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

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 32
julio-septiembre 2006

Director:
Antonio Javier
Pérez Martín

Sumario

Presentación	3
Índice	5
Estudios Doctrinales	21
Jurisprudencia	75
Resoluciones de la DGRN	217
Sección Práctica	245
Derecho Internacional Privado	265
Tribuna Abierta	285
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	299
Avances Jurisprudenciales	311

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.

La liquidación interminable

Debemos reconocer que cuando el Tribunal Supremo dictaba una sentencia resolviendo un recurso de casación en materia de familia era todo un acontecimiento para los que nos dedicamos a esta rama del derecho. La leíamos detenidamente, la volvíamos a leer y al menos alguna cuestión iba quedando más o menos clara.

Con las posibilidades que nos ofrecía la nueva normativa procesal todos pensamos que los innumerables recursos de casación que se interpondrían para unificar los criterios dispares y a veces enfrentados de las Audiencias Provinciales vendrían a solucionar muchos de los problemas jurídicos y procesales que día a día tenemos sobre nuestra mesa de trabajo. Pero, dados los restrictivos criterios establecidos por el Tribunal Supremo para la admisión de recursos de casación en procesos matrimoniales, pronto hemos comprendido que todo seguirá igual y a falta de criterios unificadores lo que parece muy claro en una Audiencia o una sección de la misma no está tan claro en otra.

El problema no es que sigamos igual; desde nuestro punto de vista lo más preocupante es el empeoramiento que hemos sufrido en otras materias que tradicionalmente accedían al recurso de casación. Nos estamos refiriendo a la liquidación de la sociedad de gananciales. Son muchos ya los autos dictados por el Tribunal Supremo que no admiten a trámite los recursos de casación tanto respecto a las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la fase de formación de inventario como de liquidación de la sociedad de gananciales. El argumento es que estas sentencias no ponen fin a una verdadera segunda instancia, es decir, como señala el Tribunal Supremo, no se consideran sentencias de segunda instancia cuando «la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo». Creemos que esta afirmación tiene que ver con que la actual normativa permite que las partes puedan acudir, después de tramitar dos procedimientos –inventario y liquidación–, a un nuevo procedimiento ordinario y será en este litigio donde, tras el correspondiente recurso de apelación, la Audiencia Provincial dictará una sentencia que sí será considerada de segunda instancia y que, por tanto, tendrá acceso al recurso de casación.

Claro, en teoría esto parece muy fácil, pero hay que ponerse en el lugar de los que están liquidando su patrimonio y ven cómo van pasando los días, los meses y los años sin llegar a comprender cómo puede eternizarse su caso.

¿Qué pasa si, tras dictarse la sentencia de apelación en el juicio de formación de inventario, uno de los cónyuges sigue insistiendo en que un determinado bien tiene carácter ganancial o privativo? Como la sentencia de la Audiencia Provincial no tiene efectos de cosa juzgada: ¿Qué hace? ¿Interpone seguidamente un procedimiento ordinario para que, ya con los efectos de cosa juzgada, se declare definitivamente si el bien debe incluirse o excluirse del inventario? Alguno dirá: no, hay que esperarse a que finalicen las operaciones

particionales tal y como indica el artículo 787 de la Lec, pero resulta que en este artículo se dice que «La sentencia que recaiga se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda» y lo cierto y verdad es que si la Audiencia Provincial excluyó un bien del inventario –el que nosotros entendemos que es ganancial– no se habrá incluido en las adjudicaciones y, por tanto, estará fuera de las previsiones del citado artículo. Es decir, que no está tan claro que haya que esperar a la finalización del procedimiento liquidatorio. Entonces, ¿cuándo discutimos definitivamente si el bien que consideramos ganancial debe incluirse en el inventario? Estamos ante un «acertijo sin solución».

No obstante, lo que sí está claro es que para que una liquidación de gananciales llegue al Tribunal Supremo y, por fin, con efectos de cosa juzgada, sepamos si el bien era ganancial o privativo, deberá antes haberse agotado física, psíquica y económicamente a los cónyuges. Al final tendrán razón los que dicen que más vale un mal acuerdo que un buen pleito.

