidades de los miembros de la unidad familiar, afectados por el proceso de nulidad, separación y divorcio; por ello, como no podía ser de otra forma, el legislador previó la posibilidad de variación de dichas medidas judicialmente señaladas, siempre y cuando concurriese el supuesto de hecho contemplado en los artículos 90 y 91 del CC, es decir en los casos en los que se produjese «una alteración sustancial de circunstancias», o «sustancial de fortuna» para el caso de la pensión compensatoria (artículo 100 del referido texto legal), so pena de encontrarnos con continuos e inagotables procedimientos de revisión de tales medidas con patente quiebra de la seguridad jurídica. Alteración de circunstancias que, por otra parte, para ser tenida en cuenta ha de revestir una serie de requisitos, reiteradamente exigidos por la jurisprudencia, tales como que sea verdaderamente trascendente, y no de escasa o relativa importancia; permanente o duradera y no coyuntural o transitoria; que no sea imputable a la simple voluntad de quien insta la revisión, ni preconstituida con finalidad de fraude; y, por último, que sea posterior y no prevista por los cónyuges o el juzgador en el momento en el que las medidas cuya revisión se insta fueron establecidas.

Es, por ello, que una pretensión de tal clase se encuentra condicionada a la demostración, por quien demanda, de que la mentada alteración ha tenido lugar, es decir, que nuevas circunstancias han generado una variación de la precedente situación contemplada en la sentencia de divorcio o separación, y esta doctrina es la seguida, entre otras muchas, por las sentencias de 14 de diciembre de 1998 de la AP de Vizcaya; 9 de marzo de 1998 de la AP de Ciudad Real; 23 de noviembre de 1998; AP Madrid 2 de octubre de 1998; AP Albacete de 20 junio 1998; AP Asturias de 14 de octubre de 1998, AP Valencia de 24 de abril de 1998, entre otras muchas. En definitiva, en estos supuestos, de alteración sustancial de circunstancias, no existiría violación del efecto negativo de la cosa juzgada material, dado que a tenor del artículo 222.2.1 de la LEC, no concurre la identidad fáctica exigible, habida cuenta que «se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllos se formularen», por lo que la pretensión de revisión exige que concurran nuevos hechos, distintos a los contemplados en el momento de dictarse la sentencia, cuyos efectos económicos se pretenden revisar».

Pues bien, en el presente caso hemos de comprobar si se ha producido una alteración de circunstancias que propicia la modificación pretendida.

Para un concreto enjuiciamiento de los hechos se estima pertinente consignar: 1.º) Que los cónyuges se encuentran judicialmente separados en virtud de sentencia de 11 de diciembre de 2003, en la que además de declarar la separación conyugal se aprobó el convenio regulador. En ese convenio el actor asumió el pago de la cuota del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, y que en aquel momento se cifraba en 160 euros mensuales, así como de un préstamo de la sociedad conyugal por cuantía mensual de 72 euros mensuales. Se fijaron los alimentos de la menor en 90 euros mensuales, asumiendo además el padre los gastos de colegio de la niña, a que hacíamos referencia en líneas precedentes, y se otorgaba a madre e hija el uso de la vivienda familiar; 2.º) Cuando el demandante suscribió el convenio regulador es un hecho no discutido que ganaba unos 811 euros mensuales. En cuanto a doña Maite trabajaba y trabaja actualmente limpiando portales o domicilios y sus ingresos mensuales no se discute que oscilan alrededor de 230 euros mensuales; 3.º) En la actualidad el actor, junto con la que al parecer es su compañera sentimental, es titular de una cafetería, habiendo solicitado ambos un préstamo por cuantía de 90.000 euros, que se amortiza mediante el pago de cuotas mensuales por cuantía de 1.078,30 euros, asimismo se aprecia en el extracto bancario un pago mensual por el concepto «traspaso» de 1.214,04 euros e igualmente se aprecia en el extracto bancario pagos a la Seguridad Social. Habiendo asumido, no obstante, ello voluntariamente el actor el pago de un seguro médico privado por importe de 199 euros. En cuanto a la declaración del IRPF relativo al 3.er trimestre de 2005, una vez que restamos a los ingresos los gastos nos arroja la cifra de 9.016,87 euros y aplicando a esta suma la reducción prevista en el impreso del impuesto del 20%, esto es 1.803,17 euros, ello nos permite deducir unos ingresos líquidos mensuales declarados del demandante de 2.400 euros; 4.º) El promedio de los gastos de colegio de la niña, dividido el importe del curso en 12 meses incluido transporte y comedor, nos arroja una media mensual de 92 euros. A la vista de cuanto antecede y de los escasos ingresos de la demandada, así como el tiempo que ha de dedicar al cuidado de la menor, se estima que los alimentos de ésta a cargo de su padre deben fijarse en 250 euros mensuales. Dejando sin efecto las previsiones de futuro que se contienen en la recurrida, pues se desconoce en qué situación se encontrarán alimentante y alimentista cuando los mismos se produzcan. Todo ello sin perjuicio de que de acreditarse una modificación de circunstancias se inste el procedimiento oportuno para ello.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No incurre en incongruencia la sentencia que impone al padre la obligación de abonar el 50% de los gastos extraordinarios, pese a que ello no había sido solicitado: las medidas que afectan a los hijos menores no están supeditadas al principio de rogación: rigen elementos de *ius cogens* que permiten al Juzgador establecer los pronunciamientos que estime adecuados para la protección del menor, pudiendo rebasar, cualitativa o cuantitativamente los pedimentos, o ausencia de ellos, sin incurrir por ello en incongruencia *extra* o *ultra petita*.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pueyo Mateo

Por último, el Sr. Agustín alega que la sentencia es incongruente en cuanto se pronuncia sobre los gastos extraordinarios cuando éstas no habían sido objeto de pedimento, así como que con las cantidades que se le imponen se excede de la *petitum* de la demanda por tal concepto. Mas con ello olvida el recurrente que como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de noviembre de 2001: «Y aunque es cierto que la resolución impugnada contiene, respecto de la cuestión debatida, un pronunciamiento que no responde estrictamente a petición específica de ninguna de las partes, conviene recordar que, en procedimientos cual el que nos ocupa, las medidas que afectan a los hijos menores, ya sean matrimoniales o no, no están absolutamente supeditadas al principio de rogación, dado que como proclama el Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de diciembre de 1987, rigen en tal aspecto elementos de *ius cogens*, sobre la base del preponderante principio del *favor filii*, que permite al juzgador establecer los pronunciamientos que estime más adecuados para la protección de los prioritarios intereses de la prole, pudiendo rebasar, cualitativa o cuantitativamente, los pedimentos, o ausencia de ellos, de los litigantes, sin incurrir por ello en incongruencia, por *extra* o *ultra petita*.

A mayor abundamiento, y en el supuesto analizado, ni siquiera podría sostenerse, con lógico y legal fundamento, que el pronunciamiento impugnando no responda al planteamiento de los litigantes, dado que, en definitiva, lo único que realiza la sentencia de instancia, en orden a la obligación alimenticia debatida en su cuantía, es desglosar aquellas necesidades de la común descendiente de carácter periódico y previsible, de aquellas otras que pudieran surgir de modo incontrolado y en un momento determinado, fuera de aquella previsibilidad periódica, para incluir la cobertura de las primeras en la pensión mensual y contemplar específicamente las segundas bajo el concepto de gasto extraordinario, que, en cualquier caso y respondiendo a atenciones médico-sanitarias extraordinarias, tienen perfecto encaje en el artículo 142 del Código Civil.»

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Agustín e igualmente de forma parcial el formulado por doña Maite ambos frente a la sentencia de fecha cinco de diciembre de dos mil cinco dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia número tres de Mieres, en los autos de los que el presente rollo dimana, la que se Revoca en los siguientes extremos: 1.º) Se fijan los alimentos de la menor en doscientos cincuenta euros mensuales, dejando sin efecto en consecuencia el pronunciamiento que los fijaba en noventa euros mensuales; 2.º) Se dejan sin efecto las actualizaciones previstas para el supuesto de liquidación de la hipoteca y rescisión del seguro médico privado.

Se confirman los demás pronunciamientos de la recurrida.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se reduce el importe de las pensiones alimenticias pactadas en el anterior proceso de separación, al acreditar el padre un cambio de entidad suficiente en su situación económica: inicialmente la pensión se fijó en base a ingresos superiores a los de su nómina y ahora, pese a ser sus nóminas similares, ha probado con un certificado de su empresa que no percibe ninguna comisión por no alcanzar los objetivos de venta. Además, ha tenido que dejar la vivienda de alquiler en que residía, pasando a ocupar una habitación ubicada en un gimnasio, donde tiene que desarrollar las visitas con sus hijos.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Juana Calderón Martín

Se aceptan en cuanto son relación de trámites y antecedentes los de la sentencia apelada que con fecha 25 de enero de 2006 dictó la Sra. Juez de Primera Instancia núm. 1 de Villanueva de la Serena La referida sentencia contiene el siguiente Fallo: «Que estimando la demanda de modificación de medidas interpuesta por don Eusebio, representado por el Procurador Sr. Crespo Gutiérrez frente a doña Sonia, representada por el Procurador Sr. Romo Fernández y el Ministerio Fiscal debo aprobar la modificación de medidas solicitada y en consecuencia acordar una reducción de la pensión de alimentos a favor de los hijos y fijar la misma en la cantidad mensual de 180 euros por cada uno de los hijos.»

La sentencia apelada estima en parte la demanda presentada por don Eusebio, reduciendo a la suma de 180 euros mensuales el importe de la pensión por alimentos para cada uno de los dos hijos menores de los litigantes, que había sido inicialmente acordada por éstos en 270,46 euros para cada hijo en el convenio regulador que fue aprobado en la sentencia de separación de fecha 1 de septiembre de 2004; entiende el Juzgador de instancia que consta probada una reducción en los ingresos del padre que justifica esa modificación, a la baja, de la pensión alimenticia.

Recurre la parte demandada la mencionada reducción de la pensión por alimentos, alegando, en síntesis, que no es cierta tal variación importante de las circunstancias, y que el demandante ha «preparado» las pruebas que ahora presenta en juicio y, en suma, viene a «simular» una situación personal y patrimonial que no se corresponde con la realidad, pues, sigue diciendo la parte apelante, el padre demandante, cuando se firmó el convenio regulador, también tenía una nómina de no muy elevada cuantía, en la que no figuraban las comisiones que percibía, lo cual se mantiene en el momento actual, ya que, a pesar de la carta que aporta con la demanda, y en la que se le comunica una reducción importante en su productividad en relación con los objetivos marcados por la empresa para la que trabaja, con la consiguiente eliminación de comisiones, sigue trabajando en la misma empresa, lo que indica que, desde la recepción de la carta ha debido mejorar ya su rendimiento profesional o laboral. También pone en duda la necesidad de dejar de residir en la vivienda que alquiló tras la ruptura conyugal para pasar a vivir en una habitación ubicada en un gimnasio de kárate.

Como es sabido, las medidas adoptadas, judicial o convencionalmente, para regular los efectos de la separación matrimonial, no están afectadas por la santidad de la cosa juzgada y cabe su modificación por cambio de las circunstancias, según dispone el artículo 90 del Código Civil. Ello es así porque por referirse aquéllas a aspectos contingentes, y sobre todo por estar estrictamente ligadas a realidades vivenciales, y por ello cambiantes, no pueden quedar inmóviles e invariables. Puede decirse, en definitiva, que las medidas judicialmente adoptadas están sometidas a una legal cláusula de actualización dependiente de una variación sustancial de la coyuntura en que fueron acordadas. El presupuesto para el cambio de tales medidas es la alteración sustancial de las circunstancias, lo que exige una ponderación por el juzgador de las concurrentes al tiempo de la adopción de las medidas cuya modificación se pretende y las actuales, pero el concepto de alteración sustancial de las circunstancias, y sobre todo la apreciación de la «sustancialidad», son determinaciones totalmente casuísticas, y aunque cuando la Ley habla de alteración sustancial parece referirse a que ha de ser grave, sin embargo, esa gravedad no se puede entender como supuesto derivado de variaciones extraordinarias e insólitas en las circunstancias, sino como importantes en función de la configuración inicial de las prestaciones, a las que se quiere equilibradas, como demuestra la posibilidad de su nueva aprobación cuando

entrañen un grave perjuicio para los cónyuges. Por eso, cuando el mantenimiento de la situación originariamente pactada o adoptada por el Juez suponga la producción de un perjuicio de esa entidad, o al menos no leve para una de las partes, o, en su caso y especialmente, para los hijos menores de edad, se debe considerar que estamos ante la sustancialidad de la alteración que el artículo 90 menciona (SAP Castellón de 5 de enero de 2004).

En este caso el actor, en contra de lo argumentado por la recurrente, sí ha probado que su situación económico-patrimonial ha sufrido un cambio de entidad suficiente como para reducir el importe de las pensiones, tal como refleja la sentencia apelada. Es cierto, porque así lo admitió el demandante en la vista, que, inicialmente, la pensión se fijó teniendo en consideración que los ingresos del padre eran superiores a los que se reflejaban en la nómina; ahora, según resulta de los documentos aportados con la demanda, percibe una nómina por importe de 937 euros, pero no puede obviarse que la empresa Actividades Químicas Andaluzas, SL, para la que trabaja el Sr. Eusebio, comunicó a éste, en febrero de 2005, que su media de ventas se había reducido en el año 2004, bajando en un 68% los objetivos de venta para el año 2004, por lo que aquél perdía «cualquier incentivo y comisiones al no alcanzar la meta establecida». Asimismo consta probado que el demandante ha pasado a residir en una habitación ubicada en un gimnasio de kárate (al parecer, el local donde se sitúa es del actor), dejando la vivienda en la que vivía en régimen de alquiler. Con estos datos no podemos sino mantener la conclusión a que llega el Juzgador de Instancia.

Frente a esta argumentación, la apelante, como decíamos, se limita a alegar que las pruebas que tuvo en cuenta el Juez *a quo* son «eventuales y fáciles de simular», y que a ella le es imposible probar los ingresos o comisiones no documentados que obtiene el demandante; estos argumentos no pueden ser acogidos, y así, en cuanto a la simulación de las pruebas hay que decir que, salvo las manifestaciones de la apelante, ningún dato objetivo aparece mínimamente acreditado para llegar a tal conclusión; en lo que se refiere a la reducción de ingresos la parte demandada en el procedimiento, en contra de lo sostenido por ella, sí pudo haber intentado al menos probar que la situación que se le comunicó al actor a través de la carta mencionada, no era real o había cambiado, solicitando como prueba algún tipo de certificación acerca, bien de los ingresos totales del padre, o bien del volumen de ventas de años anteriores a 2004 y el de dicho año, o incluso pudo solicitar la declaración testifical de la persona que firmó la carta en cuestión para que ésta explicara las condiciones laborales y económicas en que se encontraba el Sr. Mera; y en cuanto a la necesidad o no de dejar la vivienda en alquiler, resulta cuando menos extraño que el padre de modo voluntario y para «preparar» una prueba decida instalarse en una habitación de un gimnasio donde tiene que desarrollar las visitas con sus dos hijos menores, las cuales no consta se hayan interrumpido.

En definitiva, al menos en el momento de presentarse la demanda, las circunstancias sí habían cambiado, en cuanto referidas a los ingresos del padre, por lo que el recurso debe ser desestimado, y ello sin perjuicio de que, si en el futuro, su situación vuelve a cambiar o a normalizarse en cuanto a sus condiciones o situación laboral, puede volver a modificarse el importe de la pensión alimenticia.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La alteración en la fortuna del esposo, que se ha visto disminuida al cobrar ahora la prestación por desempleo y haber tenido otra nueva hija, sólo justifica una reducción de la pensión compensatoria de la esposa, pero no su extinción: se ha de tener en cuenta que se ha declarado la extinción de la pensión de alimentos de otra hija, que unida a la reducción de la pensión de la esposa declarada en la instancia, reequilibra su situación económica.

AP LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Víctor Caba Villarejo

Con respecto a la pensión compensatoria que percibe la apelada doña María Luz, el recurrente no se conforma con la reducción de su importe a 100 euros mensuales operada en la sentencia impugna-

da, sino que insiste en su supresión por haber pasado a situación de prejubilación con disminución sustancial de sus ingresos económicos a la par que aumentaron sus cargas dinerarias. De cobrar 800 euros mensuales ha pasado a los actuales quinientos y poco euros. Don Rosendo contrajo nuevo matrimonio y tiene tres hijos menores de edad, Alba de 16 años, Borja de 11 años y Lara de 4 años. El reconocimiento de Alba como hija del recurrente no se tomó en consideración al tiempo de dictarse la sentencia de divorcio, pues aconteció el 13 de marzo de 1998 y la sentencia de divorcio de la primera instancia es de fecha 24 de septiembre de 1997. Su actual capacidad económica y las cargas familiares que ha sufragar no le permite seguir abonando la pensión compensatoria a la apelada.

El recurso de apelación tampoco puede prosperar por este extremo o concreto motivo de impugnación en cuanto el apelante, al tiempo de dictarse la sentencia de divorcio ganaba en torno las 118.000 ptas (709,19 euros) mensuales. En febrero de 2003 cobró un finiquito de la empresa Francisco Navarro Martín por importe de 9.252.58 euros, y desde agosto de 2004 cobra una prestación por desempleo de 506 euros netos mensuales. Cierto es que contrajo nuevo matrimonio en marzo de 1999, más al tiempo del divorcio ya había tenido a su hijo Borja con su actual pareja y a esas nuevas cargas familiares alude la sentencia de divorcio (folio 144). Y aunque Alba fue reconocida después de la sentencia de divorcio preexistía y formaba parte de la nueva familia constituida por el recurrente. En realidad el único hecho nuevo *ex post* al divorcio es el nacimiento de su hija Lara, de cuatro años de edad. Más si tenemos en cuenta que, desde enero de 2004, el recurrente dejó de abonar la pensión de alimentos a su hija Natalia por importe de 90 euros mensuales y que la pensión compensatoria ha sido reducida en la sentencia apelada, de 180 euros a 100 euros mensuales, con la supresión y reducción operada se reequilibra, en cierto modo, la situación económica del apelante compensando las nuevas cargas familiares, (nada sabemos acerca de capacidad económica de su actual pareja) y ligera pérdida de su capacidad económica, recuperando capacidad patrimonial por importe de 170 euros (90 + 80 euros) mensuales. De modo que la alteración en su fortuna sirve de base para reducir la cuantía de la pensión compensatoria (artículo 100 CC), pero es insuficiente para declarar su extinción.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede fijar pensión compensatoria para la esposa que, aunque en la actualidad no trabaja, sí ha desempeñado con anterioridad trabajos retribuidos que acreditan su capacitación laboral. El cuidado de una hija de 7 años que se encuentra escolarizada no puede servir de justificación a su no demanda de trabajo. A los efectos de valorar la existencia de desequilibrio, no pueden considerarse los ingresos provisionales que percibe el esposo con ocasión de un trabajo temporal en el extranjero, sino los ingresos regulares que vino percibiendo constante el matrimonio.

AP OURENSE, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana María del Carmen Blanco Arce

El presente recurso de apelación interpuesto por la representación de la esposa, se centra exclusivamente en la fijación a su favor de una pensión compensatoria por importe de 900 euros.

Con carácter previo ha de señalarse que la pensión compensatoria a que alude el artículo 97 del Código Civil no constituye por sí mismo un derecho de nacimiento automático tras la ruptura matrimonial sino que exige la concurrencia del presupuesto de existencia 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 es la de igualar la situación económica de ambos cónyuges tras la ruptura, ni por ello garantizar el derecho al reparto igualitario de los ingresos que ambos cónyuges puedan percibir por sus respectivos trabajos, sino la indemnizatoria del desequilibrio patrimonial que entre éstos pueda producirse en el momento de la ruptura de la convivencia. Se pretende con ello un reequilibrio que no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de ambas partes, sino que busca que

cada uno de los cónyuges se sitúe autónomamente, en la posición económica que le corresponde según sus propias aptitudes y capacidades para generar recursos económicos.

Y de los elementos probatorios aportados a las actuaciones se desprende por un lado, que el esposo constante la convivencia venía percibiendo unos ingresos regulares por el trabajo que como peón ordinario desempeñaba en una empresa pizarrera próximos a los 1.000 euros, no considerándose a estos efectos las remuneraciones percibidas desde el mes de mayo del año 2004, cercana ya la ruptura matrimonial, que cuentan con un carácter provisional según se acredita documentalmente y a consecuencia de la tarea encomendada por la empresa por cuya cuenta trabaja en el extranjero y concretamente en China, de modo tal que los parámetros a considerar para realizar el juicio de valor sobre la existencia de un posible desequilibrio, son los ingresos regulares que vino percibiendo durante su matrimonio.

Por otro lado si bien en la actualidad la esposa no trabaja, ha desempeñado en el mismo sector trabajo retribuido, lo que acredita su capacitación laboral, que unido a su juventud permite deducir que en breve plazo podrá reincorporarse al mundo laboral, el que abandonó voluntariamente, y sin que el cuidado de la hija que en la actualidad cuenta 7 años de edad, (y por ello ya escolarizada), pueda servir de justificación a su no demanda de actividad laboral por cuenta ajena, capacitación laboral y posibilidades de ocupación laboral que unida a la escasa duración del matrimonio, permiten desestimar la pretensión de fijación de una pensión compensatoria a favor de la esposa, en tanto que no se acredita el sustrato fáctico preciso para la aplicación del artículo 97 del Código Civil y en concreto el desequilibrio económico que para la esposa supuso la ruptura matrimonial, por lo que ha de llegarse a la misma conclusión que la alcanzada en la instancia con confirmación de la sentencia apelada y desestimación del presente recurso.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede fijar una limitación a la pensión compensatoria de la esposa que cuenta con 53 años, ha dedicado 25 años al cuidado de las hijas y esposo, en detrimento de su potencialidad laboral, y padece una enfermedad que limita sus posibilidades de trabajo físico. Se valora además que, pese a ser las hijas mayores de edad, están estudiando y residen en el domicilio familiar con la madre, lo que supone una continuidad en la dedicación a la familia por parte de la madre. Finalidad de la pensión compensatoria y presupuestos para que pueda fijarse con un límite temporal.

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Íñigo Madaria Azcoitia

Se impugna la sentencia de instancia en el aspecto que afecta a la pensión compensatoria en cuanto la recurrente considera que la cantidad reconocida y la limitación temporal de la misma no se ajustan a las circunstancias concurrentes, por ello interesa la fijación de pensión compensatoria mensual por importe de 600 euros, actualizables y de duración indefinida.

El artículo 97 del Código Civil dispone que «el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:...». Del precepto se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio, en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio.

Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad –el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo–, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en

su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios.

La *ratio* del artículo 97 del Código Civil es restablecer un desequilibrio que puede ser coyuntural, y la pensión compensatoria aporta un marco que puede hacer posible o contribuir a la readaptación; y en sintonía con lo anterior también se destaca que la legítima finalidad de la norma legal no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, perfectamente atendible con la pensión temporal (STS de 28 de abril de 2005). Por tanto, aun admitida la posibilidad de duración limitada, sin embargo es preciso que la pensión compensatoria constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad –*ratio*– de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia.

En el supuesto de autos, en relación con los parámetros establecidos en el artículo 97 del Código Civil, es de destacar que la esposa y recurrente tiene cincuenta y tres años, de los cuales veinticinco años los ha dedicado exclusivamente al cuidado de su familia, tres hijas y esposo, asimismo es de resaltar que la recurrente padece una afección cervico-dorso-lumbar, que limita sus posibilidades de trabajo físico, al tiempo que carece de cualquier cualificación profesional, experiencia o formación que le facilite el acceso al mundo laboral.

Sobre esa base es indudable que en nada se justifica la limitación temporal de la pensión compensatoria, pues indudablemente la larga y plena dedicación al cuidado y atención de la familia lo ha sido en detrimento de la potencialidad laboral de la recurrente, cuya situación actual realmente limita enormemente la posibilidad de acceder al mundo laboral en condiciones suficientes para alcanzar un nivel de vida semejante al mantenido durante el matrimonio, más si, como se ha resuelto, las hijas, aun siendo mayores de edad sin embargo siguen bajo el cuidado y dependencia económica de sus padres y residen en el domicilio familiar hasta que alcancen independencia económica o finalicen sus estudios, lo que representa una continuidad en la dedicación y cuidado de la familia que recae sobre la recurrente quien, además, sólo gozará del uso de la vivienda familiar mientras la hijas se encuentren en esa situación. De otra parte el patrimonio ganancial o privativo de la esposa no resulta suficiente para deducir un estatus económico relevante para la determinación y concreción de la pensión compensatoria. Es por ello que la limitación temporal a cuatro años se muestra manifiestamente desproporcionada e inadecuada en relación al supuesto de autos, sin que para ello pueda admitirse como justificación la posibilidad de que la recurrente se incorpore al mundo laboral pues a las dificultades expuestas se añade el hecho de que cualquier forma de trabajo no es causa de extinción, limitación o reducción de la pensión compensatoria si de ese trabajo no resulta una renta suficiente para reequilibrar con permanencia la situación económica de la esposa en relación a la situación económica durante el matrimonio.

Si bien es cierto que en la causa existe prueba más que suficiente sobre las actividades laborales y fuentes de retribución complementarias del Sr. Eusebio, debe destacarse que en cualquier caso se trata de trabajos extraordinarios, compatibilizados con su profesión habitual, de los que indudablemente obtiene unos ingresos asimismo extraordinarios, pero de ello no se pueden deducir desde la única perspectiva aritmética la cuantía de la pensión compensatoria, pues como se ha dicho con ésta no se persigue una equiparación o paridad patrimonial sino otorgar la oportunidad de recuperar la potencialidad económica y laboral a las que habría tenido acceso la esposa de no mediar el matrimonio. En razón a ello y sobre la base de la situación económica familiar básicamente sustentada en la retribución de la dedicación laboral principal del obligado, ha de concluirse que la cantidad mensual de cuatrocientos euros se revela razonablemente ajustada a la finalidad reequilibradora indemnizatoria que representa la pensión compensatoria y por ello debe confirmarse este aspecto de la sentencia, si bien, como ya se ha razonado, lo será con caracter indefinido y sin límite temporal, salvo la concurrencia de hechos nuevos que supongan una alteración sustancial de las circunstancias o de la autonomía económica de la recurrente.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Extinción, por el solo transcurso del tiempo, de la pensión compensatoria que ha venido abonando el esposo durante más de veinte años cuando el matrimonio sólo duró diez.

AP CÁDIZ, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Marcelino Rodríguez Rosales

Las partes han centrado el debate en la pensión compensatoria. El demandante propugna su extinción y la demandada que se mantenga en el cincuenta por ciento de la totalidad de los ingresos de aquél.

Hay que descartar las dudas establecidas por las partes acerca de la naturaleza de la prestación, pues no puede ser sino pensión compensatoria la dineraria que se establece a favor de un cónyuge como derivada de las cargas matrimoniales y continúa tras el divorcio, extinguido el derecho de alimentos.

El recurrente apoya su pretensión en el carácter temporal y transitorio de la pensión compensatoria, que obligaría a su supresión una vez que han transcurrido veinte de años de la separación de un matrimonio que duró diez.

La sentencia del Tribunal Supremo de diez de febrero de 2005, tras decir que según el artículo 97 del Código Civil la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora, sienta el criterio de que es posible limitarla temporalmente, incluso desde el momento en que se decreta.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de seis de septiembre de 2005 dice: «La pensión compensatoria tiene esencialmente una duración limitada, que sirva también de estímulo a quien la percibe para incorporarse plenamente al mercado laboral».

La Ley no configura por tanto la pensión como un derecho de duración indefinida ni vitalicio, entre otras razones porque es ajena al derecho de alimentos. Cuando se extingue el matrimonio por divorcio, también lo hace el derecho a recabar el sostenimiento y apoyo económico de quien fue cónyuge. Luego la reclamación no puede basarse en la falta de recursos de la demandada, sino en la persistencia del desequilibrio originado por la ruptura y las razones que han impedido su superación.

La realidad social, donde son frecuentes las rupturas matrimoniales y su sucesión a lo largo de la vida de una persona, las normas de convivencia, el concepto actual del matrimonio y tendencia hacia la igualación de los sexos, elementos sobre los que hay que aplicar las normas legales (artículo 3.1 del Código Civil) favorecen, creemos nosotros, la interpretación temporal y transitoria de la pensión del artículo 97 del Código Civil.

Lo expuesto hasta ahora significa que los principios y la ley dan la razón al actor. Comprobaremos seguidamente las circunstancias particulares del caso para llegar a la misma conclusión.

El matrimonio era indisoluble cuando los litigantes se casaron en 1975 y aún las separaciones eran muy escasas y raras las ocasiones en que la mujer casada ejercía una profesión, siendo la familia su principal trabajo. La mujer sacrificaba su autonomía, pero adquiría una expectativa de estabilidad económica de por vida, dependiente eso sí de su marido.

Los litigantes se separaron en 1985 y se divorciaron en 1991, luego su relación ha asistido no sólo a un cambio radical en la situación legal sino también en la forma en que la sociedad entiende el matrimonio.

Creemos que hay que conjugar todos estos cambios a la hora de buscar una solución al caso.

Rocío y Mauricio se casaron con veintidós años en 1975, luego cuando aquélla se separó sólo tenía treinta y dos. El matrimonio tuvo un hijo, Gonzalo, que nació en 1976, lo que significa que al tiempo de la separación no exigía la atención constante de la madre.

La juventud de la esposa en el momento de la ruptura y las condiciones de toda clase expuestas anteriormente pueden haber justificado el mantenimiento de la pensión compensatoria; pero no más. Como hace ver el demandante, diez años de matrimonio no pueden legitimar una asistencia económica de por vida, ni es ésa la función de la pensión compensatoria, menos todavía del cincuenta por ciento de los ingresos de quien debe satisfacerla.

La naturaleza de la pensión compensatoria no ha sufrido cambios desde que se reconoció el derecho de Rocío en 1985, es decir, siempre ha tenido la función reequilibradora antes mencionada. Como explica la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de diecinueve de abril de 2005, la naturaleza compensatoria o reparadora de está pensión quedó claramente recogida en el debate parlamentario

de la Ley 30/1981, de 7 julio, por tanto desde su origen. El plazo de recuperación económica o de integración en el mercado laboral, el necesario para reponerse de ese desequilibrio, puede extenderse en este caso, merced a las tan repetidas condiciones particulares; pero no indefinidamente.

Consideramos que los más de veinte años transcurridos han sido suficientes para que se cumpla el objetivo previsto en el Ley y la mujer se adapte a las nuevas condiciones legales y sociales, pues la actitud y postura de los ciudadanos no puede ser estática ni pasiva ante los cambios que la sociedad ha experimentado desde 1975.

Entendemos que no estamos ante uno de esos supuestos en que la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia.

En consecuencia, consideramos que hay que estimar el recurso de Mauricio y desestimar el de Rocío.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Es inacogible la interpretación de que dentro de la expresión «cargas del matrimonio» recogida en la sentencia de divorcio se englobaba una pensión compensatoria para la esposa: no es cuestión de orden público, sino sometida al principio de justicia rogada, y ni siquiera consta que la esposa la hubiera solicitado en el anterior proceso matrimonial. Para que pueda entenderse reconocida se requiere que haya sido expresamente fijada en la sentencia. Disuelto el matrimonio con el divorcio, no existen «cargas del matrimonio», por lo que dicha expresión carece de contenido jurídico alguno.

AP MURCIA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Joaquín Hervas Ortiz

Comenzando por el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, por el que se solicita que se «mantenga» una pensión compensatoria en favor de ésta por importe de 120,20 euros mensuales, es claro que debe ser desestimada tal pretensión y, por tanto, el referido recurso de apelación, bastando con señalar, a este respecto, que la Sentencia de divorcio no fijó pensión compensatoria alguna en favor de la hoy apelante, con lo que difícilmente puede accederse al «mantenimiento» de una pensión compensatoria que no fue fijada en la Sentencia de divorcio, resultando inacogible, desde luego, la comprensiblemente interesada interpretación que de la expresión «cargas del matrimonio» se realiza por la parte recurrente, que no puede entenderse que vaya referida, en modo alguno, al establecimiento de una pensión compensatoria o por desequilibrio, contemplada en el artículo 97 del Código Civil, máxime cuando el reconocimiento de tal pensión no es cuestión de orden público, sino que se haya sometida al principio de justicia rogada, sin que ni siquiera conste que la ahora apelante solicitase tal pensión compensatoria en el previo proceso matrimonial. Es más, una vez disuelto el matrimonio como consecuencia del divorcio no existen «cargas del matrimonio», sino, exclusivamente y en su caso, pensiones alimenticias en favor de los hijos, cuando éstos existen, y pensión compensatoria en favor de la esposa, siempre que sea solicitada y que concurran los requisitos contemplados en el artículo 97 antes citado, debiendo añadirse que para que pueda entenderse reconocida esta última pensión tiene que haber sido expresamente fijada en la Sentencia, lo que aquí no ocurre. En definitiva, la expresión «cargas del matrimonio» recogida en la Sentencia de divorcio no puede entenderse equivalente, en modo alguno, al establecimiento de una pensión compensatoria, sino que dicha expresión carece, en el supuesto de autos, de contenido jurídico alguno. Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Una vez que se ha reconocido por una sentencia firme una pensión compensatoria con carácter indefinido, sólo procede su limitación temporal si se acredita una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su fijación, pues el principio de cosa juzgada impide modificar tal pronunciamiento por el hecho de una nueva jurisprudencia y modificación legal posterior carente de efectos retroactivos. No procede la limitación temporal: no se ha probado mejora alguna en la capacidad económica de la esposa y el mero transcurso del tiempo es una circunstancia meramente previsible.

AP BALEARES, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Mateo Lorenzo Ramón Homar

De entre las cuestiones controvertidas en la primera instancia –divorcio, incremento pensión alimenticia, modificación derecho de visitas y pensión compensatoria–, esta alzada se circunscribe a esta última. En la contestación a la demanda, la representación de don Franco, solicita se declare la extinción, o subsidiariamente, se limite temporalmente la pensión compensatoria establecida a su cargo y a favor de doña Inmaculada en la sentencia firme dictada en procedimiento de separación por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial de 20 de julio de 2001, en la suma de 50.000 pesetas actualizables anualmente. La representación de la actora se opone a dicha petición, que es desestimada en la sentencia ahora recurrida, básicamente por ausencia de alteración sustancial de circunstancias y que el matrimonio duró diez años, pero la convivencia al menos siete años más (deducido de la edad de la hija mayor), y que la madre asumió de modo preferente las atenciones a la familia, y sigue prestándolas en la actualidad. Dicha resolución es impugnada por la representación del demandado reiterando dicha petición, basada en los argumentos que, resumidamente, son los siguientes; incremento de los ingresos profesionales de la demandante como Procurador; ingresos percibidos por su dedicación a la pintura artística; la actora se habrá visto beneficiada por la herencia de sus padres; la pensión compensatoria se trata de una «ayuda en la primera fase del dolor-desconcierto tras la separación», no una carga o derecho permanente, renta vitalicia o razón para mantener o incentivar un absentismo laboral; debería tener una similitud con el paro laboral limitado en el tiempo; no cabe traspasar al Sr. Franco la obligación de mantener una actividad más allá de lo razonable para satisfacer el importe de unas pensiones fijado en sentencia de separación matrimonial, su absentismo, desinterés y falta de iniciativa no puede ser subvencionada por su marido, habiendo transcurrido un plazo de seis años, que se considera prudente para conseguir una igualdad de oportunidades o su finalidad; que la actora oculta unos ingresos «amparándose en la dificultad de poder conocer el volumen real de su trabajo profesional; el Sr. Franco ha llegado al techo de sus posibilidades profesionales, de modo que, a mayor edad, menor capacidad de trabajo, y más cuando la actora le recrimina no estar más con sus hijos; el elevado importe de la pensión alimenticia a favor de los hijos de 300.000 pesetas actualizables desde el año 2000; error en la apreciación de que la edad de la hija mayor hace suponer una convivencia en tiempo superior a la matrimonial; de las cuentas aportadas presume la existencia de rendimientos económicos elevados.

En cuanto al fondo de la cuestión controvertida, debemos tomar como punto de partida la existencia de una sentencia firme de separación dictada por la Sección Tercera de esta Audiencia el día 20 de julio de 2001, que establece una pensión compensatoria de 50.000 pesetas al mes, actualizables con cargo al esposo y a favor de la esposa, y con carácter indefinido. Cabe reseñar que dicha sentencia tiene efectos de cosa juzgada formal y material, y para modificar dicho pronunciamiento es preciso que se acredite una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el año 2001 para fijar dicha pensión (en la sentencia de instancia se denegó la petición), y lo que no es admisible es que, aprovechando la interposición de una demanda de divorcio, se plantee la cuestión *ex novo*, como si fuere la primera vez que se trata la cuestión de la concurrencia de presupuestos para su fijación, tiempo y cuantía. La mayor parte de argumentos antes reseñados no se refiere a ninguna alteración esencial de las circunstancias, sino a pronunciamientos jurisprudenciales posteriores sobre la posible temporalidad de tal tipo de pensión, y a la modificación legislativa operada en el artículo 97 del Código Civil por la Ley 15/2005, al indicar que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido.

Como alteración de circunstancias se ha indicado un incremento de ingresos profesionales de la actora como Procurador; la herencia de sus padres; dedicación a la pintura artística; la menor capacidad de trabajo del esposo, como consecuencia de la edad; y que las cuentas presentadas implican unos ingresos superiores. Tales hechos simplemente se han alegado, pero no se han probado, y en este sentido, aunque sea difícil el conocer los ingresos reales de la actora, no obra en autos indicio que haga suponer un incremento relevante de los mismos comparada con la situación existente en el año 2000 que se tuvo en cuenta en la sentencia firme, y no se comparten las deducciones de la representación del actor a partir de las cuentas aportadas a las actuaciones; no consta ninguna variación relevante de los ingresos del esposo, o que hubiere bienes en la herencia, u obtención de ingresos por pintura artística.

Reiterando que el principio de cosa juzgada material impide plantearnos la determinación de la pensión compensatoria como si fuera *ex novo*, en la argumentación del recurrente subyace la polémica que en el pasado se produjo entre sectores doctrinales y Audiencias con criterios discrepantes sobre si eran o no admisibles pensiones compensatorias con carácter temporal. Tal polémica resultó zanjada con la STS de 10 de febrero de 2005, en un recurso de casación admitido por «interés casacional», en la cual se señala que «La pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad –el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo–, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios». Tras indicar con exhaustividad los argumentos contrarios y a favor de la temporalidad de tales pensiones, concluye en la posibilidad de establecer una duración limitada «siempre que cumpla la función reequilibradota por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal», explicando una evolución de la doctrina y la jurisprudencia desde el año 1981 hasta la actualidad, siendo ahora predominante la tesis de la temporalidad. Entre los argumentos a favor de la temporalidad, destaca el «evitar la pasividad en la mejoría de la situación económica, combatir el desentendimiento o inactividad del acreedor en orden a obtener una ocupación remunerada, buscar o aceptar una actividad laboral... cumple con una finalidad preventiva de la desidia o indolencia del perceptor». Tras la modificación del artículo 97 por la Ley 15/2005 la cuestión ya no plantea problema alguno.

El recurrente recoge en su mayor parte los argumentos recogidos en dicha sentencia para apoyar la conclusión de la temporalidad de las pensiones, pero olvida que la resolución que la establece con carácter indefinido es firme, y por ello no puede desconocerse, salvo que se acredite una alteración sustancial de las circunstancias desde el mes de octubre de 2001, en que se dictó dicha sentencia. Es de reseñar que esta Audiencia se había decantado mayoritariamente por el criterio de que la pensión compensatoria era indefinida, salvo en dos sentencias de esta Sección en supuestos excepcionales de matrimonios de muy corta duración y cónyuges jóvenes, y el principio de cosa juzgada impide modificar el criterio en el caso concreto, por el hecho de una nueva jurisprudencia y modificación legal posterior carente de efectos retroactivos, surgida con posterioridad a tal sentencia firme.

Las partes concuerdan la existencia de un error en la argumentación de la sentencia de instancia de inferir a partir de la edad de la hija mayor una convivencia superior a los diez años de matrimonio, debido a que –según concuerdan– el demandado no es padre biológico de la hija mayor; pero tal circunstancia es irrelevante, por cuanto únicamente hace referencia a un argumento de refuerzo en la fundamentación, que esta Sala estima irrelevante, por cuanto, reiteramos, no se trata de establecer una pensión compensatoria por primera vez, sino de determinar si se produce una alteración esencial de circunstancias. El transcurso de algo más de tres años entre la sentencia que fija la pensión compensatoria y la interposición de la presente demanda no supone ninguna alteración esencial de las circunstancias en el sentido exigido para apreciarlas, puesto que el mero transcurso del tiempo es una circunstancia claramente previsible.

En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Existiendo una separación de hecho desde hacía más de 20 años, no procede fijar pensión compensatoria a favor de la esposa. Ninguna prueba se ha practicado tendente a acreditar si existió desequilibrio al momento de la separación de hecho, siendo revelador que la esposa en todos estos años no haya interesado pensión alguna, bien sea porque ha trabajado extraoficialmente, o porque tenía otros ingresos por cualquier otra causa. Argumentos mayoritarios de las Audiencias Provinciales que se pronuncian sobre la no concesión de pensión compensatoria en casos de prolongada separación de hecho.

AP ALBACETE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Mateos Rodríguez

Marcelino presentó, por medio de su representación procesal, demanda de divorcio contra María Rosario, de la que estaba separado de hecho desde hacía más de 20 años, frente a cuya pretensión la demandada mostró su conformidad e interesó que se le atribuyera el uso del domicilio conyugal y que se estableciera a cargo del demandante la obligación de abonarle pensión compensatoria.

La sentencia objeto del recurso de apelación ha dado lugar a la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes y ha atribuido el uso de la vivienda conyugal a la demandada, no habiendo accedido –sin embargo– a establecer la pensión compensatoria, siendo este último pronunciamiento el que ha motivado la impugnación de la resolución.

Cuando las Audiencias Provinciales se han enfrentado a casos similares, mayoritariamente han resuelto en el sentido de no conceder pensión compensatoria, razonándolo:

a) Porque la separación de hecho 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, así como la presunción de absoluta independencia económica [SAP de Asturias (Sección 6.ª) 17 de marzo de 2003, la Ley rec. 559/2002].

b) Porque el artículo 97 del Código Civil establece que el derecho a la pensión surge a consecuencia del desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges con motivo de la separación o divorcio, es decir, por la ruptura de la convivencia matrimonial que tanto la separación como el divorcio produce, de modo que es a ese momento (el de la ruptura de la convivencia) al que hay que referir los presupuestos de los que pende el nacimiento del derecho a la pensión que, por otro lado, ha de ser objeto de expresa petición por la parte interesada; por tanto es preciso que haya existido una convivencia previa al momento de la pretensión y de ahí que, aun existiendo una convivencia durante el matrimonio, si después se produce una prolongada separación de hecho sin que se haya reclamado pensión compensatoria por el cónyuge supuestamente perjudicado con la ruptura, no procederá con posterioridad el establecimiento de la misma pues, en definitiva, si cada uno de los cónyuges ha vivido de forma autónoma y sin ayudas recíprocas (aparte de las abonadas para alimentos de los hijos) durante los largos años en que ha durado la separación de hecho, esa situación mantenida a lo largo del tiempo es expresiva de una cierta estabilidad excluyente de la pensión. [SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 12 de junio de 1999, Azdi. 1999/7496.] c) Porque tan largo lapso de tiempo implica una evidente dificultad para acreditar cuál era la situación de los esposos antes de la ruptura matrimonial y qué consecuencias produjo en esa esfera económica de los esposos el cese de la convivencia. [SAP de Murcia (Sección 1.ª) de 22 de noviembre de 1999, Azdi. AC 1999/2428.]

La anterior doctrina resulta plenamente aplicable al caso presente, puesto que se ignora cuál era la situación de los cónyuges en el momento de la separación de hecho, en cuanto a la capacidad económica del demandante o las posibilidades de acceso a un empleo de la demandada, datos que no han sido objeto de prueba en el presente juicio, lo que imposibilita la concesión de la pensión interesada por falta de acreditación de sus presupuestos. Además, es de destacar que el hecho de que la demandante no haya interesado el establecimiento de la pensión es indicativo de que el desequilibrio no se produjo, sea ello debido a que la misma se haya dedicado a trabajar extraoficialmente, o sea porque tenía algún tipo de ingreso por cualquier otra causa.

Por lo tanto, aun cuando no se ha alegado la prescripción, es procedente acoger la solución adoptada en la sentencia recurrida, debiendo, en consecuencia, confirmarse la misma.

CONVENIO REGULADOR

La modificación de una cláusula de contenido compensatorio y no meramente liquidatorio pactada en el Convenio (establecía la obligación del marido de abonar a la esposa un importe mensual por su participación en el negocio ganancial que él seguía explotando), puede hacerse a través del proceso de modificación de medidas si existe alteración sustancial de circunstancias. Se desestima la excepción de inadecuación de procedimiento: el principio de economía procesal aconseja el tratamiento procesal unívoco de todas las medidas del Convenio, por estar íntimamente unidas las unas con las otras.