ESTUDIOS DOCTRINALES

La orden de protección del artículo 544 ter de la ley de enjuiciamiento criminal en la Jurisprudencia Penal.
José Luis Rodríguez Lainz 23

El régimen económico-matrimonial de separación de bienes. Análisis comparado
Concepción Fernández Soto 47

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nulidad del auto de aclaración dictado en la pieza de medidas provisionales al fijar una pensión alimenticia para la esposa que no había sido solicitada en la demanda.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 119/2006, de 24 de abril. 77

Anulación de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en la que declaró la paternidad del demandado cuando tanto en Primera Instancia como en la Audiencia Provincial se desestimó la demanda, al no exteriorizar los aspectos esenciales del razonamiento que han llevado al Tribunal Supremo a la adopción de la decisión que es totalmente opuesta a la alcanzada por la Audiencia Provincial en relación con la valoración de la prueba testifical.
Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 118/2006, de 24 de abril 80

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

Estimación de la acción de reclamación de filiación paterna de una menor adoptada aunque no se dio lugar a la petición de entrega de la misma al padre.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de octubre de 2005 86

Estimación de la acción de reclamación de paternidad apreciando las pruebas testifical y documental practicadas como acreditativas de la existencia de relaciones entre la reclamante y el demandado deduciendo de aquéllas y de la actitud del demandado, que negó incluso el conocimiento personal de la actora, y, especialmente, de la negatoria a la prueba de investigación de la paternidad, la filiación extramatrimonial postulada.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2005 88

Habiéndose ejercitado la acción de reclamación de filiación no matrimonial –que lleva implícita la de impugnación de la que consta en el Registro Civil– se aprecia la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado a los herederos de la persona que figura como padre en el registro público.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 90

PATRIA POTESTAD

Desestimación de la demanda de responsabilidad extracontractual interpuesta contra el propietario de una finca en la que existía una alberca a la que cayó una menor de 4 años de edad falleciendo posteriormente, al atribuirse toda la responsabilidad a los padres de la misma por haber incumplido su deber de vigilancia.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de septiembre de 2005 **93**

Cuando se dicta sentencia acordando la división de la cosa común cuya mitad pertenece a un menor, no es necesaria ninguna autorización en fase de ejecución para que pueda celebrarse la subasta ni tampoco es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal al estar el menor debidamente representado por su madre.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2005 **97**

Teniendo en cuenta la precariedad económica del padre, que había intentado infructuosamente visitar a sus hijas y que en ningún momento hubo comportamiento agresivo o violento por parte de éste hacia las menores, no procede privarle de la patria potestad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2005 **99**

RÉGIMEN DE VISITAS

Procedencia del régimen de visitas a favor de la abuela paterna desestimando la alegación de la madre de que existe rechazo en la menor a la convivencia con aquélla.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de noviembre de 2005 **101**

El principio de igualdad entre los hijos no impide apreciar situaciones diferenciadoras que autorizan a fijar los alimentos en distinta cuantía a los establecidos para una situación precedente y a favor de otros hijos del obligado nacidos de un matrimonio anterior, debiendo atenderse en cada caso a las circunstancias y estados concurrentes como aquí ha ocurrido.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de noviembre de 2005 **102**

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Aunque en el convenio regulador del año 1993 se pactó que la esposa compraría al esposo su mitad indivisa de la vivienda familiar, habiéndose otorgado la escritura pública de venta en el año 1994 con posterioridad a haberse practicado el embargo, se desestima la tercería de dominio interpuesta por la esposa.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2005 **106**

El patrimonio ganancial resulta responsable de la deuda contraída por el esposo como administrador de una sociedad mercantil porque la actuación que la ha generado ha sido beneficiosa para la propia sociedad conyugal.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2005 **109**

Inclusión en el activo de un vehículo adquirido por el esposo después de disuelta la sociedad de gananciales al presumirse que lo adquirió con dinero procedente de los rendimientos de la explotación ganadera comercial que siguió administrando en exclusiva.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de octubre de 2005 **113**

UNIONES DE HECHO

No ha lugar a fijar indemnización alguna tras el cese de una convivencia de hecho, ya que la mujer, en razón a dicha convivencia, no ha perdido un puesto de trabajo, ni ha visto disminuidas sus retribuciones, ni sufre minusvalía o enfermedad alguna, e incluso aportó a la comunidad la carga y el cuidado y educación de dos hijos provenientes de su anterior matrimonio. Existen Votos particulares.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de septiembre de 2005 **115**