AP ASTURIAS, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente

La Sentencia recaída en la primera instancia declara disuelto por causa de divorcio el matrimonio formado por los cónyuges don Luis y doña Andrea, con los efectos recogidos en el fundamento jurídico segundo de dicha resolución, al que se remite, en el que se dice que procede declarar que se ha cumplido la cláusula quinta, apartado 1.º, del Convenio Regulador de la Separación Matrimonial, y que, por tanto, a partir del 1 de agosto de 2005, don Luis debe dejar de abonar cantidad alguna a Andrea por el concepto al que se refiere dicha cláusula.

Sostiene la parte apelante que la pretensión deducida en la demanda por la que se solicitaba que se modificase la cláusula quinta, apartado primero, del Convenio Regulador homologado por la Sentencia de Separación, y se declarase cumplida y extinguida la obligación fijada con cargo al esposo, de abonar a la esposa la cantidad de 150.000 ptas. mensuales, por haberse cumplido las condiciones en que resultó acordado tal abono, debió encauzarse, en su caso a través del procedimiento especial de liquidación regulado en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El recurso debe ser desestimado en este particular, toda vez que nos encontramos –en el seno de un procedimiento de divorcio– ante una solicitud de modificación de una medida acordada por los cónyuges en un Convenio con contenido liquidatorio, y siendo claro que la medida en cuestión tenía una finalidad indiscutiblemente «compensatoria» para la esposa, puesto que no se limita a liquidar su participación en el que fuera negocio conyugal, es obvio que ha de tratarse como una medida más, de contenido patrimonial, cuya modificación puede solicitarse en un proceso matrimonial, si se prueba que se han alterado sustancialmente las circunstancias, conforme se desprende de lo dispuesto en el artículo 777, apartado 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aparte de que razones de economía procesal aconsejan el tratamiento procesalmente unívoco de todas las medidas acordadas en el Convenio, por estar íntimamente relacionadas las unas con las otras, sin que ello cause a las partes una indefensión que ni siquiera ha sido alegada.

CONVENIO REGULADOR

Carácter vinculante del acuerdo alcanzado por los cónyuges en el acto de la vista de divorcio, aunque posteriormente, por retractarse una de las partes, no cumplieran el compromiso de presentar el Convenio y tal acuerdo no fuera homologado judicialmente: los cónyuges, en ejercicio de su autonomía privada, pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición (entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales), que tienen carácter contractual. Su validez y fuerza vinculante no están condicionadas a la aprobación y homologación judicial.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pueyo Mateo

Para un adecuado entendimiento de los hechos objeto de recurso, se estima preciso consignar que nos hallamos ante un procedimiento iniciado como separación conyugal y que se recondujo al

de divorcio de conformidad con la disposición transitoria única de la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Es asimismo un hecho no discutido que en la vista celebrada el 12 de julio de 2005, documentada en el acta obrante al folio 416 y siguientes, se consigna que las partes se comprometen a presentar convenio regulador en el plazo de 10 días estableciendo las siguientes medidas: «1) Pensión compensatoria a cargo del esposo, 1.200 euros mensuales durante cinco años, a partir de esta fecha 1.000 euros sin límite de tiempo, salvo cambio de circunstancias.

2) Cuando se proceda a la liquidación de la Sociedad de Gananciales y se venda la vivienda la esposa reintegrará al esposo la cantidad que resulte de multiplicar 200 euros mensuales de pensión por los meses en que haya percibido esa pensión.

3) Atribución del uso de la vivienda familiar, mobiliario y ajuar se atribuye al esposo por plazo de diez años.

4) Alimentos a los hijos mayores de edad (Bruno y Eduardo) se fija en 1.000 euros al mes para cada uno, será de cargo de los hijos la amortización de la vivienda de Hospitalet de Llobregat propiedad de ellos.

– Adjudicación al esposo la propiedad de todos los vehículos así como utensilios de la empresa familiar (incluida la caravana).»

Tras esta vista el Procurador de la Sra. Milagros el 13 de octubre de 2005 presentó un escrito solicitando «La reanudación del procedimiento con el oportuno señalamiento de la vista, habida cuenta de la imposibilidad de rematar entre las partes de forma definitiva el acuerdo alcanzado en la vista ...» y cita al respecto diversas sentencias en las que se examina el valor de los pactos acordados entre los cónyuges aunque los mismos no hayan sido homologados judicialmente, solicitando con carácter principal su homologación o, subsidiariamente, se fijen como medidas las personales y económicas instadas que, según señala, son prácticamente coincidentes con las suscritas en su momento a presencia judicial por las partes.

Por su parte el Sr. Pedro Antonio en el escrito de 19 de octubre solicita que las medidas que se adopten sean las que suscriben las partes en la comparecencia de 12 de julio de 2005, es decir: 2.ª) Fijar como pensión compensatoria a favor de la esposa y a cargo del esposo, la cantidad de 1.200,00 euros mensuales cantidad que pasará a ser de 1.000,00 euros salvo cambio de circunstancias.

Cuando se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales y venta de la vivienda familiar, la esposa restituirá al esposo la cantidad que resulte de multiplicar 200 euros por los meses en que haya percibido la pensión de 1.200.00 euros.

3.ª Se atribuirá al esposo el uso y disfrute de la vivienda, mobiliario y ajuar familiar por plazo de diez años.

4.ª Se fije como alimentos a favor de los hijos (Bruno y Eduardo) la cantidad de 1.000,00 euros al mes para cada uno, siendo a cargo de dichos hijos la amortización de la hipoteca de la vivienda de Hospitalet de Llobretat propiedad de ellos.

5.ª Se adjudique al esposo el negocio familiar de limpieza (Limpiezas Monte Naranco), así como la caravana.

La atribución o adjudicación de la propiedad de los vehículos y utensilios de la empresa familiar al esposo, según se pactó en la comparecencia de 12 de julio de 2005, representa o equivale a la adjudicación del negocio, y es dicha atribución o adjudicación la que justifica la pensión compensatoria y alimentos para los hijos que se convino en la comparecencia antedicha.»

La juzgadora *a quo* dictó sentencia declarando haber lugar al divorcio y fijando las medidas acordadas por las partes en la citada vista de 12 de julio de 2005, siendo su resolución objeto de aclaración y complemento mediante auto de fecha de 10 de febrero de 2006 –folio 449– cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: «Se aclara la Sentencia de 17 de enero de 2006 en el sentido de que la cantidad a restituir por la esposa al esposo, cuando se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales y se venda la vivienda familiar, será la que resulte de la diferencia, en cada anualidad, entre la pensión actualizada de 1.200 euros y la también actualizada de 1.000 euros al mes.

Se subsana la omisión de la citada Sentencia, debiendo complementarse ésta en el sentido de disponer la adjudicación al esposo de la propiedad de todos los vehículos, así como utensilios de la empresa familiar, incluida la caravana, tal y como las partes pactaron en la vista de 12 de julio de 2005 a presencia judicial.»

Frente a la sentencia de la juzgadora de 1.ª instancia interpuso la representación del Sr. Pedro Antonio el presente recurso de apelación contra el pronunciamiento de la recurrida que desestima «La pretensión de esta parte (expresada en nuestro escrito de 17 de octubre de 2006 y en el propio acto del juicio) de que se le adjudicara al esposo el negocio familiar de limpieza conocido como "Limpiezas Monte Naranco" y solicita en el escrito de interposición del recurso que se revoque parcialmente la resolución recurrida y se declare que el negocio "Limpiezas Monte Naranco" se ha de entender adjudicado a don

Pedro Antonio en virtud de lo acordado por la misma, y caso de no estimarse la anterior declaración, se establezca que la pensión compensatoria a favor de doña Milagros sea pagada con cargo a dicho negocio y a cuenta de su liquidación.»

Basa el recurrente su recurso alegando que la redacción del acuerdo alcanzado en la vista de 12 de julio de 2005 no fue, quizá, todo lo precisa o afortunada que debiera, y ello porque se redactó «sobre la marcha», pero el verdadero espíritu del acuerdo no fue otro que el de adjudicar al esposo el negocio para que con dicha adjudicación pudiera atender las obligaciones económicas asumidas en el mismo, argumentando que a tal interpretación se llega si se tiene en cuenta el importe de las prestaciones cuyo abono asume, así como la redacción dada al punto referido a la vivienda familiar donde se dice «cuando se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales y venta de la vivienda familiar...», frase de la que el recurrente colige que lo único pendiente de liquidación no es más que la vivienda.

A esta argumentación se opone la apelada, quien alega que los términos del acuerdo fueron los que se recogen en el acta de 12 de julio de 2005 y que el negocio de limpiezas, además de los vehículos y utensilios, tiene otros elementos como son la clientela y las relaciones comerciales. Y reitera que el acuerdo adoptado por las partes aunque no haya sido homologado judicialmente tiene plena eficacia entre ellos, lo que es compartido por la Sala y así lo ha entendido el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 15 de febrero de 2002 en la que ha declarado: «Esta Sala comparte la apreciación finalista del documento de 15 de diciembre de 1987 efectuada por la Sentencia recurrida, en el sentido de que el mismo no se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial. Y asimismo comparte 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 (LEG 1889/27)], pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia [S. de 22 de abril de 1997 (RJ 1997/3251)], 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 sustantiam* para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida pro la Jurisprudencia [Sentencias, entre otras, de 26 de enero de 1993 (RJ 1993/365), 7 marzo 1995, 22 abril y 19 diciembre 1997 (RJ 1997/9110) y 27 enero (RJ 1998/110) y 21 diciembre 1998 (RJ 1998/9649)] y la doctrina registral [Resoluciones de la DGRN de 31 de marzo (RJ 1995/2669) y 10 noviembre 1995 (RJ 1995/8086) y 1 septiembre 1998 (RJ 1998/6593)], que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante interpartes a la aprobación y homologación judicial».

En consecuencia siendo los términos del convenio los transcritos en líneas precedentes y no los que respecto al negocio de limpieza pretende la parte apelante, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto. Debiendo recordar que no se ha ejercitado en este proceso ninguna acción de nulidad del convenio por vicio del consentimiento, así como que lo que corresponde al Tribunal es pronunciarse sobre el divorcio y sobre las medidas que han de acordarse para regular las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, pero no, como se intenta en el recurso, interpretar el contenido o la extensión que una de las partes pretenda dar a una determinada cláusula. Sin que proceda, dado lo anteriormente expuesto, entrar en el examen de la petición subsidiaria.

CUESTIONES PROCESALES

En atención a las peculiaridades de los procedimientos de familia, en los que, por regla general, concurre la existencia de una profunda subjetividad y normal tensión que impregnan las relaciones familiares en tiempo de crisis, no se aprecian circunstancias que justifiquen la imposición de costas al esposo cuya pretensión de extinción o limitación temporal de la pensión compensatoria le ha sido desestimada.

AP BALEARES, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Mateo Lorenzo Ramón Homar

Con respecto a las costas, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 398 de la LEC, la Sala aprecia la existencia de circunstancias que justifican no se efectúe expresa imposición de las mismas, al tratarse de una controversia sobre Derecho de Familia, en el que, como se indica en la sentencia de esta Sala de 15 de octubre de 2004, «en atención a las peculiaridades de un procedimiento de familia en el que, por regla general concurre la existencia de una profunda subjetividad y normal tensión que impregnan las relaciones familiares en tiempo de crisis; la relatividad de muchos conceptos utilizados; la necesidad de acudir a los Tribunales para obtener una regulación de las complejas consecuencias de las crisis convivencial; la existencia de hijos menores, cuyos intereses son los más protegidos por encima de los particulares de las partes en litigio, y con algunos aspectos que afectan a materias de orden público; y el derecho a la discrepancia con respecto de lo que sea mejor para el menor, etc.»; todo ello sin que en el supuesto enjuiciado se aprecie temeridad y mala fe.

CUESTIONES PROCESALES

No existe infracción del artículo 270 LEC porque el Juez admitiera en el acto de la vista de divorcio un extracto bancario que debió ser acompañado con la demanda: aunque la aportación fue extemporánea, el hoy apelante no denunció tal infracción en el acto de la vista, por lo que no puede invocar en la alzada el artículo 459 LEC.

AP ASTURIAS, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente

Sostiene la parte apelante que la Sentencia apelada incurre en infracción del artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haber admitido el Juez *a quo* en el acto de la vista un extracto bancario acreditativo de los pagos realizados por el actor desde el año 2000, que debió haber aportado con el escrito de demanda, por lo que considera que la aportación de tales documentos fue extemporánea, y que la admisión de dicha prueba le ha causado indefensión.

En primer término, cabe decir que, en contra de lo que sostiene la apelante, ninguna objeción puso en el acto de la vista a la aportación de dichos documentos por la parte actora, por lo que mal podría ahora invocar en su defensa el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haber tenido oportunidad procesal para denunciar la infracción, y no haberlo hecho, pero es que, a mayor abundamiento, dicha argumentación no se vincula por la apelante con una pretensión de declaración de nulidad de actuaciones, por lo que sólo podría ser tenida en consideración a efectos de no tener por aportados los documentos en cuestión a los autos, y no valorarlos, por tanto, como prueba, lo que resulta ahora intranscendente, teniendo en cuenta lo expuesto en el anterior fundamento.

CUESTIONES PROCESALES

No es necesario formular reconvención para solicitar pensión compensatoria cuando el propio actor introduce la cuestión a debate en la demanda, aunque sólo sea para negar a la esposa dicho derecho.

AP ASTURIAS, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente

En principio, la solicitud de pensión compensatoria debiera haberse deducido mediante reconvención, pues así se desprende de lo dispuesto en el artículo 770.2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que el tribunal no tiene que pronunciarse de oficio sobre tal cuestión (en este sentido, Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de 1987, dictada en Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en Interés de Ley). Reconvención que, además debe ser expresa, pues la actual Ley de Enjuiciamiento Civil no admite la implícita (artículo 406.3).

Ahora bien, el artículo 770.2.ª exige que la medida en cuestión no haya sido solicitada en la demanda, pues el precepto no debe ser interpretado en términos tan estrictos que sólo admitan la «solicitud», propiamente dicha, de la medida en la demanda, para que el demandado pueda, a su vez, solicitarla sin formular reconvención. Como ya dijimos en Sentencia de 22 de noviembre de 2005, con cita de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 27 de abril de 2005, no es necesario reconvenir para solicitar la pensión cuando es el propio demandante el que introduce la cuestión en el debate, aunque sólo sea para negar al demandado el derecho a la pensión, y, si bien, en este caso, no se hablaba en la demanda de una pensión compensatoria propiamente dicha, sí se solicitaba la extinción de una medida de carácter económico que, como ya hemos dicho anteriormente, tenía una finalidad claramente «compensatoria» del desequilibrio que producía la separación a la esposa, hasta el punto de que ésta vinculaba su pretensión, a una eventual supresión de dicha medida, por lo que debe concluirse que la cuestión se sometió a debate ya en la demanda.

CUESTIONES PROCESALES

Se decreta la nulidad de todas las actuaciones posteriores al dictado de la sentencia de divorcio dictada en la instancia, al no haber sido notificada al Ministerio Fiscal (artículos 238.3.º, 240.2.º y 150.1.º LEC): se han prescindido de normas esenciales del procedimiento, privando al Ministerio Fiscal de audiencias preceptivas y generando un riesgo de indefensión, más aun en este caso que tiene encomendada la defensa de los intereses de los menores.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, AUTO DE 25 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús Souto Herreros

Por providencia de fecha 10 de mayo de 2006 se anunció la posible nulidad de actuaciones ante la ausencia de notificación al representante del Ministerio Fiscal, parte en este procedimiento, de la Sentencia dictada y de los escritos del recurso de apelación interpuesto.

A la vista de las actuaciones practicadas, en relación con los artículos 238.3.º y 240.2 LOPJ y artículo 150.1 LEC, se está en el supuesto de acordar la nulidad de todas las actuaciones posteriores a la falta de notificación de la Sentencia al representante del Ministerio Fiscal por cuanto que se han prescindido de las normas esenciales del procedimiento a la vez que se está privando a dicho representante de audiencias preceptivas con evidente riesgo de indefensión, más en este caso en que se actúa en defensa de los intereses de los menores y por ello procede retrotraer el procedimiento al momento posterior al que se dictó la Sentencia de instancia, con la remisión del asunto al Juzgado de procedencia a fin de que se proceda a dar cumplimiento al trámite indicado, esto es, la notificación de la Sentencia al representante del Ministerio Fiscal, con los efectos previstos en el artículo 230 LEC.

Esta Sala acuerda: Retrotraer el procedimiento al momento posterior al que se dictó la Sentencia de instancia, con la remisión del asunto al Juzgado de procedencia a fin de que se proceda a notificar de la Sentencia al representante del Ministerio Fiscal, continuando a partir de entonces el procedimiento por sus trámites, y ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 230 LEC.

CUESTIONES PROCESALES

No se fijan litis expensas al existir bienes comunes en el matrimonio dado que los cónyuges disponen en propiedad de una vivienda.

AP LEÓN, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Teodoro González Sandoval

Impugna también la apelante el pronunciamiento de la sentencia del Juzgado donde se le deniega la pretensión que había formulado sobre litis expensas en cantidad de 2.000 euros. El motivo se rechaza si se tiene en cuenta que la responsabilidad que significa aquella clase de prestación es de naturaleza subsidiaria, tal como resulta de lo dispuesto en el artículo 1318 del Código Civil. Por eso y en defecto de bienes propios suficientes y tratándose de un pleito de separación contra el esposo, sin mediar mala fe o temeridad, los gastos correspondientes que se le hubieren causado a la apelante deberán ser de cargo, en primer lugar, de los bienes comunes que, por cierto, existen pues consta que los litigantes disponen en propiedad de una vivienda que, sin duda, cubre el importe que se reclama por aquel concepto.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En el auto despachando ejecución sólo procede incluir el importe de los intereses moratorios pero no lo presupuestado para costas, ya que aún no existe pronunciamiento en cuanto a las mismas.

AP CÁDIZ, SEC. 1.ª, AUTO DE 19 DE ABRIL DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Lorenzo Jesús Del Río Fernández

El auto despachando la ejecución deniega el particular de los intereses y costas y se basa en que no proceden costas de ejecución por no existir condena en costas ni recogerse intereses de demora en la sentencia de separación matrimonial que sirve de título a esta ejecución.

Frente al primer punto –costas– el apelante cita como infringido el artículo 639.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero lo recoge luego de forma parcial, sin citar lo más importante: «las partes deberán satisfacer los gastos y costas que les correspondan, sin perjuicio de los reembolsos que procedan tras la decisión del tribunal sobre las costas (primer párrafo) «... hasta la liquidación, el ejecutante deberá satisfacer los gastos y costas que se vayan produciendo...» (párrafo segundo).

En base al citado precepto, en su total e íntegra redacción, es acorde a derecho mantener la resolución recurrida y rechazar esta parte del recurso, pues todavía es prematuro hablar de costas de ejecución preceptivas.

Respecto al tema de los intereses, sí debe darse la razón al apelante, pues el artículo 576.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las incluye en cualquier resolución judicial que condena al pago de cantidad líquida. Por ello, debe ampliarse el Auto despachando la ejecución a los intereses de la mora procesal, tal y como refleja el artículo 575.1 LEC.

Finalmente, no existe incongruencia de otro tipo con respecto a la fecha de la demanda de ejecución. El auto de instrucción no necesita modificarse en este sentido, pues la diligencia del Secretario y el antecedente de hecho refieren la fecha en que se materializan tales situaciones o decisiones procesales, pero no la fecha en que se presenta el escrito.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Abono de la pensión alimenticia fijada en la sentencia desde la fecha de interposición de la demanda al ser de aplicación lo establecido en el artículo 148 del CC.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Andrés Palacios Martínez

Contra la sentencia dictada por la Juez de instancia en el presente procedimiento de divorcio, se alza la representación procesal de la actora: Sra. M. impugnando única y exclusivamente el pronunciamiento relativo a que la pensión de alimentos fijada a sus hijos fuera exigible desde la fecha de la precitada sentencia, interesando a través del recurso interpuesto su revocación y que se reconociese el carácter retroactivo de dicha obligación desde el momento de la interposición de la demanda.

En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada por la apelante Sra. M. y aun aceptando que la solución a la cuestión debatida no es pacífica desde el punto de vista jurisprudencial; lo cierto es, que es criterio de esta Sección de la Audiencia (apoyada tanto en reiterada y abundante doctrina jurisprudencial como en amplias corrientes de opinión judicial y de la doctrina más autorizada) que el artículo 148 del Código Civil es perfectamente aplicable a los procedimientos matrimoniales, pues el artículo 93 del precitado Texto Legal, en su párrafo 2.° para fijar los alimentos, se remite a los artículos 142 y ss. del mismo y en ningún caso se excluye el referenciado artículo 148; por lo que siendo la materia de estos artículos de orden público, los términos de este último precepto imperativos y sus efectos inherentes, debe retrotraerse la pensión de alimentos a la fecha de presentación de la demanda, sin que sea obligatorio suplicarlo o interesarlo para su concesión. En consecuencia, desde la perspectiva de esta alzada es procedente la estimación del recurso interpuesto y, por tanto, la pretensión revocatoria articulada por la apelante ha de ser aceptada.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Para que el pago pueda ser estimado como motivo de oposición a la ejecución ha de estar justificado documentalmente, y para que sea válido y liberatorio debe hacerse a la persona en cuyo favor esté constituida la obligación o a otra autorizada para recibirlo en su nombre, de tal forma que el pago hecho a tercero sólo será válido en cuanto se haya convertido en utilidad del acreedor, recayendo tal prueba sobre el deudor (artículos 1162 y 1163 CC). Se desestima la oposición al no constar que los pagos a terceros tuvieran como destino el pago de la pensión de alimentos reclamada.

AP MURCIA, SEC. 5.ª, AUTO DE 16 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Joaquín Hervás Ortiz

Por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Cartagena, en los referidos autos de ejecución de títulos judiciales, tramitados con el número 262/04, se dictó Auto con fecha 27 de julio de 2005, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que se estima la oposición formulada por el Procurador don Gregorio Farinós Martí en nombre y representación de don Julián a la ejecución despachada a instancia de doña María, dejando sin efecto el Auto de fecha 4 de marzo de 2004 y mandando alzar los embargos decretados.

Frente al Auto de fecha 27 de julio de 2005, que estima la oposición a la ejecución de título judicial recaído en proceso matrimonial, formulada por la parte ejecutada, y deja sin efecto la ejecución despachada, por entender, en esencia, que el ejecutado ha pagado, durante el período que es objeto de reclamación, cuantía superior a la que le correspondía haber pagado por el concepto de

pensión alimenticia para el hijo menor y cargas del matrimonio, impuesta en Sentencia de separación matrimonial, se alza la parte ejecutante en base a las alegaciones que realiza en el escrito de interposición del recurso, solicitando su revocación y que se dicte otro por el que se mande seguir adelante la ejecución despachada. Y el recurso debe ser estimado, siquiera parcialmente, por las razones que, a continuación, se exponen. En primer lugar, no debe perderse de vista que nos encontramos en fase de ejecución de una Sentencia de separación del año 1999, que aprueba el convenio regulador en el que se fija como contribución del esposo a las cargas del matrimonio y alimentos para el hijo menor la cantidad de 50.000 pesetas (300,51 euros) mensuales, con las correspondientes actualizaciones, que, según se expresa en el mismo convenio, debía ser abonada a la esposa, con el destino señalado, añadiéndose también en el convenio que ambos cónyuges se obligaban, igualmente, a atender los gastos extraordinarios de mantenimiento o estudios del hijo, lo que habría de realizarse según las circunstancias, cuando ello se produjese y previo acuerdo de los mismos. Y partiendo de ello, no parece ocioso recordar la regla general que se recoge en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala que las Sentencias se ejecutarán en sus propios términos, como no podía ser de otra manera teniendo en cuenta que el derecho a obtener la ejecución de la Sentencia se encuentra comprendido en el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24 de la Constitución. Y tampoco parece estar de más recordar que en la oposición a la ejecución de títulos judiciales sólo pueden ser opuestos los motivos de oposición contemplados en el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, en lo que aquí interesa, son exclusivamente el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, que además ha de ser justificado documentalmente, y los pactos y transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público. En el supuesto que nos ocupa, no consta en autos ningún documento público que refleje pacto o transacción alguna entre las partes, con lo que queda excluido tal motivo de oposición a la ejecución, sin que quepa oponer, desde luego, ningún pacto que no haya sido instrumentalizado en la forma señalada. Queda, pues, como único posible motivo de oposición a la ejecución, el pago, que, como tal, ha de reunir todos los requisitos exigidos por el Código Civil para ser válido y liberatorio y, además, ha de estar justificado documentalmente. En este sentido, en lo que se refiere al abono de la pensión mensual fijada en el proceso de separación, no ha resultado acreditado documentalmente, como exige el precepto antes citado, que el ejecutado haya abonado a la ejecutante la pensión correspondiente a los meses que son objeto de reclamación, con la salvedad del mes de octubre de 2003, cuyo abono sí ha de entenderse acreditado, en base al documento obrante al folio 243 de los autos y teniendo en cuenta que la ejecutante, en el escrito de impugnación de la oposición, viene a reconocer implícitamente haber recibido tal ingreso, aunque niegue que se corresponda a la pensión del mes de octubre de 2003, lo que, sin embargo, se desprende del hecho de que el abono sea por meses anticipados y de la fecha en la que se realiza (primeros del referido mes), aunque no se haya efectuado estrictamente dentro de los cinco primeros días del mes, debiendo entenderse abonada, por tanto, dicha mensualidad, pero no las restantes que son objeto de reclamación. No debe olvidarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1162 del Código Civil, el pago, para ser liberatorio, debe hacerse a la persona en cuyo favor esté constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirlo en su nombre, y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1163 del Código Civil, el pago hecho a un tercero sólo será válido en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor, recayendo sobre el deudor la carga de acreditar, de forma cumplida, que, en efecto, ese pago al tercero ha producido esa utilidad, que habrá de constatarse caso por caso, siendo de destacar que los efectos liberatorios de ese pago hecho al tercero sólo se producirán si el acreedor percibe la misma utilidad que habría obtenido de haber sido el destinatario directo de la prestación, lo que ocurrirá cuando el tercero se limite a entregarle lo que percibió del deudor o cuando era el tercero quien, en definitiva, debía beneficiarse de la prestación recibida. Y aplicando lo expuesto al supuesto de autos, resulta que no consta acreditado, en modo alguno, que los pagos efectuados por el ejecutado a terceros, a los que hace referencia en el escrito de oposición a la ejecución, se hubiesen convertido en utilidad de la parte acreedora, pues ello sólo podría haber ocurrido si los terceros receptores del dinero lo hubiesen entregado, a continuación, a la parte ahora ejecutante, lo que no consta que haya ocurrido, o si esos terceros hubiesen sido los que, en definitiva, tenían que beneficiarse de la pensión mensual para alimentos y cargas del matrimonio, lo que es evidente que no sucede o al menos no se acredita, en la medida en que no consta que los abonos que los documentos aportados por el ejecutado reflejan fuesen, precisamente, el destino natural de la pensión alimenticia mensual que éste tenía que haber abonado. En definitiva, la actuación del ejecutado no supone cumplir la Sentencia del proceso de separación en sus propios términos, tal como exige el

artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y ni siquiera puede entenderse que entrañe cumplimiento alguno de la misma, aunque la suma de los pagos que ha realizado voluntariamente y por los conceptos que ha estimado oportuno superen el importe total de lo que tenía que haber abonado durante el mismo período de tiempo como consecuencia de la Sentencia de separación y por el concepto de pensión de alimentos, cargas del matrimonio y gastos extraordinarios. En definitiva, no consta que se haya hecho el pago a la ejecutante, tal como disponía el convenio regulador, de la pensión correspondiente a los períodos de tiempo que son objeto de reclamación, con la salvedad del mes de octubre de 2003, ni de los gastos extraordinarios que también se reclaman y cuyo real devengo y cuantías reclamadas no son discutidos por el ejecutado, como tampoco discute las cuantías concretas que se reclaman por la pensión mensual, sin que puedan entenderse cumplidas tales obligaciones de pago por medio de ingresos realizados a la ejecutante en conceptos distintos a los señalados o en conceptos no especificados suficientemente –pues siempre puede el ejecutado, al tiempo de hacer el pago, realizar una expresa imputación al abono de las pensiones o de los gastos extraordinarios que ha de abonar en virtud de la Sentencia dictada– ni tampoco en base a pagos realizados a terceros, que no consta si se han convertido –ni en qué medida– en utilidad de la parte ejecutante, entendida esa utilidad como antes hemos señalado, es decir, como coincidencia o identidad entre los diferentes destinos de los pagos realizados por el ejecutado a terceros y los diferentes destinos que la parte ejecutante hubiese dado a las cuantías de las mensualidades, no abonadas por el ejecutado, de la pensión para alimentos y cargas impuesta en Sentencia.

Todo lo expuesto, sin perjuicio de que el hoy ejecutado pueda ejercitar las acciones que estime oportunas, ante el órgano judicial que resulte competente y por el procedimiento que corresponda, si entendiere que la hoy ejecutante le adeuda algo como consecuencia de los pagos o las disposiciones de dinero a las que hace referencia en el escrito de oposición a la ejecución.

Por todo lo expuesto en el precedente ordinal, debe ser estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto y debe ser revocado el Auto apelado, dictando otro, en su lugar, por el que se estime parcialmente la oposición a la ejecución formulada por la parte ejecutada y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se declare procedente que la ejecución siga adelante por la cantidad de 18.209,64 euros de principal (resultante de restar del principal señalado en demanda la cantidad de 343,84 euros que se reclama por el mes de octubre de 2003), así como por la cantidad de 5.400 euros que se fija provisionalmente para hacer frente a los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y a las costas de ésta. Y todo ello, sin hacer imposición de las costas de la oposición a ninguna de las partes, al estimarse parcialmente la oposición a la ejecución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dándose así también respuesta con ello a la impugnación del pronunciamiento sobre costas que el Auto apelado contenía, que la parte apelada formuló al oponerse al recurso de apelación, debiendo ser desestimada por ello tal impugnación.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Los cónyuges acordaron la formación de inventario y liquidación de gananciales, en la que el esposo se adjudicaba la propiedad del mobiliario, si bien la esposa tendría derecho a seguir usándolo mientras la menor estuviera bajo su custodia. No procede despachar ejecución del Auto aprobatorio de dicha transacción, pues después se ha dictado sentencia de divorcio en la que, pese a que se otorga al padre la custodia de la hija, se atribuye el uso del domicilio familiar y ajuar ordinario a la esposa. Concepto de «ajuar ordinario»: muebles de salón, sofás, TV, vídeo y DVD, electrodomésticos son ajuar ordinario de la casa.

AP LA CORUÑA, SEC. 4.ª, AUTO DE 23 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Manuel Busto Lago

Mediante escrito de fecha 26 de octubre de 2005 fue promovida demanda ejecutiva por la Procuradora doña Consuelo García García en representación de don Juan Pablo, frente a doña Araceli, repre-

sentada por el Procurador don Luis Couce Vidal, con fundamento en el Auto firme de fecha uno de diciembre de 2004, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Ferrol en virtud del que se homologó la transacción judicial relativa a la formación de inventario y liquidación de la sociedad de gananciales formada por las partes de esta litis. Mediante Auto de fecha 30 de enero de 2006, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Ferrol acordó no haber lugar al despacho de ejecución solicitado.

Se cuestiona en esta alzada la adecuación a Derecho del Auto de fecha 30 de enero de 2006, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Ferrol en el procedimiento de demanda ejecutiva de títulos judiciales tramitado con el núm. 710/2005 en virtud del que se acuerda no haber lugar a despachar la ejecución instada. El ejecutante, ahora recurrente alega como motivo de su recurso de apelación, cuyo conocimiento nos compete, que se ha promovido ejecución de lo acordado en virtud del Auto de fecha 1 de diciembre de 2004 en virtud del que se homologó la transacción judicial en virtud de la que las partes de esta litis acordaban el inventario de la sociedad de gananciales que habían constituido y la liquidación de la misma, sin que puede ser óbice a la misma el pronunciamiento contenido en la Sentencia de divorcio de los mismos sujetos en tanto que este procedimiento ha sido de naturaleza contenciosa. El recurso no puede ser estimado, por cuanto en la Sentencia de divorcio de fecha 2 de mayo de 2005, por lo tanto posterior a la referida resolución homologando el acuerdo transaccional de liquidación de gananciales, que no fue recurrida por ninguna de las partes, habiéndose aquietado el ahora ejecutante con todos sus pronunciamientos, entre las medidas de naturaleza patrimonial que se adoptan vinculadas a la declaración de divorcio, se encuentra la atinente a la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar, así como, en lo que ahora resulta relevante, el ajuar ordinario a la Sra. Araceli.

Es cierto y esta Sala no desconoce que esta misma Sentencia de divorcio supone el cumplimiento de la condición establecida por las partes en la referida transacción, a tenor de la cual el ejecutante Sr. Juan Pablo se adjudica la propiedad de los muebles descritos en el activo del inventario de la sociedad de gananciales por importe de 8.820 euros, renunciando la esposa a la titularidad dominical de los mismos, no obstante mantener su uso mientras la hija menor de edad permanezca bajo su custodia. Comoquiera que la Sentencia de divorcio atribuye al Sr. Juan Pablo la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, este hecho determinaría la extinción del derecho de uso de los mentados muebles por la esposa. Sin embargo, la Sentencia de divorcio atribuye el uso del domicilio familiar y del ajuar ordinario a la Sra. Araceli, aun privada de la guarda y custodia de la hija menor, lo que supone que, mientras esta medida continúe vigente no se puede acordar al ejecución del contenido del acuerdo transaccional liquidatorio de la sociedad de gananciales interesado por el ejecutante, ahora recurrente.

En la Sentencia de divorcio antes referenciada se atribuye a la Sra. Araceli el uso de la vivienda que fue domicilio familiar, así como el uso del «ajuar ordinario», debiendo entenderse por este concepto «el conjunto de muebles, enseres y ropas de uso común de la casa», de conformidad con el significado que a este término se da en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua y, lo que resulta más significativo, de conformidad con la interpretación que la doctrina ha dado a este término en el seno de los artículos 90.I.b), 96, párrafo 1.º y 1321 del Código Civil, a tenor del cual únicamente se excluyen las alhajas, los objetos históricos y artísticos y, en general, aquellos que sean de extraordinario valor, lo que habrá de calificarse atendiendo a la situación económica de la familia. En particular se ha descartado por la doctrina y por la jurisprudencia que el término «uso ordinario» haya de identificarse con «uso necesario», debiendo determinarse atendiendo al nivel de vida y «estatus social» del matrimonio, sin que puedan considerarse comprendidos los referidos en el párrafo 2.º del artículo 1321 del Código Civil. Comoquiera que los bienes muebles identificados en el activo del inventario de la sociedad de gananciales que consta en el folio 10 (muebles de salón, sofás, televisor, vídeo y DVD, mueble entrada, muebles de habitación y electrodomésticos de uso «ordinario» en una familia de nivel medio) de estos autos, merecen todos ellos la calificación de integrantes del «ajuar ordinario» de la casa, la ejecución instada no puede ser despachada, siquiera sea en relación con alguno o algunos de los referidos bienes.

Aun cuando se acuerda la desestimación de todas las pretensiones del recurso de apelación deducido por la representación procesal del ejecutante Sr. Juan Pablo, esta Sala, habida cuenta de los términos en que se ha formulado la litis y la materia objeto de la misma, susceptibe de valoración *ex* artículo 394.1 de la LEC como jurídicamente dudosa, en tanto el título judicial que se ejecuta resulta modificado en parte por uno posterior, admitido por el ejecutante, considera que no procede la imposición de la condena al pago de las costas procesales derivadas del mismo a ninguna de las partes procesales, debiendo hacerse cargo cada parte de las propias, siendo las comunes por mitad.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La actualización de las aportaciones privativas para el pago de la hipoteca debe efectuarse aplicando el incremento del valor del dinero y no fijando un porcentaje en relación con el precio actual de la vivienda.

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Roque Villamor Montoro

El tercer motivo de impugnación alude a la forma en que ha de actualizarse el crédito que se le reconoce al recurrente por los pagos efectuados por razón del préstamo hipotecario que grava inmueble ganancial y tras la extinción de la sociedad de gananciales, entendiendo que debe tomarse en cuenta la proporción que tenga lo por él pagado por principal respecto al precio del mismo, manteniendo esa misma proporción para fijar ese crédito actualizado ahora ya con referencia al valor actual de mercado del referido inmueble. Evidentemente este criterio no tiene apoyo normativo alguno, puesto que el artículo 1398.3 del Código Civil, habla de actualizar las cantidades y sabido es que esa actualización en metálico no tiene más lectura que la aplicación de los intereses legales, a falta de pacto expreso al respecto. Por otra parte, resulta ilustrativo que no se diga lo mismo respecto al crédito también satisfecho por él por la compra del vehículo Peugeot. De seguirse el criterio de la parte recurrente, se estaría hablando no del pago de un cónyuge de un crédito a cargo de la sociedad de gananciales, sino de una inversión que él realiza, y de la proporcional pérdida de carácter ganancial del bien al que se refieran esos pagos, prácticamente sería la aplicación del artículo 1357 del Código Civil *a sensu contrario*, y establecer un régimen de proporciones semejante al que regula el artículo 1354 del Código Civil y al que no se remite el artículo 1398.3 del mismo cuerpo legal, pudiendo hacerlo de ser ésa la voluntad del legislador. Se podrá decir que el recurrente no era el único que tenía que hacer frente a esos pagos, pero una vez que lo ha hecho, resulta disparatado que se pretenda esa actualización. Es el titular del bien quien corre con el riesgo o ventura de la adquisición, y aquél no es otro que la sociedad de gananciales, frente a la que quien hace un pago en su interés no puede tener otra consideración que la de tercero lo que nos conduce al artículo 1158 del Código Civil que autoriza a reclamar «lo que hubiese pagado». Aquí se añade «actualizado», pero lo que se actualiza es el dinero pagado previamente, no la cuota del precio de ese bien, sufragada con esa suma. Por lo tanto, también este motivo de impugnación ha de ser rechazado.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Son de cargo de la sociedad de gananciales (artículo 1362 CC) los recibos de consumo de diversos suministros (luz, agua, gas, teléfono, comunidad, contribución de la vivienda conyugal y seguro del coche), devengados con anterioridad a la fecha de disolución de la sociedad de gananciales, con independencia de que de dichos bienes haya disfrutado sólo el esposo.

AP BURGOS, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Arabela Carmen García Espina

Contra la Sentencia dictada en procedimiento de liquidación de Sociedad de Gananciales formada por don Pedro Enrique y doña Teresa, fijando el inventario de la misma, formula recurso de apelación doña Teresa, y a su vez don Pedro Enrique impugnando la Sentencia.

Tres son los extremos objeto del recurso de apelación de doña Teresa, 3.º La no inclusión en los Derechos de la Sociedad de Gananciales los 1650,09 euros dispuestos por el Sr. Joaquín para su uso exclusivo de la cuenta del matrimonio núm. NÚMooo de Caja Burgos.

Inclusión dentro de los Derechos de la Sociedad de Gananciales de la cantidad de 1650,09 euros, dispuesta por el Sr. Pedro Enrique para su uso exclusivo, de la cuenta mancomunada del matrimonio NÚMooo de Caja Burgos.

Según resulta del documento aportado por doña Teresa a las actuaciones y obrante al folio 159, los 1650,09 euros que reclama, se corresponden con cargos de recibos de consumo de diversos suministros, gas, luz, agua, teléfono fijo, comunidad de propietarios, y contribución de la vivienda conyugal y seguro del coche, bienes de los que ha venido disfrutando en exclusiva don Pedro Enrique. Como quiera que, según resulta de los extractos bancarios aportados a los folios 161, 162 y 163, y de la propia relación de gastos realizada por la apelante (folio 169), se trata de gastos devengados y cargados en la cuenta bancaria con anterioridad a la fecha de disolución de la Comunidad de Gananciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1362 del Código Civil, según se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución, se han de entender son gastos a cargo de la Sociedad de Gananciales, por lo que no procede la inclusión solicitada por la apelante.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Procede incluir en el activo del inventario ganancial las disposiciones que el esposo realizó de la cuenta común cuando ya se había producido la separación de hecho: no se ha probado que tales disposiciones cuantiosas o anormales se hicieran para atender cargas familiares y en él residía mayor facilidad probatoria para acreditarlo (artículo 217.6.º LEC).

AP ALBACETE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José García Bleda

En el presente recurso considera la recurrente que además de los incluidos han de formar también parte del activo ganancial, de una parte, tanto la cantidad de 6.833,51 euros que el Sr. Raúl había reintegrado de la cuenta común en la Caja Rural en fecha próxima a la separación así como otra cantidad por importe de 510.000 pts. (3.065,16 euros) de la que dispuso igualmente el Sr. Raúl el 17 de octubre de 2000, el mismo día en que se realizó la vista de las medidas provisionales, de la cuenta común existente en el BBVA.

La presunción de ganancialidad exige considerar que conforman el activo ganancial el saldo de las cuentas corrientes a nombre de los cónyuges y, por tanto, la disposición del dinero existente en las mismas cuando se produce la crisis matrimonial ha de probarse que se hizo para levantar cargas del matrimonio ya que fácilmente se comprende que tal disposición resulta fraudulenta cuando se hacen disposiciones cuantiosas o anormales a lo que sería el sostenimiento normal de la familia máxime si tales reintegros se realizan precisamente cuando ya se ha producido la ruptura de hecho o se ha solicitado la adopción de medidas provisionales de separación, circunstancias a las que parecen responder las disposiciones de efectivo realizadas en la cuenta de la Caja Rural a partir del 4 de octubre de 2000 y la disposición de efectivo por importe de 510.000 pts. (3.065,16 euros) el 17 de octubre de 2000 de la cuenta del BBV, por lo que tales cantidades han de integrar el activo ganancial dado que el demandado no ha acreditado que las referidas cantidades fueran para atender cargas familiares y en él residía mayor facilidad probatoria para acreditarlo conforme previene el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El hecho de que el esposo suscite controversia respecto al inventario presentado por la esposa, no le atribuye la condición de demandante, por lo que, aun no habiendo asistido con abogado y procurador, no cabe tenerlo por desistido: su situación es la de rebeldía procesal, que no exonera a la actora de acreditar qué bienes y derechos son gananciales.

AP ALBACETE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José García Bleda

Alega, en primer lugar, como cuestión previa la representación de la recurrente que habiendo suscitado Raúl la controversia respecto al inventario propuesto por Eva había adquirido el Sr. Raúl la

condición de demandante y dado que no compareció con abogado y procurador a la diligencia de inventario habría que tenerle por desistido y tener por inventario el propuesto inicialmente por la representación de la Sra. Eva. Al respecto si bien ha de reconocerse la necesidad de que al procedimiento para liquidación del régimen económico matrimonial se comparezca con la defensa técnica de abogado y la representación de Procuradora ya que de tal preceptiva asistencia no consta exclusión expresa en los artículos 32 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no por ello ha de atribuírsele al Sr. Raúl la condición de demandante y por tanto por no haber comparecido asistido de tales profesionales no cabe considerarlo en la situación de desistido, pues realmente su condición procesal es la de demandado y como tal ha de considerársele en rebeldía procesal pero esta situación no releva a la actora del procedimiento instado específicamente para la formación de inventario de acreditar que los bienes y deudas a los que atribuye la condición de gananciales realmente responden a tal condición.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Valoración de la vivienda: el criterio de «valor de mercado» es el más adecuado, pues es el valor del bien que va a adjudicarse a uno de los cónyuges, quien podrá enajenarlo por dicho precio; es el criterio empleado en la práctica forense, con trascendencia jurídica. Si bien, en aplicación del principio de rogación, no puede fijarse una cantidad mayor a la señalada en el escrito inicial, que será sólo incrementada con la actualización monetaria. No se acoge el criterio de estar al valor de compra, actualizado, pues es conocida la revalorización de los inmuebles y no suele coincidir el precio de escrituras con lo realmente pagado.

AP A CORUÑA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ramón Sánchez Herrero

Debemos entrar en el fondo de las cuestiones planteadas, relativas fundamentalmente a la valoración dada en el cuaderno particional, a la vivienda familiar sita en el piso 2.º Izda. de la c/ Estatuto de Galicia núm. 18 de Boiro.

Sostiene la recurrente que ha partido del informe pericial del Sr. Jove Pose, quien ha empleado conceptos diferentes como los de «valor de reposición» y «valor de mercado», carentes de contenido normativo y usual en el foro, al carecer de un sentido técnico jurídico y que se ha desconocido por la juzgadora el mecanismo de protección de la vivienda familiar, por lo que ha propuesto el criterio de acudir al precio pagado por su adquisición, actualizado conforme a las variaciones experimentadas por el valor del dinero.

En relación al valor del piso, ya había alegado con anterioridad la recurrente que en el escrito inicial del Sr. Eugenio en que se interesaba la liquidación del régimen económico matrimonial, se había fijado el valor de la vivienda en unos 11.000.000 pts. (66.111,33 euros). En aplicación del principio de rogación, no podría fijarse una cantidad mayor que la señalada, pues a ella se ciñó la contestación de la otra parte –salvo la actualización derivada de la apreciación monetaria–. De las alegaciones de la recurrente, hay que negar virtualidad a su tesis de partir del valor de compra de la vivienda, actualizado, pues es conocida la gran revalorización que se ha producido del precio de las viviendas en los últimos años –así como que habitualmente no coincide la cantidad escriturada con la realmente pagada–. De los criterios empleados por el perito, hemos de considerar más adecuado el del valor de mercado, pues en definitiva es el valor del bien que va a adjudicarse uno de los cónyuges, quien podría enajenarlo por dicho precio. Éste del valor de mercado es un criterio habitualmente empleado en la práctica forense y por tanto con trascendencia jurídica, y responde a criterios de habitualidad, que deben ser conocidos por el informante. Si bien al efectuar la corrección derivada del principio rogatorio antes indicada, hemos de reducir el valor resultante a la cantidad de 73.120 euros (precio inicial más el 10,6% de variación, según la página web del INE).

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

El consentimiento prestado por el acogedor ante el Juez y para el acogimiento preadoptivo, aunque aquél falleciese posteriormente, es válido para la constitución de la adopción.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Alfredo Caballero Gea

Que la parte apelante solicita «constitución de adopción del menor Blas C. S., y con la intervención del Fiscal y tras la audiencia al menor, en su interés dicte auto, constituyendo la adopción del menor, respecto al fallecido Manuel G. R., acordando que la filiación paterna del menor sea la del fallecido y que, por tanto, su primer apellido pase a ser G.».

El acogimiento preadoptivo es una de las medidas a adoptar en el ámbito de la protección de los menores, expresamente recogida en el artículo 173 bis del Código Civil.

Dada la trascendencia de la medida de acogimiento preadoptivo, que, como su propia denominación indica, constituye el paso previo a la adopción, y que comporta que el menor pase a estar bajo la guarda de otras personas que asumen las obligaciones consustanciales a la potestad, es decir, velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, aun cuando sea bajo la supervisión del organismo que mantiene la tutela, el legislador ha querido que esta concreta medida de protección sólo pueda llevarse a cabo por el juez.

La noción que se termina de apuntar enlaza con el concepto de interés del menor, es decir, del *favor filii*, que tiene su reflejo constitucional en el artículo 39 de la Constitución, y regula la Ley Orgánica 1/1996, de 13 enero, de «Protección Jurídica del Menor», que contiene en sus artículos 2 y 11.2.a), que se citan como ejemplo, además aparece en numerosos artículos CC, así, el 92, 93, 94, 154, 158 (este precepto ha sido redactado en su número tercero de nuevo, por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal, y CC, sobre sustracción de menores), 161 y 163, y la propia jurisprudencia lo resalta, así Sentencias del TS de 3 de diciembre de 1982, 2 de mayo de 1983 y 12 de diciembre de 1992; bien del menor, que trasciende también en diversos Tratados Internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como en la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo, Resolución A3-0172/92; y bien del niño, que volviendo a la cuestión que nos atañe, refiere el artículo 172.4 CC, cuando expone:

Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia, y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona. Aquí, del apartado cuarto antes trascrito, se extrae el principio de prevalencia de la familia natural, algo que se sanciona en el Derecho Internacional (Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, artículo 3.º), principio que proclama nuestro Tribunal Constitucional, al tratar acerca de la protección de los derechos de los padres biológicos (Sentencias del TC de 18 de octubre de 1993 y de 16 de junio de 1997), y que resalta el artículo noveno de la Convención de los Derechos del Niño antes referida; pero tal principio no puede adquirir (como en este caso se pretende) una configuración absoluta, y es que no se tiene en cuenta que los padres tienen con respecto a sus hijos un «derecho-deber» o Si se quiere un «derecho-función», lo que resalta el ser de los hijos, su propia personalidad; y lo que hace decir que no se ha de aplicar a los menores ideas (y también situaciones) contrarias a su bien.

Entonces la nota lleva a exponer que el carácter extraordinario de las medidas de protección con relación a los menores no es tal, tornándose relativo, si las medidas de protección son más favorables para ellos, tanto en los físico como en lo espiritual, por lo que el retorno a la familia natural ha de ceder, ha de quedar a un lado. En resumen, la medida de protección del menor o de los menores, ha de estimarse adecuada, útil, idónea, provechosa, cuando la convivencia de aquéllos con su familia natural no se revela conveniente.

Conjugando tales conceptos y aplicándolos al caso que nos ocupa, entendemos que la línea separadora de las naturalezas jurídicas del acogimiento preadoptivo y de la adopción, no es decisiva a la hora de resolver el supuesto que nos ocupa.

Hemos de entender que, aquí, el consentimiento prestado por el fallecido don Manuel G.R., ante el Juez y para el acogimiento preadoptivo, es válido para la adopción.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Procede mantener el desamparo de las menores al constatarse que los problemas de desatención del padre eran reales: ha dejado voluntariamente un tratamiento de desintoxicación de alcohol, tiene el sueldo embargado por llamadas telefónicas, no asume responsabilidades con las hijas y su pareja tiene un trabajo nocturno que no la hace idónea para colaborar en el cuidado de las hijas. Tampoco acredita el padre la existencia de la alegada maniobra de su hermana para quitarle a sus hijas.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Carrillo Vinader

Sin anunciarlo previamente, por el Sr. Bartolomé se plantea directamente demanda recurriendo la resolución dictada el 23 de julio de 2004 en el expediente 659/03 por la Directora General de Familia y Servicios Sectoriales, de la Secretaría Sectorial de Acción Social, Menor y Familia de la Consejería de Trabajo, Consumo y Política Social de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por la que se asumía por la Administración la tutela de las menores Flora y Verónica, delegando la guarda de Verónica en la tía paterna, doña Verónica, y acordando el ingreso de la otra menor, Flora, en una residencia de menores. Luego se amplió la demanda contra la resolución de fecha 29 de octubre de 2004 por la que se delegaba la guarda de Flora en la abuela materna.

Tanto el Ministerio Fiscal como la Administración contestaron oponiéndose a la demanda.

Tras recibirse el oportuno expediente, se celebró el correspondiente juicio, dictándose sentencia por la que se desestima la demanda, al considerar el Juez que la situación de desamparo persiste en la actualidad, por lo que ratifica la tutela de los menores por la Administración.

Contra dicha sentencia se plantea recurso de apelación, sosteniendo el apelante que nunca ha existido una situación de desamparo de las dos hijas menores, que él tiene recursos materiales sobrados para atenderlas y que posee la capacidad para hacerlo, según resulta de los informes emitidos por el equipo Psico-Social del propio Juzgado, debiéndose todo a una maniobra de su hermana para quitarle a sus hijas.

Al recurso se opone el Letrado de la Administración, en tanto que el Ministerio Fiscal no realiza alegación alguna.

Denuncia el apelante que la sentencia de primera instancia incurre en error en la valoración de las pruebas, pues de las practicadas sólo se puede concluir su plena capacidad para desempeñar correctamente la patria potestad sobre sus hijas, así como que tiene sobrados recursos materiales para hacerlo, por lo que no había razones para que la Administración asumiera la tutela de la menores, que no estaban desamparadas, debiéndose su comparecencia ante la misma para interesar que se dictaran medidas sobre las menores a una maniobra de su hermana Verónica para quitarle a la menor de sus hijas, pues él lo único que pretendía era que las menores pasaran el verano con su tía paterna, para descansar él, y su hermana le exigió ir al ISSORM, firmando lo que él creía que era una autorización temporal, desconociendo su real trascendencia.

La decisión de la Administración de asumir la tutela de las menores por vía de urgencia, por encontrarse en situación de desamparo, viene motivada por la propia comparecencia del padre ante la Dirección General de Familia y Servicios Sectoriales el día 30 de junio de 2004 diciendo que no puede hacerse cargo de sus hijas (folio 61), así como que se muestra conforme con que se formalice el acogimiento de las mismas con su propia hermana y cuñado.

Se da una situación de desamparo objetiva, pues las menores no están debidamente atendidas por su padre, como él mismo sostiene, sin que ello implique valoración de las causas de tal situación, pues la intervención de la Administración no es para sancionar un incorrecto desempeño de la función, sino una medida de tutelar los preferentes intereses de los menores, sea cual fuere la causa de su situación.

Como afirma el Sr. Juan Luis, Jefe de la Sección de Protección y Tutela del Servicio de Protección de Menores, que ha comparecido al juicio como testigo, al ser acogimiento voluntario, no se entraron en detalles sobre las causas del mismo, no realizando una valoración psicológica del padre.

No resulta congruente con tal comportamiento que ahora el padre sostenga que no existía situación de desamparo de sus hijas, que no tenía por qué intervenir la Administración, cuando la misma actuó a su propia instancia.

El pretendido engaño de que habría sido objeto por su hermana no se ha acreditado. No se ha practicado prueba alguna sobre ello, pues ni siquiera se ha citado a la hermana al juicio para preguntarles sobre tal suceso, aparte de que de los propios hechos que constan no hay datos para deducirlo, pues se refleja en el expediente que la hermana precisamente, ante la reunión familiar convocada para atender la situación de desamparo de sus sobrinas, sostuvo en un primer momento que sólo podía quedarse con una, la mayor, Flora, que era su ahijada, y que al no haber nadie dispuesto a quedarse con la otra, accedió, en principio, a acoger a las dos. Por otra parte, la afirmación del padre de que sólo se trataba de que pasaran el verano con su tía resulta contradicha por un dato consignado en la comentada comparecencia ante la Administración, pues en la misma se convenía que el régimen de visitas del padre con sus hijas no comenzaría a desarrollarse hasta octubre de ese año, esto es, pasado el verano, lo que evidencia que el acogimiento no era para ese breve período.

Pero es que en las actuaciones hay datos sobrados para concluir que los problemas de desatención por parte del padre eran reales. Niega el mismo tener problemas con la bebida, y aunque la psicóloga del Juzgado dice que no ha podido constatar que actualmente persista el consumo abusivo de alcohol, también pone de relieve que ha estado en un centro para desintoxicarse, en Salamanca, de donde se marchó voluntariamente a los 50 días, cuando el tiempo de rehabilitación es de ocho meses a un año. Si a ello se une que tiene el sueldo embargado por una deuda de tres millones de pesetas, por llamadas telefónicas, que no asume responsabilidades, como ya se evidenció en el primer proceso de divorcio respecto de otra hija con la que no tiene trato desde hace ya un año, que no se preocupa de acudir al colegio de su hija Flora para interesarse por su evolución y que no ha vuelto a ver a su hija Verónica desde el acogimiento, así como que su actual pareja tiene un trabajo nocturno, lo que no la hace idónea para colaborar en la atención de las menores, puede concluirse que no sólo existía entonces la situación de desamparo, cuando se dictaron las resoluciones ahora combatidas, sino que en la actualidad persisten causas que, en interés de las hijas, hacen necesaria la intervención de la Administración para tutelarlas.

Esta resolución no implica ningún pronunciamiento sobre las decisiones futuras a adoptar sobre las menores, pues la realidad del expediente pone de relieve una situación muy preocupante, ya que respecto de la hija mayor, Flora, la acogida por la abuela materna es una situación transitoria, sin muchas posibilidades de mantenerse en el futuro dada la edad de la acogedora, y respecto de Verónica, los propios informes obrantes en el expediente evidencian las dudas sobre la conveniencia de que los actuales acogedores sean idóneos para el desempeño de tal cargo, por lo que la Administración deberá prestar toda su atención a tales menores para conseguir lo mejor para ellas.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se declara a la madre biológica incursa en causa de privación de la patria potestad, no siendo necesario su asentimiento en el procedimiento de adopción de su hija, en el que simplemente ha de ser oída. En el momento en que la Xunta asumió la tutela de la menor se encontraba en situación de desamparo, material y afectivo, situación que se ha mantenido durante mucho tiempo, hasta el inicio del expediente de adopción, y durante el cual la madre ha rechazado los programas que se le han ofrecido para lograr su inserción laboral.

AP PONTEVEDRA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 1 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Menéndez Estébanez

Como bien señala la resolución combatida a través del recurso, la cuestión a resolver se centra en decidir si la madre biológica tiene derecho a condicionar con su asentimiento la adopción de su hija menor de edad, Lourdes, nacida el 9 de septiembre de 2001, debiendo dilucidarse si la madre está incursa, o no, en causa de privación de la patria potestad, en cuyo caso únicamente debería ser oída (artículos 177.2.2.º CC y 177.3.1.º CC).

Por lo tanto no debe confundirse la cuestión que debe ocuparnos en este momento con la procedencia o no de una posible futura adopción y si la misma es o no beneficiosa o en interés de la menor.

La cuestión a dilucidar es si existía la situación de desamparo de la menor que justificó la intervención de la Administración para tutelar a la misma, juntamente con un abandono y desinterés de la madre por ejercer las funciones propias de la patria potestad, que no olvidemos, se configura como un derecho-deber en beneficio de los menores. Toda la argumentación del recurso gira alrededor del efectivo interés de la madre durante el tiempo de internamiento de la menor en el centro «Aldeas Infantiles» bajo la tutela de la Xunta de Galicia en relacionarse con su hija y buscar la forma de recomponer su vida para recuperar a la menor en las debidas condiciones para su adecuada atención, alegando que en la actualidad, y desde el año 2002, convive en forma estable con su pareja, que viven en un piso de alquiler y ambos tienen trabajo estable.

Sin embargo no es ésa la conclusión que puede extraerse de la prueba practicada que se concreta en el expediente administrativo de la tutela pública de la menor, esencialmente, y las declaraciones en el acto de la vista de Araceli, educadora de la menor en el mencionado centro de «Aldeas Infantiles», del director de dicho centro, de la actual pareja de la recurrente Sr. Antonio, y del padre de la misma y abuelo materno de la menor.

No se cuestiona, ni por la recurrente, la situación de desamparo en que se encontraba la menor y que motivó la tutela pública por parte de la Xunta de Galicia. Intervención que se produce a instancia de los servicios médicos y asistenciales del XERAL CIES cuando la menor, con apenas dos meses, está ingresada en el mencionado hospital, en el servicio de lactantes (folio 42) ya que observan la falta de atención de la menor y las malas condiciones de higiene, de forma que en enero 2002 la Consellería de Familia resuelve asumir la tutela pública de la menor. Ya al mes siguiente, en febrero, se emite un informe con la finalidad de recabar datos de los Servicios de atención al Niño de Granada, lugar de procedencia, en el que se refleja (folio 64 vuelto) que la recurrente se había comprometido, infructuosamente, a normalizar su vida e informar de los cambios al servicio, de forma que si los primeros días de internamiento de la niña su madre la visitó normalmente, después no volvió al menos durante un mes, ni se interesó por ella de ninguna otra forma.

Durante el tiempo que la menor estuvo en «Aldeas Infantiles» además de los informes obrantes en autos, tanto la educadora como el director del centro que han declarado en el acto del juicio señalan que las visitas de la madre a la menor no eran regulares, salvo los dos meses de verano del año 2002, y que desde que la niña cumplió un año en noviembre de 2002, la madre no volvió por el centro a visitar a la niña ni se interesó por ella de algún otro modo al menos hasta que la menor abandona el centro en abril 2003. Es más, ni siquiera pudieron localizar a la madre en los domicilios y números de teléfono que había proporcionado al centro para comunicarle que la niña había sido ingresada en el hospital nuevamente. Y ello pese a que, contra lo que es norma habitual del centro que sólo permite visitas en fin de semana, en este caso se estableció, como señaló su Director, un horario totalmente flexible de forma que la madre podía visitar a la menor en cualquier día y hora.

Por otro lado la madre no aprovechó, pese a los esfuerzos del centro, las posibilidades laborales que le procuraron a través del programa de Inserción Laboral del Centro de Programas Sociales de Aldeas Infantiles. Así, insistiendo la recurrente en querer trabajar en un «CIBER» como en aquel momento su pareja, se le buscó un curso de informática, consiguiendo una plaza en el mismo a pesar de su dificultad, pero ella no asistió alegando problemas de horario. De similar modo desaprovechó una segunda propuesta de un curso de hostelería, de pocas horas, abandonándolo a la mitad con la excusa de malas relaciones con la dueña de la empresa en la que posiblemente pudiera trabajar al final del curso, no terminándolo a pesar de indicársele que el curso le serviría para trabajar en otras empresas (así consta también en el informe obrante a los folios 94 y ss.)

Dejando, volviendo a los contactos con la niña, de visitarla e interesarse por ella de forma total desde noviembre 2002 hasta abril de 2003, el organismo tutelar, para evitar la institucionalización de la menor, dada su corta edad, acuerda mantener su tutela, y orientándose hacia una posible adopción, suspende el régimen de visitas de la recurrente. Resolución que no fue impugnada en modo alguno. En noviembre 2003 se acuerda en vía judicial (folios 233 y 234) el acogimiento familiar preadoptivo de la menor, que tampoco consta impugnado. Y es ahora, a consecuencia del inicio en el año 2004 del expediente de adopción cuando la madre se interesa nuevamente por su hija.

Difícilmente puede servir de excusa la necesidad de tener que trasladarse de Vigo a Redondela, existiendo autobús, y ante el problema de trasladarse en Redondela ya que el centro de «Aldeas Infantiles» está a unos 2,5 Km, explicó el Director del mencionado centro que procuraban facilitarle el acceso acudiendo incluso algún educador para trasladarla.

Así, procede declarar que la madre biológica de la menor cuya adopción se pretende en los autos de que dimana el incidente objeto de esta resolución, se encuentra incursa en causa de privación de la patria potestad, conforme a lo dispuesto en el artículo 170, en relación con el artículo 154 del Código Civil, debido a un claro y grave incum-

plimiento por su parte de los deberes legales que comporta, con la consecuencia que determina el artículo 177.2.2.º y 3.1.º del mismo código, de no ser necesario su asentimiento para que la adopción pueda llevarse a cabo, ya que, en el momento de asumir la tutela de la menor la Xunta de Galicia a través del organismo correspondiente, se encontraba en una situación de desamparo, tanto material como afectivo. Situación que se ha venido manteniendo hasta el inicio del expediente de adopción, desentendiéndose la madre sino ya de auxilio económico de su hija, sí, y ello es mas grave aún, de procurarle el afecto propio de una madre, sin que exista ni siquiera en la actualidad posibilidades de ofrecer un futuro en que pueda cumplir con tales obligaciones. Como señala el artículo 154 CC la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y comprende, entre otros, los deberes y facultades de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

En resumidas cuentas, la madre biológica no ha cumplido con los deberes inherentes a la patria potestad, estando en consecuencia incursa en causa de privación de la patria potestad (artículo 170 CC), y no siendo, por lo tanto, necesario su asentimiento en el sentido del artículo 177.2 CC, debiendo ser simplemente oídos por el Juez (artículo 177.3 CC), sin vinculación alguna en cuanto a lo que puedan manifestar. Todo sin perjuicio de lo que en su día se acuerde sobre la adopción.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se suspenden las visitas de la madre con la hija declarada en situación de desamparo y que se encuentra alojada en centros de la entidad pública: se ha constatado que dicha comunicación es negativa para la menor, no por desinterés de la madre, sino por los trastornos psíquicos que padece y que provocan conflictividad en las visitas, a lo que se une la escasa receptividad de la madre para seguir las indicaciones de los Servicios Sociales.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Tuero Aller

Insiste la demandante en su oposición a la resolución de 4 de febrero de 2005 dictada por la Consejería de Vivienda y Bienestar Social del Principado de Asturias, conforme a la cual se acordaba suspender las visitas que tenía concedidas para comunicarse con su hija menor Celestina, nacida el 5 de enero de 2001, que se encuentra alojada en centros de la entidad pública desde el mes de junio de 2004. En apoyo de su recurso alega que no ha quedado suficientemente acreditado el fundamento que se alegaba para la adopción de esa medida, cual era la conflictividad generada en el curso de esas visitas, pues los informes obrantes en autos no fueron ratificados en el acto del juicio por quienes los emitieron; que lo que se busca es desvincular definitivamente a la menor de su familia biológica a fin de hacer entrega de la misma en un régimen de acogimiento preadoptivo; que la Administración actuó de modo traumático o doloroso con ella en el curso de las decisiones adoptadas respecto de su hija menor; y, por último, que no está justificada la suspensión de las visitas ni es favorable para la niña la búsqueda de soluciones fuera del ámbito familiar.

El recurso no puede ser acogido. Son numerosos los informes obrantes en el expediente que reflejan no sólo esa situación de permanente conflictividad sino de riesgo para el desarrollo de la menor, que motivó que prácticamente desde el nacimiento de la niña se hubiera procedido al seguimiento e intervención de los servicios sociales. Es cierto que no fueron llamados al acto del juicio quienes elaboraron esos informes, pero tampoco fueron impugnados expresamente, viniendo avalada su autenticidad por haber sido ya objeto de valoración en anteriores resoluciones judiciales que ratificaron la declaración de la menor en situación de desamparo, además de que su incorporación a un expediente administrativo y la sustancial coincidencia en las apreciaciones de todos aquellos que colaboraron o participaron en la educación de la niña son asimismo indicativos de su veracidad.

Por otra parte, con independencia de cual sea el final de este conjunto de medidas atinentes a la menor, lo cierto es que existían datos objetivos que justificaban la solución ahora cuestionada de suspender las visitas, principalmente la conflictividad surgida a veces con la niña, a veces con las personas que la atendían, el incumplimiento por la madre de las pautas que se habían establecido y, en definitiva, el efecto negativo que tenía para la menor el desarrollo de ese régimen de comuni-

cación. No es cierto, por otro lado, que se buscara apartar a la niña de su familia biológica pues lo que aparece en el expediente es que se intentó reiteradamente buscar el apoyo de otros familiares que o bien no mostraron interés o bien no reunían las condiciones mínimas adecuadas para asumir su guarda y custodia; sin perjuicio, claro está, de cuál será la solución a la que se llegue a la postre ante esos negativos resultados.

Las decisiones que hayan de tomarse en esta materia han de atender prioritariamente al interés superior del menor (artículos 172 y concordantes del Código Civil). De ahí que lo trascendente no sea tanto el que la Administración haya o no actuado con las prevenciones y cuidados que aconseja la delicada situación psíquica de la madre, como el que las medidas adoptadas sean beneficiosas para la niña. Y así han de considerarse teniendo en cuenta, por un lado, el tiempo ya transcurrido desde el nacimiento de la niña, del seguimiento e intervención de los servicios sociales y de su ingreso en centros de la Administración, sin que la comunicación con la madre pueda reputarse positiva, sino más bien negativa a la vista de esa conflictividad; por otro, la ausencia de perspectivas en la posible normalización de la relación entre la madre y la niña, no por el desinterés de la primera sino por los trastornos psíquicos que desgraciadamente padece, que propiciaron múltiples altercados, actuaciones policiales, ingresos psiquiátricos y, en definitiva, una situación de constante riesgo para la niña, declarada ya en situación de desamparo, a la que se añade la escasa receptividad de la apelante a seguir las indicaciones que le hacían los servicios sociales que tenían encomendado el seguimiento de la menor; y por último, como ya se ha adelantado, la ausencia de apoyos familiares válidos que pudieran asumir labores de colaboración o de atención de la niña.

FILIACIÓN

De la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, unida a la prueba testifical y a la existencia de cartas en las que se admite la relación sentimental con la actora y el nacimiento de la niña, se infieren la existencia de indicios más que suficientes para declarar la filiación reclamada. La negativa a la realización de la prueba biológica no equivale a una *ficta confessio,* pero sí equivale a valioso indicio que, conjugado con otros medios de prueba, que no tienen que ser plenos, sino también indiciarios, permite declarar tal filiación.

AP LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Víctor Caba Villarejo

Con respecto a la valoración de la prueba, de un lado el contenido de la carta reseñada en los autos remitida por el apelante a la actora no invita a pensar precisamente en la existencia pretérita de una relación esporádica y puntual entre los litigantes sino todo lo contrario deduciéndose de la misma la tácita, cuando no expresa, admisión de la relación personal habida entre ellos y el nacimiento de la niña cuya filiación paterna aquí cuestiona el apelante, y la prueba testifical practicada abundó en el sustento fáctico de la demanda de la existencia de una relación sentimental propiciadora del acto generador o procreativo. Y con respecto la negativa a la realización de la prueba biológica no repara el recurrente, que conforme a reiterada jurisprudencia dicha negativa equivale a valioso indicio que conjugado con otros medios de prueba, que no tienen que ser plenos, sino también indiciarios, de los que verosímilmente se colija la relación posibilitadora de probables ocasiones procreadoras, permite declarar la filiación reclamada. En definitiva, si bien la negativa a someterse a la prueba biológica no constituye una *ficta confessio*, sí supone, un valioso indicio, para la declaración de la paternidad y ni siquiera la alegación de un *plubium concubertium* justificaría la negativa a realizarse las pruebas biológicas (STS 17 de octubre de 1995). En este sentido el vigente artículo 767.3 y 4 LEC haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial expresada establece que: 3.º Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los

que se infiera la filiación, de modo análogo, y 4.º La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.

En su consecuencia, con base a la prueba testifical y al contenido de la carta referida, aparte de la negativa a la prueba biológica, se infiere la existencia de elementos indiciarios más que suficientes para considerar plenamente acreditada la filiación litigiosa.

FILIACIÓN

Se entiende cumplida la exigencia procesal de aportar un principio de prueba con la demanda de paternidad (artículo 767.1 LEC), con la presentación de actas notariales de manifestaciones en las que vecinas de la actora dicen conocer la relación habida entre ella y el demandado: dicha exigencia trata de evitar que se presenten demandas temerarias o injustificadas, pero no puede dar lugar a restricciones al artículo 39.2.º CE, interpretándose por ello con un criterio flexible e incluso admitiendo el TS que dicho requisito queda cumplido si en la demanda consta la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado.

AP LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Víctor Caba Villarejo

Reprocha el apelante que se admitiese la demanda en base a las actas de manifestación notarial de tres personas amigas y vecinas de la actora que dicen conocer al demandado y la relación habida entre ellos, pero no se analiza siquiera superficialmente el principio de prueba aducido por la actora lo que crea indefensión por falta de motivación. El artículo 127.2 CC, actualmente el artículo 767.1 LEC, tiene su justificación en la necesidad de imponer unos límites para impedir la presentación injustificada de demandas temerarias o totalmente infundadas, creando procesos que puedan originar problemas a personas o familias, e incluso dar lugar a coacciones o chantajes. Constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 CE interpretándose por ello con un criterio flexible e incluso admitiendo el TS que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado (SSTS 3 de diciembre de 1991, 23 de octubre de 1993 y 18 de mayo de 2000). Dicho requisito o exigencia procesal se cumple sobradamente en el caso de autos con la presentación de las actas notariales de manifestaciones, en las que determinadas personas afirman que la apelada mantuvo una relación sentimental con el apelante en los años 1988, 1989 y 1990 así como que la actora quedó embarazada y les manifestó que el hijo que esperaba era del demandado. Dichas actas notariales no son prueba testifical, pero sí integran el principio de prueba exigido para la admisión a trámite de la demanda.

FILIACIÓN

Procede declarar la filiación no matrimonial: las razones del apelante de que al tiempo de la concepción no mantenía relaciones por estar desplazado a Madrid son poco convincentes, pues nada le impedía realizar visitas frecuentes como declaró una testigo que en aquella época tenía una fluida relación de amistad. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el alcance de la negativa a la prueba de paternidad: no constituye prueba *per se*, ni es una *ficta confessio*, pero sí complementa el resto de la prueba: si niega haber mantenido relaciones en la época de la concepción, no se comprenden las razones de tal negativa.

AP ASTURIAS, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Martín Del Peso

Se alza el recurso contra la decisión judicial de instancia que declara la paternidad no matrimonial del demandado solicitada por la madre del menor en su demanda, aduciendo la parte apelante la falta de motivación de la sentencia recurrida que vulnera a juicio del apelante, el principio de congruencia de las decisiones judiciales del artículo 218 Ley de Enjuiciamiento Civil y el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, pues no efectúa valoración alguna de las pruebas practicadas que conduzcan al resultado declarado en el fallo. Por último y *ad cautelam* se impugna la concesión de alimentos al menor desde la interposición de la demanda.

Resolviendo las cuestiones planteadas cabe decir que la sentencia resuelve de forma congruente con el suplico de la demanda y las pretensiones que en él se contienen, las cuestiones planteadas que se reducen a la declaración de la paternidad y a la concesión de alimentos, por lo que ninguna objeción desde la perspectiva de la congruencia cabe hacer a la recurrida, de lo que es consciente la parte apelante que se limita a señalar la infracción del mentado principio sin motivar las razones de su aserto. En relación con el principio de la tutela judicial efectiva, el argumento de la parte, de mayor calado que el anterior, parece dirigirse a la falta de motivación de la sentencia en orden a la valoración de las pruebas de las que extrae la conclusión del fallo, a salvo de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas. En orden a la valoración que merezca la negativa a someterse a la práctica de pruebas biológicas y a la consideración que merece la práctica de la investigación de la paternidad o maternidad por estos medios, desde la perspectiva constitucional, como ya dijo la sentencia de esta Sala de fecha 15 de julio de 2005 debemos citar una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, que recoge la acuñada por el Tribunal Constitucional. Entre ellas la Sentencia del Tribunal Supremo 26 de noviembre de 2004 que dice: «Como se recoge en la Sentencia TS de 22 de junio de 1998, «la mera negativa a someterse a la prueba biológica, cuando no existe en el proceso ninguna otra clase de pruebas, al no constituir una *ficta confessio*, no puede, por sí sola, ser determinante de una declaración de paternidad», pero «constituye un muy valioso indicio probatorio cuando concurren otras pruebas que evidencian la existencia de relaciones sentimentales o amorosas entre los litigantes y la probabilidad de relaciones sexuales entre ellos que puedan ser las determinantes de la paternidad reclamada», añadiendo sentencias como la de 1 de septiembre de 2004 (además de las que cita la apelada) que su práctica no vulnera los derechos a la intimidad o integridad física, ni puede ser considerada degradante o contraria a la dignidad del que ha de someterse a su práctica. En consecuencia, aun siendo un valioso indicio, no permite sin más apoyarse por sí sola en tal negativa la sentencia que declare la paternidad solicitada sino se apoya en otras pruebas, como se indica.

Ciertamente la sentencia apelada dedica más extensión a la negativa del demandado, pero no puede decirse que ignore el resto del material probatorio, que se valora de forma parca pero no inexistente. Desde esta óptica la Sala ha de insistir en los argumentos de la apelada y ampliarlos para concluir que la declaración no se funda tan sólo en tal negativa. Hay pruebas documentales de la relación entre las partes y un reconocimiento expreso del apelante de que mantuvo relaciones sexuales con la madre del menor desde 1984, si bien niega que las mantuviese al tiempo de la concepción, aunque las razones que da son poco convincentes, ya que el hecho de que por su profesión estuviese desplazado fuera de Madrid no le impedía realizar visitas frecuentes al domicilio de la apelada, como hiciera otros años y pone de manifiesto la testigo quien en aquella época mantenía una fluida relación de amistad con la pareja, por lo que en realidad el fallo, –que debe mantenerse–, no se sostiene tan sólo por el valor que *per se* asigna a la negativa del

apelante a someterse a las pruebas de investigación de paternidad, sino que dicha negativa complementa en realidad la valoración que resulta de la documental, interrogatorio de las partes y de la testifical practicadas, debiendo indicarse que no se comprenden las razones de la negativa a someterse a las pruebas, si según el aserto del demandado, en la época de la concepción no tuvo relación con la actora, con lo cual fácilmente las pruebas demostrarían que no es cierta la paternidad que declara la apelada. En relación a los alimentos concedidos cuya cuantía no es impugnada, el único alegato que esgrime la parte como oposición a la recurrida es su concesión desde la interposición de la demanda, que responde a la literal dicción del artículo 148 Código Civil y a la petición articulada en tal sentido por la demandante, ajustándose plenamente a derecho, por lo que el motivo se desestima y la sentencia apelada debe ser objeto de íntegra confirmación en cuanto al fondo.

UNIONES DE HECHO

No se admite a trámite la petición de declaración de herederos interpuesta por el integrante de una unión de hecho homosexual al no estar constituida la misma legalmente.

AP BARCELONA, SEC. 13.ª, AUTO DE 6 DE MARZO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Bautista Cremades Morant

Por don Pedro Francisco se promovió expediente de declaración de herederos, al amparo del artículo 34 Llei de UEP 10/1998 de 15 de julio en relación con los artículos 979 y ss. LEC respecto del fallecido sin testamento –en 11 de julio de 2004, a la edad de 73 años– don Agustín, afirmando que ambos formaban pareja sentimental desde hacía 25 años, viviendo en el mismo domicilio propiedad del fallecido, quien no tenía hijos y habían fallecido sus padres, e interesando ser declarado heredero de la mitad de su herencia (la otra mitad correspondería a los hijos del hermano del difunto).

Por auto de 21 de febrero de 2005 se denegó la admisión a trámite al no existir escritura pública suscrita conjuntamente, acreditativa de la unión, conforme al artículo 21 LUEP. Frente a dicha resolución se alza el instante, al considerar suficientemente acreditada en la solicitud, donde se analizaban los motivos de la falta de otorgamiento de la escritura.

Con la Llei 10/98 se tienen en cuenta relaciones de pareja dotadas de estabilidad, distinguiendo entre parejas homosexuales y heterosexuales, y aunque existen normas comunes hay concretas manifestaciones de las diferencias de trato: la posibilidad de adoptar (limitada a las heterosexuales, artículo 6), la posibilidad de uniones de puro hecho (es decir, sin ninguna formalidad, también limitada a las heterosexuales, artículos 1.1 y 19), así como en el trato de los efectos de la extinción de la unión por causa de muerte (sólo en la pareja homosexual existen derechos propiamente sucesorios); de forma que quedan fuera de la Llei (no quedan sujetos a la misma) todas las parejas de hecho que no reúnan los requisitos que se prevén (singularmente, el tiempo de convivencia y la declaración formal de los interesados, que en el caso de las uniones homosexuales el segundo es el único admitido): consecuentemente con dicha regulación, una unión estable homosexual ha de entrar en la LUEP (acto voluntario y formal), mientras que una unión estable heterosexual puede verse sometida (convivencia).

Así, para constituir una unión estable homosexual sujeta a la Llei UEP, son necesarios los siguientes requisitos: (1) la mayoría de edad de los dos miembros de la pareja, artículo 20.1.a); (2) la ausencia de vínculo previo, matrimonial –artículo 20.1.b)– o de pareja –artículo 20.1.c)– ya sea ésta heterosexual u homosexual; (3) la ausencia de relación de parentesco entre los miembros de la pareja, *ex* artículo 20.1.d) y e); (4) la vecindad civil catalana de, al menos, uno de los miembros de la pareja; (5) Si concurren tales requisitos, la constitución con sujeción a la LUEP pasa por la declaración formal de voluntad en escritura pública, respecto de la cual, se establece en la Llei el contenido necesario (artículos 19 y 20), hasta el punto en que su fecha es la que determina los efectos de la unión (artículo 21.3). A partir de ello, se parte del principio de autonomía de la voluntad para regular los efectos de la unión durante la convivencia (libertad de pacto y libertad de forma (artículo 22.1, para las uniones homosexuales), sin perjuicio de la parte indisponible del régimen (imperatividad de las normas que regulan el régimen primario: contribución a gastos comunes, responsabilidad solidaria frente a terceros, limitación del poder de disposición respecto de la vivienda común, obligación de alimentos); en fin, ciertamente, caso de extinción de la unión por muerte, el sobreviviente de la unión homosexual tiene derecho, como heredero, a la mitad de la herencia, en concurrencia con

colaterales del fallecido (hermanos o sobrinos), *ex* artículo 34.1.b).

Se trata de una unión estable homosexual no sujeta a la LUEP, por no estar constituida como tal (no se entró en LUEP), por lo que no pueden pretenderse los efectos regulados en ésta, entre ellos el artículo 34. Difícilmente puede efectuarse una interpretación distinta de la literal, en cuanto a la exigencia de la declaración formal de voluntad en escritura pública con un determinado contenido, elemento constitutivo de la unión, cuya falta conlleva la no admisión a trámite en cuanto a la pretensión concreta (otra cosa podría ser, en su caso, la aplicación analógica al matrimonio, pero nunca la sujeción a la LUEP). Consecuentemente, con desestimación del recurso, procede la confirmación de la resolución recurrida sin declaración sobre las costas de esta alzada.

UNIONES DE HECHO

Aun existiendo una hija menor de edad nacida de una unión no matrimonial, no procede atribuir a la madre guardadora el uso de la vivienda familiar, ya que además de ser propiedad privada del padre, la convivencia en dicho domicilio ha sido escasa. En todo caso, la concesión a la madre por ostentar la custodia o *per relationem* sería temporal obligatoriamente, siendo acertada la decisión del Juez de incrementar la pensión de alimentos para que comprenda el gasto de habitación.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

La solución a dar para resolver el presente recurso de apelación es sencilla, de simple entendimiento y por ello no es preciso que nos alarguemos en consideraciones jurídicas; además de por compartirse lo resuelto y el criterio del órgano *a quo* expresado en este punto; debiendo significarse que la parte apelante reconoce que el domicilio sede de la vida familiar es de propiedad privada del Sr. Carlos Manuel; que la convivencia ha resultado escasa, y a que en estos supuestos en aplicación de lo dispuesto en el artículo 96 del CC, la solución a dar no resolvería el problema pues si se concediese el uso en este caso a la apelante como madre y guardadora, es decir, *per relationem* como guardadora de su hija; habría de ser una concesión temporal obligatoriamente; finalmente indicar que, con acierto, el órgano *a quo* ha incrementado la cantidad de la pensión de alimentos para comprender dentro de este concepto (alimentos) la voz habitación comprendida en el artículo 142 del CC. Procede, en consecuencia con lo que se lleva dicho, desestimar el presente recurso de apelación.

UNIONES DE HECHO

Fijación de una pensión compensatoria mensual y de carácter indefinido a favor de la conviviente que por su dedicación al hogar durante todos los años de convivencia, la convierten en la conviviente más débil y necesitada de protección por su edad y la situación en que se encuentra tras la ruptura.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Rosalía Mercedes Fernández Alaya

La sentencia de instancia condenó al demandado a abonar a la actora, con carácter indefinido, la cantidad de 180 euros en concepto de pensión compensatoria.

En el caso, como argumenta el juzgador en el fundamento jurídico tercero de su sentencia, es claro que la ruptura ha supuesto un desequilibrio en perjuicio de la demandante por las razones que se expresan en la propia resolución, a las que cabría añadir su dedicación al hogar durante todos los años de convivencia y que indudablemente la demandante es la conviviente más débil y necesitada de protección por su edad y la situación en que se encuentra tras la ruptura, por lo que –con las precisiones expuestas en el fundamento jurídico anterior– se hace a juicio de esta Sala merecedora de la pensión que en su favor se decreta.

Ahora bien, en lo que se refiere a su cuantía, atendidos los datos objetivos obrantes en autos –ciertamente escasos– en relación con las circunstancias económicas de ambos litigantes, estima este Tribunal que la suma fijada en la instancia es algo excesiva, pues no puede obviarse que se trata de compensar o reparar un desequilibrio, no de igualar patrimonios. Consideramos más adecuado el importe de cien euros mensuales con el mismo carácter indefinido señalado por el juzgador.

UNIONES DE HECHO

El procedimiento previsto para los procesos matrimoniales se reserva para las materias relativas al ejercicio de la patria potestad, incluidos los alimentos, pero no para cuestiones patrimoniales entre la pareja, cuyo cauce es el juicio ordinario: no puede resolverse en ese proceso sobre la naturaleza de los negocios entre ellos, y menos compensar cantidades de esos negocios con pagos de gastos del hijo.

AP GUIPÚZCOA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Begoña Argal Lara

La falta de una normativa positiva concreta para los casos de extinción de la unión *more uxorio* ha dado lugar a una jurisprudencia disímil, salvo en la admisibilidad general de los pactos expresos o tácitos (*falta concludentia*), con acogimiento de soluciones de comunidad de bienes (*ad ex*. Sentencia de 4 de junio de 1998) o de sociedad irregular (*ad ex*. Sentencias de 18 de mayo de 1992, 18 de febrero de 1993, 18 de marzo de 1995), que ha efectuado un notorio esfuerzo para proporcionar remedio jurídico a las peculiaridades casuísticas, lo que ha dado lugar a diversas soluciones, no necesariamente reñidas entre sí. Y en tal sentido, dejando a un lado admisiones hipotéticas (Sentencias de 27 de mayo, 20 de octubre y 24 de noviembre de 1994), son de destacar las Sentencias de 13 de junio de 1986, que aplica el principio de la buena y la sanción del abuso del derecho en sintonía con una interpretación acorde con la realidad social; 11 de diciembre de 1992, que aplicó la doctrina del enriquecimiento injusto 16 de diciembre de 1996, indemnización de daños y perjuicios del artículo 1902 CC en atención a que hubo promesa de matrimonio; y aplicación analógica del artículo 96 en relación con el 40.1 ambos del Código Civil por lo que respecta al uso de la vivienda familiar; 10 de marzo de 1998, principio de protección del conviviente más débil, que también se menciona en la de 27 de marzo de 2001, y se ratifica en la de 17 de enero de 2003; 27 de marzo de 2001, que alude a las doctrinas del enriquecimiento injusto, aplicación analógica de pensión compensatoria del artículo 97 CC y principio de protección del conviviente perjudicado; y 5 de julio de 2001, sobre aplicación analógica del artículo 97 CC.

El Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 7/2003, de 17 de enero, expresa: «Lo que, respecto a la normativa, ha declarado reiteradamente esta Sala es que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico-matrimonial (sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997. Aplicando los principios generales del Derecho, ha declarado la atribución de vivienda familiar a la conviviente más débil (sentencia de 10 de marzo de 1998), y recientemente, ha aplicado por analogía la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil (sentencia de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002). En definitiva, no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil (sentencia de 10 de marzo de 1998, cuyo párrafo ha sido transcrito y 27 de marzo de 2001).

La jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno se ha aplicado la norma más adecuada para la solu-

ción más justa. Salvo en escasísimos supuestos en que no se ha estimado la demanda, por ser aplicable la normativa (sentencia de 24 de noviembre de 1994) o por negar todo tipo de comunidad (sentencia de 22 de enero de 2001), la ruptura por decisión unilateral no ha sido admitida como causante de un perjuicio injusto para la parte más débil (en todos los casos, ésta era la mujer), sino que se le ha reparado acudiendo a distintas soluciones: estimando que se ha producido una responsabilidad extracontractual (sentencia de 16 de diciembre de 1996), o un enriquecimiento injusto (sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001), o concediendo una pensión compensatoria (sentencia de 5 de junio de 2001 y 16 de julio de 2002) o apreciando la existencia de una comunidad de bienes (sentencias de 18 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997).

La STS núm. 700/2001, de 5 de julio, sobre la misma cuestión establece: «Ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho, salvo excepciones de concretas Autonomías, no puede inferirse el ejercicio de una acción determinada, excluyente de otras, sino se trata de la fijación de una pretensión material respecto a la que cabe una concurrencia normativa muy hábil, por cierto, dada la ausencia de regulación legal al respecto. Pues bien, ante tal anemia, ha de acudirse a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en estos casos de uniones de hecho *more uxorio* encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil y así su artículo 97 atribuye al cónyuge, al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que implique un empeoramiento con relación a su situación anterior a matrimonio, el derecho a una pensión, pudiendo convenir en cualquier momento la sustitución de la misma por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (artículo 99). De no ser así, ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista, pudiendo utilizar la analogía en situaciones de verdadera semejanza, en el sentido del artículo 4.1 del Código Civil, entre el caso enjuiciado carente de normativa específica y de la semejanza de situación con el cese de la convivencia matrimonial por separación o divorcio, por lo que estima este Tribunal que tal es la normativa de aplicación por identidad de razón. Por ello y con aplicación de la doctrina recogida en las sentencias de esta Sala de 16 de diciembre de 1996 y las tantas veces citada de 27 de marzo de 2001, hay que concluir señalando que el precepto de aplicación es el artículo 97 del Código Civil, a través de la analogía. La semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación que permite al cónyuge al que se le ocasione un desequilibrio económico con la posición del otro, con la situación de *more uxorio* de larga duración, rota unilateralmente cuando se origina tal desequilibrio es, de destacar cuando se vea disuelta unilateralmente la afectividad y convivencia por la voluntad del otro y ello le origine un desequilibrio.

Desde el punto de vista procedimental, hay que señalar que en la LEC 1/2000, conforme a lo establecido en el artículo 769.3.º, se ha ampliado el objeto del proceso especial de familia a las controversias que versan exclusivamente sobre las responsabilidades parentales respecto a los hijos menores de edad o incapacitados con prórroga de la patria potestad.

Por lo tanto, no se ha extendido el procedimiento especial de familia a las cuestiones patrimoniales en las uniones de hecho, que tendrán que ventilar sus diferencias en el juicio ordinario, reservándolo a las materias relativas al ejercicio de la patria potestad, incluidos los alimentos a los hijos menores de edad, que se regulan conforme al procedimiento especial de familia.

De lo expuesto hasta ahora, la Sala concluye:

– Que el presente procedimiento ha sido tramitado conforme a lo prevenido para los procesos matrimoniales del artículo 770 de la LEC, por los trámites del juicio verbal.

– El procedimiento versa exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores y reclamación de alimentos en el seno de una unión de hecho.