Incongruencia de la sentencia que fija un porcentaje sobre el inmueble adquirido por los integrantes de una unión de hecho que posteriormente cesaron en su convivencia, cuando las partes no cuestionaron que el inmueble les pertenecía al 50%.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2005 **125**

Incongruencia del pronunciamiento de la Audiencia Provincial declarando que no procede fijar pensión a una conviviente de hecho cuando el demandado no apeló la sentencia, no siendo obstáculo para su reconocimiento que en la sentencia de instancia no se incluyera en el fallo sino en los fundamentos jurídicos.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de noviembre de 2005 **127**

CUESTIONES PROCESALES

Estimación del recurso de revisión al acreditarse la existencia de maquinación fraudulenta en la designación del domicilio de la demandada en un procedimiento interpuesto para la resolución de un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, entre una madre y una hija.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2005 **129**

Desestimación del recurso de casación habida cuenta de que no se denuncia la violación de una norma sustantiva concreta, sino una valoración diferente de la mantenida por el Juzgador de instancia de las circunstancias concurrentes en el caso concreto para aprobar el régimen de visitas y estancias del padre con su hija menor.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2005 **131**

Para la denuncia casacional del quebrantamiento de forma por indefensión al no practicarse la prueba propuesta y admitida es necesario que la petición se haya reproducido en segunda instancia.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2005 **133**

CUESTIONES PENALES

La reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio de que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener -en su caso- otra medida de alejamiento. Por ello, se absuelve al acusado del delito de quebrantamiento de condena por el que venía siendo procesado.
Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2005 **136**

El régimen de sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión por uno de los cónyuges de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción (apropiarse del saldo de una cuenta común).
Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 7 de noviembre de 2005 **141**

SUCESIONES

Validez de la cláusula testamentaria en virtud de la cual la testadora, separada legalmente de su esposo, instituye heredera a su única hija y nombra administrador de los bienes objeto de la herencia a un hermano de la testadora hasta que la hija alcance la edad de 23 años.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2005 **145**

No se accede al complemento de la partición solicitando la inclusión de los saldos existentes en las cuentas corrientes al fallecimiento del causante al quedar destruida por la documental y la doctrina de los actos propios la presunción de ganancialidad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de octubre de 2005 **147**

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Se decreta el divorcio aplicando la legislación marroquí, concretamente la causa prevista en la última reforma (3 de febrero de 2004) conforme a la cual es causa de divorcio el comportamiento infamante por parte del esposo, frente a su consorte, y contrario a los buenos modales, con la causación de perjuicio moral a la esposa, que la expone a la imposibilidad de seguir en la vida conyugal.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2005 **150**

Teniendo ambos cónyuges nacionalidad colombiana, ha de aplicarse la legislación colombiana, procediendo decretar el divorcio sobre la acreditación de malos tratos de obra y trato cruel al otro cónyuge.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2005 **150**

PATRIA POTESTAD

No procede excluir al padre del ejercicio de la patria potestad ya que en su contestación a la demanda no negó ser el padre del menor, sino que albergando alguna duda al respecto, indicó que se sometería a la prueba biológica.
AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de noviembre de 2005 **151**

GUARDA Y CUSTODIA

Aunque el menor haya manifestado su deseo de vivir con el padre, no procede modificar la guarda y custodia atribuida a favor de éste. El interés del menor ha de extraerse del conjunto de las pruebas existentes en autos, pues los deseos del hijo pueden tener su origen en el conflicto

de lealtades en que está inmerso. Criterios para valorar los deseos del hijo en función de su grado de madurez que arrojan las pruebas practicadas.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 18 de noviembre de 2005 **152**

No procede modificar la guarda y custodia a favor del padre por el hecho de que la madre haya iniciado una nueva relación sentimental, pues en ningún momento se ha acreditado que ello suponga un descuido en las atenciones de los hijos. Extensa prueba acredita que no son ciertas las desatenciones alegadas por el padre, y frente a ello pretende imponer su criterio en base a la testifical de su actual novia y la de la hermana de la anterior pareja del novio de su ex mujer, de cuyas declaraciones el Juez acuerda su remisión a un Juzgado de Instrucción por si pudieran ser constitutivas de un falso testimonio en causa civil.
AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005 **154**