– Cualquier cuestión ajena a dicho contenido u objeto, deberá ser ventilada en el procedimiento ordinario correspondiente.

Por lo expuesto, la Sala estima y revoca los siguientes pronunciamientos de la sentencia de instancia, impugnados por las partes, conforme al criterio ya expuesto:

Los gastos extraordinarios, en relación a la cuantía fijada que exceda de 2.398,38 euros, y que deriva, según el juez *a quo*, de la cesión del demandado a la actora de la mitad de la explotación que mantenían sobre una cafetería, y que la demandada lo cobró como indemnización por el desalojo del local, debe ser eliminado, pues no es competencia del juez de instancia, ni adecuado este procedimiento para resolver sobre la naturaleza jurídica de los negocios habidos entre los litigantes, y menos aplicar las cantidades derivadas de los mismos, al pago de gastos del hijo.

UNIONES DE HECHO

Tratándose de una Vivienda de Protección Oficial, el precio máximo de venta al cese del condominio viene especificado forzosamente por las disposiciones legales específicas, sin que razones de oportunidad, conveniencia, o incluso de justicia, puedan contrariar lo imperativamente impuesto por la ley.

AP MÁLAGA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Inmaculada Melero Claudio

Con respecto a la fijación del precio máximo de venta del inmueble litigioso, hay que tener en cuenta que según se acredita por la certificación registral la vivienda está catalogada como de protección oficial, lo que conlleva necesariamente un régimen jurídico especial contenido en el RD 3148/1978, y en cuanto al precio de venta tal disposición prevé expresamente un sistema de limitación de los precios de venta de las referidas viviendas, y así, el artículo 11 dispone que «el precio de venta de metro cuadrado de superficie útil de una vivienda de protección oficial será, para cada área geográfica homogénea, igual o inferior a uno como dos veces el módulo (M) aplicable, vigente en la fecha de la concesión de la calificación definitiva... El precio de venta por metro cuadrado de superficie útil que figure en la cédula de calificación definitiva de una vivienda de protección oficial permanecerá constante durante un año a partir de la fecha de dicha calificación. Transcurrido ese período, el precio de venta que figure en el cédula de calificación definitiva podrá actualizarse, a efectos de primera transmisión, en la misma proporción en que se revise el módulo (M) aplicable, vigente desde el momento de finalizar el período de un año hasta el momento de la celebración del contrato de compraventa o arrendamiento... Del decimosexto, al trigésimo año, ambos inclusive, el precio de venta de una vivienda de protección oficial, por metro cuadrado de superficie útil, en segunda o posteriores transmisiones, será igual o inferior al setenta por ciento de uno como dos por el Módulo (M) aplicable, vigente en el momento de la celebración del correspondiente contrato de compraventa o arrendamiento»; dicho RD completado por el 727/1993, de 14 de mayo del Ministerio de Obras Públicas y Transportes por el que se fija el precio de las Viviendas de Protección Oficial de promoción privada, determina cuál debe ser el valor de venta de la vivienda objeto de contienda; luego, evidentemente, las propias disposiciones legales están especificando forzosamente cuál ha de ser el precio de venta y por lo tanto el valor del referido inmueble al cese del condominio, sin que razones de oportunidad o de conveniencia, ni incluso de justicia, puedan contrariar lo imperativamente impuesto por la ley, dado que la vivienda no ha sido descalificada voluntariamente con anterioridad al cese de la copropiedad; por lo que en consecuencia con lo expuesto, el precio de la vivienda en el momento de la venta será el que señalen las disposiciones legales específicas.

OTRAS CUESTIONES

Procede una llamada de atención de la Sala al letrado de la recurrente (sin perjuicio de otras posibles responsabilidades), que comete excesos contra el Juzgador de instancia en su escrito de formalización del recurso de apelación: los jueces, como seres humanos, no están exentos de equivocarse, siendo perfectamente legítima la crítica jurídica de sus razonamientos, sin embargo no tienen justificación descabellados calificativos rayanos en el ilícito penal, impropios de la elegancia y buen hacer que, como norma general, caracteriza a la Abogacía Española.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Con carácter previo al análisis de fondo de las cuestiones en tal modo suscitadas, no puede dejar de darse respuesta a los excesos, seguramente motivados por un bienintencionado afán de defensa,

en que incurre la dirección Letrada de la parte apelante en su escrito de formalización del recurso, llegando a acusar al Juzgador de instancia de inducida parcialidad, sobre la única base de la omisión, en el encabezamiento de la sentencia, del nombre de los profesionales que asistieron a la Sra. María Luisa, lo que no acaeció con los de la parte actora. Pero es lo cierto, como así se interesó y acordó posteriormente, que tal omisión encuentra, en nuestro ordenamiento jurídico, el remedio ofrecido por el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no descabellados calificativos rayanos en el ilícito penal.

Tal obstinación lleva igualmente a dicha dirección técnica a afirmar que la sentencia apelada incurre en manifestaciones inexactas, cuales las recogidas en el fundamento jurídico primero, cuya mera lectura pone de relieve que en el mismo tan sólo se reflejan, en resumen, los alegatos en que el actor fundaba sus pretensiones, pero no que el Juzgador haga suyos los mismos.

Obvio es que los Jueces, como todo ser humano, no están exentos de equivocarse en sus decisiones finales, bien por una valoración errónea del resultado probatorio, bien por no aplicar correctamente a los supuestos enjuiciados la normativa legal adecuada, a la luz de su jurisprudencia interpretadora; pero tales hipótesis, en las que es perfectamente legítima una crítica jurídica de razonamientos o decisiones judiciales que se consideren desacertados, en orden a conseguir del Tribunal *ad quem* su revocación, no pueden, sin embargo, justificar desatinos como los vertidos en el antedicho escrito, impropios de la elegancia y buen hacer que, como norma general, caracteriza a la Abogacía española.

Sirva lo expuesto, sin perjuicio de otras posibles repercusiones en derecho, para llamar la atención respecto de estrategias que, guiadas por un lógico afán de defensa, acaban, sin embargo por olvidar el respeto y consideración debidos a todos los intervinientes en el proceso, por más que los mismos, cada uno desde su situación, mantengan posturas distintas, pero en todo caso tan legítimas, como las de quien, de modo innecesario a los fines del proceso, se atreve a lanzar injustificadas descalificaciones personales y profesionales.

OTRAS CUESTIONES

No procede fijar la compensación económica del artículo 41 del Código de Familia, al no acreditarse desequilibrio patrimonial entre los cónyuges: la esposa reconoció que el marido le entregó dinero para la compra de una vivienda en Cuba, y después lo desmintió, reconociendo que había gastado dicho dinero con sus hijos y el resto lo destinó para sí.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

Recurre la Sra. Mónica los pronunciamientos de la sentencia de instancia que ha declarado el divorcio de las partes, solicitando se fije una compensación económica por razón del trabajo prevista en el artículo 41 del Código de Familia de 12.000 euros, que asimismo se ha denegado por la sentencia recurrida.

Pues bien, en el presente caso no se ha practicado prueba alguna destinada a acreditar el desequilibrio patrimonial entre las partes, constando únicamente que el demandado entregó a la actora la cifra de 6.000 euros cuando aquélla fue a Cuba, para la compra de una vivienda en su país natal, manifestando aquélla al demandado y ratificándolo en la Comparecencia de medidas, a presencia judicial, que efectivamente había adquirido tal vivienda, para posteriormente en el acto de la Vista principal, reconocer que mintió, pues no lo había comprado, destinando los indicados 6.000 euros a gastárselos con sus hijos que viven en Cuba, dejándoles parte de aquella cifra y reteniendo otra parte de la misma para sí, dedicándola a su propia subsistencia en los meses que lleva viviendo en España. Debe por tanto, desestimarse también este motivo del recurso.

Revista de Derecho de familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

No es inscribible, por exigencias del principio de veracidad biológica, un reconocimiento de la paternidad no matrimonial, cuando hay datos suficientes por las declaraciones de los interesados para deducir que el reconocimiento no se ajusta a la realidad.

RESOLUCIÓN DE 24 DE ENERO DE 2006

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 madre y el presunto padre ante el Juez Encargado del Registro Civil. En éstas, se advierten contradicciones tan evidentes y significativas que obligan a deducir que el reconocimiento, efectuado transcurrido más de un año desde el nacimiento, ha sido de complacencia y realizado en fraude de ley, pretendiéndose la obtención de fines y efectos distintos de los que le son propios (cfr. artículo 6.4.º CC). Basta sólo con resaltar dos hechos, recogidos en el auto apelado, para adverar lo que se dice: Uno, que los interesados habían manifestado que convivían, en el mismo domicilio, con los padres de él y ella declaró que el padre del interesado había fallecido, cuando no es así. El otro, que la recurrente manifestó que él tenía tres hermanos y lo cierto es que no tiene ninguno. Hay que tener presente que estas declaraciones se formulan tras una convivencia familiar de cierta duración y que esta contradicción con la realidad les priva de toda credibilidad y son reveladoras de la falta de veracidad de los recurrentes.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

FILIACIÓN

Denegación de la opción a la nacionalidad española ejercitada por la madre respecto de una menor de origen marroquí y que convive con ella tras la constitución de la Kafala al no coincidir los efectos de la misma con la adopción española.

RESOLUCIÓN DE 21 DE MARZO DE 2006

En el presente caso, una ciudadana marroquí que adquirió la nacionalidad española por residencia en 2004 solicita autorización judicial para optar por la nacionalidad española respecto de un menor de edad sobre el que se constituyó a su favor una adopción ante autoridades marroquíes («kafala») en 1997, opción que pretende ejercer al amparo del núm. 1 del artículo 20 del Código civil, conforme al cual «tienen derecho a optar por la nacionalidad española las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español».

En el Derecho español las relaciones de patria potestad son las que tienen lugar entre padres e hijos, de modo que presuponen que la filiación por naturaleza o adoptiva esté determinada legalmente. Por esto, cuando la ley española concede, en determinadas condiciones, el derecho a optar por la nacionalidad española a quienes estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español (cfr. artículo 20 CC), esta institución ha de ser calificada con arreglo a la ley española (cfr. artículo 12.1 CC). La sola circunstancia de que un matrimonio se haya hecho cargo de la educación y custodia de un menor de edad no es, pues, suficiente para que este menor pueda optar a la nacionalidad española de uno de los cónyuges porque no existe la base legal –la patria potestad– que justifica la opción.

Por lo demás, aunque la entrega de la menor al matrimonio sea conceptuada como una adopción por la legislación marroquí, lo cierto es que, como

han señalado las Resoluciones citadas en los vistos de acuerdo con las informaciones obtenidas sobre esa legislación, la «adopción» constituida ante funcionarios o autoridades marroquíes no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el Derecho español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración en el estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el «adoptante» o «adoptantes» se hacen cargo del «adoptado» y han de atender a sus necesidades y manutención. Es claro, pues, que esta figura no puede considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que detalla el artículo 1.º de la Ley del Registro civil, so pena de producir graves equívocos sobre el alcance y efectos de la figura.

Alcanzada la anterior conclusión, la desestimación del recurso que de la misma se deriva no se alteraría si, como ha sostenido parte de nuestra doctrina internacionalista, calificada la situación creada en Marruecos como acogimiento, la norma de conflicto aplicable habría de ser en rigor la contenida en el artículo 9 núm. 6 del Código civil, conforme a la cual «la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste», disposición que alcanza a la figura del acogimiento, y en cuyo caso se habría de acudir al Derecho marroquí para determinar si existe o no una filiación derivada de la «kafala», cuestión que resuelve su Código de Familia o «Mudawana» (ley núm. 70.03) en sentido negativo, según resulta con claridad de sus artículos 142 y 149 en los que se dispone que «la filiación tiene lugar por la procreación del niño por sus padres» y que la «adopción es nula y no comporta ninguno de los efectos de la filiación legítima».

En fin, el hecho de que la repetida «adopción» marroquí surta determinados efectos conforme a esta legislación y conforme a las normas españolas de Derecho internacional privado, no implica en modo alguno que su eficacia haya de ser precisamente la de la adopción española. Así se desprendía ya del artículo 12.1 del Código civil y hoy más rotundamente del inciso que contiene el artículo 9.5 del propio Código, añadido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, a cuyo tenor «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». Queda, eso sí, a salvo la anotación con valor simplemente informativo al amparo de los artículos 38 de la Ley y 81, 145 y 154.3.º del Reglamento (cfr. Res. 14 de mayo de 1992).

MATRIMONIO

Si los dos contrayentes eran extranjeros cuando se celebró el matrimonio y ella ha adquirido después la nacionalidad española, el matrimonio, que se rige por la ley extranjera, es inscribible en el Registro competente por transcripción de la certificación extranjera, sin que haya puntos de conexión que justifiquen la aplicación de la ley española sobre ausencia de consentimiento matrimonial.

RESOLUCIÓN DE 31 DE ENERO DE 2006

El matrimonio celebrado en el extranjero por quien después ha adquirido la nacionalidad española es inscribible en el Registro Civil español competente (cfr. artículo 66 RRC), siempre que se cumplan los requisitos precisos y que se acompañe título inscribible, que consiste normalmente en la certificación de matrimonio expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (cfr. artículo 256.3.º RRC).

Como en este caso el matrimonio se ha contraído por dos marroquíes, la capacidad y requisitos de fondo del matrimonio se regulan por la ley marroquí (cfr. artículo 9.1 CC), no pudiéndose dudar de la validez del enlace para la legislación marroquí a la vista de que el mismo ha sido inscrito en el Registro Civil m. Son, pues, inaplicables al supuesto las normas españolas sobre consentimiento matrimonial y sobre nulidad de este matrimonio por ausencia de este consentimiento (cfr. artículos 45 y 73.1.º CC), pues estas normas, para evitar el fraude, sólo han de ser tenidas en cuenta cuando uno de los contrayentes sea español en el momento de celebración del matrimonio.

Con la documentación aportada con el recurso hay que dar por subsanado el error provocado por la existencia de dos distintas fechas de nacimiento de la interesada, siendo el año 1958 el que ha de tomarse como correcto.

MATRIMONIO

Admitiendo el recurso interpuesto por los contrayentes –español y cubana– se accede a la inscripción del matrimonio al no existir datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial. Se han aportado al expediente documentos que prueban una relación epistolar y por correo electrónico intensa.

RESOLUCIÓN DE 2 DE FEBRERO DE 2006

No sólo en el expediente previo para el matrimonio civil, a través del trámite de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (artículo 246 RRC), sino también cuando se intenta inscribir en el Registro Civil español un matrimonio ya celebrado en el extranjero mediante la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (artículo 256.3.º RRC), es deber del Encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u otros obstáculos que provoquen la nulidad del matrimonio. Especialmente para evitar la inscripción de los llamados matrimonios de complacencia en los que el verdadero propósito de las partes no es ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la situación del extranjero en relación con los requisitos de entrada y permanencia en E., el Encargado debe calificar, a través de las declaraciones complementarias oportunas que integran el título inscribible (cfr. artículo 256 RRC), si ha habido verdadero consentimiento matrimonial en la celebración o si, por el contrario, se trata de un matrimonio simulado, nulo por la ausencia de dicho consentimiento matrimonial.

Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. artículo 386 LEC).

En el caso actual se trata de inscribir un matrimonio celebrado en C. entre un español y una cubana y los hechos comprobados por medio de esas declaraciones complementarias oportunas no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Las audiencias reservadas practicadas no han revelado ninguna contradicción o desconocimiento básico entre los contrayentes. Aunque es cierto que tampoco han revelado que entre ambos haya el profundo conocimiento que cabe esperar entre dos personas que contraen matrimonio, ello se debe más a lo formulario y sucinto de las audiencias practicadas que a verdadero desconocimiento. Además, se han aportado al expediente documentos que prueban una relación epistolar y por correo electrónico intensa. Todo lo cual impide concluir sin género de duda que falta el consentimiento matrimonial.

Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9.2.ª de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa». «Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. artículo 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

MATRIMONIO

La denegación por parte de las autoridades extranjeras de la nacionalidad de uno de los contrayentes del certificado de capacidad matrimonial previsto en el Convenio núm. 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil no es obstáculo para la celebración del matrimonio en España si el único motivo de la denegación de dicho certificado es la identidad de sexos de los contrayentes.

RESOLUCIÓN DE 7 DE ABRIL DE 2006

La cuestión que se plantea en este recurso es la de si pueden válidamente contraer matrimonio entre sí, ante las autoridades españolas previstas en el artículo 57 del Código civil, dos personas del mismo sexo siendo una de ellas española y la otra extranjera, con independencia de lo que prevea al respecto el estatuto personal del contrayente extranjero. La cuestión se suscita a raíz de la solicitud de autorización de matrimonio civil formulada el 28 de julio de 2005 por dos varones, uno de nacionalidad española y otro de nacionalidad portuguesa, ante el Registro Civil de V., cuyo titular, visto el expediente iniciado, dictó Auto con fecha de 1 de septiembre de 2005 por el que deniega la autorización del matrimonio solicitada ante la imposibilidad de que por parte del contrayente portugués se aporte la certificación de capacidad matrimonial prevista en el Convenio núm. 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980, del que forman parte España y Portugal, al no permitir la legislación portuguesa el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La reciente Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en el marco de los principios constitucionales de igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad (cfr. artículos 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución), ha introducido en nuestro Ordenamiento jurídico la innovación de permitir que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo, con plenitud de igualdad de requisitos y efectos. Así resulta de lo dispuesto en el párrafo segundo que se añade al artículo 44 del Código, conforme al cual «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Ahora bien, la citada Ley 13/2005 no ha introducido ninguna modificación en las normas del Derecho Internacional Privado español, lo que suscita el interrogante de cuál será la ley aplicable a los matrimonios mixtos de español/a y extranjero/a en materia de capacidad matrimonial, en particular por lo que se refiere al posible impedimento de identidad de sexo, o dicho en otros términos, si la permisión de la ley española respecto de los matrimonios integrados por personas del mismo sexo se extiende también en presencia de elementos personales de extranjería, esto es, cuando uno o ambos contrayentes sean de nacionalidad extranjera.

Ha de recordarse que la capacidad matrimonial se ha de regir, conforme al Derecho conflictual español, por la ley personal del individuo, esto es, la determinada por su nacionalidad (cfr. artículo 9 núm. 1 CC), siendo así que el contenido de tal Ley puede mantener como requisito esencial del matrimonio la condición heterosexual de sus miembros, como ha sucedido en España hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005.

En efecto, no puede caber duda sobre el sometimiento de la capacidad matrimonial al estatuto personal determinado por la nacionalidad de la persona, en tanto que ley aplicable, a la vista del artículo recién citado de nuestro Código civil. Así lo confirman, además, las siguientes consideraciones: a) el artículo 9 núm. 1 del Código civil, en cuanto que expresión de un principio general en la reglamentación de la ley aplicable a las materias tradicionalmente incluidas en la categoría de estatuto personal, queda sujeta a algunas excepciones en materia de capacidades especiales –por ejemplo la capacidad para adoptar (crf. artículo 9 núm. 5 CC)–, pero es lo cierto que entre tales excepciones no se encuentra la capacidad para contraer matrimonio; b) la regla de conflicto del Derecho español en esta materia coincide, además, con la acogida por el Convenio núm. 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, firmado en Munich el 5 de septiembre de 1980, relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial (cfr. artículo 1), y con el contenido de la Recomendación de la misma Comisión Internacional del Estado Civil, adoptada en Viena el 8 de septiembre de 1976, relativa al derecho al matrimonio, y que parte de la premisa previa de la competencia de los Estados miembros para regular los requisitos, capacidad e impedimentos para contraer matrimonio; c) recientemente, en la misma línea apuntada, el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000/3480), firmada el 7 de diciembre de 2000, proclama que «el derecho a casarse y el

derecho a fundar una familia están garantizados según las Leyes nacionales que rigen su ejercicio», admitiendo, pues, su consideración como derechos de configuración legal, correspondiendo la competencia legislativa en la materia a los respectivos Estados miembros sobre sus propios nacionales. Así lo ha sostenido también reiteradamente el Tribunal Supremo (*vid*. Sentencias de 29 de mayo de 1970 y 22 de noviembre de 1977) y esta Dirección General de los Registros y del Notariado (*vid*. Resoluciones de 6.1.ª de noviembre de 2000, 24.3.ª de mayo de 2002 o, más recientemente, en la de 24.3.ª de enero de 2005, entre otras muchas).

Dentro de la categoría de «capacidad matrimonial» se engloban, además de la capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial, la ausencia de impedimentos matrimoniales. Y es que si bien el derecho a contraer matrimonio es reconocido, en principio, a todas las personas (cfr. artículos 44 del Código civil, 32 de la Constitución española, 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos), no se trata de un derecho sin limitaciones o incondicionado. Así, la Constitución establece en el precepto citado que la Ley regulará «la edad y capacidad» para contraerlo, mandato constitucional desarrollado por el Código civil que establece especiales requisitos de capacidad a través de los denominados impedimentos matrimoniales, en particular en sus artículos 46 y 47. Unos y otros tienen carácter dirimente en el sentido de que si se contrae un matrimonio a pesar de la existencia de un impedimento, el matrimonio será nulo.

Tales impedimentos han sido tradicionalmente clasificados en dos grupos según que imposibiliten la celebración del matrimonio con cualquier persona, denominados por ello absolutos o unilaterales, o sólo con respecto a determinadas personas, conocidos como relativos o bilaterales. Entre los primeros se citan los impedimentos de edad y de ligamen, y entre los últimos los de parentesco y el de muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Es en esta categoría, por su carácter relativo y no absoluto, en la que parte de la doctrina científica viene incluyendo el impedimento de identidad de sexo.

La consecuencia que se derivaría de esta calificación desde el punto de vista del Derecho conflictual a efectos de determinar la ley aplicable es que, frente a la aplicación distributiva de las leyes personales de ambos contrayentes propia de los impedimentos unilaterales, en este caso la solución al conflicto de leyes que se produce al concurrir en el supuesto de los matrimonios mixtos las leyes nacionales de los contrayentes de diferente nacionalidad es la de su aplicación cumulativa. En cualquier caso, lo anterior supone que la validez del matrimonio queda condicionada a que ambos contrayentes respeten su respectivo estatuto personal, esto es, que cumplan los requisitos de capacidad impuestos por sus correspondientes leyes nacionales. En definitiva, sucede en sede de matrimonio lo mismo que en relación con cualquier otro negocio jurídico: el defecto de capacidad en uno solo de los contratantes vicia de nulidad todo el negocio, y ello sin perjuicio de los efectos que se hayan de reconocer al matrimonio putativo, razonamiento que subyace en el Auto del Registro Civil de Vigo objeto del recurso. En consecuencia, es este criterio del «estatuto personal» y su aplicabilidad al caso el que debe ser ahora interpretado en el marco del conjunto del Ordenamiento jurídico español, teniendo presente a tales efectos que en sede de matrimonios entre personas del mismo sexo, dada la fecha de redacción del vigente artículo 9 núm. 1 del Código civil procedente de la reforma de su Título Preliminar aprobada por Real Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, la reciente admisión de los citados matrimonios operada por la Ley 13/2005 supone la posible existencia de una laguna axiológica en la materia, extremo sobre el que después se volverá.

El centro neurálgico de la cuestión estriba, pues, en la consideración que ha de merecer el requisito de la diversidad de sexos desde la perspectiva de su calificación a efectos de determinar la norma de conflicto aplicable, lo cual en este caso es determinante por cuanto que nuestro Derecho Internacional Privado no cuenta con una regla conflictual que fije la ley aplicable a todos los requisitos del matrimonio, a modo de *lex matrimonii*, ni tampoco dispone de una específica norma consagrada a señalar la ley aplicable a la «capacidad matrimonial», por lo que la reconducción de dicha materia al estatuto personal de la ley nacional no deja de ser el resultado de un silogismo interpretativo, bien que ampliamente extendido en la doctrina científica y en la oficial de este Centro Directivo.

A este respecto no debe olvidarse que tal «calificación» se ha de realizar con arreglo a la Ley española (cfr. artículo 12 núm. 1 CC). En tal sentido no es ocioso recordar cómo los impedimentos matrimoniales vienen recogidos en los artículos 46 y 47 del Código civil, alusivos respectivamente a los absolutos o unilaterales y a los relativos o bilaterales, respectivamente, siendo así que en ninguno de ellos se menciona el impedimento de identidad de sexo. De otro lado, una parte significativa de nuestra doctrina científica al tratar de los requisitos subjetivos del matrimonio aborda separada y diferencialmente los impedimentos, la incapacidad o falta de aptitud para prestar el consentimiento matrimonial y, finalmente, el requisito de la diversidad de sexos, que vienen a considerar como

elemento constitutivo o esencial del propio derecho «a contraer matrimonio». Se traen a colación estas opiniones doctrinales no para someterlas al contraste con el Derecho positivo vigente hoy en España, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, sino para subrayar la idea de que la «diversidad de sexos», en la concepción tradicional, o la posible «identidad de sexos», en la concepción legal ahora vigente, es elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial, y no necesariamente con la capacidad nupcial subjetivamente considerada. De hecho, como destaca el Preámbulo de la reiterada Ley 13/2005 «la regulación del matrimonio en el Derecho civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales. Su origen radica en el Código civil francés de 1804, del que innegablemente trae causa el español de 1889. En este contexto, el matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas del mismo sexo; de hecho, en tal diferencia de sexos se ha encontrado tradicionalmente uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución por el Derecho del Estado y por el Derecho canónico. Por ello, los Códigos de los dos últimos siglos, reflejando la mentalidad dominante, no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial». Claramente se aprecia en este texto la idea, vigente en España hasta la reciente reforma, de la diversidad de sexos como elemento estructural, constituyente de la propia institución, más que como requisito subjetivo de capacidad de sus miembros.

En este sentido el desconocimiento por parte de numerosos Ordenamientos jurídicos extranjeros actuales del matrimonio como institución abierta a las parejas del mismo sexo y la paralela inexistencia de norma de conflicto específica en nuestro Derecho sobre los requisitos del matrimonio ajenos a su concepción tradicional y a la capacidad subjetiva de los contrayentes, son factores que puestos en conexión determinan la existencia de una laguna legal al respecto en nuestro Derecho conflictual, lo que supone la necesidad de activar los mecanismos legales de la interpretación integradora con objeto de cubrir tal laguna. Y desde este punto de vista el artículo 9 núm. 1 del Código civil constituye la expresión de un principio general del Derecho que, en cuanto tal, no puede actuar de forma excluyente, sino en concurrencia con otros principios y valores jurídicos, que en conjunto y no aisladamente deben actuar para decantar la solución aplicable al caso.

Y la solución a tal laguna no puede ser otra, como ya ha declarado este Centro Directivo en su Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, que la de acudir a la aplicación de la ley material española, según resulta de la concurrencia de los siguientes argumentos a su favor: a) la analogía con la figura de las «parejas de hecho homosexuales» reconocidas y reguladas por un amplio número de leyes autonómicas españolas que, bien como criterio de conexión bien como elemento delimitador de su ámbito de aplicación, acuden preferentemente a la vecindad administrativa, concepto vinculado a la residencia habitual de sus miembros; b) la proximidad *forumius;* c) el principio general de nuestro Derecho civil del *favor matrimonii;* d) la consideración del *ius nubendi* como derecho fundamental en nuestro Ordenamiento constitucional (artículo 32) puesto en conexión con la extensión de la prohibición de toda discriminación a las ejercidas por razón de «orientación sexual», acogida novedosamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 en su artículo 21 como categoría autónoma y distinta de la prohibición de discriminación por razón de sexo, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos había asociado tradicionalmente a las discriminaciones de género (Sentencias de 17 de octubre de 1986 –Caso Rees contra Reino Unido–, de 27 de septiembre de 1990 –Caso Cossey contra Reino Unido–, de 27 de septiembre de 1999 –Caso Smith y Grady contra Reino Unido–), hasta su Sentencia de 21 de diciembre de 1999 –Caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal– y 31 de julio de 2000 –Caso A.D.T. contra Reino Unido– en que se afirma la existencia de violación de los artículos 8 y 14 del Convenio, por apreciar la existencia de una discriminación por razón de «orientación sexual»; e) la vinculación del ejercicio efectivo del derecho al matrimonio con el principio del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución; e) la necesidad de interpretar las leyes con arreglo a la «realidad social del tiempo en que han de aplicarse» (artículo 3 CC), siendo así que en la actualidad en España se viven de forma coetánea los fenómenos del reconocimiento social de muy diversas formas de convivencia familiar y el de una intensa inmigración, cuya integración reclama la ampliación de los espacios jurídicos de reconocimiento del estatuto personal basado en la residencia habitual, como pone de manifiesto la reciente reforma del artículo 107 del Código civil operada por Ley 11/2003, de 29 de septiembre, en materia de ley aplicable a la separación y el divorcio; f) finalmente, ésta fue también la solución que alumbró la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo durante los años de vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932 para permitir el divorcio de españoles casados con extranjeros nacionales de países

que no reconocían en la época esta institución (*vid.* Sentencias de 27 de enero de 1933, 10 de julio de 1934 y 4 de diciembre de 1935).

Todo ello conduce a la obligada conclusión de que el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos de forma y competencia del órgano que deba autorizar el matrimonio previstos en nuestro Ordenamiento jurídico (Consulta DGRN 23 de diciembre de 2004), lo que hace innecesario y, en consecuencia, improcedente como trámite superfluo (cfr. artículo 345.II RRC) la exigencia de la prueba de la conformidad con el Derecho extranjero de la nacionalidad de uno de los contrayentes del matrimonio cuya autorización se solicita, como ya indicó este Centro Directivo en su reciente Resolución de 26.6.ª de octubre de 2005.

La conclusión anterior no puede verse alterada por el hecho de que tanto España como Portugal hayan firmado y ratificado el Convenio núm. 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980 y que entró en vigor para España el 1 de junio de 1988 y para Portugal el 1 de febrero de 1985, conforme a cuyo artículo 1 «Cada Estado contratante se compromete a expedir un certificado de capacidad matrimonial conforme al modelo anexo al presente Convenio, cuando lo solicite uno de sus nacionales con objeto de celebrar su matrimonio en el extranjero y cumple, conforme a la ley del Estado que expide el certificado, las condiciones para contraer el matrimonio».

Ciertamente son numerosos los países que ya antes del citado Convenio expedían certificados de capacidad matrimonial a sus ciudadanos cuando éstos los precisan para celebrar un matrimonio en el extranjero. Éste es el caso, entre otros, de los países vinculados al Convenio de La Haya de 1902, relativo a la regulación de los conflictos de leyes en materia de matrimonio, que expedían tales certificados en virtud del artículo 4 de dicho Convenio. Por su parte, el Convenio sobre celebración y reconocimiento de los matrimonios elaborado por la Conferencia de La Haya y concluido el 14 de marzo de 1976, cuyo objeto fue reemplazar el anterior Convenio de 1902, no reguló expresamente esta materia. Precisamente por ello, la Comisión Internacional del Estado Civil, vista la importancia y utilidad práctica que habían demostrado los certificados de capacidad matrimonial, elaboró el Convenio de Munich de 3 de septiembre de 1980 con objeto de regular la expedición de tales certificados de acuerdo con un modelo uniforme y plurilingüe, estableciendo en su artículo primero, antes transcrito, la obligación a cargo de todos los Estados contratantes de procurar a sus nacionales, cuando éstos pretenden contraer matrimonio en el extranjero, un certificado según el modelo uniforme aprobado atestando su capacidad matrimonial de acuerdo con su propia ley nacional.

Ahora bien, según resulta de la interpretación auténtica de dicho Convenio contenida en el «Rapport explicatif» del mismo adoptado por la Asamblea General de la Comisión Internacional del Estado Civil el mismo día 3 de septiembre de 1980, fecha de aprobación del Convenio, éste «no se opone a la aplicación de las reglas en vigor en los Estados contratantes que no exigen un certificado de capacidad matrimonial», previsión que encaja precisamente en el caso español, ya que la única norma de Derecho Interno que contempla la exigencia de tales certificados, aparte de los supuestos de matrimonios evangélicos, islámicos e israelitas (*vid.* artículos 7 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre), es el artículo 252 del Reglamento del Registro Civil que contiene una norma de extensión inversa al establecer que si los contrayentes han manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero «con arreglo a la forma establecida en el lugar de celebración y esta Ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial, una vez concluido el expediente con auto firme favorable, el instructor entregará a aquéllos tal certificado». Este precepto, redactado por el Real Decreto 1917/1986, 29 de agosto, se introdujo en nuestro Derecho anticipándose el autor reglamentario a la entrada en vigor para España del Convenio de Munich, pero obsérvese que el transcrito precepto no impone un trámite obligado de expedición de certificado de capacidad matrimonial, sino que a modo de «norma de extensión inversa» prevé el procedimiento de expedición de tales certificados cuando la ley extranjera correspondiente al lugar de celebración del matrimonio, con arreglo a cuya forma éste haya de tener lugar, exija la presentación de un certificado de capacidad matrimonial. Regla que no resulta aplicable al presente supuesto en el que el matrimonio proyectado se pretende celebrar en España. En definitiva como ya señaló esta Dirección General en su Resolución de 4 de diciembre de 1991, no hay base legal alguna para aplicar por razón de reciprocidad esta regla del artículo 252 RRC al supuesto inverso de que un extranjero desee celebrar matrimonio civil en España, ya que la ley española, como se ha apuntado no impone que la aptitud matrimonial del extranjero se justifique exclusivamente por medio de aquel certificado.

Tampoco se puede interpretar el artículo 1 del Convenio de Munich en el sentido de entender que

contiene una modificación del artículo 12 núm. 1 del Código civil español que fija la ley española como la competente para llevar a cabo la calificación que ha de conducir a la determinación de la norma de conflicto aplicable, siempre que intervengan autoridades del foro, lo que podría conducir a entender que la calificación del requisito identidad/diversidad de sexo que se ha hecho en los precedentes fundamentos de Derecho debe ceder ante la calificación que de ese mismo requisito hagan las autoridades competentes portuguesas, puesto que el mismo «Rapport explicatif» antes aludido, en sus comentarios al artículo 1 del Convenio, aclara expresamente que «el Convenio no obliga a la autoridad del lugar de celebración a proceder al matrimonio» y que «en el caso de que la autoridad del país de celebración del matrimonio estime que los datos del certificado son insuficientes para permitir el matrimonio, el Convenio no le impide solicitar documentos suplementarios», corolario de lo cual es que «en caso de existencia de un impedimento para el matrimonio, se puede denegar su celebración». Por ello mismo se debe concluir que en caso de que el Estado de origen del extranjero establezca un requisito que no es exigible conforme a la legislación del lugar de celebración, cuando éste coincide con el de la residencia habitual del interesado y se trate de materia regida por la ley determinada por tal residencia, como sucede en el presente caso, la denegación de la expedición del certificado de capacidad matrimonial por parte de las autoridades del país de procedencia del contrayente extranjero no puede ser obstáculo para su válida celebración en España.

Esta conclusión se ha de ratificar a la vista del objetivo a que responde la Convención de Munich que no es otro que el de «facilitar la prueba de que los interesados reúnen las condiciones requeridas para concluir el matrimonio» (*vid.* «Rapport explicatif») y atendiendo a que el propio preámbulo del Convenio cita como marco de referencia la previa Recomendación relativa al derecho al matrimonio adoptada por la Asamblea General de la Comisión Internacional del Estado Civil en Viena el 8 de septiembre de 1976 que, a su vez, asume claramente el principio del *favor matrimonii* al recordar la tendencia general en todos los países miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil a facilitar la conclusión de los matrimonios, así como a mantener la validez del vínculo matrimonial, por lo que se debe rechazar por absurda cualquier interpretación del Convenio que conduzca al resultado de impedir la celebración de un matrimonio que podría celebrarse de no existir el propio Convenio. En definitiva, sucede respecto del certificado de capacidad matrimonial lo mismo que respecto de los certificados de fe de vida y estado, que son un medio de prueba de la existencia y estado civil de la persona, pero no el único instrumento probatorio de tales extremos. El artículo 363 del Reglamento del Registro Civil, como ya indicó esta Dirección General de los Registros y del Notariado en su Consulta de 22 de marzo de 2004, regula como medio de prueba de la existencia de un individuo su mera comparecencia y el acta notarial de presencia, en tanto que el estado de soltero, viudo o divorciado pueden ser acreditados «por declaración jurada o afirmación solemne del propio sujeto o por acta de notoriedad», sin que ante tales medios de prueba los organismos oficiales puedan exigir otros distintos, y ello sin perjuicio de que en caso de duda fundada se proceda a la pertinente investigación de oficio. En definitiva, la denegación por parte de las autoridades extranjeras de la nacionalidad de uno de los contrayentes del certificado de capacidad matrimonial previsto en el Convenio núm. 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil no es obstáculo para la celebración del matrimonio en España si el único motivo de la denegación de dicho certificado es la identidad de sexos de los contrayentes.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Denegación de la inscripción de una escritura de extinción de condominio al constar en el título que los compradores adquirían para su sociedad ganancial ya que no puede alterarse el contenido de los asientos sin una acreditación fehaciente de lo manifestado que desvirtúe el contenido de la escritura pública de compraventa que motivó la inscripción vigente.

RESOLUCIÓN DE 4 DE ABRIL DE 2006

Al haber desistido el Registrador del mantenimiento del segundo defecto de la nota de calificación, queda limitado el presente recurso al primero de los defectos señalados. En concreto se plantea si basta con la simple manifestación para la rectificación de los asientos del Registro, cuando un bien

consta como ganancial, y según los otorgantes de la escritura de disolución de condominio ahora calificada, el inmueble pertenecía a ambos cónyuges por mitad y pro indiviso por estar solteros; o si por el contrario, es preciso que se presente documento acreditativo del error y que por tanto subsane el mismo. La cuestión se plantea en relación al primer matrimonio de uno de los condóminos adjudicatario del bien, no del segundo.

La especial naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, que este Centro ha calificado como de comunidad germánica y la sujeción de los bienes a un especial régimen de responsabilidad incluso por actuaciones de uno solo de los cónyuges que sean a cargo de la sociedad; la presunción de ganancialidad existente en nuestro Derecho (artículo 1361 Código Civil) y la protección a acreedores y herederos forzosos (cfr. artículos 1324 CC y 95.4 del Reglamento Hipotecario), unido a la presunción de existencia y validez de los pronunciamientos registrales (artículos 1, 32, 38, 34, 37 y tantos otros de la Ley Hipotecaria), basada en la presunción de legalidad de la escritura pública (artículo 17 bis de la Ley del Notariado), llevan necesariamente a la conclusión de que no puede alterarse el contenido de los asientos sin una acreditación fehaciente de lo manifestado que desvirtúe el contenido de la escritura pública de compraventa que motivó la inscripción vigente.

En el caso concreto se desestima por tanto el recurso, al no resultar claramente establecido o manifestado, que en el momento de otorgarse la escritura previa de compraventa, estuvieran todavía los adquirentes solteros; es más de la escritura calificada podría interpretarse que en la fecha de adquisición estaban casados, aunque en realidad habían comprado antes en estado de solteros. Todo esto lleva a la confirmación de la calificación registral en cuanto al defecto señalado en el primer apartado de la nota de calificación. Debe al mismo tiempo destacarse la facilidad con que puede acreditarse la fecha del matrimonio de los anteriores cónyuges, simplemente con aportación como complementario de un certificado de matrimonio, lo que permitiría la inscripción del título principal si resultase que la fecha del matrimonio es posterior a la escritura de compraventa.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Procede la inscripción de un bien como privativo de conformidad con los artículos 1324 del CC y 95 del RH, sobre la base de la confesión efectuada con posterioridad a la adquisición de la finca por la esposa en documento público (testamento).

RESOLUCIÓN DE 13 DE MAYO DE 2006

Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

a) El día 9 de julio de 1970, mediante escritura otorgada ante don José Antonio García de Cortazar Nebreda, don José, casado en régimen de sociedad de gananciales con doña Juana, compró la finca 20.456 del Registro de la Propiedad número uno de Talavera de la Reina; dicha finca fue inscrita en el citado Registro, conjuntamente, sin atribución de cuotas, para la sociedad conyugal.

b) Doña Juana, falleció el día 5 de noviembre de 2002, bajo testamento otorgado el 23 de julio de 1971, ante don Sebastián Rivera Peral, con el número 670 de protocolo, disponiendo en su cláusula cuarta: «Cuarta.–Reconoce la testadora y es su voluntad que se le adjudique en pleno dominio, el piso en Talavera de la Reina, en su calle Cabeza del Moro 6, 3.º, a su esposo dicho, no obstante estar titulado formalmente como ganancial, es privativo de su esposo don José, lo que reconoce a todos los efectos que dicho piso ha sido adquirido con bienes propios y privativos del mismo».

c) El día 24 de noviembre de 2005, don José, otorgó escritura de constatación de privatividad, en base a la citada disposición testamentaria de su esposa, que se presenta en el Registro de la Propiedad, denegando la Registradora la inscripción por los defectos a que anteriormente se ha hecho referencia.

La legislación española en materia de régimen económico matrimonial sufrió un cambio radical con la promulgación de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de reforma del Código Civil, pues mientras la normativa anterior del Código establecía en su artículo 1335 la prohibición de donaciones entre cónyuges, y el artículo 1407 la presunción del carácter ganancial

de todos los bienes del matrimonio, salvo prueba en contrario, sin dar valor a las manifestaciones de los esposos, en la actualidad el artículo 1323 permite al marido y a la mujer transmitirse bienes y derechos por cualquier título, y el artículo 1324 reconoce valor probatorio *inter partes* a las manifestaciones de los cónyuges para determinar que ciertos bienes, son propios de uno de ellos.

Solicitada, en el presente caso, la inscripción de un bien como privativo de conformidad con el artículo 1324 del Código Civil y 95 del Reglamento Hipotecario, sobre la base de la confesión efectuada con posterioridad a la adquisición de la finca, en un documento público (en este caso un testamento), aquélla resulta dotada de plena validez, como acto propio vinculante para el confesante; en este sentido, como tiene señalado este Centro Directivo en anteriores pronunciamientos (Cfr. Resolución de 2 de octubre de 1984), la confesión hace prueba contra su autor y produce todos sus efectos en la esfera interna y frente al propio confesante. En consecuencia, la calificación, tal y como ha sido formulada, no puede mantenerse ya que el número 6 del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, recoge la posibilidad de reflejar en el Registro la confesión cuando se hiciere con posterioridad a la inscripción de la adquisición.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se revoca la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad que se negaba a inscribir una escritura de préstamo hipotecario por no manifestarse que no constituía vivienda familiar.

RESOLUCIÓN DE 22 DE MAYO DE 2006

La presente Resolución tiene por objeto resolver el recurso interpuesto por don Héctor R. Pardo García, Notario de Santiago de Compostela, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Negreira, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario inmediatamente posterior a una Escritura de compraventa, por no manifestarse que no constituye vivienda habitual o no acreditarse el consentimiento del cónyuge (artículo 1320 del Código Civil), manifestando la otorgante estar casada en régimen de separación de bienes.

Los defectos recogidos en la nota de calificación son tres: 1) No se acredita el consentimiento del cónyuge de la hipotecante para disponer de la vivienda ni se contiene en la escritura manifestación alguna acerca del carácter de la misma; 2) No se acreditan las facultades de representación invocadas por don Enrique; 3) La escritura de préstamo hipotecario contiene cláusulas no inscribibles.

De los tres defectos, según se deduce del escrito de recurso, únicamente se recurre el primero.

El artículo 1320 del Código civil, introducido por la Ley de reforma de 13 de mayo de 1981, responde a la necesidad de conservación del hogar familiar.

Ahora bien, este artículo 1320 del Código Civil está pensado para aquellos supuestos de disposición, debiendo entenderse incluida la constitución de hipoteca, de la vivienda habitual perteneciente a uno solo de los cónyuges, pero no lo está para el supuesto de hipoteca en garantía de préstamo hipotecario que financia la adquisición de la misma vivienda hipotecada aun y cuando el destino final de la vivienda adquirida sea constituir el hogar familiar, porque ello implicaría una restricción de las facultades adquisitivas de los cónyuges, no permitida en nuestro Derecho, donde los cónyuges pueden adquirir toda clase de bienes aun cuando éstos estén gravados y aun cuando vayan a constituir el domicilio conyugal, sin contar con el consentimiento del otro cónyuge ni hacer manifestación alguna acerca de su destino final, y ello tanto si su régimen económico matrimonial es el de separación de bienes (artículo 1437 del Código Civil) como el de gananciales (cfr. artículo 1370 del Código Civil y Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de junio de 1993 y 4 de marzo de 1999).

Por tanto, no siendo aplicable el artículo 1320 del Código Civil al supuesto en el que ingresa ya gravado el bien inmueble en el patrimonio del cónyuge, cualquiera que vaya a ser su destino final, una interpretación finalista del precepto legal nos debe llevar a la misma conclusión cuando el acto de gravamen se realiza en la escritura inmediata posterior a la compra y tiene por finalidad la financiación de la propia vivienda hipotecada.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Figurando la vivienda familiar como adquirida por los cónyuges en estado de solteros, se deniega la inscripción del convenio regulador en el que liquidaban la sociedad de gananciales y se adjudica la misma al esposo quien abona a la esposa en metálico el exceso de adjudicación, siendo necesario que conjuntamente extingan el condominio de la parte privativa del inmueble.