Se otorga al padre la guarda y custodia de las menores por ser más idóneo que la madre, que está reestableciendo su vida después de haber estado en prisión, sin haber alcanzado la necesaria estabilidad. Sólo el beneficio de hijos ha de valorarse para decidir esta cuestión (artículo 92 CC), sin que pueda pretenderse una rehabilitación de la madre a costa de las hijas. No supone un castigo, sino la elección más acorde al interés de los menores, puesta de manifiesto por el informe social. Regulación de las amplias potestades del Juez en materia de menores, habida cuenta la indisponibilidad y carácter público del bien tutelado.
AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2005 **156**

Si en Medidas Provisionales los cónyuges acordaron otorgar la custodia a la madre y dicho régimen ha venido funcionando correctamente, no procede que en el procedimiento de separación se otorgue la custodia compartida por el mero hecho de la cercanía de las viviendas de los progenitores, y menos aún, cuando ni siquiera han sido oídas las hijas, sobre todo la que cuenta con 15 años de edad.
AP Málaga, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de enero de 2006 **158**

Aunque no exista una alteración sustancial de circunstancias, procede modificar la guarda y custodia del hijo a favor del padre, ya que el hijo, que cuenta con 13 años, ha manifestado su deseo de vivir con él por proporcionarle mayor estabilidad emocional. El menor manifiesta estar harto de las mudanzas de la madre cada vez que ésta ha tenido una nueva relación sentimental, mientras que con su padre siente tener una familia más estable, al vivir con él otro hermano y tener buena relación con la mujer de su padre. Primacía del interés del menor que permite adoptar cualquier medida incluso de oficio.
AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 23 de enero de 2006 **159**

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede en la alzada ampliar el régimen de visitas fijado en la instancia donde el padre estuvo en situación de rebeldía, y menos aún cuando ni siquiera propuso prueba en la 2.ª instancia: supondría una petición nueva que comporta una *mutatio libeli*. A mayor abundamiento, los cónyuges llevan separados 4 años y el padre nunca ha instado, hasta este momento, un régimen de visitas.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2005 **161**

Procede fijar dos días de visitas intersemanales entre padre e hijo, sin que sea atendible la alegación de la madre de que ello supone un trastorno en las actividades cotidianas del menor.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 21 de noviembre de 2005 **162**

La pernocta de una menor de 11 años en el domicilio paterno durante un día entre semana no es perjudicial ni perturbadora; en un supuesto en el que la relación está exenta de conflictos y se desarrolla de forma normalizada, resulta beneficiosa la presencia del padre en la rutina diaria de la hija, no limitándola a momentos de ocio.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 **162**

Habiéndose apreciado en la exploración del menor una evidente animadversión y encono hacia el padre, dada la edad del hijo (14 años), la fijación de un régimen de visitas obligatorio con el padre puede ser altamente contraproducente: no se fija régimen a favor del padre, sino que se establece que el hijo podrá relacionarse con él cuantas veces quiera. Regulación legal de las amplias potestades del Juez en materia que afecta al interés de los menores.
AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 1 de diciembre de 2005 **163**

No procede obligar al hijo de 15 años a que en la mitad de los períodos de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano se desplace a Luxemburgo donde reside el padre: la relación desde que se produjo la separación (hace 12 años) ha sido muy escasa, y el hijo ha manifestado su deseo de no trasladarse al domicilio paterno, siendo más adecuado que tales visitas se efectúen en el lugar de residencia del hijo, pues resulta muy difícil su cumplimiento ante la negativa del menor, con las innegables dificultades de idioma, amistades o costumbres que allí puede encontrar.
AP Málaga, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2005 **165**

Se concede autorización para que con el padre pueda colaborar cualquier familiar paterno o persona de confianza designada por éste para realizar las entregas y recogidas de las menores.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de enero de 2006 **164**