RESOLUCIÓN DE 3 DE JUNIO DE 2006

Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

a) En sentencia firme de divorcio, se aprueba el convenio regulador propuesto por los cónyuges, que contiene, entre otros extremos, la liquidación de la disuelta sociedad de gananciales.

b) En dicho convenio se inventaría en el activo de la disuelta sociedad conyugal, dos bienes que se dicen pertenecientes a la sociedad de gananciales por compra.

c) Esos dos bienes, uno de ellos la vivienda que había venido constituyendo el domicilio conyugal –con su garaje anejo– y el otro el trastero situado en el mismo inmueble, son adjudicados al marido, compensando éste el exceso a la que había sido su esposa, en efectivo metálico.

d) La Registradora deniega la inscripción de la vivienda en el Registro, única que había sido solicitada, por constar inscrita a nombre de ambos esposos por mitades indivisas con carácter privativo, por compra en estado de solteros.

El alcance de la calificación de los documentos judiciales ha sido objeto de numerosa doctrina de esta Dirección General, que, como consecuencia de lo establecido en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario ha declarado que, si bien no compete al Registrador entrar en el fondo de las resoluciones judiciales, sí puede y debe examinar la competencia del Juzgado o Tribunal, la congruencia del mandato judicial y los obstáculos que surjan del Registro. En este caso, el obstáculo registral deriva del principio del tracto sucesivo consagrado por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que exige la inscripción de los distintos actos o negocios traslativos que enlazan la titularidad registral actual y la que ahora se pretende inscribir, debiendo existir identidad entre el derecho tal como se configura en el Registro y como se hace en el título que ahora se pretende inscribir.

Proclamada en nuestro Derecho la posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (cfr. artículo 1323 del Código Civil), nada se opone a que éstos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente, puedan intercambiarse bienes privativos; ahora bien, puesto que el objeto de la liquidación es exclusivamente la división por mitad del haber resultante después de pagados los acreedores consorciales (cfr. artículo 1404 del Código Civil), no puede entenderse que esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tengan como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio; habrá en ocasiones, un negocio complejo en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación, a su favor, de bienes privativos del otro cónyuge, o simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa.

Así tratándose de la vivienda familiar, como ocurre en este caso, si se han realizado pagos del precio aplazado de la misma, con dinero ganancial, la titularidad privativa inicial, habrá devenido *ex lege* con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (cfr. artículos 1357.2 y 1354 del Código Civil), pero esa situación y la consiguiente extinción de condominio, para tener acceso registral, tiene que ser así convenida por las partes y tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así nítidamente, en el correspondiente documento, y no pretender su inscripción en virtud del negocio calificado, que lo es exclusivamente de liquidación de sociedad conyugal y cuya efectividad presupone, por tanto, el carácter ganancial de los bienes adjudicados (cfr. artículos 1397, 1404 Código Civil, y 18 Ley Hipotecaria).

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Al no existir prueba suficiente de la procedencia del precio, no puede practicarse la inscripción de unas participaciones indivisas de unos inmuebles con carácter privativo, sin perjuicio de poder realizarla con dicho carácter, por confesión del cónyuge, si la manifestación realizada por la adquirente, es ratificada por éste.

RESOLUCIÓN DE 10 DE JUNIO DE 2006

Hace referencia el Registrador en su informe a una cuestión de índole formal: Que el recurrente no acredita la representación en virtud de la cual actúa. Es cierto que el artículo 325.a) de la Ley Hipotecaria exige que si el recurrente no es una de las personas legitimadas para impugnar la calificación registral ni ostenta notoriamente su representación, debe acreditar ésta de forma auténtica. Pero la misma norma establece que, el defecto consistente en esa falta de acreditación, puede subsanarse dentro del plazo no inferior a diez días que al efecto ha de concederse. Y si bien no precisa en qué fase del procedimiento ni por quién se ha de advertir ese defecto formal para su subsanación, bien cabe entender que es en el momento inicial, por el propio registrador al que se presente el recurso, sin perjuicio de que la omisión pueda y deba subsanarse en su caso por este Centro Directivo en cuanto competente para resolver el fondo del asunto.

Hecha esta precisión y no obstante la misma, razones de economía procedimental, aconsejan abordar el fondo del asunto, pues en definitiva su subsanación obligaría posteriormente a abordar la pretensión del recurrente, la cual no puede prosperar en ningún caso.

Se debate en el presente recurso, la posibilidad de inscribir con carácter privativo una participación indivisa de unas fincas, que le han sido adjudicadas a una de las accionistas, en una escritura de liquidación de una sociedad anónima, concurriendo las siguientes circunstancias:

a) En la escritura de compra de acciones por parte de dicha accionista se hizo constar que el dinero invertido en la adquisición de dichas acciones era privativo de ella, procedente de una donación que le hicieron sus padres en documento privado de fecha de 25 de noviembre de 1997, que fue autoliquidada en la Dirección General de Tributos, Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, con fecha de 4 de diciembre de 1997, documento que se acompaña. Dicha manifestación no fue ratificada por su consorte.

b) El Registrador de la Propiedad suspende la inscripción de dicha adjudicación por no resultar debidamente acreditado el carácter privativo de la adquisición, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario.

El recurso no puede prosperar: El artículo 95 del Reglamento Hipotecario permite la inscripción con carácter privativo de bienes del cónyuge adquirente casado bajo el régimen de sociedad de gananciales siempre que el carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido se justifique mediante prueba documental pública. En el presente caso se aporta documento privado que contiene una donación de una cantidad de dinero y, en la escritura de compra de acciones, manifiesta la compradora que el dinero invertido en la misma proviene de la donación que fue realizada por sus padres en dicho documento privado, si bien no se prueba que fuera ésa la cantidad la que se entregó a los vendedores.

Como ya dijera la Resolución de 7 de diciembre de 2000, la manifestación hecha ante el Notario es prueba documental pública de que tal manifestación se ha realizado, pero no de la realidad de los hechos a que la manifestación se refiere. Por todo ello, al no existir prueba suficiente de la procedencia del precio, no puede practicarse la inscripción con carácter privativo, sin perjuicio de poder realizarla con dicho carácter, por confesión del cónyuge, si la manifestación realizada por la adquirente, es ratificada por éste.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, en los términos que resultan de los fundamentos expuestos.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Validez de la escritura de adición de un inmueble a la liquidación de la sociedad de gananciales por más que pueda sospecharse que esa aportación y la inmediata disolución y liquidación del haber no son sino un mecanismo articulado exclusivamente para obtener indirectamente un fin totalmente ajeno como es el desplazamiento de un bien del patrimonio particular de un cónyuge al patrimonio personal de su consorte.

RESOLUCIÓN DE 22 DE JUNIO DE 2006

1. Son hechos relevantes en el presente recurso los siguientes:

a) Los ahora recurrentes contrajeron matrimonio el día 13 de marzo de 1974, con sujeción al régimen legal supletorio de gananciales.

b) Por escritura de capitulaciones otorgada el día 20 de diciembre de 1988, el matrimonio comenzó a regirse por el sistema de separación de bienes.

c) Por escritura otorgada el 29 de julio de 1999, que motiva el presente recurso, ambos otorgantes rectifican la anterior de 20 de diciembre de 1988 y expresan: 1.º Que en dicha escritura rectificada se omitió la finca que se describe; 2.º Que aunque dicha finca se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad con carácter privativo a nombre del marido, fue adquirida constante matrimonio en régimen legal de gananciales, por título de permuta de fecha 13 de enero de 1986, a cambio de solar privativo (adquirido por herencia); 3.º Que, a pesar del carácter privativo con que figura inscrita, el cónyuge titular «reconoce a los efectos del artículo 1355 del Código Civil, la ganancialidad de la misma»; y 4.º Que dicha finca se adjudica por disolución de gananciales a la esposa, con la obligación de pagar determinados préstamos hipotecario y personal.

d) La Registradora deniega la inscripción porque, según argumenta en su calificación, en el título presentado se pretende que por error dicha finca no se incluyó en la liquidación de gananciales, cuando no pudo incluirse por ser privativo (adquirida en sustitución de otra adquirida por herencia materna); y el reconocimiento de ganancialidad que el marido hace con base en el artículo 1355 del Código Civil no es admisible, ya que dicho artículo sólo se aplica a los bienes adquiridos «a título oneroso durante el matrimonio», lo que no es el caso. Cita en apoyo de su calificación los artículos 1346.2.°, 1355 y 1398 del Código Civil.

Para resolver la cuestión que plantea la calificación impugnada se hace necesario determinar la eficacia de la atribución de ganancialidad que tiene por objeto un bien privativo adquirido por el esposo, mediante permuta, constante la sociedad de gananciales, con la circunstancia de verificarse dicha atribución expresa en un momento posterior a la adquisición de dicho bien.

La regulación que del régimen económico matrimonial contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad que se manifiesta, entre otros, en los artículos 1315 (libertad en la determinación del régimen económico), 1325 (libertad en cuanto a su estipulación, modificación o sustitución), 1328 (libertad de pacto en tanto las estipulaciones no sean contrarias a las leyes o las costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge) y 1323 (posibilidad de transmitirse los cónyuges por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos), sin más limitaciones que las establecidas en el mismo Código (cfr. artículo 1315).

El propio artículo 1355 –al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cual sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación– se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento de la autonomía privada, y constituye una manifestación más del principio de libertad de pactos que se hace patente en el mencionado artículo 1323. Precisamente la aplicación de este principio hace posible también que, aun cuando no concurran los presupuestos de la norma del artículo 1355, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos. Así lo admitió esta Dirección General en Resolución de 10 de marzo de 1989 que, respecto del pacto específico de atribución de ganancialidad a la edificación realizada con dinero ganancial sobre suelo privativo de uno de los cónyuges, señaló que «aun cuando la hipótesis considerada no encaje en el ámbito definido por la norma del artículo 1355 del Código Civil (que contempla la posibilidad de asignar de modo definitivo el carácter ganancial solamente respecto de los

bienes adquiridos a título oneroso, tanto si hubiere indeterminación sobre la naturaleza de la contraprestación al tiempo de la adquisición como si ésta fuera inequívocamente privativa), no por ello ha de negarse la validez y eficacia del acuerdo contenido en la ... escritura calificada, toda vez que los amplios términos del artículo 1323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto –entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada con sus propios elementos y características–, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (artículos 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil». Este criterio ha sido posteriormente confirmado en Resoluciones de 14 de abril de 1989, 7 y 26 de octubre de 1992, 28 de mayo de 1996, 11 de junio de 1993, 15 y 30 de diciembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 21 de julio de 2001, 17 de abril de 2002, 12 de junio y 18 de septiembre de 2003, entre otras.

La posibilidad de tales desplazamientos patrimoniales entre cónyuges mediante la atribución de carácter consorcial a determinados bienes privativos también es expresamente reconocida en algunas legislaciones civiles forales o especiales (cfr. artículo 33.1 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico-matrimonial y viudedad, de Aragón; y Ley 82, párrafo segundo, número 3, de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo).

Por lo demás, la mencionada aportación de derechos concretos a la comunidad conyugal o la comunicación de bienes entre cónyuges puede ser consecuencia tanto de un pacto extracapitular, como de convención contenida en capitulaciones matrimoniales, e incluso de un régimen económico matrimonial legal como ocurre, por ejemplo, con el régimen de comunicación foral de bienes de Vizcaya (cfr. artículos 95, 96 y 97 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco). Así, conforme al artículo 90.1, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario, si los bienes estuvieren inscritos a favor de uno de los cónyuges y procediera legalmente, de acuerdo con la naturaleza del régimen matrimonial, la incorporación o integración de los mismos a la comunidad, podrá hacerse constar esta circunstancia por nota marginal.

Ciertamente, según la referida doctrina de este Centro Directivo, los elementos constitutivos del negocio por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial han de quedar precisados debidamente, también respecto de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales. Ahora bien, interesa precisar que dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, algunas de las Resoluciones citadas consideran suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, y entienden inscribibles: la escritura por la que el marido aporta a su sociedad de gananciales una finca que había adquirido por legado, y se expresa que se «... aporta ... con derecho a su reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la disolución» (Resolución de 21 de julio de 2001); el pacto capitular por el que se inicia una nueva sociedad de gananciales a la que se aporta «gratuitamente» un bien privativo (Resolución de 30 de diciembre de 1999); la escritura por la que se aporta a la sociedad conyugal una vivienda privativa del marido y se expresa que «La causa de dicha aportación tiene su origen en eliminar dificultades a la hora de liquidar su sociedad de gananciales debido a los gastos habidos al contraer matrimonio y que el préstamo hipotecario reseñado se está reintegrando y se va a pagar con dinero ganancial» (Resolución de 17 de abril de 2002, según la cual «... si bien es cierto ... que la afirmación de querer facilitar la liquidación es más motivo que causa, también lo es que se expresa en la escritura una causa onerosa suficiente para el desplazamiento patrimonial, la cual viene constituida por ser la aportación compensación de los gastos realizados para contraer matrimonio, unida al hecho de que el precio de la vivienda pendiente de pago se va a satisfacer con dinero ganancial»); la convención en capitulaciones por la que se aportan por ambos cónyuges bienes a la nueva sociedad de gananciales que se constituye, estimando los otorgantes de igual valor los aportados por cada uno de ellos (lo que, según la Resolución de 8 de mayo de 2000, «no plantea, desde ningún punto de vista, problema alguno de expresión de la causa»); y la escritura por la que dos cónyuges casados en régimen de gananciales declaran que, sobre una finca privativa del marido al haberla adquirido por título de donación, han construido una edificación, con aportaciones proporcionales a fin de que el valor del solar quede compensado con una mayor aportación privativa de la esposa en el dinero invertido en la construcción, igual al valor del solar, de modo que cada uno de los cónyuges resulte tener el mismo interés económico en el edificio resultante y en suelo, por lo que solicitan la inscripción corres-

pondiente con carácter ganancial (Resoluciones de 12 de junio y 18 de septiembre de 2003, según las cuales «si bien, como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo, en nuestro Derecho toda transferencia patrimonial debe tener causa, y la misma, a efectos registrales no puede presumirse, no lo es menos que, en la escritura presentada, además de la declaración de obra nueva, se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso que, aunque no esté expresamente nombrado, puede tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en él contenido»).

No obstante, cabe tener en cuenta que los referidos pactos de atribución de ganancialidad tienen la finalidad de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, y por ello están trascendidos por la relación jurídica básica –la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial–. Se trata de sujetar el bien al peculiar régimen de afección propio de los bienes gananciales, en cuanto a su administración, disposición, cargas, responsabilidades, liquidación que puede conducir a su atribución definitiva a uno u otro cónyuge, de acuerdo con las circunstancias de cada uno, o sus respectivos herederos.

De la relación jurídica matrimonial derivan un conjunto de efectos jurídicos (derechos, obligaciones, facultades, deberes, cargas, potestades) que inciden en todas las esferas de la vida de cada cónyuge (personal y patrimonial). La vida matrimonial crea, entre los cónyuges, necesidades y obligaciones comunes, de naturaleza personal y patrimonial. Cabe entender que el desplazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio u otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad). Por ello, se llega a afirmar que encuentran justificación en la denominada *causa matrimonii*, de la que, históricamente puede encontrarse algunas manifestaciones como la admisión de las donaciones *propter nupcias* de un consorte al otro –a pesar de la prohibición general de donaciones entre cónyuges–, o la antigua dote. Y es que, aun cuando no puedan confundirse la estipulación capitular y el pacto específico sobre un bien concreto, la misma causa que justifica la atribución patrimonial en caso de aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1993, según la cual «Siendo los capítulos por su propia naturaleza actos jurídicos cuyo tratamiento es el de los onerosos, difícilmente podría ser impugnado como carente de causa»; y la Resolución de 21 de diciembre de 1998) debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio. En ambos casos se trata de convenciones que participan de la misma *iusta causa traditionis*, justificativa del desplazamiento patrimonial *ad sustinenda oneri matrimonii*.

Puede concluirse, por todo ello (aunque no sea necesario para decidir la cuestión planteada en este recurso) que, pudiendo tener carácter oneroso o gratuito, puede presumirse –en último término, mediante la aplicación de los principios que sirven de fundamento a la norma del artículo 1358 del Código Civil– que, salvo pacto en contrario, el desplazamiento patrimonial derivado de la convención de ganancialidad dará lugar al reembolso previsto en dicho precepto, que no es causa de la atribución o aportación, sino consecuencia de la misma, exigible al menos en el momento de la liquidación, y que no es propiamente precio.

Como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 1991 «las convenciones sobre el régimen matrimonial no constituyen donaciones, ni siquiera si, como en la comunidad universal, implican desplazamientos sin correspectivo». Y, según este concepto del pacto de ganancialidad, alcanza pleno significado la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala Tercera– de 2 de octubre de 2001, que en relación con la exención prevista por el artículo 45.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, regulador del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, diferencia nítidamente los «... actos en virtud de los cuales cada cónyuge adscribe un bien propio al régimen de administración, aprovechamiento y cargas inherente al régimen económico conyugal», a los que se aplica la exención, de cualquier otra transmisión o donación efectuada entre cónyuges, que estima sometida a tributación ordinaria.

En el presente caso, examinados el título cuya inscripción se pretende y la calificación de la Registradora, las objeciones por ésta expresados no pueden confirmarse según lo expuesto anteriormente.

Es cierto que la escritura calificada no se caracteriza por la claridad y la precisión de su contenido, al limitarse a adicionar a la liquidación de gananciales determinada finca urbana –inscrita como privativa– porque el cónyuge titular registral «reconoce a los efectos del artículo 1355 del Código Civil, la ganancialidad de la misma». Así, no se especifica si se trata del reconocimiento de una atribución ya realizada constante la sociedad

de gananciales o si se hace ahora, ya disuelta, a los solos efectos de la liquidación, cuestión esta última sobre la que no debe ahora decidirse (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), habida cuenta del contenido de la calificación impugnada, escueta en exceso y de motivación claramente insuficiente, ya que la funcionaria calificadora se ha limitado a citar determinados preceptos legales; y no llega a proporcionarse al interesado razón lógica suficiente por la cual considera que el artículo 1355 del Código Civil no es aplicable al presente caso (pues la única razón expresada en la calificación –«que dicho artículo sólo se aplica a los bienes adquiridos "a título oneroso durante el matrimonio"»– no se corresponde con el hecho de que se trate de una adquisición por permuta durante el régimen de gananciales).

Por otra parte, la valoración conjunta de la total operación realizada hace dudar si la intención de las partes es efectivamente rectificar la escritura capitular sobre la base de lo ya convenido y liquidar las relaciones preexistentes entre los cónyuges, o si, por el contrario, esa aportación y la inmediata disolución y liquidación del haber no son sino un mecanismo articulado exclusivamente para obtener indirectamente un fin totalmente ajeno como es el desplazamiento de un bien del patrimonio particular de un cónyuge al patrimonio personal de su consorte, eludiendo así las exigencias y consecuencias jurídicas inherentes a los cauces negociales adecuados para alcanzar tal objetivo.

Ahora bien, como ha quedado expuesto, la decisión del presente recurso ha de ceñirse exclusivamente a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador; y, además, la declaración sobre una posible simulación negocial debe quedar reservada al ámbito judicial, dado lo limitado de los medios de calificación de que dispone el Registrador (títulos presentados y asientos del Registro –cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria–), debiendo señalarse que la calificación de los documentos presentados no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento (cfr. artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 101 del Reglamento Hipotecario), porque como ya se expresara en la Resolución de este Centro Directivo de 12 de septiembre de 1937 «... la simulación, el *fraus legis* u otro hipotético negocio de los denominados por la doctrina oblicuos o indirectos son posibles en casi todos los actos jurídicos y en su apreciación [el Registrador] excede en este caso de la función calificadora».

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación de la Registradora, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de derecho.

SUCESIONES

Denegación de la inscripción de la escritura de compraventa otorgada en virtud de sentencia judicial en procedimiento seguido contra los herederos desconocidos de una persona fallecida ya que dicha indeterminación no garantiza una adecuada defensa de los intereses de la herencia aún no aceptada.

RESOLUCIÓN DE 24 DE FEBRERO DE 2006

La presente Resolución tiene por objeto resolver el recurso gubernativo interpuesto por don José María y doña María Cruz contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Getafe, don Juan Sarmiento Ramos, a practicar la inscripción de una escritura de elevación a público de documento privado en procedimiento seguido contra herederos desconocidos de la vendedora.

En síntesis el motivo de la calificación negativa radica en el hecho de que en el pleito que dio origen al otorgamiento ahora cuestionado, la relación jurídico-procesal no se constituyó debidamente, al demandarse «a los posibles herederos de doña Valentina, de nombre y domicilio desconocidos», lo que provoca la indefensión de la masa hereditaria y, en consecuencia, la de los herederos llamados a la misma.

Se plantea, una vez más, en el presente recurso la delicada cuestión de precisar el alcance de la calificación registral frente a actuaciones judiciales.

Según doctrina reiterada de este centro directivo, el respeto a la función jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, impone a las autoridades y funcionarios públicos, incluidos, por tanto, también los Registradores de la Propiedad, el deber de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, sin que competa, por consiguiente, al Registrador de la Propiedad calificar los fundamentos ni siquiera los trámites del procedimiento que las motivan. No obstante, como también ha sostenido este Centro Directivo en reiteradas ocasiones el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento, garantizando así la salvaguarda de la autonomía privada (y, con ello, el propio tracto sucesivo entre los asientos del Registro, que no es sino un trasunto de ella), impediría dar cabida en el Registro a una extralimitación del Juez que entrañara una indefensión procesal patente, razón por la cual, el artículo 100 del Reglamento hipotecario (en consonancia con el artículo 18 de la propia Ley) extiende la calificación registral frente a actuaciones judiciales a la competencia del Juez o Tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento seguido y los obstáculos que surjan del Registro, aparte de a las formalidades extrínsecas del documento presentado.

Ese principio de tutela de la autonomía privada e interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral, afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o, si no, haya tenido, al menos, legalmente la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que, aunque no sea incumbencia del registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva procesal apreciadas por el Juzgador ni tampoco el cumplimiento de los trámites seguidos en el procedimiento judicial (a diferencia del control que sí le compete, en cambio, sobre los trámites e incidencias esenciales de un procedimiento o expediente administrativo, si se compara el tenor del artículo 99 frente al artículo. 100 del Reglamento Hipotecario), su calificación de actuaciones judiciales sí deba alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento, independientemente del modo en que se haya cumplimentado ese emplazamiento, cuya falta sí debe denunciar el Registrador pero cuyo modo sólo compete apreciar al juez.

Como ya dijera esta Dirección General, en su resolución de fecha 27 de octubre de 2003, la cuestión a dilucidar, es si la demanda interpuesta contra los ignorados herederos equivale al emplazamiento de la masa hereditaria aun no aceptada del titular registral fallecido, en cuya representación por rebeldía, dada la incomparecencia procesal, otorga el Juez la escritura al amparo del procedimiento seguido. No cabe entender, sin embargo, en este caso, que la herencia, siendo ignorados los llamados a aceptarla, como masa patrimonial carente transitoriamente de titular, haya sido parte en el proceso, al haberse omitido el procedimiento legalmente establecido al efecto, que prevé la adopción por el Juez de las disposiciones procedentes sobre la seguridad y administración de la herencia, en espera de un heredero definitivo, designando un administrador que la represente (artículos. 6.4, 7.5, 540, 790.1, 791.2.2.°, 797 y 798 de la Ley Enjuiciamiento Civil), con quien sustanciar entretanto el procedimiento, sin que la falta de ese cargo que asuma la defensa jurídica de la herencia pueda entenderse suplida simplemente mediante la demanda y citación genéricas de los causahabientes desconocidos del causante, con independencia del modo o garantías de las citaciones practicadas en los autos, pues no se trata aquí de una eventual tramitación defectuosa (que no compete al Registrador calificar), sino de una inadecuación, en este caso, entre la resolución recaída y el procedimiento legalmente previsto, incongruencia entre resolución y procedimiento que sí es materia a la que alcanza la potestad de calificación registral, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Ciertamente la anterior doctrina se sustentó en relación con la actual Ley de Enjuiciamiento civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), pero a la misma solución debe llegarse en relación con la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de acuerdo con los artículos 2, 1008, 1097, 1098 de esta Ley, 1020, 1026 del Código civil y 238.3 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder judicial, al determinar, este último precepto, la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa siempre que efectivamente se haya producido indefensión.

La demanda dirigida contra los herederos desconocidos de una persona fallecida no garantiza una adecuada defensa de los intereses de la herencia aun no aceptada (ni, por tanto, los del definitivo heredero que será, en última instancia, el Estado o entidad pública correspondiente, como resulta de los artículos 956 y siguientes del Código Civil y concordantes de la legislación foral), si no se adoptan las oportunas medidas de administración y garantía de ese patrimonio de titular transitoriamente indeterminado.

Respecto a la afirmación hecha por el recurrente en el sentido de que el indicado bien no formaba parte de la herencia por haber sido vendido con anterioridad, hay que oponer que el artículo 38.1 de la Ley Hipotecaria determina que a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular, presunción que deberá ser destruida en procedimiento seguido contra el titular registral, al estar los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los Tribunales (cfr. artículo 1.3 Ley Hipotecaria).

Tampoco cabría argumentar que no pueden pretender la salvaguarda del Registro quienes no se han acogido a ella inscribiendo su adquisición como herederos del titular registral fallecido, pues precisamente la protección registral implica la preservación de los derechos inscritos a favor de quien, en cualquier momento, acredite ser definitivamente heredero del titular registral difunto, aunque hasta entonces estuviera transitoriamente indeterminado o no fuera conocido.

SUCESIONES

Debe entenderse perfeccionada la donación en cuanto a las participaciones correspondientes a los donatarios que llegaron a aceptarla, mas habiendo sido la donación revocada antes de haberse notificado en forma auténtica a la donante la aceptación de los donatarios (cfr. artículo 633.3.º del Código Civil), debe entenderse que aquélla ha devenido ineficaz y en consecuencia no procede su inscripción en el Registro de la Propiedad.

RESOLUCIÓN DE 17 DE MAYO DE 2006

Se debate en este recurso si es inscribible una escritura de donación de la nuda propiedad de una finca, realizada por terceras partes indivisas a favor de una serie de nietos de la donante, dándose la circunstancia de que los donatarios de una de las participaciones no llegan a aceptar la donación, porque conocen antes la revocación de la misma por la donante, en tanto que en el caso de las dos terceras partes restantes, los donatarios llegan a aceptar la donación, pero antes de llegar la misma a conocimiento de la donante, ésta revoca la donación fundada precisamente en que la misma no ha sido perfeccionada por cuanto la donante no ha tenido conocimiento de la aceptación de los donatarios.

La doctrina científica y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se han planteado desde hace tiempo la coordinación entre los artículos 623 y 629 del Código Civil, es decir, sobre si la donación se perfecciona desde el momento que el donatario acepta la misma, o, por el contrario, si es preciso que el donante tenga conocimiento de la aceptación por el donatario. Parte de la doctrina y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 8 de abril de 1926, 22 de enero de 1930, 7 de marzo de 1932, 1 de diciembre de 1948 y 13 de noviembre de 1962) estiman que es necesario el conocimiento del donante para que se perfeccione la donación, aunque muchas veces, como se ha dicho, sin el propósito de decidir si la donación existe desde que es aceptada o desde que el donante conoce la aceptación, y en este sentido se pronunció también la Resolución de este Centro Directivo de 16 de abril de 1910. Otra parte de dicha doctrina y Jurisprudencia (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1896, 1 de diciembre de 1964 y 16 de abril de 1979), estiman que basta con que se haya realizado la aceptación, y en este sentido se pronunció también este Centro Directivo en su Resolución de 5 de agosto de 1907.

Sin embargo la doctrina y la Jurisprudencia más modernas (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1998) entienden que basta la aceptación pues, tanto los antecedentes del Derecho Romano como el Anteproyecto de Código Civil, el Proyecto de 1851 y la primera edición del Código refieren que la donación resultaba irrevocable desde que se producía la aceptación del donatario y se participaba al donante. Fue en la segunda edición del Código cuando se produjo el cambio de redacción, al sustituirse el adjetivo «irrevocable» por el verbo «perfecciona», con lo que ha de interpretarse que la donación se perfecciona por la aceptación (artículo 629 del Código Civil), pero puede ser revocada hasta tanto el donante no conozca la aceptación del donatario (artículo 623 del Código Civil). En este sentido, cabe aludir que el artículo 161 del Fuero de Navarra (Leyes de 1 de marzo de 1973 y 1 de abril de 1987) mantiene la redacción primera del Código Civil, en cuanto prevé que las donaciones de bienes inmuebles resultan irrevocables desde el momento en que

se hubiera notificado al donante la aceptación en escritura pública.

En consecuencia, en el caso objeto de recurso, debe entenderse perfeccionada la donación en cuanto a las participaciones correspondientes a los donatarios que llegaron a aceptarla, más habiendo sido la donación revocada antes de haberse notificado en forma auténtica a la donante la aceptación de los donatarios (cfr. artículo 633.3.º del Código Civil), debe entenderse que aquélla ha devenido ineficaz y en consecuencia no procede su inscripción en el Registro de la Propiedad.

SUCESIONES

No existe ningún obstáculo para que en una escritura de extinción de condominio la usufructuaria de una parte ceda su derecho a cambio de una determinada cantidad de dinero.

RESOLUCIÓN DE 3 DE MARZO DE 2006

Se presenta en el Registro escritura por la que una madre y sus tres hijos, dueña la primera de un tercio del usufructo de una finca y los segundos de dicho tercio en nuda propiedad y los dos tercios restantes en pleno dominio, por terceras partes, disuelven la comunidad adjudicando el pleno dominio a uno de los hermanos, quien, como contraprestación abona a su madre y hermanos una cantidad de dinero.

La Registradora suspende la inscripción porque «la usufructuaria de una tercera parte indivisa de la finca no tiene comunidad con ningún otro titular, porque no tiene comunidad con los dueños de la finca, y no existe ningún otro cotitular del derecho de usufructo ... por lo que no existe causa jurídica adecuada para la extinción de dicho derecho». La Notaria recurre.

Es del todo punto evidente que el recurso ha de ser estimado, pues, sin necesidad de entrar en un estudio de los conceptos, como hace la Registradora, es lo cierto que existe un pacto por el que se extingue el derecho de usufructo a cambio de una contraprestación, no existiendo ningún precepto que prohíba tal negocio, el cual tiene causa suficiente, como lo es la causa genérica onerosa del artículo 1274 del Código Civil.

Revista de Derecho de familia

SECCIÓN PRÁCTICA

Litis expensas: presupuestos para su concesión y momento procesal oportuno para solicitarlas

I. Presupuestos para la concesión de litis expensas

Como toda medida de carácter dispositivo será necesario que el cónyuge que se crea con derecho a litis expensas lo solicite de forma expresa –luego veremos el momento procesal oportuno- y, esto es también básico y fundamental, que en la petición determine su cuantía, puesto que no basta la mera petición ya que en estos casos hemos encontrado resoluciones judiciales que las han denegado precisamente por no indicar la cantidad que se solicita, no pudiendo el tribunal, a diferencia de lo que sucede con las medidas de carácter necesario, suplir la omisión de la parte. Para fijar la cuantía, puede ser más que suficiente con consultar las normas orientadoras de los honorarios de abogados existentes en todos los Colegios de España y, por otro lado, los aranceles de los Procuradores. A estos efectos habrá que tener en cuenta que la minuta de los citados profesionales deberá incluir la actuación tanto en la pieza de medidas provisionales como en el procedimiento principal. El problema surge en la inclusión de los honorarios de una hipotética apelación. Siendo imposible tanta precisión, habrá que entender que la cuantía que se señale debe ser aproximada. De las sentencias que hemos analizado, la cuantía de las litis expensas para un procedimiento contencioso gira actualmente en la horquilla de los 1.000 a los 2.500 euros.

Igualmente, como requisito general, indica el legislador que, en el procedimiento que va a interponer –o en la defensa que va a oponer– el cónyuge solicitante contra el otro no debe mediar mala fe o temeridad. Por lo general, no concurren estas circunstancias cuando se presenta una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, o cuando se contesta a la misma.

Veamos a continuación los requisitos que deben reunirse para que proceda la concesión de litis expensas a cargo de los bienes del otro cónyuge:

1. Inexistencia de bienes propios

El cónyuge solicitante de las litis expensas debe carecer de bienes propios para hacer frente al pago de los gastos que le va a causar el litigio contra el otro cónyuge. Pero claro, pensemos que tiene una vivienda, precisamente la que utiliza como vivienda familiar, un vehículo y un sueldo que no supera el doble del salario mínimo interprofesional con el que, además, debe hacer frente a las cargas familiares. ¿Podremos decir que este cónyuge carece de bienes propios suficientes para atender los gastos de un litigio contra el otro cónyuge? Si tenemos en cuenta el importe de los gastos que tiene que soportar –abogado y procurador– es evidente que tiene bienes o patrimonio más que suficientes para cubrir estos gastos. Pero hay que tener presente que una cosa es tener un pa-

trimonio y otra muy distinta tener liquidez. Por consiguiente, la falta de liquidez de un patrimonio modesto y básico, debe equipararse a la carencia de bienes para litigar, ya que lo contrario supondría tener que obligar a ese cónyuge a vender la vivienda o a hipotecarla para atender los gastos del proceso que, en un orden lógico, no podría abonar, sin desatender sus necesidades básicas, con los ingresos que regularmente recibe. En este sentido debe tenerse en cuenta que el artículo 4 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita indica que «La circunstancia de ser el solicitante propietario de la vivienda en que resida habitualmente, no constituirá por sí misma obstáculo para el reconocimiento del derecho, siempre que aquélla no sea suntuaria», es decir, a efectos del cómputo de un patrimonio liquidable, debe excluirse la vivienda familiar. Evidentemente otra cuestión distinta es que este cónyuge, además de la vivienda familiar tenga otros bienes de fácil ejecución.

Al hilo de este requisito, debe abordarse la cuestión relativa a la carga de la prueba respecto a esta falta de ingresos. Entendemos que en aplicación de lo establecido en el artículo 217 de la LEC, el cónyuge solicitante de litis expensas es el que debe acreditar al tribunal que carece de bienes propios, y que por tanto, los bienes comunes, o en su caso los privativos del otro cónyuge son los que deben soportar su coste. Tratándose de una medida de carácter dispositivo, al igual que la pensión compensatoria, no bastará con la petición y la alegación de la falta de bienes. Es cierto que la acreditación de un hecho negativo –carencia de bienes– puede ser complicado, pero al menos le será exigible la presentación de algún documento en el que conste que no percibe ingresos (declaración de IRPF o Tesorería de la Seguridad Social) o certificación negativa de tener bienes en propiedad (negativa del Registro de la Propiedad o del Catastro). Sin perjuicio de ello, también cabe atribuir algo de carga de prueba al cónyuge contra el que se solicitan las litis expensas que en su defensa u oposición deberá probar lo infundado de la petición ante la existencia de bienes propios o comunes suficientes para atender los gastos del proceso. En este sentido, la AP de Cádiz, Sec. 8.ª, en Sentencia de 16 de abril de 2003 indicó que al demandado le correspondía demostrar que en la actora concurrían los requisitos para obtener la justicia gratuita, pudiendo el tribunal optar entre computar los ingresos de la unidad familiar o los particulares de la esposa.

2. Inexistencia de bienes comunes

Si el régimen económico matrimonial es el de gananciales, o si existe una masa común en el régimen de separación o en el de participación, estos bienes son los que, en segundo lugar, están llamados a atender los gastos del proceso del cónyuge que carece de medios suficientes. Lo que hemos indicado en el apartado anterior respecto a la liquidez, es enteramente aplicable a los bienes comunes.

En ocasiones, se ha alegado como causa de oposición que el cónyuge solicitante de las litis expensas detrajo de una cuenta bancaria ganancial alguna cantidad dineraria. La respuesta que han dado los tribunales ha estado en función de la cantidad detraída, ya que si no era muy importante, se entendía que la misma estaba destinada a atender las necesidades y el sostenimiento de la familia que, tal y como indica el artículo 1362 del CC, son también carga de la sociedad de gananciales. Sin embargo, cuando la cantidad era excesiva y consta que las necesidades de la familia estaban suficientemente atendidas, se estimó más adecuado no establecer las litis expensas.

Por último, hay que hacer referencia al supuesto en el que uno de los cónyuges es el que administra en exclusiva los bienes

gananciales careciendo el otro de poder de disposición sobre los mismos. En estos casos, aunque existen bienes comunes que harían innecesaria la fijación de litis expensas, los tribunales han entendido procedente su fijación con cargo al cónyuge que administra los gananciales, pero no para que las abone con cargo a sus bienes privativos, sino en su calidad de administrador del patrimonio ganancial, ya que las litis expensas, como ya hemos indicado reiteradamente, constituyen una carga del matrimonio que, en este caso, dado que el matrimonio se rige por el sistema de gananciales, serán con cargo a los bienes que tienen tal carácter.

3. **Imposibilidad de obtener justicia gratuita**

Entramos en un apartado en el que con urgencia se hace preciso un recurso de casación ante la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. En efecto, el binomio litis expensas-justicia gratuita ha dado lugar a múltiples resoluciones que han creado una importante controversia en torno a si es o no necesario que previamente a la solicitud de litis expensas el cónyuge inste una petición de justicia gratuita e incluso se ha llegado a decir por la doctrina y por alguna resolución judicial que «quien tiene derecho a litis expensas no puede solicitar beneficio de justicia gratuita y quien tiene derecho al citado beneficio no puede exigir litis expensas», pero no todos los tribunales comparten dicha tesis.

Para aclarar la problemática hay que partir de la legislación vigente antes de la entrada en vigor de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita:

– Artículo 1318 del CC: «... cuando la posición económica de éste (cónyuge no solicitante) impida al primero (cónyuge solicitante), por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la obtención del beneficio de justicia gratuita».

– Artículo 16 de la LEC de 1881: «Para conocer o denegar tal derecho (justicia gratuita) el Juez o Tribunal deberá tener en cuenta los ingresos o renta del cónyuge del solicitante y los productos de los bienes de los hijos, destinados legalmente a la cargas familiares».

Con esta normativa el ordenamiento jurídico tenía plena coherencia y por tanto, si el núcleo familiar formado por los cónyuges (aunque se estuviesen separando o divorciando) superaba los límites fijados legalmente para la obtención del beneficio de justicia gratuita, el artículo 1318 del CC garantizaba al cónyuge que carecía de bienes propios y de bienes comunes, la posibilidad de contar con un abogado y un procurador, cuyos honorarios deberían ser abonados por el otro cónyuge que disponía de ingresos.

Con la publicación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita desapareció de la Ley de Enjuiciamiento Civil la normativa sobre esta cuestión y en los nuevos preceptos que regulaban la materia se hizo una importante matización respecto a la legislación anterior en el artículo 3: «2. Constituyen modalidades de unidad familiar las siguientes: a) La integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiere, los hijos menores con excepción de los que se hallaren emancipados. b) La formada por el padre o la madre y los hijos que reúnan los requisitos a que se refiere la regla anterior. 3. Los medios económicos podrán, sin embargo, ser valorados individualmente, cuando el solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia».

Así pues, con la nueva normativa, desaparecía el obstáculo que existía anteriormente para que un cónyuge obtuviese el beneficio de justicia gratuita cuando el otro cónyuge percibía ingresos superiores al mínimo establecido.

La no derogación del artículo 1318 del CC con la Ley de Asistencia Jurídica Gra-

tuita ha motivado que los tribunales se alineen en diversas posiciones.

a) Para que procedan las litis expensas es imprescindible que el cónyuge solicite la justicia gratuita y que le sea denegada.

Los tribunales que sostienen esta tesis parten del dato de que el artículo 3.3 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita indica que «los medios económicos podrán, sin embargo, ser valorados individualmente, cuando el solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia». Es decir, que los ingresos del otro cónyuge ya no serán necesarios computarse para que se valore el beneficio de justicia gratuita del cónyuge que pretende litigar gratuitamente y por tanto, como requisito previo a la solicitud de litis expensas deberá acreditarse que se ha instado el beneficio de justicia gratuita y que el mismo no le ha sido concedido, bien porque los ingresos del solicitante superan más del doble del salario mínimo interprofesional o porque los signos externos revelan con evidencia que dispone de medios económicos que superan el límite fijado por la Ley.

b) Las litis expensas pueden solicitarse con independencia de que se solicite o no justicia gratuita.

El sector jurisprudencial partidario de esta tesis entiende que no es necesario ni preceptivo que el cónyuge, antes de solicitar litis expensas, inste la declaración de justicia gratuita, y ello por las siguientes razones:

– El término «podrán» del artículo 3.3 de la LAJG demuestra que no se trata dicho precepto de una regla de inexorable y preceptiva aplicación, sino de una facultad opcional del cónyuge que insta la asistencia de jurídica gratuita.

– Que, cuando se soliciten litis expensas, el tribunal deberá apreciar para concederlas si el cónyuge tiene bienes propios o existen bienes comunes, parámetros que deben ser considerados para la hipotética concesión del beneficio de justicia gratuita.

– Hay que tener en cuenta que el artículo 36.4 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita establece que «Cuando se reconozca el derecho a asistencia jurídica gratuita para procesos en los que proceda la petición de "litis expensas" y éstas fueren concedidas en resolución firme a favor de la parte que litiga con el reconocimiento del derecho a asistencia jurídica gratuita, el letrado y procurador intervinientes podrán exigir a ésta el pago de sus honorarios, hasta el importe total de la partida aprobada judicialmente para este concepto». De donde cabe deducir que litis expensas y justicia gratuita son compatibles, y lo que pretende este precepto es evitar el enriquecimiento injusto en el cónyuge que, después de haber obtenido el beneficio de justicia gratuita –lo que implica no tener que abonar los derechos del abogado y procurador– obtiene una determinada cantidad en concepto de litis expensas.

– La posibilidad de elegir entre justicia gratuita y litis expensas facilita al cónyuge que carece de medios la libertad de elección de abogado, situándose en un plano de igualdad con el otro cónyuge.

Por último, como señala alguna sentencia, de aceptarse la primera de las tesis, el demandado nunca debería abonar litis expensas pues o el cónyuge que las solicita tiene ingresos suficientes para abonar las minutas de su letrado y derechos de su procurador o debería utilizar los beneficios de la justicia gratuita a costa del erario público.

II. Momento procesal oportuno para solicitarlas

Por si no fuera suficiente el problema que hemos abordado en el apartado anterior, al analizar la cuestión relativa al momento pro-

cesal oportuno para que el cónyuge solicite las litis expensas, nuevamente nos enfrentamos a otra controversia que ha divido a los tribunales. Veamos las tesis que mantienen los distintos sectores:

1. **Las litis expensas deben solicitarse obligatoriamente con la petición de medidas provisionales**

Los tribunales partidarios de esta tesis entienden que las litis expensas sólo pueden solicitarse y concederse en la pieza de medidas provisionales, y ello es así, por disponerlo el artículo 103.3.ª del CC, precepto dedicado a las medidas provisionales. Pero es que además, hay que tener en cuenta que las litis expensas van destinadas a atender unos gastos que se causan al inicio del procedimiento y precisamente por ello, sólo tiene sentido en la fase de medidas provisionales.

2. **Las litis expensas pueden solicitarse en la demanda o en la reconvención para que se acuerde como medida definitiva de la sentencia de separación**

Los que sostienen esta tesis alegan que las litis expensas están incluidas dentro de las cargas del matrimonio y por tanto es perfectamente admisible su fijación en la sentencia. Además, si se admitiese la tesis de que sólo pueden fijarse en medidas provisionales, implicaría que las partes obligatoriamente deberían solicitar medidas provisionales, lo que carece de toda razón de ser.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 91 del CC preceptúa que «en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna». Por tanto, si no se adoptaron litis expensas en medidas provisionales, será la fase de alegaciones del procedimiento contencioso la fase oportuna para solicitarlas y la sentencia el momento hábil para su fijación. No obstante, de acuerdo con lo establecido en este precepto, tanto si se solicitan como medida provisional o en la fase de alegaciones, la sentencia siempre deberá hacer referencia a las mismas, puesto que en otro caso, dado que no cabe recurso contra el auto de medidas, se privaría a las partes de la posibilidad de interponer recurso contra el pronunciamiento del tribunal relativo a las litis expensas.

Admitida esta tesis, nos surge una interrogante, si se han fijado las litis expensas en el auto de medidas provisionales ¿pueden modificarse en la sentencia, bien denegándolas o en su caso aumentando o reduciendo su cuantía? Legalmente cabría esta posibilidad a tenor del contenido del artículo 91 del CC, si bien para ello será necesario que por medio de alguna prueba vengan al procedimiento datos de los que no dispuso el tribunal en el momento de adoptar la medida provisional. La AP de Vizcaya, Sec. 6.ª, en su Sentencia de 17 de mayo de 2000, señaló al respecto que «La denegación de las mismas –litis expensas– en sentencia, dejando sin efecto lo acordado en el Auto de Medidas Provisionales de fecha 11 de marzo de 1999, no conjuga una contradicción de fondo al valorar con carácter definitivo la consolidación de los requisitos legalmente exigidos». En el mismo sentido se pronunció la AP de Burgos, Sec. 2.ª, en Sentencia de 29 de marzo de 2003 «Siendo, pues, posible, la adopción de litis expensas en proceso plenario, sin embargo no lo es menos que en las actuaciones no hay razones para entender que las fijadas en las medidas provisionales no sean bastantes para el presente proceso. No

hay justificación bastante para considerar que las que en su momento se establecieron fueran erradas por causa no imputable a quien las solicitó, ni tampoco hay datos para entender que haya habido a lo largo del pleito circunstancias que hayan modificado la previsión relativa a la procedencia de su determinación económica».

3. **Tesis intermedia: sólo podrán acordarse las litis expensas en la sentencia de separación si no se han adoptado como medida provisional**

Otros tribunales son partidarios de una tesis intermedia y si bien entienden que las litis expensas deben solicitarse siempre dentro de la pieza de medidas provisionales, con carácter excepcional y cuando no se soliciten medidas provisionales, cabe su petición en la demanda o contestación y su fijación en sentencia. La base jurídica de esta tesis se encuentra en una interpretación flexible de las normas legales acorde con la finalidad que persiguen, y en aras de la tutela judicial efectiva que no puede quedar constreñida por cualquier tipo de formalismos de conformidad con el artículo 11.3 de la LOPJ, lo que posibilita también su constitución en la sentencia del pleito principal cuando no hubieran sido reclamadas en la pieza de medidas provisionales.

Casos Prácticos

I UNIONES DE HECHO

¿Pueden solicitarse litis expensas en un procedimiento interpuesto por la conviviente de hecho contra el otro integrante de la unión en el que se pretende la fijación de una pensión compensatoria?

No existiendo matrimonio y con ello sociedad legal de gananciales, no será posible que concurra el supuesto del párrafo 3.º del artículo 1318 del CC, por lo que no podrá entrar en juego el artículo 103.3 del mismo Código al desaparecer la razón de ser de las litis expensas.

2 CUESTIONES PROCESALES

Interpuesta por el padre una demanda de modificación de medidas solicitando el cambio de guarda y custodia, la madre formula reconvención en su escrito de contestación solicitando que se aumente la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos. ¿Habrá que dar trámite a la reconvención o será de aplicación la regla segunda del artículo 770 de la LEC que limita las causas de reconvención?

Teniendo en cuenta que no estamos ante un procedimiento de separación, nulidad o divorcio no será de aplicación lo dispuesto en la regla segunda del artículo 770 de la LEC y por tanto se admitirá la reconvención ya que en caso contrario se producirá una clara indefensión al impedirse que el actor pueda formular alegaciones respecto a la medida que se pretende modificar.

3 PENSIÓN COMPENSATORIA

Siendo el esposo de profesión dentista y a efectos meramente fiscales, vigente el matrimonio celebrado bajo el régimen de separación de bienes, se constituyó una sociedad limitada para el ejercicio de la profesión en la que el 70% de las participaciones sociales correspondían al esposo y el 30% a la esposa. Tras la crisis de pareja, el esposo se opone a la fijación de la pensión compensatoria solicitada por la esposa alegando que aquélla percibe ingresos suficientes para atender sus necesidades. ¿Se dan los presupuestos legales para la fijación de una pensión compensatoria?

Hay que tener en cuenta que, tras declararse el divorcio, puede suceder que el esposo constituya una nueva sociedad –ya sin la participación de la ex esposa– y que la anterior sociedad quede sin actividad por lo que al final la esposa dejara de percibir ingresos. Por ello en estos casos, podría establecerse una pensión compensatoria condicionando

su percepción a que deje de recibir los ingresos provenientes de la sociedad limitada.

4 PENSIÓN ALIMENTICIA

¿Podría solicitarse como medida complementaria a la fijación de una pensión alimenticia que se condene al padre a que, en caso de impago, abone los intereses que se devenguen desde que debió efectuar el ingreso en la cuenta bancaria designada al efecto?

Aunque no es una petición habitual, no existe ningún obstáculo legal en solicitarla puesto que el artículo 220 de la LEC permite las condenas de futuro para el caso de que la obligación que se establezca sea una prestación periódica.

5 CUESTIONES PROCESALES

Estando pendiente de celebrarse la comparecencia de medidas provisionales el demandado presenta un escrito planteando una declinatoria. ¿Deberá suspenderse la comparecencia hasta tanto se resuelva la declinatoria?

El artículo 64.1 de la LEC señala que la declinatoria surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal, si bien, en el apartado segundo del citado artículo se indica que «la suspensión del procedimiento principal producida por la alegación previa de declinatoria no obstará a que el tribunal ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancia de parte legítima, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba, así como las medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para el actor», y parece evidente que la propia naturaleza de las medidas provisionales que deben adoptarse en los procedimientos de familia justifican su inclusión en la excepción prevista por el legislador.

6 SOCIEDAD DE GANANCIALES

¿Existe algún medio para, constante la sociedad de gananciales, hacer privativa la actividad empresarial que va a desarrollar uno solo de los cónyuges?

Formalmente la cuestión parece sencilla, basta con que se constituya una sociedad mercantil por el padre del cónyuge y que posteriormente éste done a su hijo/a las acciones y, por tanto, al haberse recibido las mismas por vía de donación, tendrían carácter privativo. Sin embargo, llegado el procedimiento de liquidación podríamos encontrarnos con algún tipo de impugnación por fraude.

7 FILIACIÓN

Presentada demanda de reclamación de filiación paterna extramatrimonial, tras ser emplazada la madre, el actual compañero sentimental de ésta se personó en el Registro Civil y efectuó un reconocimiento de paternidad de la menor. En su escrito de contestación a la demanda, la madre se opone alegando que habiendo quedado determinada la filiación en virtud del reconocimiento y no habiéndose ejercitado la acción de impugnación de la paternidad que consta en el Registro Civil, la demanda debía ser desestimada. ¿Qué solución jurídica tiene la cuestión?

Presumiendo que el reconocimiento de filiación paterna efectuado por el actual compañero sentimental de la madre ha sido de los llamados de complacencia y que se ha producido con posterioridad a la presentación de la demanda, dado que en la fase en que se encuentra el procedimiento es inviable la ampliación de la demanda que además implicaría el ejercicio de una nueva acción –impugnación de la paternidad– contra la persona que efectuó el reconocimiento ante el Registro Civil, la única solución procesal coherente pasa por que el actor presente demanda de impugnación de paternidad y solicite la acumulación de los procedimientos.

8 CUESTIONES PROCESALES

¿Puede considerarse una petición reconvencional que el demandado solicite en el suplico de la contestación que se fije una pensión compensatoria temporal cuando en la demanda la actora solicitó su fijación sin limitación en el tiempo?

Teniendo en cuenta que en la demanda ya se introduce en el objeto del debate –la fijación de una pensión compensatoria–, la petición que hace el demandado de limitarla temporalmente no supone una petición nueva, sino una cualidad de la pensión compensatoria, y por tanto no tiene consideración de petición reconvencional.

9 CUESTIONES PROCESALES

Si en la demanda se solicita la atribución de la custodia a la madre y el padre en el escrito de demanda solicita que la guarda y custodia sea ejercida conjuntamente ¿estamos ante una demanda reconvencional?

Si bien es cierto que la custodia de los menores es materia de *ius cogens*, en el artículo 96 del CC el legislador ha previsto que esta medida se acuerde a instancia de uno o de ambos progenitores, por lo que en principio y a falta de petición de parte, el tribunal no podría acordarla de oficio. En consecuencia, si esto es así, a dicha petición ya no le afectaría la restricción que en materia de reconvención se regula en el artículo 770.2.ª de la LEC y, por tanto, habría que dar traslado de la misma al actor para que efectuase las alegaciones que tuviese por conveniente en relación con dicha forma de custodia.

10 SEPARACIÓN DE BIENES

Si una pareja que está casada en separación de bienes se divorcia ¿podría ser objeto del procedimiento la liquidación del patrimonio común teniendo en cuenta que sólo existe la vivienda familiar?

Aplicando las normas de derecho común, en el procedimiento de divorcio sólo podría declararse la extinción del régimen económico-matrimonial. Todas las cuestiones relativas a su liquidación deberán efectuarse en un procedimiento independiente. No obstante, cuando es aplicable el Código de Familia de Cataluña hay que tener en cuenta que en el artículo 43 se indica que «1. En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y de ejecución en el orden civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas a que hace referencia el artículo 42, de matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultánea-

mente la acción de división de cosa común con respecto a los que tengan en pro indiviso. Si los bienes afectados son más de uno y la autoridad judicial lo estima procedente, aquéllos pueden ser considerados en conjunto, a efectos de la división. 2. Si la sentencia da lugar a la acción de división de la cosa común, puede procederse a la indicada división de los bienes en el trámite de ejecución de la sentencia.»

11 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Desde hace más de cinco años los cónyuges han permanecido en una situación de separación de hecho, aunque el esposo entregaba cierta cantidad a la esposa para atender las necesidades de la familia. Tras dictarse posteriormente la sentencia de divorcio y solicitarse la liquidación de la sociedad de gananciales ¿qué fecha hay que tener en cuenta para la disolución de la sociedad?

Es necesario tener presente que existe una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que indica lo siguiente: «La libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges. Rota la convivencia con el consentimiento de ambos cónyuges, no cabe que se reclamen derechos sobre unos inmuebles a cuya adquisición no contribuyó uno de ellos, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso de derecho» (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de enero de 1998).

Es decir, que en casos de separaciones de hecho «prolongadas», aunque la causa de disolución de la sociedad de gananciales es la sentencia de divorcio, aplicando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los efectos de la disolución se retrotraerán a la fecha en que se inició la separación de hecho. Ahora bien, habrá que acreditar suficientemente el inicio del cese de convivencia y que dicho cese ha sido efectivo.

12 CUESTIONES PROCESALES

¿Procede admitir a trámite la demanda de juicio verbal de un cónyuge frente a otro reclamando una pensión alimenticia para el hijo sin que al mismo tiempo solicite la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial?

Aunque no se trata de una petición habitual –posiblemente podría ser la indicada en aquellos casos de extranjeros residentes en España cuyas legislaciones no contemplan la separación y el cónyuge no desea solicitar el divorcio– no hay ningún inconveniente en la admisión a trámite de esta demanda. En efecto, el artículo 159 del CC previene que si los padres viven separados, y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, en beneficio de los hijos, al cuidado de cuál de aquéllos quedarán los menores de edad, lo que de manera inexcusable determinará, entre otras medidas, las de carácter alimenticio, en cuanto obligación integrada en la patria potestad, conforme previene el artículo 154.1.º del mismo texto legal. Y es lo cierto que ninguno de los antedichos preceptos constriñe su ámbito de aplicación a los hijos habidos fuera del matrimonio, por lo que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Por ello, los cónyuges, en orden a la regulación judicial de las medidas relativas a la prole habida de su unión, caso de ruptura fáctica de la misma, no están necesariamente vinculados a su encau-

zamiento procesal a través de una litis de separación, divorcio o nulidad, aunque ello así ocurra en la inmensa mayoría de los casos, pudiendo también solicitar de los Tribunales la determinación de las medidas afectantes a los hijos al margen de los antedichos cauces. Ello viene igualmente corroborado por el artículo 748, en relación con los artículos 769 y siguientes de la LEC, que regulan, entre otros, los procesos relativos a la guarda de los hijos menores de edad y alimentos reclamados por un progenitor contra el otro, sin que en tal normativa se haga distingo alguno entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

13 CUESTIONES PROCESALES

Si en una demanda de regulación de medidas paterno-filiales de una unión de hecho el padre solicita la fijación de un régimen de visitas, y en la contestación la madre pide que se establezca una pensión alimenticia, ¿debe darse trámite reconvencional a dicha petición?

Siendo aplicable el artículo 770 de la LEC para la sustanciación de la demanda presentada sólo cabe considerar petición reconvencional «la adopción de medidas definitivas que no hubieren sido solicitadas en la demanda y sobre las que el Tribunal no deba pronunciarse de oficio». Por tanto, siendo la pensión alimenticia una medida que debe adoptar el tribunal de oficio no puede considerarse dicha petición como reconvención.

14 CUESTIONES PROCESALES

Si el actor solicitó en el procedimiento de divorcio la confirmación de las medidas que se adoptaron en la separación y la parte demandada instó el incremento de la cuantía de la pensión, alimenticia, ¿estamos ante una demanda reconvencional?

El pedir la confirmación de las medidas de la separación implica posicionarse en cuanto a la cuantía de la pensión alimenticia, es decir, el actor solicita que en el divorcio se mantenga la misma cuantía. Por ello, si el demandado solicita una cuantía mayor no estaremos en presencia de ninguna petición reconvencional de las previstas en la regla segunda del artículo 770 de la LEC.

15 CONVENIO REGULADOR

Tras la crisis de una unión de hecho los progenitores firmaron ante Notario un convenio dando por finalizada la unión y otorgando al padre la guardia y custodia de los hijos y el uso de la vivienda común. Posteriormente reanudan la convivencia y la madre quiere anular este documento puesto que al volver a vivir juntos ya carece de sentido y teme que el padre lo utilice algún día en su contra.

Para conseguir dicha finalidad, bastará con que se otorgue un documento (mejor que sea público) dejando sin efecto el anterior. No obstante, si ello no se produce, ante una demanda del padre para el cumplimiento de lo acordado en aquel convenio, la madre podría oponerse alegando que con posterioridad a su otorgamiento volvieron a reanudar la convivencia y que las circunstancias que motivaron la inicial decisión de atribuir la custodia al padre no concurren en la actualidad. Es necesario tener en cuenta que al afectar el convenio a los hijos no tiene una aplicación automática y es

preciso que los tribunales dicten las medidas paterno-filiales.

16 CUESTIONES PROCESALES

Cuando en la fase de juicio del procedimiento contencioso el tribunal nos concede la palabra para que propongamos las pruebas con las que intentamos acreditar nuestras pretensiones, ¿es suficiente con indicarlas o hay que acompañar un escrito?

En puridad la proposición de prueba hay que formularla oralmente, pero en muchos juzgados se admite y es práctica habitual que al mismo tiempo se presente una nota conteniendo la prueba que se solicita.

17 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

¿Sería válido solicitar en la demanda que si en un futuro el demandado incumple reiteradamente la obligación de pago de la pensión compensatoria se acuerde automáticamente la retención de la nómina?

Esta petición sólo podrá realizarse cuando se haya producido el incumplimiento y la vía adecuada será la demanda de ejecución de sentencia. No obstante, en los supuestos de divorcio, si con anterioridad ya venía incumpliendo el demandado la obligación pecuniaria que se estableció en la sentencia de separación, el tribunal tiene facultades para acordar en la sentencia la retención de la nómina para el abono de las pensiones.

18 CUESTIONES PROCESALES

Los testigos tienen derecho a que se les indemnice económicamente por su asistencia al juicio. ¿Quién solicita la indemnización, la parte que los propone o el propio testigo?

La solicitud la hace el propio testigo antes o después de declarar y deberá justificar la cantidad que solicita. Por eso, previamente, la parte que los propone deberá informarles de estas circunstancias.

19 SOCIEDAD DE GANANCIALES

El único bien integrante de la sociedad de gananciales es un negocio de cafetería ubicado en un local alquilado que, a efectos legales, está a nombre del esposo, pero ambos cónyuges trabajan en el mismo, aunque la esposa no está dada de alta en la Seguridad Social. ¿Cómo debe tratarse dicho negocio a efectos de la liquidación de gananciales? ¿Cuál sería el valor del inmueble?

En el activo de la sociedad habrá que incluir el negocio como tal, si es que el mismo se inició constante la sociedad de gananciales y con dinero ganancial con independencia de que figure al frente del mismo exclusivamente el esposo. En la fase de valoración, además de los elementos físicos (maquinaria, muebles, etc.) habrá que tener en cuenta el fondo de comercio y en su caso el derecho de traspaso que pueda existir.

Si el local está alquilado no podrá asignarse en el activo de la sociedad nin-

gún valor al inmueble sino, como antes hemos indicado, se hará constar el valor del negocio en su conjunto.

20 CUESTIONES PROCESALES

En un divorcio de mutuo acuerdo en el que interviene un abogado por cada cónyuge ¿la demanda debe ir firmada por dos procuradores o puede ir firmada por uno solo?

De acuerdo con lo establecido en el artículo 750 de la LEC las partes pueden valerse de una sola defensa y representación, o como el caso que se plantea, de una sola representación aunque cada cónyuge tenga su propio abogado.

21 CUESTIONES PROCESALES

¿Es posible la modificación de las medidas provisionales?

No se regula en la LEC ningún procedimiento para la modificación de las medidas provisionales, ya que en el artículo 775 sólo se contempla la posibilidad de modificar las medidas definitivas, es decir, las que se contienen en la sentencia. No obstante, y sólo respecto a las medidas que afecten a los hijos, por vía del artículo 158 del CC podría conseguirse puntualmente una modificación cuando existiese un motivo grave que pueda causar perjuicios a los menores. Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, si tras dictarse las medidas provisionales hay un cambio de circunstancias, podrán alegarse como hechos nuevos que se tendrán en cuenta para dictar las medidas definitivas.

22 SOCIEDAD DE GANANCIALES

¿Qué medio de prueba es el más aconsejable para demostrar que un negocio es privativo cuando el tiempo impide aportar documentación precisa sobre tal cuestión?

El carácter privativo del negocio viene determinado por la circunstancia de que antes de iniciarse la sociedad de gananciales un cónyuge ya venía explotando el mismo o porque, constante el matrimonio, lo adquirió por vía de sucesión o con dinero exclusivamente privativo. En cada uno de estos supuestos la prueba es distinta, si bien en todos los casos será necesaria la aportación de algún tipo de documentación ya que no parece muy probable que por medio de pruebas testificales pueda llegarse a destruir la presunción de ganancialidad que existe respecto a los bienes del matrimonio.

23 CUESTIONES PROCESALES

¿Cuál es el momento procesal oportuno para que la parte demandada pueda aportar los documentos en un procedimiento de formación de inventario en el que hubo desacuerdo en la comparecencia inicial?

En principio, la aportación de documentos respecto a la inclusión o exclusión de bienes en el inventario debería hacerse en la comparecencia de formación. No obstante, y teniendo en cuenta

que la solicitud de inventario no es técnicamente una demanda ni la comparecencia ante el Secretario judicial una vista, se viene permitiendo por los tribunales la aportación de documentos en el acto del juicio.

24 FILIACIÓN

¿Cuándo podemos aconsejar a nuestro cliente que se niegue a la práctica de la prueba biológica en un procedimiento de reclamación de paternidad?

Cuando con la demanda no se ha presentado ninguna prueba documental y la petición se sustenta únicamente en pruebas testificales. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2005, procede la desestimación de la demanda de reclamación de paternidad ya que el valor indiciario de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica no está complementado con otras pruebas que permitan al Juzgador llegar al convencimiento de la filiación reclamada al no considerarse como concluyentes las pruebas testificales.

Revista de Derecho de

familia

DERECHO CANÓNICO

Concordancias y diferencias entre procedimientos canónicos y civiles

MARÍA DOLORES AZAUSTRE GARRIDO

Letrada Rotal. Miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia

El presente estudio tiene por finalidad la comparación de los cánones 1526 a 1529 del Código de Derecho Canónico, sobre las pruebas en general, con la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, artículos 217, 281.3, 283, 285, 287, 293-298 y 385, y establecer las concordancias y diferencias, con especial referencia a las peculiaridades y especifidades del ordenamiento procesal canónico frente al ordenamiento procesal civil estatal.

Al objeto de realizar el análisis del modo más ordenado posible, vamos a analizar de manera pormenorizada cada uno de los cánones referidos, comparándolos a su vez con los principios y articulado contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que pasamos a efectuar según sigue:

1) Canon 1526:

«1. La carga de la prueba incumbe al que afirma.

2. No necesitan prueba:

1.º aquellas cosas que la misma ley presume;

2.º los hechos afirmados por uno de los contendientes y admitidos por el otro, salvo que pese a ello el derecho o el juez exijan su prueba.»

Con carácter previo hemos de destacar la importancia de la prueba en el proceso canónico (al igual que en todo proceso), pues ese derecho a probar o *ius probandi* es lo que se va a convertir en principal garantía para el respeto a la libertad y a los derechos del justiciable.

Esta importancia no pasa inadvertida cuando, analizando la definición de prueba en el ámbito que nos ocupa, atribuida a Mascardo, enseña que «prueba es la demostración de una cosa dudosa o controvertida ofrecida al juez por medio de razones o argumentos legítimos». Es decir, se trata de la necesidad de incorporar al proceso la demostración de aquellos hechos que resultan controvertidos y que precisamente constituyen la base de las pretensiones por las que el justiciable ha acudido al proceso y que tiene que demostrar al Juez. La prueba, por tanto, no es del Juez, sino de quien acude a reclamar el reconocimiento de su derecho, de ahí que el derecho a la prueba sea un derecho fundamental para el justiciable.

Esa actividad probatoria es pues la referida a afirmaciones de hecho que resultan controvertidas, que estará sujeta a unas reglas, ha de estar incorporada en el proceso para que constituya medio de prueba y va dirigida a obtener certeza, siendo la actividad del Juez verificadora de tales afirmaciones de hecho (al contrario de la actividad del abogado que es de averiguación).

Llegados a este punto se pueden extraer ya algunos principios fundamentales que regulan la prueba en el Derecho Canónico, como son el principio de necesidad de la prueba y el de interés público de la función de la prueba (agrupados en razón a los criterios de la prueba procesal en sí misma) y los de formalidad y legitimidad de la prueba (en atención a las cualidades de la prueba procesal).

Las notas esenciales del principio de necesidad de la prueba se concretan en: 1) el juez sólo puede juzgar conforme a lo que se alega y se prueba, 2) lo alegado y probado ha de constar en las actas o en los autos de la causa (lo que no está en las actas, no existe) y 3) hay hechos que no necesitan ser probados.

Pues bien, el canon 1526 del Código de Derecho Canónico viene a establecer a quién corresponde la carga de la prueba, que recae no sólo sobre el actor, sino sobre las partes que afirmen hechos de cuya veracidad quieran convencer al Juez. ¿Y cómo adquiere el Juez la certeza moral sobre el asunto que debe dirimir?, pues ha de hacerlo en base a lo alegado y probado, *ex actis et probatis*, y para evitar confusiones terminológicas, su más adecuada traducción sería «lo actuado y probado», pues en el ámbito civil, la alegación va referida a la configuración del objeto del proceso, mientras que en el canónico se designa con «alegaciones» a los escritos de defensa a los que se refieren los cánones 1601 a 1603 («defensiones o animadversiones»).

Hecha esa salvedad, existe una total coincidencia entre el Ordenamiento Canónico y el Civil, en cuanto a la certeza moral que el juez ha de tener para decidir, que nunca puede provenir de su conocimiento privado sobre los hechos controvertidos, sino de todo lo actuado y probado en el proceso. Constituye una garantía del derecho de defensa, y de la primacía de la objetividad frente a arbitrarias influencias, íntimamente unido a los principios de publicidad y contradictorio que quedan reflejados en los canones 1472, 1598.1.º y 1601 en el orden canónico, y en el civil, entre otros, en el artículo 187 que preceptúa que el desarrollo de la vista se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido.

En cuanto a la carga probatoria en el proceso, podemos decir que, al igual que ocurre en el Derecho Canónico, con carácter general es a las partes a las que corresponde asumir la iniciativa en materia de prueba. En la regulación civil se hace referencia tanto a los hechos que compete probar al actor y al demandado reconviniente (217.2.º), como a los que tiene que probar el demandado y el actor reconvenido (217.3.º) El canon 1526 contiene una fórmula genérica según la cual incumbe la carga de la prueba al que afirma. ¿Y las negaciones? En principio, según señala la doctrina, no deben ser probadas, pero el Juez puede pedir la colaboración de quien niegue algo, para que lo demuestre.

Por otra parte, el Ordenamiento Procesal Civil, en el artículo 217 de la LEC 1/2000 (que viene a sustituir al derogado artículo 1214 del Código Civil), determina los criterios de distribución de la carga de la prueba y pretende también dar respuesta al problema del hecho incierto.

Tanto de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (apartado VI), como de los artículos 216, 217 y 282, se puede concluir que rige, con carácter general, el principio dispositivo o de justicia rogada, en el que no incumbe al Tribunal investigar y comprobar la veracidad de las alegaciones de las partes, sino a estas que son quienes solicitan tutela jurídica. Ahora bien, el mismo artículo 282 contiene una excepción al citado principio y se reconoce la facultad probatoria de oficio del Juez cuando así lo establezca la ley y que podemos sintetizar en los siguientes supuestos: 1) las facultades que corresponden al Juzgador durante la práctica de las diligencias probatorias a instancia de parte (por ejemplo, en los artículos 372 y 373, en relación a las preguntas de los testigos y práctica de careo), 2) en las diligencias finales (artículos 434 a 436) y 3) en los procesos no dispositivos, como los de incapacitación y matrimoniales (artículos 748 y siguientes).

En el ámbito civil la carga de la prueba es consustancial al principio de justicia rogada, pues es en los procesos en los que los poderes *ex officio* del Juez son más limitados en los que estas normas relativas a la carga de la prueba tienen una mayor incidencia. En este tipo de procedimientos, la intervención del Juez para intentar lograr prueba sobre determinados hechos, y en base a ella conceder algún derecho, podría conducir incluso a sentencias que podrían contener el defecto de «incongruencia *ultra* o *extra petita*». A título de ejemplo, en un procedimiento matrimonial de separación o divorcio, en el caso de que alguno de los cónyuges, aun teniendo derecho a ello, no solicita en la demanda la concesión de pensión de desequilibrio o compensatoria (por error u olvido, entre algunas posibles causas), o en el caso de que aun habiéndola solicitado no propone ninguna prueba encaminada a acreditar ese desequilibrio económico, no compete al Juez (tampoco al Ministerio Fiscal) proponer prueba para acreditarlo, ni por tanto pronunciarse sobre tal pronunciamiento en la Sentencia, aún en el caso de que de no concederse esa pensión quedara uno de esos cónyuges en situación de desbordada precariedad; se trata de un bien disponible que sólo puede ser concedido a instancia de parte.

En el ordenamiento canónico rige el principio del interés público de la función de la prueba, y de conformidad a lo determinado en los cánones 96 y 221, puede decirse que «el proceso justo es objeto de un derecho de los fieles y constituye al mismo tiempo una exigencia del bien público de la Iglesia». Quizá por eso, matizando el principio dispositivo, el canon 1452, párrafo 2.º, determina que «El Juez puede además suplir la negligencia de las partes en la presentación de pruebas o al oponer excepciones, siempre que lo considere necesario para evitar una sentencia gravemente injusta, quedando firmes las prescripciones del canon 1600».

Concluyendo, si bien tanto en el orden civil como en el canónico rige principalmente el principio dispositivo o iniciativa a instancia de parte, en el ámbito civil, y según lo previsto en el artículo 282 de la LEC, el Juez puede acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas «cuando así lo establezca la ley»[1], en el canónico el Juez puede hacerlo siempre que lo considere necesario para evitar una sentencia gravemente injusta (canon 1452),

1. La LEC 1/2000, pese a estar inspirada en el principio de justicia rogada o principio dispositivo (tal y como se expone en la Exposición de Motivos), da entrada a un control judicial sobre la suficiencia de las pruebas propuestas con ocasión de la regulación de la proposición y admisión de pruebas en el juicio ordinario (artículo 429), facultando al Juez a que cuando considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes ha de ponerlo de manifiesto a las partes, y puede proponer pruebas cuya práctica considere conveniente. Esto ha sido considerado por parte de la doctrina civilista como una manifestación típica del «Juez asistencial», posibilitando de esta forma, según señala Cappelletti, «que el Juez pueda suplir las deficiencias de quienes, a menudo por razones económicas, no tienen medios para asegurarse una defensa eficaz».

siendo mucho más amplias las facultades del Juez eclesiástico para subsanar los errores y negligencias de las partes en el proceso con el fin de alcanzar la justicia sustancial.

En otro orden de cosas, como decíamos antes, la prueba ha de recaer sobre hechos controvertidos en el proceso, de ahí que el mismo canon 1526 en el apartado segundo, establece dos excepciones sobre hechos que no necesitan ser probados, como son las presunciones legales y los hechos afirmados por una parte y no rebatidos por la otra, salvo que el Juez exija prueba.

En relación a la primera de esas dos excepciones, no necesitan prueba los hechos que la ley presume. Se ha suprimido en el Código de Derecho Canónico la no necesidad de probar los hechos notorios, por lo que éstos han de ser probados, si bien es suficiente probar su notoriedad. Por el contrario, en el ordenamiento civil, el artículo 281.4 de la Ley 1/2000 señala que «No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general», siendo la cuestión más difícil la determinación de qué ha de entenderse por ese carácter absoluto y general de la notoriedad de un hecho.

Tanto en el ordenamiento civil como en el canónico están exentos de prueba los hechos que la ley presume, y en ambos órdenes se pueden distinguir las presunciones de derecho, cuando las determina la ley (canon 1526.2.º y artículo 385 de la Ley 1/2000), o de hombre, o judiciales, si proviene de un razonamiento del Juez (canon 1584 y artículo 386 de la Ley 1/2000).

En ambos órdenes, al hablar de presunción se aprecia la existencia de tres elementos, como son: 1) un hecho base (indicio), que es el que debe ser probado, 2) un hecho presunto, que es la consecuencia del hecho presunto y 3) un nexo lógico entre ambos hechos, que está constituido por máximas de experiencias comunes, recogidas en una norma (presunciones legales) o cuya aplicación realiza directamente el Juez (presunciones judiciales).

Como se deduce tanto del canon 1585 como del artículo 385.2.º de la Ley 1/2000, en las presunciones de derecho está exonerado de prueba quien tiene a favor la presunción, con lo que se invierte la carga de la prueba, que recae sobre aquel a quien perjudique la presunción, que puede hacerlo bien negando el hecho indiciario (mediante prueba directa, conocida en el orden civil como «contraprueba»), o admitiendo ese hecho y negando el nexo lógico con el hecho incierto (prueba indirecta o «prueba de lo contrario» en el ordenamiento civil)[2].

En cuanto a la segunda excepción de hechos que no necesitan ser probados, señala el canon 1526.2.2.º los hechos afirmados por uno y admitidos por el otro, salvo que pese a ello el derecho o el juez exijan su prueba. En efecto, si el demandado admite o no impugna la pretensión del actor, los hechos dejan de ser controvertidos.

En el orden canónico una aplicación fundamental de estos hechos exentos de prueba la encontramos en el canon 1536.1, según el cual la confesión de una parte releva a las demás partes de prueba, ahora bien, con la limitación de que esto será así sólo cuando se trate de un asunto privado en el que no esté en juego el bien público, en cuyo caso, como señala el canon 1526.2.º, la ley o el juez pueden exigir prueba. Constituye esta regulación una plasmación más del importante principio de interés público de la función de la prueba,

2. Hemos de precisar que, en el ámbito civil, esas vías de destrucción de la presunción operan únicamente en las presunciones *iuris tantum*, que admiten prueba en contrario, pues según se desprende del último inciso del artículo 385 de la Ley 1/2000, hay supuestos en los que la ley expresamente la prohíbe, encontrándonos ante las presunciones *iuris et de iure*.
Este tipo de presunciones *iuris et de iure* o «presunciones de derecho y por derecho», en las que el indicio que impulsa a presumir el hecho incierto no es un dato material sino jurídico, ha sido suprimido por el vigente Código de Derecho Canónico.

y tiene como finalidad evitar que se produzca colusión en causas de bien público, como ocurre en los supuestos de declaración de nulidad del matrimonio o separación conyugal (canon 1696).

La legislación procesal civil regula esta materia con identidad de criterio, y así el artículo 281.3.º de la Ley 1 /2000 establece que «Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes». Y en el artículo 752.2, que regula los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, señala que el Tribunal no está vinculado ni a la conformidad de las partes sobre los hechos, ni puede decidir sólo en base al silencio o respuestas evasivas, ni está vinculado en este tipo de procesos a las normas de fuerza probatoria con respecto al interrogatorio de las partes, documentos públicos y documentos privados reconocidos. Por su parte, el canon 1536 en aquellas causas que afectan al bien público tampoco otorga fuerza probatoria plena, ni a la confesión judicial ni a las declaraciones de las partes, sino que pueden tener fuerza probatoria, en la medida en que el Juez las pondere con las demás pruebas existentes en la causa.

Es decir, podemos concluir que tanto en el Ordenamiento Procesal Canónico como en el Civil, en aquellos procedimientos en los que existe un interés público, no es vinculante para el Juez la conformidad de las partes, ni el silencio, ni las evasivas, sino que ha de decidir analizando la totalidad del material probatorio existente en la causa (siempre en base a lo actuado y probado, como emanación del principio de necesidad de la prueba y garantía del derecho de defensa).

Por el contrario, también en ambos Ordenamientos, la admisión o no impugnación del demandado de la pretensión del actor tiene valor probatorio pleno en las causas de interés privado, como consecuencia de lo cual tras la confesión de una parte, el silencio, la evasiva o la no negativa, la otra queda libre de la carga de la prueba, pues se entiende que existe conformidad sobre un hecho que está dentro del poder de disposición de las partes y por tanto tiene valor probatorio pleno (canon 1536.1 y artículo 281.3.º, así como artículos 307, 316 y 405.2 de la Ley 1/2000)[3].

2) Canon 1527:

«1. Pueden aportarse cualesquiera pruebas que se consideren útiles para dilucidar la causa y que sean lícitas.

2. Si una parte insiste en que se admita una prueba rechazada por el Juez, el mismo Juez ha de decidir la cuestión con toda rapidez.»

Refiriéndonos al apartado primero, se puede afirmar que el Derecho Canónico admite todos los medios de prueba, con tal de que sean útiles y lícitos.

Encontramos en dicho canon una primera derivación del principio de formalidad de la prueba. En este sentido, para que las pruebas puedan ser incorporadas al proceso, han de

3. A pesar de que en ambos Ordenamientos cuando se trata de una causa de interés privado, la confesión, admisión o no negativa, ... liberan a la otra parte de la carga de la prueba, es importante destacar la siguiente diferencia: según los artículos 304 y 307 de la LEC, cuando la parte llamada a declarar no comparece o se niega a hacerlo, se pueden considerar como ciertos los hechos a que se refieren las preguntas (se considera admisión tácita de los hechos), mientras que, según el canon 1531, cuando la parte rehúsa a responder, corresponde al Juez valorar su actitud en orden a la prueba de los hechos, es decir, no considera el silencio como una admisión implícita, sino que es función del Juez valorar el silencio de las partes.

estar sometidas a unas normas, a formalidades, que en modo alguno han de ser consideradas como limitaciones, sino como garantías de Derechos Fundamentales.

Pues bien, este principio de formalidad del que hablamos y al que ha de ajustarse la prueba, tiene una serie de requisitos que se clasifican en extrínsecos (de lugar, tiempo y modo o forma) e intrínsecos (no viciada y lícita).

El canon 1527.2 hace referencia por tanto a los requisitos intrínsecos del principio de formalidad, en virtud de los cuales la prueba, en primer lugar, ha de ser lícita, esto es, no viciada (ni por error, dolo, violencia) y moral. Esa licitud va referida a los valores humanos y eclesiales, que han de ser respetados, no siendo admisibles las pruebas de dudosa moralidad. Reflejos de la inadmisión de las pruebas en que ha mediado algún tipo de vicio la encontramos en los cánones 1538 y 125 del Código de Derecho Canónico. La segunda exigencia que ha de reunir la prueba es que sea útil para la causa.

Por su parte, el Ordenamiento Procesal Civil, en el artículo 283, utilizando una fórmula negativa, rechaza las pruebas que: 1) sean impertinentes (párrafo 1.º), por no guardar relación con el objeto del proceso, 2) inútiles (párrafo 2.º), es decir, que aún siendo pertinentes o guardando relación con el hecho controvertido, no sirven para esclarecer y verificar lo controvertido y 3) la prueba ilegal (párrafo 3.º) o prohibida por la ley, que es negada con mayor rotundidad («Nunca se admitirá»). Estas tres limitaciones que la ley procesal civil desglosa, encuentran paralelismo con los requisitos de licitud y utilidad que de manera global regula el Derecho Canónico. En cuanto a la nulidad de pleno derecho de los actos viciados con violencia o intimidación, se regulan en el artículo 238.2 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, para los actos judiciales y en el artículo 225 de la Ley 1 /2000 para los actos procesales.

Por otro lado, el apartado segundo del canon 1527 e íntimamente relacionado con el requisito de utilidad y licitud de la prueba, establece que si una parte insiste en la admisibilidad de una prueba rechazada por el Juez, éste ha de decidir con toda rapidez o *expeditissime*, por medio de decreto que puede ser reformado o revocado. En el ordenamiento procesal civil, el artículo 285 señala que contra la inadmisión de las pruebas cabe interponer recurso de reposición que se sustanciará y resolverá en el mismo acto y en el artículo 287, guardando similitud con el canon citado en cuanto a la rapidez con que han de ser resueltos, también establece que la ilicitud de una prueba ha de ser alegada de manera inmediata (incluso puede ser apreciada de oficio) y se resolverá en el mismo acto del juicio antes del comienzo de la vista, admitiéndose contra la resolución recurso de reposición que también ha de ser resuelto en el mismo acto del juicio.

3) Canon 1528:

«Si una parte o un testigo rehúsan comparecer ante el Juez para responder, pueden ser oídos también por medio de un laico que el Juez designe, o puede requerirse su declaración ante un notario público o por otro modo legítimo.»

Como ya dijimos previamente, dentro de los requisitos de la prueba dimanados del principio de formalidad, y más concretamente de los extrínsecos, se encuentran los requisitos de tiempo, lugar, modo o forma, siendo a estos dos últimos a los que hace referencia este canon. Que las pruebas se realicen o no en presencia del Juez tiene su importancia para hacer efectivo el principio de inmediación, pues el Juez tiene que llegar a un convencimiento moral profundo de la resolución que ha de dictar, de ahí que en el Código de 1917 se obligaba a que

la Sala del Tribunal estuviera presidida por la imagen del Crucificado y tenía que haber un Libro de los Evangelios, sirviendo ambos de recordatorio al Juez sobre la actitud que había de adoptar para impartir Justicia.

El principio general, extraído del canon 1468, es que la actividad judicial ha de ejercerse en la sede del lugar en que el Juez o Tribunal es competente, y será en ella donde normalmente deben ejercerse los actos judiciales. El artículo 129 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece también como regla general que las actuaciones del juicio se realizarán en la sede del Tribunal y como exigencia ineludible derivada del artículo 194.1, en concordancia con el artículo 137, resulta inexcusable la presencia judicial en la práctica de la prueba, hasta el extremo de que su infracción determinará la nulidad de pleno derecho de las citadas actuaciones (artículo 225).

Ahora bien, a esa regla general del lugar en que se han de practicar las actuaciones judiciales existen excepciones que en el orden canónico podemos concretar en: 1) el Juez expulsado por la fuerza de su territorio o impedido para ejercer en él su actividad puede ejercerla fuera del territorio, informando previamente al Obispo diocesano (canon 1469.1.º), 2) determinadas personas, como son Cardenales, Patriarcas y Obispos, entre otros, han de ser oídos en el lugar por ellos elegidos (canon 1558.2).

De conformidad a lo establecido en el canon 1558.3 también puede el Juez considerar oportuno oír a quienes por razones de distancia, enfermedad u otro impedimento, les sea imposible o difícil acudir a la sede del Tribunal, en cuyo caso el Tribunal podrá recabar la ayuda de otro Tribunal (canon 1418), o salir de su territorio para recoger las pruebas, previa licencia del Obispo diocesano del lugar al que se traslade (canon 1469.2). Similar excepción al principio general encontramos en el Ordenamiento procesal civil, artículo 364, en el que si por enfermedad o algún motivo el Juez considera que el testigo no puede comparecer, puede o bien tomarle declaración él mismo en el domicilio, o también recabar el auxilio judicial (artículos 169 a 177), si bien existe aquí una importantísima discordancia entre el orden civil y el canónico, pues mientras que en el primero, de conformidad al artículo 169.4 esta institución tiene carácter muy excepcional y sólo cabe ante unas causas tasadas, en el orden canónico se establece con carácter general como un derecho del Tribunal. Destaca, pues, en la regulación canónica procesal la mayor discrecionalidad del Juez para adquirir pruebas. El Juez tiene el deber de hacer que obren en el proceso los puntos de vista de las partes y testigos, precisamente porque ha de evitar por todos medios un juicio parcial. Precisamente ésa es la razón por la que el canon 1528 autoriza a que los interrogatorios sean practicados por un laico, o que las declaraciones se efectúen ante un notario público, cuando el interesado no quiera presentarse ante el Juez eclesiástico.

4) Canon 1529:

«Si no es por causa grave, el Juez no proceda a recoger pruebas antes de la litiscontestación.»

El canon que ahora nos ocupa es una plasmación de uno de los requisitos extrínsecos del principio de formalidad, en concreto el que hace referencia al tiempo en materia de pruebas.

Hemos de resaltar una vez más que el sometimiento a la necesidad de formas, no puede entenderse como una mera limitación, sino precisamente como una garantía, pues

precisamente la observancia de las normas procesales en todo proceso es lo que constituye una verdadera garantía de la tutela de los derechos de la persona.

Dicho esto es lo cierto que en Derecho procesal canónico rige el principio de preclusión, como se puede deducir de: canon 1639 que exige que se argumenten las razones cuando se proponen pruebas en grado de apelación, no siendo bastante las meras discrepancias con las valoraciones de la Sentencia; canon 1516 que señala que es después de la litiscontestación (por norma general) cuando se pueden proponer pruebas, siendo ese plazo fijado por el Juez, y el canon 1529 que establece que el Juez no procederá a recoger pruebas antes de la litiscontestación, a no ser que medie causa grave, aunque ello no impide que se pueda pedir aseguramiento de prueba.

Como vemos pues, se puede afirmar que en el proceso canónico rige el principio de preclusión, ahora bien lo hace enormemente matizado: canon 1570, si el Juez lo considera necesario o útil, a petición de parte o de oficio, puede llamar de nuevo a los testigos aunque ya hayan sido examinados; canon 1598.1.º y 2.º, una vez publicadas las pruebas, las partes pueden pedir otras pruebas e incluso ampliar la fórmula de dudas; de conformidad al canon 1600, aun después de la conclusión de la causa, el Juez puede llamar a los mismos u otros testigos o mandar que se practiquen pruebas no pedidas con anterioridad en los casos previstos en el canon citado, y el canon 1530 autoriza al Juez a interrogar a las partes en cualquier momento, incluso a instancia de parte o para probar un hecho que interesa públicamente dejar fuera de toda duda.

En el procedimiento civil también rige el principio de preclusión, de tal manera que la prueba ha de ser propuesta en el momento en que establece la ley (audiencia previa en el juicio ordinario, según el artículo 429 y vista, en el juicio verbal, artículo 443). De igual manera, la práctica de esa prueba ha de desarrollarse en el momento establecido en la ley, que es en el juicio en el procedimiento ordinario (artículo 431) y en vista en el juicio verbal (artículo 445).

Esta preclusividad en el orden civil encuentra también alguna matización en el artículo 435 de la Ley 1 /2000, al regular las denominadas «diligencias finales» que vienen a sustituir a las tradicionales «diligencias para mejor proveer», permitiendo en determinados supuestos muy concretos (con mucha menor amplitud que en el proceso canónico) que tanto a instancia de parte (como norma general) como en algunos supuestos de oficio, se proceda a la práctica de prueba dentro del plazo para dictar sentencia (artículo 434.2.º)

Otro paralelismo en las matizaciones al principio de preclusión que veíamos antes en el canon 1530 del proceso canónico, lo encontramos en los artículos 293 a 296 de la ley procesal civil, que regulan la anticipación de la prueba y vienen a permitir tanto al actor (antes y durante el proceso) como al demandado solicitar práctica anticipada de un medio probatorio, antes de llegar a la fase probatoria, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal previsto. La práctica de esta prueba también va a estar presidida por el principio contradictorio (artículo 295). Con el fundamento de evitar que determinadas cosas puedan ser destruidas o modificadas, impidiendo la práctica de una determinada prueba, los artículos 297 y 298 regulan las medidas de aseguramiento de la prueba, resultando curioso que la resolución sobre tal extremo tenga que adoptar la forma de providencia, pues, en armonía con el principio de contradicción, sería lo justo para las partes intervinientes en el proceso que una cuestión tan trascendental como es establecer una medida de aseguramiento

de prueba en un determinado proceso, sea acordada o denegada sin que se expliquen por el Tribunal las razones que le han llevado a adoptarla.

Como última nota, en relación con las consecuencias de la rigidez del principio de preclusividad en uno y otro proceso (derivado del requisito extrínseco de tiempo del principio de formalidad), hemos de señalar que a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, en el que la incomparecencia del demandado es sancionada con la declaración en rebeldía (artículo 496), en el proceso canónico ha desparecido la contumacia o rebeldía, y la incomparecencia no es motivo de sanción, sino que es una presunción de renuncia (canon 1592).

Concluyendo, si bien en ambos órdenes procesales rige el principio de preclusividad, y se pueden encontrar matizaciones en uno y otro, en la legislación procesal canónica el referido principio está enormemente matizado. En efecto, el espíritu del Derecho Canónico va encaminado a que las formalidades sirvan para garantizar los derechos fundamentales de la persona en el proceso (ésa es la esencia del proceso y lo que da razón de ser a la necesidad de las formas en todos los órdenes), y nunca, como señaló Juan Pablo II, «ninguna norma procesal, meramente formal, debe representar un obstáculo para la solución, con caridad y equidad, de esas situaciones».

Bibliografía utilizada:

– Apuntes de clase y apuntes facilitados por Mons. Alonso Rodríguez en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2002 del Estudio Rotal 2002-2003.

– *Código de Derecho Canónico*, dirigido por A. Benlloch Poveda, EDICEF, 8.ª edición.

– *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomos I y II, director Antonio María Lorca Navarrete, Lex Nova, Valladolid, 2000, 2.ª edición.

Revista de Derecho de

familia

TRIBUNA ABIERTA

Libertad religiosa del progenitor frente al beneficio del hijo menor

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada. Doctora en Derecho

INTRODUCCIÓN AL TEMA

Uno de los temas candentes que, sin duda, tiene hoy en día planteados el Derecho de Familia es el referido al derecho a la libertad religiosa del progenitor frente al principio denominado del interés o beneficio del hijo menor de edad. Efectivamente; surge la polémica cuando se nos plantea el conflicto entre derechos, de un lado, del hijo menor, y, de otro, del progenitor. ¿Qué sucede cuando, por ejemplo, el progenitor pertenece a una secta religiosa, está separado o divorciado, y ostenta un derecho de visita –e incluso de convivencia en períodos de tiempo regulares, como Navidad, Semana Santa o verano– sobre el hijo –o hijos– menor de edad?

Es éste el tema que voy a analizar a continuación, tomando como punto de referencia una Sentencia que fue dictada por el Tribunal Constitucional en fecha relativamente reciente, el 29 de mayo de 2000, órgano que se ha manifestado a este respecto con claridad y contundencia, tal como paso a analizar seguidamente.

DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL PROGENITOR Y SU CONFLICTO CON EL PRINCIPIO DEL BENEFICIO O INTERÉS DEL HIJO MENOR DE EDAD

El artículo 16.1 de nuestra Constitución protege, reconoce y garantiza el derecho a la libertad de creencias, que incluye, según ha puesto de relieve Óscar Alzaga[1], las de carácter religioso y las respuestas no religiosas –o no propiamente religiosas– dadas a las grandes cuestiones que el ser humano se plantea sobre la concepción del mundo y de la existencia en general.

El precepto ampara, en consecuencia, las convicciones religiosas, o no, que españoles y extranjeros puedan tener sobre lo más profundo de su ser o sobre la posición del hombre en el mundo y su conexión con Dios, no pudiendo el Estado, en consecuencia, llevar a cabo campañas de propaganda o influir por otros medios en lo que respecta a las creencias de las personas.

El precepto constitucional se complementa, además, con la libertad de culto, que, siguiendo una pauta ya clásica en el Derecho Político, se reconoce sin más limitación, en sus exterio-

1. Alzaga, Óscar: *La Constitución Española de 1978. Comentario sistemático*, Madrid, 1979.

rizaciones, que las que resulten necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. En este sentido, el orden público, la salud pública y la moralidad pública constituyen las invocaciones ordinarias de las Constituciones para limitar la garantizada libertad de culto.

Enfocando ya, directamente, el tema que voy a analizar, cabe plantearse, en primer lugar, cómo puede influir la práctica de una religión determinada, o la pertenencia a una secta religiosa de un progenitor en el marco de la convivencia con un hijo –o hijos– menor de edad y en relación con el denominado principio del beneficio o interés del menor.

La doctrina española, con respecto a esta cuestión, no ha sido prolífica. La verdad es que son escasos los autores que se han referido, al menos de una forma directa, a este controvertido tema, y ello a pesar de que, en la práctica forense, se suscitan estas cuestiones con relativa frecuencia.

Antonio Javier Pérez Martín, en este sentido[2], afirmaba que, si uno de los progenitores está entregado de lleno a una secta religiosa, es normal que las personas que con él convivan participen, igualmente, en los rituales y celebraciones, hechos que pueden tener –de hecho, a mi juicio, tienen– cierta trascendencia en la formación integral de los hijos.

Sobre este extremo, que me parece de una indudable relevancia, hay que citar el artículo 154 del Código Civil, al establecer que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, comprendiendo una serie de deberes y facultades – velar por ellos, tenerlos en su compañía y procurarles una formación integral. Pérez Martín reconocía que, cuando la «adicción» religiosa llegaba a los extremos de cambiar la personalidad, era evidente que nos encontrábamos en una situación que aconsejaba que los hijos no pasaran tanto tiempo con el progenitor «adicto».

Sin embargo, la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 29 de mayo de 2000, al referirse a esta cuestión, consideró vulnerado el derecho a la libertad de creencias cuando se restringe el tiempo de convivencia con los hijos a un padre, miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, en base únicamente a su pertenencia a dicho movimiento espiritual, sin existir prueba alguna sobre riesgos o perjuicios para sus hijos menores de edad. Declaró, asimismo, que la mera sospecha de que un acto de manifestación de creencias pueda alterar el orden público no es suficiente para prohibirlo o restringirlo, sino que ha de tratarse de un fundado temor de daños graves para las personas o las cosas.

En el supuesto en concreto objeto de estudio, el progenitor pertenecía a una secta religiosa y la madre no. Cuando se produce este tipo de situaciones, los hijos menores de edad suelen convertirse en el campo de batalla. Esto es algo que habría que evitar, pero también es cierto que habría de prevenirse una dinámica que resulta muy lesiva y difícil de detener una vez puesta en marcha y que consiste en que el cónyuge sectario, de forma subrepticia y progresiva, manipula a los hijos desde el punto de vista emocional hasta generarles una profunda animadversión hacia el otro progenitor no sectario. La problemática del derecho a la libertad religiosa e ideológica tiene, desde luego, muchos aspectos y facetas, algunos de ellos son

2. Pérez Martín, Antonio Javier: «Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores», en *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Dykinson, Madrid, 2002.

realmente polémicos. Precisamente, es el aspecto que estoy tratando uno de los más conflictivos, porque se trata de establecer o pautar la convivencia de hijos menores de edad con un progenitor que pertenece a una secta religiosa. El progenitor invoca su derecho a la libertad religiosa y de culto, pero esto no nos debe hacer olvidar que estamos ante dos derechos frente a frente: el derecho a la libertad religiosa, de un lado, del progenitor, y, de otro, el derecho de los menores al libre desarrollo de su personalidad, estando siempre en juego el beneficio o interés del menor y debiendo, en todo caso, ser prioritario este último.

El *thema decidendi* resuelto por la Sentencia 20/1990, ya citada anteriormente, se ciñó a establecer una preferencia entre dos derechos: el derecho a la libertad religiosa del progenitor y el beneficio o interés de los hijos menores de edad. La cuestión estriba en la siguiente interrogante: ¿Qué derecho habría de ser preferente? Aquí, concretamente en esta Sentencia, el Tribunal Constitucional estimó que el derecho a la libertad religiosa del progenitor era preferente. El beneficio o interés del hijo menor no es un derecho que aparezca constitucionalmente reconocido, protegido ni garantizado en ningún precepto de la Carta Magna, si bien se deduce de algunos de sus artículos, como, por ejemplo, el artículo 20.4, referido al límite que han de tener los derechos a las libertades de expresión e información. Pero hay que plantearse seriamente si estos hijos menores de edad, en compañía de su progenitor adicto a una secta religiosa, iban a quedar protegidos tanto en el orden físico como psíquico, si sus derechos inviolables iban a quedar garantizados y si se les iba a respetar, en el marco de un ambiente sectario, en el libre desarrollo de su personalidad. Tengamos en cuenta que el artículo 39.2 de nuestra Constitución establece que «los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos...» y, en su apartado 4, se declara que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos.»

Según Manuel Pulido Quecedo[3], el influjo de la Constitución sobre el Derecho Civil ha transitado diversos ámbitos, que tienen que ver, la mayoría de las veces, con los derechos de la personalidad y con el principio de igualdad. Pero donde más se ha percibido la influencia de la Constitución sobre el Derecho Privado es en la parcela o área del Derecho de Familia. Efectivamente, la Sentencia citada distinguió dos vertientes: la vertiente interna de la libertad religiosa, de un lado, y, del otro, la vertiente externa del contenido del derecho a la libertad religiosa. La vertiente externa es, precisamente, la que, como a cualquier jurista de familia, me preocupa, porque se manifiesta ésta en una vertiente activa, al contemplar el derecho a hacer partícipes a otras personas de las propias ideas o convicciones. En concreto, a hacer partícipes a los hijos, en el supuesto que estoy analizando. Es lo que se denomina como «hacer proselitismo», llegando, en muchas ocasiones, a condicionar el comportamiento ajeno e incluso influyendo de una manera negativa en terceros.

La Sentencia 141/2000 trató de poner límites a los límites, lo cual se ha revelado como muy peligroso para el beneficio o interés de los hijos menores de edad. El Alto Tribunal señaló, en este sentido, que se conculcaría el derecho a la libertad religiosa si los poderes públicos restringieran el contenido al margen de los límites constitucionales. Siguiendo esta línea, estimó que los límites de la vertiente externa de la libertad religiosa, que, a su vez, afecta a la libertad de creencias e integridad de los menores, establece un límite cierto del titular del derecho a la libertad religiosa en cuanto ciudadano y en cuanto padre o progenitor, al tener su libertad de

3. Pulido Quecedo: «Acerca del derecho a la libertad religiosa y su incidencia en el Derecho de Familia», en *Revista Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Navarra, 2002.

creencia y de proselitismo un límite intangible, cual es el estatuto del menor, cuyo contenido viene determinado por las normas internacionales, como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, así como la legislación española sobre protección jurídica del menor. El Alto Tribunal acepta el sacrificio de la libertad de creencias del progenitor, pero siempre y cuando exista una finalidad constitucionalmente legítima o, en otras palabras, que el régimen de visitas del progenitor pueda, desde el punto de vista constitucional, quedar restringido y, por ende, su libertad de creencias en su vertiente externa, si está supeditado al bienestar y protección del estatuto del menor.

Manuel Pulido Quecedo, al comentar esta controvertida Sentencia, afirmaba que el Alto Tribunal podría haber utilizado mejor el derecho al libre desarrollo de la personalidad, *ex* artículo 10 de nuestra Constitución, aunque, a un tiempo, admite que, en la tensión derecho a la libertad de creencias-derechos del hijo menor, parece hacer prevalecer, según las circunstancias, que deberán apreciarse *ad casum*, los derechos del menor. En este sentido, el Tribunal Constitucional declaró, en relación con el derecho de visita, que, si la restricción viene determinada por el hecho de profesar una creencia determinada, se apreciaría una intención discriminatoria. Hay que entender que se está rechazando, de este modo, la discriminación por razón de religión, *ex* artículo 14 del Texto Constitucional. La razón por la que el Tribunal Constitucional estimó el amparo solicitado por el progenitor –que pertenecía a una conocida secta religiosa– radica en que apreció que la Sentencia de la Audiencia Provincial había dispensado al recurrente un trato jurídico desfavorable a causa de sus creencias personales. Pulido Quecedo afirmaba que, para llegar a esta conclusión, el Alto Tribunal se había fundamentado en la inicial restricción impuesta a una manifestación de la libertad de creencias: la prohibición de hacer partícipes a sus hijos de sus creencias religiosas, la cual se ha trocado en una restricción de derechos justificada sólo en la pertenencia del progenitor al movimiento espiritual –o secta– conocido como «Movimiento Gnóstico Cristiano».

Desde mi punto de vista, no llego a comprender por qué el Alto Tribunal estimó que la Sentencia *ad quem* había vulnerado la libertad de creencias o, mejor dicho, el derecho a la libertad de creencias. Es obvio que el progenitor había de quedar indemne, por lo que respecta a dicha libertad de creencias, en su vertiente interna. Pero, naturalmente, otra cuestión mucho más compleja y delicada es mantener la indemnidad también en su vertiente externa, de proselitismo, de captación de adeptos a la doctrina o ideología profesada por la secta religiosa en concreto a la que pertenecía. Esto, a todas luces, es inadmisible. Pero esa inadmisibilidad radica, a mi juicio, en que el progenitor quedó en situación de poder ejercer su derecho a la libertad de creencias en el marco externo y, por tanto, de cara a sus hijos menores de edad. Aquí es donde reside el problema, gravísimo desde el punto de vista del beneficio o interés de los menores, que estoy planteando, lo que me lleva a preguntarme si ha existido una sólida y equilibrada ponderación de los derechos fundamentales en litigio, teniendo en cuenta que, de cara al futuro, si hay algún perjudicado, serán precisamente los hijos menores los que acusarán ese perjuicio, porque creo que, en la actualidad, pocas personas podrían cuestionar o poner en duda que las sectas religiosas son una fuente de peligro, de riesgo. Estamos, en consecuencia, ante un problema de Derecho de Familia, con implicaciones muy profundas, porque en todo momento estamos hablando de hijos menores de edad, con una personalidad aún en ciernes, y cuyo desenvolvimiento vital se va a ver condicionado e influenciado por una concreta ideología religiosa de carácter sectario. Estimo que las consecuencias, inmediatas o no, de esa situación serán sobradamente lesivas para estos menores.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia que estoy analizando, declaró que no había quedado probado que la pertenencia del progenitor al Movimiento Gnóstico Cristiano Universal fuera efectivamente peligrosa o perjudicial para el desarrollo personal de sus hijos menores. Resulta paradójico, cuanto menos, resaltar que el Ministerio Fiscal, por su parte, informó que, tanto la Sentencia de Instancia, como la de Apelación, habían sancionado civilmente al recurrente en amparo –progenitor– con ocasión de sus creencias religiosas, sin que esta restricción a su derecho a la libertad ideológica y religiosa se hubiere fundado en la prueba cierta de un daño real y actual para el desarrollo personal de los hijos menores, sino a partir de la presunción de un riesgo potencial de que así podría ser o resultar, a la vista de las creencias que el progenitor profesa.

No puedo dejar de demostrar mi desacuerdo con el planteamiento realizado por el Ministerio Fiscal en este extremo, ya que parece dar a entender que, hasta que el daño o perjuicio a los hijos menores no se produzca, no se le deben imponer restricciones al progenitor por sus creencias en materia de relaciones con éstos. El riesgo es potencia, de eso no cabe la menor duda, pero será, en todo caso, real, cierto, cuando el progenitor, al relacionarse con sus hijos, les haga partícipes de sus creencias y les induzca, promueva o incluso les fuerce a adoptar su misma profesión de fe. Cuando estos hechos se produzcan, ya no habrá nada que prevenir, ya los menores estarán desprotegidos, indefensos, y todo ello a pesar de que nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil y las Declaraciones Internacionales de Derechos de la Infancia intentan protegerles. ¿Dónde alcanza esa protección? ¿Cuándo comienza? Estimo que se trata, ante todo, de prevenir ese daño, esos perjuicios, actuando, en todo momento, siempre en función de los intereses y del beneficio de los menores.

Si intento interpretar los preceptos del Código Civil en sede de protección de hijos menores, hay que citar, inevitablemente, por su importancia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1993, que declaró que «el derecho del progenitor que no convive con su hijo a comunicarse con él, llamado tradicionalmente de visitas, no es incondicionado en su ejercicio, sino subordinado al interés y beneficio de éste.» Más contundente aun se muestra la Sentencia, también del Supremo, de 19 de octubre de 1992, al señalar que «el derecho de visitas constituye continuación o reanudación de la relación paternofilial, evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos, argumento sólidamente establecido que sólo cede (...) en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo...»

Hay que volver, tras el enunciado de estas Sentencias, importantísimas, desde mi punto de vista, por lo que respecta a esta materia tan delicada, al punto de partida: el progenitor tiene derecho a relacionarse con sus hijos menores y de ese derecho, en principio, nadie le puede privar, porque sería contrario a los derechos fundamentales. Pero, ¿qué sucede con los derechos de los hijos menores? No es éste un asunto baladí, ni mucho menos, sino que es la seguridad y el libre desarrollo de la personalidad de los hijos lo que está en juego y es debatido. La Audiencia Provincial, por lo que se refiere a la Sentencia que está siendo objeto de estudio, estimó que, efectivamente, concurrían «graves circunstancias» en el progenitor que aconsejaban la reducción del régimen ordinario de visitas, en un intento, ciertamente loable, de prevenir las probables alteraciones que, para el desarrollo personal de los hijos menores, podía tener el contacto con su progenitor, no considerando suficientes las medidas adoptadas en la Primera Instancia. Pero, desde la perspectiva contraria, el progenitor entendió que la Audiencia Provincial se había limitado a presumir que sus convicciones eran gravemente per-

judiciales o dañinas para los menores, restringiendo, en consecuencia, sin justificación alguna –esa prevención ya era, precisamente, justificación suficiente– los derechos civiles que, como progenitor, le correspondían y, por consiguiente, discriminándole por esas convicciones. De esta manera, el demandante de amparo entendía que la Audiencia Provincial había conculcado la garantía de indemnidad que contiene el artículo 16.1 de nuestra Constitución.

El Tribunal Constitucional destacó que la resolución judicial de la Audiencia, así como la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, representaban limitaciones a la libertad de creencias del progenitor. En definitiva, el *thema decidendi* resuelto por la Sentencia analizada se ciñó, a mi juicio, a establecer una preferencia entre dos derechos: el derecho a la libertad religiosa del progenitor y el beneficio o interés de los hijos menores de edad. La pregunta directa que hay que hacer es la siguiente: ¿Qué derecho habría de ser preferente? La Sentencia analizada estimó que el derecho a la libertad religiosa del progenitor era preferente (¡!). El beneficio o interés del menor no es, en realidad, un derecho que aparezca, desde el punto de vista constitucional, protegido o garantizado, al modo en que otros derechos fundamentales lo están en la Carta Magna, aunque puede deducirse de algunos preceptos, como, por ejemplo, del artículo 20.4, referido al límite que han de tener los derechos a las libertades de expresión e información, a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y a la libertad de cátedra. Estas libertades tienen su límite, entre otros establecidos, en la protección de la juventud y de la infancia.

Ahora bien; yo me planteo y me pregunto si, efectivamente, estos hijos menores de edad, en compañía de su progenitor adicto a una secta religiosa, iban a quedar protegidos tanto en el orden físico como psíquico, si sus derechos inviolables iban a quedar garantizados y si se les iba a respetar, en el marco de un ambiente dominado por una ideología sectaria, en el libre desarrollo de su personalidad. Hay que recordar, a este respecto, que el artículo 39.2 de nuestra Constitución establece que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos. Y, en su apartado 4, este mismo precepto dispone que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos.

Estimo que hay que reconocer abiertamente que, en el marco de un ambiente como en el que el progenitor se desenvolvía, adscrito a una secta religiosa que es bien conocida en la actualidad –diversos especialistas en esta materia se han referido a esta particular fe religiosa–, con una ideología que veía la sexualidad como negativa, la situación de estos hijos es, cuanto menos, difícil y, desde luego, no es la más apropiada para su formación integral, formación que ha de comprender y abarcar todos los aspectos de la aún no fraguada personalidad de los menores.

Hay que resaltar que la vertiente interna del derecho a la libertad religiosa se proyecta sobre la propia conducta del progenitor, pero sin incidir, al menos de forma directa o inmediata, sobre la conducta ajena. Pero, si nos fijamos en la vertiente externa de este derecho a la libertad religiosa, ya vamos a encontrar otras modulaciones, porque se manifiesta en una vertiente activa, al contemplar el derecho a hacer partícipes a otros –los hijos menores, en este caso– de sus propias ideas y convicciones, influyéndoles y, en más de un sentido, forzándoles a adoptar una actitud ante la vida de acuerdo con los postulados mantenidos por el progenitor. Es lo que se denomina «hacer proselitismo», algo que todos sabemos que las sectas hacen habitualmente. Aquí es donde, a mi juicio, se encuentran las limitaciones al derecho a la libertad religiosa o de creencias. La libertad de culto, por su parte, es la manifestación puramente

externa de la libertad de creencias. La Sentencia de nuestro Alto Tribunal señaló que se conculcaría el derecho a la libertad religiosa si los poderes públicos restringieran su contenido al margen de los límites constitucionales. Es decir, se trata de poner límite a los límites, algo que se revela como muy peligroso y, desde luego, habiendo hijos menores por medio, no parece que se les esté protegiendo adecuadamente. Aceptó, no obstante, el Tribunal Constitucional en esta controvertida Sentencia el sacrificio de la libertad de creencias siempre que exista una finalidad constitucionalmente legítima o, en otros términos, que el régimen de visitas del progenitor pueda quedar, desde el punto de vista constitucional, restringido y, en consecuencia, su libertad de creencias en su vertiente externa, si está supeditado al bienestar y protección del estatuto del menor.

Manuel Pulido Quecedo, con relación a esta última declaración del Alto Tribunal[4], estimó que se podía haber utilizado mejor el recurso al derecho al libre desarrollo de la personalidad, *ex* artículo 10 de nuestra Constitución, si bien admite, a un tiempo, que la tensión derecho a la libertad de creencias-derechos del hijo menor parece hacer prevalecer, según las circunstancias que deberán apreciarse *ad casum*, los derechos del menor. Pero es aquí donde el argumento decae, ya que el Alto Tribunal estimó que, si la restricción –a la libertad de creencias en su vertiente externa: culto– viene determinada por el hecho de profesar unas creencias o fe religiosa determinada –léase «secta»–, se apreciaría una intención discriminatoria, prohibida por el artículo 14 de la propia Constitución.

A mi juicio, es evidente que el progenitor había de quedar indemne, por lo que respecta a su derecho fundamental a la libertad religiosa, en su vertiente interna. Cada persona, efectivamente, es libre de creer en lo que quiera, de practicar la fe religiosa que desee o esté más de acuerdo con sus propias convicciones. Pero sólo, en el supuesto que estoy analizando, con carácter interno, no externo. Mantener la indemnidad también en la vertiente externa, de proselitismo, de captación de adeptos, es inadmisible. Esta inadmisibilidad radica en que el progenitor quedó en una situación en la que podía ejercer su derecho a la libertad de creencias en el marco externo y, por supuesto, de cara a sus hijos menores de edad. Esto es muy grave. Por ello, hay que preguntarse si efectivamente se ha llevado a cabo una sólida y real ponderación de los derechos fundamentales en juego y en conflicto, porque serán los hijos los perjudicados en un futuro próximo. Creo que también hay que plantearse si el probable perjuicio a los hijos podía haberse evitado o, al menos, amortiguado.

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano ha entrado a comentar esta Sentencia, afirmando que la dictada por la Audiencia se basaba, para la fundamentación de la restricción del derecho de visitas del progenitor, en la protección debida a los hijos frente al peligro de que el padre intentara utilizar esos períodos de visita para iniciarles en sus creencias religiosas. Pero, al no haberse recurrido en amparo la Sentencia de Instancia, el Tribunal Constitucional no entró a dilucidar si, en efecto, existía fundamento suficiente para privar al progenitor de la educación religiosa de sus hijos, en base al hipotético carácter destructivo de la libertad y de la personalidad, derivado del ideario de la secta religiosa a la que pertenece. A juicio de Bercovitz[5], aquí es donde el problema se presenta más difícil, señalando este jurista la dificultad existente a la

4. *Idem: ibidem.*

5. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo: «Derecho de los progenitores a la formación religiosa y moral de sus hijos», en *Aranzadi Civil*, número 8, 2000.

hora de determinar las consecuencias positivas o negativas que las diversas religiones pueden tener en la personalidad de sus miembros y, muy en especial, en la personalidad en fase de formación de los menores. Este autor apunta, asimismo, que hay que contemplar supuestos de confrontación de los progenitores por religiones sobre las que existe una sospecha, fundada, de su influencia negativa o destructiva. Se refiere este autor, en concreto, a aquellas iglesias, confesiones o comunidades religiosas reconocidas por el Estado, porque, en estos supuestos, el desacuerdo entre los progenitores no es fácil de superar por los Tribunales de Justicia.

En cualquier caso, lo que hay que resaltar es que el beneficio o interés del menor y la eliminación de cuanto le sea perjudicial constituyen las pautas directivas del hacer jurídico en cualquier materia que afecte a los menores, destacando Luis Zarraluqui que no se puede dejar de significar el inferior rango protector de todas aquellas normas que se limitan a eliminar daños, frente al superior de hacer lo mejor para el menor, que se encuentra inserto en la búsqueda del interés o beneficio suyo, resaltando, igualmente este jurista que, en la práctica, es más sencillo distinguir las actuaciones dañinas, peligrosas o perjudiciales que ponderar cuáles sean más beneficiosas que otras también benéficas, presentando, sin embargo, dificultad extraordinaria cuando ambas alternativas sean buenas o indiferentes[6].

A nadie, creo yo, se le escapa la importancia de que los hijos estén con su padre, de que compartan con el progenitor una parte, importante, de la convivencia, siendo ello algo natural y lógico. Pero, en el supuesto planteado, se partía de una realidad: el progenitor pertenecía a una secta religiosa, el Movimiento Gnóstico Cristiano de España, con una ideología ciertamente destructiva. Cabe, por lo tanto, plantearse si, efectivamente, lo más adecuado para conseguir, siempre como objetivo prioritario, el beneficio de los hijos menores de edad del progenitor perteneciente a dicha secta, era que se le mantuviese el derecho de visita e incluso la convivencia, con pernocta, en determinados períodos del año (períodos vacacionales, fundamentalmente). ¿Cabía hablar de discriminación por razón de religión, *ex* artículo 16 de la Constitución, en conjunción con el artículo 14 de la misma, si al progenitor se le hubiera restringido el derecho de visita?

En nuestro país se han dictado diversas Sentencias sobre este tema tan complejo y delicado. Voy a citar, por su trascendencia, algunas de ellas. Así, la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de León de 28 de enero de 1994, que se recondujo a lo siguiente: la esposa, perteneciente a la secta «Testigos de Jehová», instó separación conyugal, oponiéndose el esposo a las medidas acordadas y reclamando para sí la custodia de los hijos menores. La resolución entendió que, otorgando la custodia a la madre, no había lugar a la discusión planteada por el padre sobre la pertenencia de la esposa a una «religión denominada Testigos de Jehová». La Sentencia de Apelación, por su parte, confirmó los anteriores razonamientos, declarando que la religión o ideas religiosas que la madre profesa pertenecen a su privacidad, haciendo uso de su derecho constitucional a la libertad religiosa. Este razonamiento de la Sentencia no contempla, sin embargo, el hecho, incontrovertible, de la expansión de las ideas religiosas al exterior, es decir, la faceta externa de ese derecho, por lo cual su razonamiento es incompleto.

6. Zarraluqui, Luis: «Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores», en *La conflictividad en los procesos familiares. Vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004.

Revista de Derecho de familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

MEDIACIÓN FAMILIAR

Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación

Conclusiones de Curso de formación continuada celebrado en la Escuela Judicial los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2006 y promovido por el Consejo General del Poder Judicial y Fiscalía General del Estado

Las experiencias de implantación de la mediación intrajudicial que se han llevado a cabo en diversos juzgados de España durante el año 2006, y que han sido objeto de análisis en los cursos de formación conjuntos del CGPJ y la FGE, han puesto de relieve la adecuación y validez de esta metodología para la resolución de un porcentaje importante de procesos judiciales.

En el aspecto ideológico, la mediación supone un importante instrumento para dar solución efectiva a determinados litigios que, con los instrumentos clásicos, se ven agudizados y agravados con su judicialización. La metodología que se propugna se inserta en la cultura de la pacificación y la racionalización de los problemas por los propios ciudadanos. La decisión de autoridad que representa la sentencia judicial se ha mostrado ineficaz en determinados ámbitos de los conflictos humanos, y si bien ha de permanecer como última *ratio* de la realización social del derecho, debe ser evitada cuando los intereses en juego y las circunstancias de las personas involucradas en un conflicto jurídico, permitan la autocomposición, con la utilización de medidas alternativas.

El crecimiento geométrico de la litigiosidad en las sociedades avanzadas, no puede ser abordado únicamente con la metodología de la acción clásica de la jurisdicción, es decir, mediante el proceso de controversia contenciosa. El mundo anglosajón lleva muchos años utilizando mecanismos alternativos, que pueden servir para reducir considerablemente el número de procesos judiciales que requieran una sentencia. Con ello se eleva el grado de satisfacción de los ciudadanos respecto a la acción de la justicia y se mejora la calidad del trabajo de los tribunales, puesto que se sacan del sistema un gran número de asuntos respecto a los cuales la respuesta judicial, como elemento modificatorio de la conducta, se ha mostrado notoriamente inadecuada.

Los jueces y fiscales que han intervenido en las experiencias piloto que se examinan consideran que deben proponer al Consejo General del Poder Judicial, a la Fiscalía General del Estado, al Consejo General de la Abogacía y a las administraciones públicas competentes, el desarrollo e implantación de la mediación, y su promoción activa en sede de los tribunales de justicia. Para ello es un objetivo prioritario la constitución de un observatorio de la mediación que elabore protocolos de actuación y guías de buenas prácticas, que garantice la calidad de los servicios de mediación ya en funcionamiento en el entorno de muchos tribunales, y ofrezca soporte a las nuevas experiencias que puedan desarrollarse.

Con este propósito, los participantes en los cursos destinados a jueces y fiscales celebrados en la Escuela Judicial han debatido las siguientes conclusiones en relación a la mediación en el proceso civil y penal:

I. LA MEDIACIÓN CIVIL

1. La primera reflexión que se ha de realizar es que de la observación de la estadística y frecuencia de la litigiosidad, en el ámbito del derecho civil son cada vez más frecuentes los procesos judiciales en los que las dos partes, que mantienen el conflicto, han de seguir relacionándose en el futuro, por cuanto tienen intereses comunes. Tal es el caso de los litigios de propiedad horizontal, de relaciones de vecindad, de sociedades familiares y pequeñas empresas, de relaciones societarias, conflictos entre profesionales que trabajan en un mismo ámbito, e incluso en muchas cuestiones de responsabilidad civil. En estas materias, una razón eminentemente práctica aconseja que deban fomentarse las vías alternativas de resolución de conflictos. La contienda judicial finalizará con un vencedor y un vencido, por lo que el conflicto inicial, indudablemente, se agravará.

2. En particular, nadie pone en cuestión que, en el ámbito del derecho de familia, la mediación es una metodología más adecuada que la confrontación judicial clásica para un gran número de casos. Es también el más eficaz preventivo contra la violencia de género. Ofrece mayor rapidez, adaptabilidad a las circunstancias y condiciones de las partes y puede preservar las relaciones entre los ex cónyuges, con especial trascendencia en la salud mental de los hijos comunes.

3. Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005, que introdujo la mediación en el proceso de familia, los resultados de su práctica en los juzgados que han tenido programas públicos de promoción de la misma, ponen de manifiesto que la mediación no sólo ha de ser utilizada en la fase prejudicial, sino que es de suma eficacia cuando este recurso se ofrece vinculado al servicio público de la justicia, y se promueve su utilización desde la propia sede judicial, bien por el propio juez, por el fiscal o por el secretario judicial. Las negociaciones previas conducidas por los abogados, juegan un importante papel, como se pone de manifiesto con el incremento de procesos consensuados, pero no obstante son insuficientes. Existen muchos casos en los que las partes no negocian previamente, puesto que el ciudadano puede percibir que proponer o aceptar un proceso de negociación es un signo de debilidad. Los propios letrados tienen desconfianza hacia la mediación, puesto que es una metodología ajena a nuestra tradición jurídica. Existe un cierto temor a la desigualdad en la negociación, y un claro rechazo a la misma por parte de quien ostenta las ventajas del *statu quo* respecto a la custodia de los hijos, la posesión de la vivienda, o la gestión del negocio familiar. Desde el punto de vista psicológico, se acude a la justicia con ánimo vindicativo, con la convicción de que va ser saciada la sed de venganza frente a quien se considera que ha obrado injustamente, sin reflexionar en que la respuesta que puedan dar los tribunales puede frustrar tales expectativas.

4. Otras voces propugnan un incremento de la práctica de la conciliación judicial, pero la experiencia ofrece escasos resultados positivos, y no siempre es rigurosa desde el punto de vista técnico. El juez no tiene por qué tener habilidades negociadoras, e incluso su función puede quedar comprometida en debates que siempre discurrirán en el terreno de las primeras impresiones, la mayor parte de las veces equivocadas. El riesgo de prejuzgar es muy alto, por lo que en muchos países son unos los jueces que intentan la conciliación, y otros los que conocen del proceso contencioso. Mas lo cierto es que en muchas ocasiones, estas actuaciones de algunos jueces bien intencionadas, son vividas por los ciudadanos como injustas coacciones que comprometen la imagen de objetividad del tribunal.

5. Una importante conclusión extraída de la práctica es que la previsión en que se sustenta la Ley 15/2005, es decir, que la solicitud de suspensión del proceso para acudir a media-

ción, pueda surgir de las propias partes, no obedece a la realidad y no se ha dado en ningún caso. La razón es que la mediación en sede judicial tiene sus propias características, toda vez que la comunicación entre las partes suele estar interrumpida, y ya se ha realizado la opción de ganar o perder. Por ello no hay predisposición a la colaboración. El poder de decisión, por otra parte, ya no pertenece a los ciudadanos, sino que ya han «delegado» la defensa de sus intereses en sus respectivos abogados, y éstos no pueden mostrar signos de debilidad favoreciendo procesos de mediación, cuando se han preparado para la estrategia de confrontación. Por ello es necesario que el propio tribunal proponga la derivación a la mediación de forma activa.

6. No en todos los casos la mediación es aconsejable. El tribunal, antes de efectuar la propuesta a las partes para que acudan a un proceso de esta naturaleza, debe realizar una evaluación del caso. Deben ser ponderadas las características de los intereses en juego, la complejidad del entramado de relaciones y la sensibilidad social de la materia. Especialmente se debe tener en cuenta que tras el conflicto exista una necesidad real de mantenimiento de relaciones en el futuro, por la existencia de hijos comunes. En otros casos, especialmente cuando el sustrato sea la pugna económica por la gestión de negocios familiares o por la problemática de la vivienda familiar, debe analizarse si la respuesta legal es adecuada para pacificar el conflicto. Singularmente la mediación es la única vía que puede favorecer las relaciones de futuro en divorcios con elementos trasfronterizos, como ha puesto de relieve el propio Reglamento (CE) 2201/2003.

7. Los resultados estadísticos respecto a la aceptación por las partes de acudir a la mediación, tras la invitación formulada por el tribunal, muestran que todavía existen grandes reticencias a abandonar la vía contenciosa para intentar el consenso. Las causas analizadas son variadas, puesto que, por una parte, el cambio de perspectiva ofrecida supone un alto grado de frustración de las expectativas de victoria que una y otra parte ha generado y, por la otra, existe una gran desconfianza en la adecuación de un sistema nuevo y tan poco conocido todavía. A ello se añade el temor ante un nuevo retraso judicial injustificado, especialmente si la mediación es ofertada por el juzgado después de varios meses de espera, o de intentos de negociación infructuosos, que dificultan visualizar las ventajas de un nuevo intento de solución amistosa que ya ven imposible. Es difícil en estos casos retomar la responsabilidad sobre la solución del conflicto, cuando ya se ha descargado la misma en los abogados y en el sistema judicial.

8. Los abogados y la mediación. Desde luego, lo que la práctica en el derecho comparado muestra, y las experiencias piloto realizadas corroboran de forma unánime, es que para el éxito de la derivación a la mediación, el tribunal ha de contar con la colaboración de los abogados. Si la propuesta del tribunal de derivar a la mediación se produce de forma sorpresiva para el letrado, es lógico que éste la perciba como una inmisión a su quehacer profesional. Es importante por ello evitar las quejas que puedan generarse en este sentido y procurar en todo momento la complicidad de los abogados con el tribunal, en el momento de proponer a sus clientes que acudan a un proceso de mediación. De alguna forma, mientras la abogacía no perciba que existen dos modelos metodológicos para intentar solucionar el litigio, uno el contencioso clásico, y el otro la mediación, y que sea él quien en cada caso aconseje al cliente, según las circunstancias del caso, las ventajas de uno y otro sistema, la mediación no se implantará. Como es obvio, el papel y la función del abogado ha de quedar definida por igual en uno y otro caso, su intervención como asesor y, especialmente, como redactor de los acuerdos o convenios, debe quedar salvaguardada, y garantizada, así mismo, la remuneración de su trabajo.

9. La invitación para que, previa suspensión consensuada del curso del litigio contencioso, los litigantes intenten un proceso de mediación, es uno de los elementos esenciales de la metodología que se propugna. El objetivo que se persigue es que perciban que la remisión a la sesión informativa sobre la mediación, no es una imposición del tribunal, ni un trámite burocrático que han de cumplimentar, sino una fase importante del propio proceso judicial en la que, con independencia de que pueda o no dar frutos positivos, ya en sí va a ser una experiencia importante. Se ha visto en los casos en los que no se ha seguido después la mediación que el hecho de compartir con la otra parte un espacio en el que un tercero les propone que realicen un esfuerzo para alcanzar un acuerdo, es sumamente positivo. La formación de la convicción de optar por no aceptar la mediación, y la verbalización, de forma solemne, de que prefieren el proceso contencioso, sitúa la contienda judicial en un contexto diferente. Las estadísticas que se han realizado muestran que en un número importante de casos los litigantes alcanzan acuerdos, cuando menos respecto a cuestiones parciales, a lo largo del litigio, o inmediatamente después de haber sido dictada la sentencia.

10. El tribunal debe tener medios y recursos para que los ciudadanos, directamente, conozcan que existe una forma alternativa de gestionar y de tratar su conflicto de intereses, que también es ofrecida por el sistema jurisdiccional. Se trata de dar publicidad al servicio. No obstante, y además de la información que reciban de sus abogados y de instrumentos de información indirectos, como trípticos, vídeos informativos o propaganda institucional, es conveniente que se exponga por el propio juez, el fiscal o el secretario judicial, la complejidad de las soluciones legales previsibles en su caso concreto, de tal forma que el ciudadano se dé cuenta de que no se trata de que el tribunal prefiera evitarse la tramitación de un proceso contencioso y el dictado de una sentencia, sino de que, efectivamente, como el médico que aconseja al paciente un determinado tratamiento distinto al inicialmente previsto, se transmita que el asunto ha sido estudiado previamente, y que se ha identificado el núcleo o los núcleos de la problemática que ha dado lugar al litigio, lo que ha llevado a diagnosticar que un proceso de mediación puede ser más adecuado. Ello requiere que se expongan sucintamente algunas ventajas concretas que pueden obtener las dos partes si aceptan acudir a la sesión informativa, pero sin que ésta quede sustituida por la actuación del juez.

11. Respecto a este punto, hay dos enseñanzas que se extraen de la experiencia: la primera es que se ha de procurar no suspender los actos procesales ya señalados. Pueden aprovecharse los días que median entre los diversos trámites procesales, antes de la comparecencia o vista. Si se informa a las partes con ocasión de la comparecencia de medidas previas o provisionales, es preferible que se celebre la comparecencia en la que, además de su contenido normal, se transmitirá la posibilidad de la mediación. La derivación a la sesión informativa puede realizarse de forma coetánea a la notificación de la decisión adoptada respecto de las mismas. Incluso como una medida más. La segunda enseñanza es que el proceso de mediación intrajudicial debe ser gratuito. En todo caso, desde luego, la sesión informativa.

12. La denominada sesión informativa de la mediación tiene una importancia trascendental en el proceso de mediación intrajudicial. Cuando las partes sean derivadas a la misma por el tribunal, se han de celebrar con carácter inmediato, sin dilaciones ni esperas excesivas. Debe ser realizada, bien en las dependencias del tribunal, o bien en otras de fácil accesibilidad que ofrezcan garantías de independencia, seriedad y confidencialidad, por profesionales cualificados de esta metodología que dispongan de especiales y acreditadas habilidades para transmitir a los ciudadanos las ventajas del sistema. En realidad es una primera sesión de mediación. Al término de la misma es cuando los litigantes van a decidir si continúan con la

mediación, y solicitan la suspensión del curso de los autos, o si prefieren seguir el proceso contencioso.

13. Los mediadores que han llevado a cabo estas sesiones en la experiencia piloto, han reiterado la capacidad de seducción que debe tener el mediador. Los mensajes que, con carácter mínimo, se les han de transmitir son: (1) las ventajas del mantenimiento de relaciones futuras pacíficas; (2) el beneficio que van a obtener los hijos; (3) la eliminación de los riesgos de perder el juicio y el abaratamiento de los costes; (4) la rapidez de la resolución, lo que significa que deba existir un compromiso en cuanto a las fechas; (5) la adaptabilidad del proceso a sus necesidades, señalando en la agenda las siguientes sesiones; (6) el llamamiento a la responsabilidad en la autogestión de sus problemas, haciéndoles ver que tienen capacidad para resolverlo por sí mismas de forma mucho más satisfactoria; (7) el compromiso de colaboración futura y, en consecuencia, la evitación de problemas en la ejecución; (8) la tranquilidad que les ofrece el hecho de que los acuerdos han de ser redactados después por sus abogados, y homologados por el tribunal; (9) el compromiso de mantener la confidencialidad de todo lo que se hable en el entorno de la mediación; (10) el mantenimiento en todo momento del carácter voluntario de la decisión de estar y permanecer en el proceso de mediación.

14. Respecto al momento procesal en el que se puede efectuar la remisión a la sesión informativa de la mediación, la respuesta es que es factible hacerlo tanto en la fase de medidas provisionales, como en la de alegaciones, audiencias previas, e incluso durante la tramitación de la apelación, pero que, desde luego, la fase de ejecución es especialmente indicada cuando se trata de problemática en el ejercicio de la responsabilidad parental, custodia y visitas.

15. Por lo que se refiere a las medidas concretas que, con carácter inmediato, se propone que se adopten por el Consejo General del Poder Judicial, la que se considera de mayor incidencia es la puesta en marcha del «observatorio de la mediación». El contenido de sus funciones, entre otras que le pudieran ser asignadas, son las de (1) refuerzo de las iniciativas de implantación de servicios de mediación conectados con los tribunales, dando soporte a la puesta en marcha de los mismos mediante la firma de convenios y protocolos, y la especial intervención de los decanatos; (2) gestión de una base de datos de documentación sobre la mediación; (3) la formación específica de jueces, secretarios y fiscales; (4) la elaboración de un programa de promoción de la implantación de experiencias de mediación en más juzgados, en la medida en que se disponga de recursos sociales; (5) evaluación periódica y contraste de experiencias.

16. A las administraciones públicas, especialmente a las que tienen la responsabilidad de gestionar las competencias de justicia, familia y bienestar social, se propone que adopten programas de promoción de la mediación intrajudicial, que garanticen su calidad en condiciones de gratuidad y accesibilidad. Los servicios de mediación han de estar vinculados a los juzgados, junto a otros recursos sociales que ya están vinculados a los mismos, como los equipos psicosociales, los puntos de encuentro o las casas de acogida. Es importante destacar que tales servicios han de ser planificados en base a criterios de flexibilidad organizativa, adaptada a las necesidades de cada lugar. En las experiencias piloto que se han examinado, los servicios de mediación que han intervenido han sido puestos a disposición del juzgado por Comunidades Autónomas, por Ayuntamientos, por Colegios de Abogados o por los propios recursos judiciales, como es el caso de equipos psicosociales. Los centros de mediación han estado vinculados a instituciones o servicios públicos, privados subvencionados por la administración, o subvencionados. En cualquiera de sus formas, se han de promover protocolos de colaboración con los tribunales, a través de los decanatos.

17. En el plano legislativo, se destaca la necesidad de regulación procesal de la mediación en el ámbito estatal, en los siguientes puntos: (1) la inclusión de la facultad del juez de derivación a la sesión informativa previa, con carácter obligatorio; (2) la inclusión específica de la referencia a la mediación en el fase de ejecución de sentencia; (3) la inserción en la ley procesal de las garantías de confidencialidad en la prestación del servicio. En el ámbito de la Universidad es necesario que se homologuen los estudios de posgrado de mediación para que pueda garantizarse la calidad de la prestación del servicio. También se precisa que las Comunidades Autónomas completen la implantación legislativa de la mediación, y que se actualicen y reformen en lo necesario las leyes existentes, con su desarrollo complementario. Finalmente, se aprecia la necesidad de realizar programas públicos de promoción de la mediación en la ciudadanía.

II. LA MEDIACIÓN PENAL

1. Las experiencias prácticas de mediación evidencian un modo de operar en la justicia penal más humano, ya que permite atender de manera prioritaria a las necesidades de la víctima y apoyar la posibilidad de reinserción de los infractores.

2. La mediación que se ha analizado en el ámbito penal no significa una alternativa al proceso ni a la judicialización del conflicto que denominamos delito, como parece sugerir el título del curso. La mediación también es un método de intervención que puede operar en el contexto de un proceso abierto –podría imaginarse, si se regulara el principio de oportunidad, la posibilidad de evitar el proceso en la fase de investigación– como un medio de alcanzar fines del proceso penal, reconocidos por el ordenamiento jurídico, que no logra cumplir.

Así, en lo que al tratamiento de la víctima se refiere, se podrían identificar tres objetivos: la reparación o resarcimiento del daño, la recuperación del sentimiento de seguridad, como forma esta de reparación simbólica, y la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido como testigo.

Además, la mediación puede apoyar actuaciones vinculadas con el principio de resocialización –uno de los fines de la pena– al propiciar la responsabilización del autor por el hecho y sus consecuencias, así como evitar su ingreso en prisión o propiciar la aplicación de penas o medidas alternativas a la prisión, tales como la suspensión del cumplimiento o la sustitución por multa o trabajos comunitarios.

3. Se considera necesario acometer reformas de las leyes procesales y penales que permitan introducir y ordenar la mediación intraprocesal, cumpliendo así con las obligaciones de transposición que nos incumben por imperativo de la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, de la Unión Europea, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal.

Por ley se regulará la mediación como una actividad en la que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica.

La ley establecerá el estatuto del mediador y los principios esenciales del procedimiento, la intervención voluntaria y espontánea de las partes, su gratuidad y confidencialidad, su carácter oficial, su flexibilidad en cuanto a plazos y trámites, así como su bilateralidad.

Dicha ley sobre la mediación penal no se debería hacer depender de la elaboración y aprobación de una nueva ley de enjuiciamiento criminal.

4. Mientras tanto, se deberían impulsar desde la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial iniciativas de mediación en Juzgados y Tribunales, ordenando su protocolización, seguimiento y evolución.

Para ese fin se estima también conveniente la creación de un observatorio sobre la mediación en el Consejo General del Poder Judicial, con intervención de las administraciones e instituciones implicadas.

5. La futura ley deberá prever mecanismos que reconozcan la eficacia de la mediación entre el autor y la víctima y del acuerdo para la reparación antes, incluso, de la incoación del proceso o, una vez iniciado, mediante la regulación del principio de oportunidad reglada, con el debido control jurisdiccional, evitando así el juicio.

También, habrán de articularse medidas que posibiliten la consideración de la mediación como una respuesta penal junto a las penas y las medidas de seguridad, como una atenuación específica y como pauta para la sustitución y suspensión de las penas privativas de libertad.

6. La mediación ha de facilitarse en todas las fases del proceso penal, tanto en la investigación como en la instrucción, en el enjuiciamiento y en la ejecución.

7. La mediación reparadora se considerará un servicio público gratuito, prestación que habrá de proveer a las partes e interesados la Administración de Justicia.

Se podrán derivar asuntos hacia la mediación de oficio, a instancias del Fiscal, del infractor y de la víctima.

8. El criterio de derivación de casos a la mediación reparadora deberá atender a la voluntariedad de las partes e implicados (autor y víctima) y a la existencia de un daño efectivo, material o psicológico.

Se estima recomendable, a partir de las experiencias que se han descrito en los cursos de formación, que la mediación atienda de manera prioritaria a delitos contra el patrimonio (hurtos, robos con fuerza, robos con violencia e intimidación), delitos de lesiones, delitos contra la libertad de las personas y su integridad moral, infracciones todas ellas que tienen una especial representación en la dedicación ordinaria del orden jurisdiccional penal.

9. Se considera especialmente indicada la mediación para afrontar conflictos surgidos en el contexto de relaciones conyugales o uniones de hecho –siempre y cuando se garantice la igualdad de las partes–, relaciones familiares, vecinales y derivadas de otro tipo de convivencia, como las que tienen lugar en las relaciones laborales, porque en dichas controversias intervienen personas que se conocen y existe un tejido humano y social que intentar reconstruir o resulta necesario, para prevenir la repetición del conflicto, que los implicados pacten soluciones satisfactorias.

Por ello, se valora como desacertada la previsión del artículo 44 de la LO 1/2004 que prohíbe la mediación en el ámbito de la violencia sobre la mujer.

10. En los delitos con bienes jurídicos difusos o colectivos, como los de tráfico de drogas, habrá de explorarse la posibilidad de identificar una víctima que represente el daño que causa el hecho, por medio de colectivos o asociaciones de familiares o de redes de asistencia a adictos.

En el caso de infractores pobres habrán de articularse, para hacer posible su intervención en procesos de mediación, mecanismos de mediación indirecta, como prestaciones personales a favor de la víctima, y de reparación simbólica, como prestaciones a favor de la comunidad o de carácter solidario.

11. La mediación simbólica es una perspectiva fundamental en el tratamiento y atención de las víctimas, tradicionalmente incomprendida en el proceso penal. Con ella se persiguen objetivos emocionales y sociales como la recuperación de la dignidad de la persona, el restablecimiento o la mejora de la sensación de seguridad, la rebaja de los niveles de ansiedad y la liberación del miedo producido por el delito.

12. En las infracciones privadas disponibles por el ofendido el acuerdo de mediación supondrá necesariamente la evitación del juicio.

13. Debería reflexionarse sobre la conveniencia de otorgar eficacia al perdón del ofendido siempre que fuera espontáneo, a cuyo fin se establecerán los debidos mecanismos de control judicial, en delitos contra el patrimonio, la integridad y la libertad de las personas.

14. La mediación deberá respetar los derechos fundamentales del imputado, en particular la presunción de inocencia como regla de tratamiento y de juicio. Con esa finalidad, sólo se podrán derivar desde el proceso casos de encausados que hubieren admitido, al menos parcialmente, su intervención en los hechos, siempre con la consulta previa al abogado defensor.

Su participación habrá de ser libre y espontánea en todo momento. En su garantía se fomentará la intervención del abogado defensor, habitualmente designado de oficio.

15. La intervención de la víctima será siempre voluntaria en todo momento del proceso, de tal manera que el consentimiento inicial no condicionará su capacidad soberana de poner fin automáticamente a la mediación en curso por su propia decisión.

Se posibilitará que consulte con abogado de confianza o con el Fiscal del caso, para facilitar su libre y voluntaria participación.

16. Para garantizar la participación espontánea y responsable del denunciado y del ofendido el Juez, en su caso el Fiscal, y el mediador deberán informarles de manera clara y exhaustiva de sus derechos y facultades, de las características y objetivos de la mediación reparadora, así como de la capacidad de poner fin al proceso en cualquier momento.

17. Todo el contenido del diálogo de la mediación –entrevistas del profesional con el imputado y la víctima, encuentro con las partes, correspondencia entre ellos– será absolutamente confidencial.

La presunción de inocencia como regla de juicio requiere que sólo pueda adquirirse conocimiento válido para la condena mediante actos de prueba producidos en el juicio. Por ello, no se podrá aprovechar para la prueba, ni siquiera de modo indirecto, la información que proceda de dichos encuentros, tampoco el reconocimiento genérico sobre los hechos que pueda recoger el acta de acuerdos entre los interesados. El mediador pondrá cuidado al redactar el acta y su propio informe en respetar el principio de presunción de inocencia.

Con ese fin, no podrá utilizarse en la actividad probatoria la participación voluntaria del imputado en la mediación como hecho indiciario.

18. El proceso penal deberá proteger el derecho y el deber de secreto del mediador y la confidencialidad de la mediación, como mecanismo de garantía de un espacio de diálogo sincero entre los interesados, de respeto a la presunción de inocencia y a los derechos de defensa y contradicción. El mediador no podrá ser llamado al juicio como testigo respecto del contenido de las conversaciones y encuentros que se hubieren desarrollado. La ley deberá recoger el secreto profesional del mediador y la prohibición probatoria.

19. El Juez y el Fiscal velarán por la cualificación profesional del mediador, por su neutralidad e imparcialidad en el caso concreto, por su probidad y su responsabilidad, así como por el correcto desempeño de sus funciones y el respeto a la dignidad de la persona del infractor y de la víctima y la integridad de sus derechos.

20. Los equipos mediadores tendrán una composición multidisciplinar integrando conocimientos jurídicos, psicológicos, comunicativos y propios del trabajo social.

21. Deberá habilitarse una causa de atenuación específica de mediación que incorpore la intervención voluntaria en el proceso, el esfuerzo reparador del autor, la reparación efectiva y la suficiencia de su actividad desde el punto de vista de la satisfacción de los intereses de la víctima.

22. Se posibilitará la suspensión de las penas privativas de libertad, incluso cuando el autor tuviere antecedentes (requisito del artículo 81.1.º CP), siempre que se hubiere logrado la satisfacción de la víctima.

23. La regulación y experiencia práctica, ya rica, de la mediación en la justicia penal juvenil y de menores se considera un modelo plausible que puede servir de ejemplo para el sistema de adultos.

24. La mediación en menores supone uno de los mejores exponentes de los principios de intervención mínima e interés del menor, valores que inspiran esta jurisdicción.

25. En la mediación el menor tiene derecho a estar asistido por su letrado, como se desprende del artículo 5 del Reglamento de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

26. Para facilitar la mediación en la fase de ejecución de las medidas judiciales es imprescindible que el juez de menores dé traslado a los letrados de los informes que se emitan sobre su cumplimiento.

27. Es imprescindible que haya una mayor dotación por parte de las administraciones competentes –CCAA y Ministerio de Justicia– de los equipos técnicos, tanto en lo que se refiere a los medios personales, técnicos y al personal auxiliar, como en lo relativo a los medios materiales.

28. A fin de facilitar la reparación en la mediación de menores es necesario promover la firma de convenios o protocolos con entidades públicas y/o privadas (Cruz Roja, ONGs, Ayuntamientos, Universidades, firmas comerciales,...) a instancia del Fiscal de Sala Delegado del Fiscal General del Estado para la jurisdicción de Menores, a nivel nacional, sin perjuicio de los convenios o protocolos existentes o que en el futuro se aprueben en el ámbito de las CCAA y/o provincias.

DERECHO MATRIMONIAL CANÓNICO Y ECLESIÁSTICO DEL ESTADO

Autores: Miguel Ángel Jusdado Ruiz-Capillas (Director), Santiago Cañamares Arribas, Montserrat Perales Agustí, Alejandro González-Varas Ibáñez, Julio Ortiz Herráiz y Silvia Meseguer Velasco

Editorial: Colex

Lugar y fecha de edición: Madrid (2006)

Páginas: 398

Incluye CD-ROM con formularios matrimoniales canónicos

Recesión elaborada por: Rafael Palomino Lozano

La presente obra reúne unas características especiales, a mi modo de ver. De una parte, la singular calidad de los autores, todos ellos vinculados por motivos de docencia o de investigación a la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y al Magisterio del profesor Rafael Navarro-Valls, maestro de juristas a quien dedican la obra. De otra, la acabada combinación de criterios pedagógicos (el siempre perenne atractivo del Derecho matrimonial canónico por su vertiente humana y práctica) con los criterios y exigencias de los planes de estudio (la exposición del Derecho Eclesiástico del Estado, exponente válido del comportamiento de cualquier ordenamiento jurídico ante las libertades y anhelos más profundos de la persona). Esta combinación no impide una magnífica síntesis –en menos de cuatrocientas páginas– de los elementos básicos de una enseñanza de profunda riqueza, enseñanza que el Director de la obra, el profesor Jusdado, ha sabido dotar de una notable dimensión práctica. En efecto, el hecho de incluir un anexo de Formularios Matrimoniales Canónicos en soporte informático amplía el interés de la obra, que sobrepasa la enseñanza o los primeros pasos del jurista, para constituir también una útil introducción a la práctica forense.

La obra se divide en 18 Lecciones, 9 de Derecho matrimonial canónico y otras 9 de Derecho eclesiástico del Estado. Equilibrada distribución, que hace de este trabajo un instrumento particularmente versátil para la enseñanza de más de una asignatura de las que vienen siendo habituales en los Planes de Estudio de las universidades españolas.

Voy a detenerme a continuación en el comentario de cada una de estas lecciones. El motivo que me lleva a este comentario detallado, en lugar de un análisis general o global, se debe a dos motivos. El primero, que cada autor imprime su sello personal en la pedagogía de cada lección. Pero además –y aquí viene el segundo motivo– que los autores (verdaderos expertos en la materia que tratan) no se han limitado a una exposición de carácter docente, sino que ofertan muchas y sugerentes consideraciones científicas en el trabajo, algunas de las cuales escapan a esta breve recensión.

La obra se abre con unas sencillas y profundas consideraciones del profesor Miguel Ángel Jusdado acerca del Derecho y de la Justicia. En modo alguno están de más. Los amplios respiros jurídicos que amablemente presenta el Derecho canónico aconsejan proceder de este modo, en una Lección que sirve de Introducción al mismo, siguiendo un esquema clásico de exposición (concepto, historia del Derecho europeo e, inseparablemente, historia del Derecho canónico) y que exige situar al alumno más allá de los formalismos que viene imponiendo una concepción positivista e ideologizada del Derecho. Seguidamente, en la Lección 2 se expone de forma muy acertada los elementos formativos del matrimonio occidental con una referencia particular –y poco común, lo cual merece elogio por su originalidad– al Derecho judío. Esta misma Lección del profesor Jusdado sitúa al lector no sólo en la historia, sino también en la actualidad jurídica, a través de la Marriage Defense Act norteamericana del año 1996, particular exponente de la concepción occidental del matrimonio, vinculada al principio antropológico y jurídico de la conyugalidad.

En la Lección 3, el profesor Alejandro González-Varas Ibáñez ofrece con maestría y sencillez al lector los elementos terminológicos clave que permiten la cabal intelección del matrimonio canónico, así como las líneas de fuerza que definen su contenido, expresado en sus fines y propiedades. Particularmente el apartado II de esta lección, invita a una reflexión mesurada que conecta lo jurídico con lo doctrinal y lo antropológico.

La profesora Montserrat Perales Agustí en la Lección 4 sabe enlazar y recapitular todos los elementos previos para proyectar su magisterio sobre los impedimentos canónicos. La exposición es particularmente interesante, si se tiene en cuenta que abarca también el Código de las Iglesias Orientales –con la cumplida referencia legal– así como el estudio comparado de los impedimentos matrimoniales del Derecho civil español, comparación que culmina en las tablas explicativas de las páginas 99 y 100.

La Lección 5 está dedicada a la exposición del consentimiento matrimonial en el Derecho canónico. La dilatada experiencia forense del profesor Julio Ortiz Herráiz le autoriza a introducir en forma de apartados específicos unos «criterios prácticos a tener en cuenta» que expliquen las particularidades que presenta cada uno de los elementos específicos del canon 1095. Esta misma experiencia forense hace de los apartados dedicados a la exposición de la simulación y del consentimiento condicionado unos elementos de particular interés para hacer realidad una docencia significativa.

Por su parte, la profesora Silvia Meseguer Velasco aborda muy equilibradamente la exposición de la forma matrimonial canónica, situándonos en el sentido jurídico y social de la misma, su historia y sus clases en la regulación canónica actual. Y mantendrá la misma tensión de calidad y síntesis en la Lección 7, al exponer la convalidación del matrimonio canónico, con un esquema clásico de exposición que atiende a concepto, presupuestos, requisitos y efectos, tanto de la convalidación simple como de la sanación en la raíz.

La Lección 8, a cargo del profesor Jusdado, tiene dos puntos de magistral inflexión en el discurso pedagógico, que se encuentran en las «consideraciones previas» acerca de la indisolubilidad del matrimonio canónico y en la exposición de los antecedentes socio-históricos del privilegio petrino: dos aspectos que estoy seguro quedarán muy grabados en la mente de los estudiantes.

Al tratar los procesos matrimoniales canónicos en la Lección 9, el profesor Ortiz Herráiz acierta plenamente al incorporar a su explicación las aportaciones de la Instrucción *Dignitas Connubii*, situándolas en paralelo a la normativa procesal codicial.

Termina aquí, de forma convincente desde el punto de vista pedagógico y doctrinal, la primera parte de la obra.

Comienza la parte dedicada al Derecho eclesiástico del Estado con la Lección 10, en la que el marcado carácter docente de la obra no desdice de los apuntes certeros del profesor Jusdado acerca de las aportaciones doctrinales sobre el concepto, objeto y método en el Derecho eclesiástico del Estado. Particularmente valiosa para el lector y para el alumno resultará la referencia que hace el autor de esta Lección al «registro dualista», tan fácilmente olvidado en ocasiones a la hora de incardinar el Derecho eclesiástico y el factor religioso en la reflexión propia y original de la civilización occidental.

La Lección 11, dedicada a los principios y fuentes del Derecho eclesiástico del Estado, corre de nuevo a cargo del profesor González-Varas. Pienso que acierta a la hora de relativizar el valor particular de los principios informadores, que parecen requerir una exacta «ubicación» en el contexto constitucional. Pero dicha ubicación debe efectuarse, tal como hace el autor de esta Lección, sin añadidos ideológicos. De ahí que denuncie con acierto determinadas formas de aproximación a dichos principios: «ha mayor o menor homogeneidad ideológica o religiosa que exista en la sociedad brota de sí misma, correspondiendo a los poderes públicos garantizar, sencillamente, la pluralidad de opciones, pero no intentar cambiar la mentalidad social. Por tanto, el Estado no tiene que promover el cambio social desde el poder y mediante el Derecho, ni siquiera en aras de favorecer un pretendido progresismo, pluralismo de opciones o cualquier otro objetivo» (p. 228).

La Lección 12, a cargo del profesor Santiago Cañamares Arribas, analiza el Sistema Matrimonial español, siguiendo un esquema de probada eficacia pedagógica en la exposición: momentos y clases de sistemas matrimoniales, sistema matrimonial histórico, sistema matrimonial constitucional, acordado y del Código Civil. Y en la Lección 13, este mismo autor desglosa los momentos constitutivo, registral y extintivos del sistema español, junto con la obligada referencia al reconocimiento de las decisiones matrimoniales canónicas en el ámbito de la Unión Europea, tema del que –junto con el profesor Rafael Rodríguez Chacón– es un profundo y agudo conocedor.

La profesora Perales Agustí aborda en la siguiente Lección el régimen matrimonial de las confesiones minoritarias en España con un pormenorizado estudio del contenido de los Acuerdos de Cooperación del año 1992. Tras dicha exposición, dedica la Lección 15 a la exposición del Derecho matrimonial de las confesiones religiosas minoritarias; si venía siendo ya habitual la exposición del Derecho matrimonial islámico y judío (en este último, la autora es reconocida experta), se añade aquí una interesantísima y original referencia al Derecho matrimonial ortodoxo.

La Lección 16, sobre libertad de enseñanza, corre a cargo del profesor González-Varas. Se anticipa aquí el autor a plantear un posible o hipotético problema de objeción de conciencia, por parte de los docentes, al contenido y programa de la futura «Educación para la ciudadanía», cuando señala acertadamente que «el Tribunal Constitucional ha afirmado expresamente que también los profesores podrán resistir cualquier mandato consistente en ofrecer a su enseñanza una orientación ideológica determinada, puesto que no puede haber una ciencia o doctrina oficiales» (p. 337).

La financiación de las confesiones religiosas es el objeto de la siguiente Lección, a cargo de la profesora Meseguer, quien ya tuvo ocasión de mostrar su magistral conocimiento del tema en monografías anteriores. En esta ocasión, destaca particularmente su capacidad

de síntesis en la exposición de las referencias históricas que –indudablemente– marcan el pulso de este controvertido y complejo tema.

Y se cierra el trabajo colectivo con la Lección 18, a cargo del profesor Cañamares. Si la obra se iniciaba con una dedicatoria a Rafael Navarro-Valls, igualmente se cierra precisamente con múltiples referencias a las sólidas consideraciones y posturas del Maestro en uno de sus temas favoritos: las objeciones de conciencia. El profesor Cañamares ha sabido abordar de forma convincente este complejo tema, que actualiza por completo con las necesarias referencias a la objeción de conciencia al matrimonio de personas del mismo sexo o al sector de las objeciones de conciencia en el ámbito educativo.

Tras este recorrido por la obra, bien se comprende que –tal como he tenido ocasión de indicar aquí y allá– el libro alcanza cumplidamente por su calidad los propósitos docentes con los que ha sido elaborado. Pero además permanece abierto a la reflexión científico-doctrinal en muchas de sus páginas, al tiempo que ofrece herramientas interesantes para la práctica forense. En definitiva, esta obra, a pesar de su corta vida, bien puede ir camino de convertirse en obligada referencia en el panorama del Derecho matrimonial y del Derecho eclesiástico del Estado.

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.
1981	14,4	14,0	15,6	15,6	15,4	13,7	14,3	14,4	14,1	14,4	14,3	14,4
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

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS (CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.107,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCIBEN INGRESOS)

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de Derecho de

familia

AVANCES JURISPRUDENCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

No concesión de la indemnización por nulidad matrimonial al no haber concurrido mala fe en ninguno de los cónyuges y además, por haber pactado los mismos las consecuencias del cese de convivencia en un acuerdo notarial y posteriormente en procedimientos de separación y divorcio fijando una pensión compensatoria.
AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2006.

PATRIA POTESTAD

Lesiones sufridas por un chico de catorce años cuando jugaba con un amigo al mini golf al ser golpeado en situación de agachado por el palo accionado por el compañero al simular, o tratar de hacer, un golpe a la bola. Falta de responsabilidad de los padres del otro menor y de la entidad que gestiona el Restaurante en cuyas instalaciones se halla ubicado el campo de mini golf.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de octubre de 2006.

El Código Penal establece la responsabilidad civil de los padres con respecto a los hechos cometidos por los hijos menores de 16 años (artículo 20.1.º CP), pero no contiene previsión alguna para los menores con edad comprendida entre 16 y 18 años, por lo que cualquier ilícito cometido por personas en dicha franja de edad puede ser resuelto por la jurisdicción civil aun después del proceso condenatorio en el orden penal. Se desestima la excepción de cosa juzgada, ya que ningún precepto en el orden penal autorizaba a los hoy demandantes a ejercitar la acción civil en el proceso penal. Estudio y requisitos de la cosa juzgada.
AP Baleares, Sec. 3.ª, Auto de 22 de mayo de 2006.

Habiéndose ejercitado una acción de responsabilidad civil frente a los padres por hechos cometidos por los hijos (artículos 1902 y 1903 CC), al ostentar su patria potestad en el momento en que ocurrieron los hechos, deviene innecesaria la llamada al proceso de los hijos, con independencia de que, al momento de la tramitación del procedimiento, ya hayan alcanzado la mayoría de edad: se estima la excepción de falta de legitimación pasiva.
AP Baleares, Sec. 3.ª, Auto de 22 de mayo de 2006.

GUARDA Y CUSTODIA

Concesión de la custodia compartida por períodos de tres meses con cada uno de los progenitores y con el correspondiente régimen de visitas, ya que dadas las relaciones de los hijos con los progenitores es el sistema que mejor se adapta a sus necesidades.
AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 13 de junio de 2006.

El cambio de residencia de la madre al lugar en que viven padre e hija supone una alteración sustancial de las circunstancias que en su día se tuvieron en cuenta para otorgar la custodia al padre, pero no por ello procede acceder al cambio de custodia instado por la madre: ante todo ha de primar el beneficio de la menor, que consta que se encuentra perfectamente integrada en

el núcleo familiar que forma con su padre y abuela, concluyendo los informes técnicos la conveniencia de mantener la actual guarda. Sí procede ampliar el régimen de visitas materno-filial. Presupuestos generales para la modificación de medidas.
AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 1 de junio de 2006.

RÉGIMEN DE VISITAS

Teniendo en cuenta la distancia existente entre las ciudades donde residen los nietos y la abuela se fija un régimen de visitas de un fin de semana cada cinco (desde la salida del colegio hasta el domingo) y siete días en las vacaciones de verano.
AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2006.

La conflictividad existente entre las partes justifica la fijación de un régimen de visitas a favor de los abuelos consistente en el primer sábado de cada mes desde las 10 horas hasta las 20 horas, debiendo realizarse las entregas y recogidas en el Punto de Encuentro Familiar.
AP Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de julio de 2006.

Es adecuado al beneficio del menor la fijación de un régimen de visitas progresivo, que se articula en tres tramos: 1) hasta que cumpla 2 años; 2) de 2 a 4 años, y 3) a partir de los 4 años. No puede prosperar la petición de la madre que, alegando que desde que el menor nació no ha convivido con el padre, pretende una mayor restricción (hasta los 5 años sin pernocta), pues contribuiría a que el menor viera al padre como un extraño. El principio del *favor filii* exige una adecuada relación del menor con cada uno de sus progenitores.
AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de julio de 2006.

No procede la suspensión del régimen de visitas paterno-filial, al no haberse acreditado la actual adicción del padre al alcohol, ni comportamientos violentos con la menor. No obstante, habiendo reconocido el padre que tuvo problemas con el consumo abusivo de alcohol y existiendo una orden de protección para la esposa que fue amenazada cuando el esposo estaba bebido, se acuerda que las visitas se efectúen en el Punto de Encuentro durante un período de 6 meses, a fin de constatar si las relaciones padre-hija pueden desarrollarse sin problemas.
AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de junio de 2006.

VIVIENDA FAMILIAR Y AJUAR FAMILIAR

Cabe calificar de precario la utilización de la vivienda por el cónyuge del hijo de los propietarios a quienes se les cedió en uso en atención al matrimonio que contraían, sin que sea obstáculo para tal calificación que en el procedimiento matrimonial esté pendiente de atribuirse el uso de la vivienda familiar.
AP Sevilla, Sec. 8.ª, Sentencia de 11 de septiembre de 2006.

Si la guarda y custodia de los menores se ha atribuido al padre, de conformidad al artículo 96 CC el uso de la vivienda familiar se ha de atribuir a los hijos y al padre, siendo absolutamente indiferente que los cónyuges tengan o no un importante patrimonio inmobiliario y varias viviendas, así como que el padre no haya solicitado dicho uso, pues al afectar a menores el Juez pueda adoptar dicha medida de oficio. La aplicación del artículo 96 CC es imperativa, salvo la existencia de previo acuerdo judicialmente aprobado: se trata de un derecho de los hijos que alcanza al cónyuge en cuya compañía quedan.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de junio de 2006.

Procede denegar la atribución de dicho uso de forma compartida y periódica, cual solicita el recurrente, ya que la mera situación de conflicto familiar patentizada en el presente proceso hace desaconsejable la cuasi-convivencia que pudiera derivarse de tal uso del inmueble, por demás molesto y originador, sin duda, de mayores enfrentamientos entre ambos.
AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de junio de 2006.

No existiendo hijos, y siendo el de la esposa el interés más necesitado de protección, se le concede el uso de la vivienda familiar sólo durante el plazo de 8 meses, al tratarse de una vivienda privativa del esposo: el artículo 96 CC impone la fijación de un plazo cuando se atribuye el uso al cónyuge no titular. No puede otorgarse indefinidamente, ni condicionarlo a que la esposa consiga una nueva vivienda en propiedad; tampoco incide en tal decisión el hecho de que el esposo tenga otra vivienda.
AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de junio de 2006.

No procede que el préstamo hipotecario sea abonado al 50% por los cónyuges, sino en proporción a la capacidad económica de cada uno de ellos. Ello fue lo pactado en el Convenio Regulador no ratificado por la esposa, y aunque en dicho momento los ingresos de ésta eran superiores, también es verdad que el marido tiene que abonar ahora un alquiler, por lo que subsiste la misma desproporción entre los ingresos de uno y otro.
AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2006.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Extinción de la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad, de 27 y 25 años, que han terminado su formación académica de grado superior y que han realizado trabajos esporádicos y de escasa remuneración, sin que ello sea obstáculo para dicha extinción, puesto que se trata de circunstancias que se derivan de la situación actual del mercado de trabajo al que acceden los jóvenes.
AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de julio de 2006.

Siendo los únicos ingresos del padre los derivados de la prestación por desempleo, que ascienden a 790 euros/mes, y sin que consten otros ingresos diferentes, es equitativo fijar a su cargo una pensión de alimentos de 150 euros/mes para su hija menor de edad.
AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de julio de 2006.

Ascendiendo los ingresos netos del padre a 863,31 euros, es adecuado y proporcionado a las necesidades del menor fijar una pensión de alimentos de 210 euros, que además fue libremente aceptada por la madre en el Auto de Medidas Provisionales.
AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de julio de 2006.

Los gastos extraordinarios serán abonados en un 70% por el padre y un 30% por la madre, en atención a su diferencia de ingresos.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de junio de 2006.

Mantenimiento de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad al no quedar acreditado en modo alguno que tenga medios económicos propios para poder subsistir, aunque realice algunos trabajos agrícolas esporádicos, pero continuando con sus estudios de la ESO en el instituto.
AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de junio de 2006.

Las clases particulares, asistencia a cursos de verano, cursos en el extranjero y análogos son gastos extraordinarios: habiéndose acompañado con la demanda de ejecución los recibos y justificantes bancarios que acreditan que la madre ha abonado los gastos relativos a clases de danza e inglés de la hija, procede seguir adelante la ejecución despachada, en reclamación de la parte proporcional cuyo abono corresponde al padre.
AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de junio de 2006.

Estimación de la demanda interpuesta por un hijo contra el resto de hermanos para que, por partes iguales, se abone el importe del ingreso de la madre en una residencia, descontando lógicamente la cuantía de la pensión que percibe aquélla.
AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de junio de 2006.

Se reduce la pensión de alimentos del hijo pactada en el divorcio, al dejar el padre uno de los dos trabajos que realizaba por estar incurso en causa de incompatibilidad laboral. No procede una mayor reducción que pretende el apelante: por una parte, ha de valorarse que a la firma de dicho Convenio ya conocía que las posibilidades del reconocimiento de compatibilidad eran pocas, y por otra, ahora que no realiza ese 2.º trabajo puede dar clases particulares. No es de recibo que, por tener un coste elevado, el padre pretenda que el menor no siga sus estudios en el mismo centro que en su día acordaron.
AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de junio de 2006.

No procede reducir la pensión de alimentos que fue fijada escasos meses antes en el proceso contencioso de separación: la situación laboral de los progenitores no ha variado y siguen existiendo las participaciones en los negocios de la familia del esposo, sin que tampoco se hayan producido cambios en la experiencia, capacitación y posibilidades de desarrollar actividades que fueron tenidas en cuenta en su día para fijar dicha pensión.
AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de junio de 2006.

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.

No estamos ante un supuesto en el que proceda fijar limitación temporal a la pensión compensatoria habida cuenta de la patología lumbar que ocasiona a la esposa un dolor invalidante e impotencia funcional, además de su falta de cualificación profesional, los 23 años del matrimonio y que cuenta con 47 años de edad.
AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de julio de 2006.

Se reduce en la alzada, de 2 a 1 año, la duración temporal de la pensión compensatoria de 100 euros/mes fijada en la instancia a favor de la esposa: tiene 34 años, ha tenido una actividad laboral prácticamente continua, percibiendo ingresos netos de 360 euros y tiene atribuido (junto a los hijos) el uso del domicilio familiar, así como el de un vehículo; frente a ello, el esposo obtiene 1.250 euros/mes, tiene que abonar un alquiler y el préstamo del automóvil cuyo uso se ha conferido a su esposa.
AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de julio de 2006.

Si en el procedimiento de separación se solicitó pensión compensatoria por la esposa y se denegó, no procede conceder dicha pensión con ocasión de tramitarse el divorcio al existir cosa juzgada que es incluso apreciable de oficio.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de junio de 2006.

No procede fijar pensión compensatoria en un matrimonio que ha durado tan sólo 23 meses, la esposa tiene 52 años y el esposo 70 años, actualmente jubilado, dispone de una pensión de 620 euros/mes y unas retribuciones no fijas no relevantes, teniendo vivienda propia, la esposa ha trabajado y actualmente se encuentra desempleada viviendo en casa de su hija y yerno.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de junio de 2006.

Se fija una pensión compensatoria con una limitación temporal de 4 años, ya que la esposa cuenta con aptitud y capacidad para acceder al mercado laboral en función de su edad y titulación académica. Doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de febrero de 2005: la pensión compensatoria tiene finalidad reequilibradora, no siendo necesario probar la necesidad, sino el empeoramiento en relación a la situación que disfrutaba en el matrimonio. La temporalidad requiere una previsión, con certidumbre o potencialidad de superación de desequilibrio, ajena a «futurismo o adivinación».
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de junio de 2006.

CUESTIONES PROCESALES

Declaración de nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial al haberse denegado la práctica de prueba en segunda instancia sin motivar adecuadamente aquella decisión, reconociéndose por el Tribunal Constitucional que se ha vulnerado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.
Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 291/2006, de 9 de octubre.

Apreciación de oficio de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en un procedimiento de alimentos instado por el hijo contra su padre al no haberse demandado también a la madre.
AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de septiembre de 2006.

No se estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario porque no hayan sido demandados los hijos mayores de edad, cuando se pretende la extinción de la pensión de alimentos que les fue fijada en anterior sentencia de separación. Análisis de la jurisprudencia menor en la que se exponen los argumentos por los que es el cónyuge demandado el único legitimado, tanto procesal como materialmente, para defender tal pretensión.
AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 14 de julio de 2006.

Análisis de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para modificar las medidas judicialmente acordadas: han de ser fielmente observados, so pena de encontrarnos con continuos e inagotables procesos de revisión de medidas, con patente quiebra de la seguridad jurídica.
AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 14 de julio de 2006.

Resultando procedente el cauce del interés casacional por tratarse de la casación de una sentencia dictada en un juicio de divorcio es indispensable que en el escrito de preparación se identifique cuál es el interés casacional que justifica la necesidad del recurso y se razone, siquiera de forma somera, acerca de su existencia, lo que pasa por indicar las sentencias de esta Sala a cuya

doctrina se opone la resolución recurrida o las de las Audiencias Provinciales cuya doctrina sobre una misma cuestión o punto jurídico ha entrado en contradicción.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 4 de julio de 2006.

Condena en costas en el procedimiento de modificación de medidas que pretendía la extinción de la pensión alimenticia de la hija, ya que, aunque no hubo oposición, fue necesario tramitar todo el procedimiento, lo que podría haberse evitado con una simple comparecencia de la hija antes de celebrarse el juicio verbal.
AP León, Sec. 3.ª, Sentencia de 3 de julio de 2006.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Concesión de exequátur a la resolución administrativa de divorcio dictada por Notario encargado del Registro Civil egipcio al no existir contrariedad con el orden público español.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 17 de octubre de 2006.

Concesión de exequátur a la sentencia de divorcio dictada por los Tribunales de Francia. Convenio Hispano-francés de 28 de mayo de 1969. La solicitante fue demandante en el pleito de origen.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 10 de octubre de 2006.

Como motivos de oposición a la ejecución sólo cabe articular los expresamente previstos en el artículo 556 de la LEC: se desestima la oposición basada en haber efectuado el pago en mano. Tampoco puede prosperar como motivo de oposición el hecho de que el hijo accediera al mundo laboral, pues no es el trámite de ejecución el adecuado para modificar una sentencia firme, debiendo acudir al procedimiento de modificación de medidas para dilucidar si realmente se ha producido una alteración sustancial de circunstancias que permita la extinción de dicha pensión.
AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 7 de julio de 2006.

Por el hecho de que el Juzgado concediera un plazo a la ejecutante para que subsanara la falta de precisión o iliquidez de las cantidades reclamadas, y no se diera traslado al ejecutado del escrito liquidatorio, no procede decretar nulidad de actuaciones, pues no se le ha ocasionado indefensión: tuvo oportunidad de combatir la cuantía reclamada en el trámite de oposición, oportunidad que de nuevo ejerce en la alzada. Los artículos 11.3 y 243 LOPJ prohíben la desestimación de pretensiones por motivos de forma, cuando sean susceptibles de ser subsanados.
AP Badajoz, Sec. 3.ª, Auto de 30 de junio de 2006.

Se desestima como motivo de oposición a la ejecución el alegado pacto o promesa de no pedir, que no sólo no se ha documentado en instrumento público, sino que además está huérfano de prueba: el padre manifiesta, pero no prueba, que existió un acuerdo en base al cual él abonaría otros gastos no recogidos en el Convenio, y de esa forma pagaría el importe de la pensión de alimentos. Tampoco puede estimarse pluspetición por el hecho de que haya asumido, de forma voluntaria y al margen de la pensión, gastos que ascienden a 1.730,51 euros.
AP Baleares, Sec. 3.ª, Auto de 27 de junio de 2006.

No se estima como motivo de oposición a la ejecución la alegada falta de legitimación de la madre para reclamar las pensiones alimenticias impagadas de una hija mayor de edad: el cónyuge con el que conviven los hijos mayores de edad, y que se encuentran en la situación de necesidad

del artículo 93.2.º CC, está legitimado para reclamar tales pensiones. Fundamento: la situación de convivencia en que se hallan, que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término.
AP Baleares, Sec. 3.ª, Auto de 27 de junio de 2006.

No existe infracción del artículo 559.1.3.º LEC porque la ejecutante no explique las bases que le llevan a fijar la cantidad reclamada: no procede declarar la nulidad del despacho de la ejecución, pues la ejecución se basa en la sentencia de separación, debidamente identificada, que es donde quedaron fijadas las cantidades determinadas que el padre debía abonar a los hijos en concepto de pensión de alimentos.
AP Baleares, Sec. 3.ª, Auto de 27 de junio de 2006.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por interés casacional contra Sentencia dictada en incidente sobre formación de inventario promovido para la liquidación del régimen económico-matrimonial de sociedad legal de gananciales. Resolución no recurrible en casación. La improcedencia del recurso de casación determina la del extraordinario por infracción procesal. Se desestima la queja.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 14 de noviembre de 2006.

Validez de la fianza prestada exclusivamente por el esposo –casado en régimen de gananciales– que era administrador único de la empresa, estando legitimada únicamente la esposa para pedir la anulabilidad de la fianza.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2006.

Inclusión en el activo de un crédito de la sociedad por el importe actualizado de las obras que se hicieron en la vivienda familiar propiedad de la madre del esposo, al haberse acreditado que en la fecha en que aquéllas se realizaron se produjeron extracciones de las cuentas bancarias titularidad de los cónyuges.
AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2006.

Se desestima la inclusión en el activo de un premio de lotería que fue cobrado por una hija del matrimonio, ya que para que opere la presunción de ganancialidad es presupuesto inexcusable que quede probado que se trate de bienes existentes en el matrimonio.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2006.

Estimación de la acción de complemento de liquidación de sociedad de gananciales a efectos de incluir en el activo la devolución de una parte del pago de un impuesto que se realizó con dinero ganancial y que ha sido percibido en exclusiva por la ex esposa.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2006.

Desestimación de la tercería de dominio interpuesta por la ex esposa frente al embargo de la mitad de un bien perteneciente a la comunidad posganancial y que posteriormente se adjudicó a aquélla, por deudas contraídas por el ex esposo después de disolverse la sociedad de gananciales.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de octubre de 2006.

Recurso de casación por interés casacional contra Sentencia dictada en grado de apelación en incidente sobre formación de inventario en procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales. Resolución no recurrible en casación: la Sentencia dictada por la Audiencia no pone fin a una verdadera segunda instancia.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 10 de octubre de 2006.

Fijación de la compensación del artículo 1438 del CC a razón de 600 euros mensuales por todo el tiempo que la esposa se dedicó con carácter exclusivo a la atención a la casa y familia, cantidad que se considera prudencial y adecuada a las características del trabajo doméstico desempeñado así como a la referencia general que, en buena lógica, pudiera suponer un salario mínimo interprofesional.
AP Valladolid, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de julio de 2006.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se declara a la madre incursa en causa de privación de la patria potestad al no haberse acreditado que se haya desintoxicado de su adicción, no habiendo sido posible, por falta de aptitud, la reinserción del menor con la familia biológica.
AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de noviembre de 2006.

Se desestima la pretensión de los abuelos y el padre demandantes de que se les conceda un régimen de visitas con sus nietos e hijos dado que concurre situación de desamparo y los mismos se encuentran ya en acogimiento preadoptivo, no siendo conveniente para los menores en esta situación mantener lazos con la familia biológica, que perjudicaría su adecuado desarrollo psicológico y emocional, dificultando su incorporación al nuevo entorno familiar.
AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2006.

La problemática personal y social que durante la corta edad de su hijo ha impedido al padre asumir las funciones inherentes a la patria potestad no puede estimarse esté superada en este momento. Ha mejorado, pero ello no determina que el padre esté capacitado para ejercer el papel de padre en forma beneficiosa para el menor y en tales condiciones no puede supeditarse la efectividad de la adopción a su asentimiento.
AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2006.

En el momento presente, pese a los esfuerzos realizados, no está preparada la madre para atender a su hija y se puede prolongar por más tiempo una situación de interinidad o acogimiento a la espera de un incierto futuro a costa del bienestar de la menor, la cual precisa de una madre y un padre, en cuya familia tener la oportunidad de ser y sentirse amada y protegida para poder crecer adecuadamente.
AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2006.

FILIACIÓN

Se desestima la demanda en reclamación de paternidad extramatrimonial con respecto a un señor ya fallecido: al haber sido incinerado, no pudo practicarse la prueba biológica de paternidad, sino sólo la consistente en comparar una muestra de sangre del actor con la de un hermano del fallecido: lo único que se extrae de esa prueba es que los varones de esa rama familiar son parientes. No existe la necesaria certeza para declarar tal paternidad, máxime cuando el fallecido tenía

otros dos hermanos, y tampoco existen otras pruebas para concluir la existencia de relaciones íntimas entre la madre del actor y el finado.
AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 1 de junio de 2006.

Sentencia recaída en juicio de menor cuantía sobre reclamación de filiación no matrimonial- No procede el acceso a la casación por la vía del ordinal 1.º del artículo 477.2 de la LEC de 2000 al no tener el procedimiento por objeto la tutela de derechos fundamentales. Procedimiento tramitado por razón de la materia. Interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales que no queda justificado en la fase de preparación del recurso de casación. Inadmisión.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 30 de mayo de 2006.

UNIONES DE HECHO

La circunstancia de que un conviviente autorizase a otro a disponer sin limitación alguna de las sumas existentes en una cuenta bancaria de titularidad exclusiva 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.

Fijación de una indemnización por enriquecimiento injusto que se concreta en la pérdida de expectativas y abandono de la actividad en beneficio de un conviviente por la dedicación en beneficio del otro.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2006.

CUESTIONES PENALES

Vulneración del derecho de libertad de expresión e información cuando, una abuela, en un juicio en el que solicita la custodia de su nieto, manifiesta que la madre del menor era toxicómana y que como condición para ver al menor le solicitaba dinero que presumía que era para la compra de droga.
Tribunal Constitucional, Sec. 1.ª, Sentencia 299/2006, de 23 de octubre.

Sobreseimiento de la querella interpuesta por el padre contra la madre por estafa procesal y basada en la interposición de diversas ejecuciones por impago de pensiones, en la que sostenía que aquélla había percibido más de lo legalmente establecido en la sentencia, al entender tanto el Juzgado de Instrucción como la Audiencia Provincial que los hechos no eran constitutivos de delito.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 176/2006, de 5 de junio.

CUESTIONES REGISTRALES

Validez de la escritura de adición de un inmueble a la liquidación de la sociedad de gananciales por más que pueda sospecharse que esa aportación y la inmediata disolución y liquidación del haber no son sino un mecanismo articulado exclusivamente para obtener indirectamente un fin totalmente ajeno como es el desplazamiento de un bien del patrimonio particular de un cónyuge al patrimonio personal de su consorte.
DGRN, Resolución de 22 de junio de 2006.

Al no existir prueba suficiente de la procedencia del precio, no puede practicarse la inscripción de unas participaciones indivisas de unos inmuebles con carácter privativo, sin perjuicio de poder realizarla con dicho carácter, por confesión del cónyuge, si la manifestación realizada por la adquirente, es ratificada por éste.
DGRN, Resolución de 10 de junio de 2006.

Figurando la vivienda familiar como adquirida por los cónyuges en estado de solteros, se deniega la inscripción del convenio regulador en el que liquidaban la sociedad de gananciales y se adjudica la misma al esposo quien abona a la esposa en metálico el exceso de adjudicación, siendo necesario que conjuntamente extingan el condominio de la parte privativa del inmueble.
DGRN, Resolución de 3 de junio de 2006.

SUCESIONES

Inadmisión del recurso de casación contra sentencia recaída en procedimiento incidental sobre formación de inventario de bienes relictos tramitado conforme LEC de 2000. Resolución no recurrible en casacional (artículo 483.2.1.º, inciso primero, LEC 2000).
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 17 de octubre de 2006.

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.

Nulidad de la partición de la herencia no falta de la previa liquidación de la sociedad de gananciales.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de junio de 2006.

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.

OTRAS CUESTIONES

Se desestima la demanda en la que el letrado reclama a su cliente sus honorarios profesionales devengados en el proceso de separación matrimonial: la totalidad de la prueba practicada acredita que es cierta la alegación de la demandada relativa a la existencia de un pacto sobre honorarios en el sentido de que éstos no sobrepasarían 200.000 pesetas.
AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2006.

Se deniega la autorización para enajenación de bienes de una persona incapaz, pues no se justifica la necesidad o utilidad porque uno de los hijos de la incapacitada tenga dificultades económicas para la compra de una vivienda. Dicho motivo es insuficiente, pues la venta ha de obedecer al interés de la incapaz, sin perjuicio de lo que resultare en otro proceso para resolver conflictos entre comuneros. Teniendo los hijos la nuda propiedad y la madre incapaz el derecho de usufructo, el derecho de ésta no se limita al uso, sino que abarca el arrendamiento e hipoteca, que pudiera llegar a ser conveniente frente a futuras necesidades.
AP Badajoz, Sec. 3.ª, Auto de 7 de junio de 2006.

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.