No proceden limitaciones en el régimen de visitas materno-filial obligando a que sean tuteladas a través del Punto de Encuentro Familiar, en base a la pasada dependencia tóxica de la madre, que ha acreditado estar en fase de progresiva normalización personal, familiar y laboral; y menos aún cuando la hija cuenta con 15 años y podría detectar cualquier situación de riesgo ante un hipotético retroceso en el proceso de rehabilitación de aquélla. Contenido del derecho de visitas y carácter restrictivo de su suspensión o extinción.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2006 **166**

VIVIENDA FAMILIAR

Existiendo una sentencia condenatoria para el esposo por amenazar a su esposa con quemar la casa con ella dentro, con orden de alejamiento incluida, no procede acceder a su petición de que la vivienda familiar se divida en dos partes y se acuerde el uso compartido, por mucho que el recurrente quiera hacer ver que se trató de un hecho aislado y que antes eran un matrimonio sin problemas.
AP Málaga, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de diciembre de 2005 **168**

Al ser ambos cónyuges de avanzada edad, y no concurriendo circunstancias que hagan prevalecer a uno sobre el otro para considerarlo el interés más necesitado de protección, se otorga el uso de la vivienda a la esposa en atención a la distinta relación que tienen con el inmueble: para ella no es sólo un bien material, sino un hogar, al ser quien se ha encargado siempre de organizarlo para que la familia lo habitara como tal, mientras que para él es como un hotel. Se revoca el uso alternativo establecido en la instancia: esta medida es indeseable por no ser un bien que pueda cambiarse de manos sin problemas.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 17 de enero de 2006 **168**

Viviendo cada progenitor en compañía de hijos comunes, todos mayores de edad, ninguno de los dos núcleos familiares constituye el interés más necesitado de protección: se atribuye el uso de la vivienda familiar alternativamente a ambos esposos, por períodos de un año, hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 25 de enero de 2006 **170**

Estimación de la demanda de modificación de medidas en la que se solicitaba que se dejase sin efecto la atribución del uso de la vivienda familiar acogiéndose la donación del padre de una vivienda en propiedad para los hijos, inmueble que entrará definitivamente en el patrimonio de las hijas menores y quedará a salvo de los avatares que pudiera sufrir el patrimonio paterno.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de enero de 2006 **170**

PENSIÓN ALIMENTICIA

Contando la hija con 26 años, y aun no habiendo terminado sus estudios, procede limitar temporalmente a 2 años el derecho a percibir alimentos, o antes si accediera al mercado laboral. No obstante, si cumplido ese plazo siguiera precisando alimentos, los podrá reclamar a ambos progenitores al margen del procedimiento matrimonial.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 25 de enero de 2006 **172**

Se desestima la modificación de medidas para reducir la pensión alimenticia de un hijo extramatrimonial: es ficticia la transmisión de participaciones sociales que el padre realiza a favor de su esposa, que no ha pagado cantidad alguna por tan importante adquisición, y ni siquiera tiene ingresos. De dichas ventas lo que se infiere es la voluntad del actor de sacar bienes para evitar que puedan formar parte de su caudal hereditario en el que participaría su hijo. El hijo extramatrimonial tiene igual derecho que los otros a seguir culminando su formación. Condena en costas al padre por utilizar argumentos inciertos.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de enero de 2006 **173**

El despido laboral no determina la insolvencia económica del padre y no es motivo para reducir la pensión de alimentos de los hijos, pues percibe una prestación por desempleo y ha recibido también una indemnización por ello que ha de destinarse a la atención de los hijos. Ha de valorarse que el padre tiene aptitud para remediar su situación provisional de paro, así como la capacidad laboral de su nueva esposa. Requisitos necesarios para estimar una modificación de medidas, para evitar la revisión arbitraria de resoluciones firmes.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 31 de enero de 2006 **175**

Aunque el padre sólo reciba esporádicamente alguna ayuda o retribución salarial mínima, no supone la desaparición automática de la obligación de abonar una pensión a los hijos. Se fija a su cargo una pensión de alimentos para dos hijos de 140 euros, ya que la esposa carece de toda fuente de ingresos y los hijos dependen económicamente para su sustento de los ingresos paternos.
AP Málaga, Sec. 7.ª, Sentencia de 8 de febrero de 2006 **177**

PENSIÓN COMPENSATORIA

Procede reducir la pensión compensatoria fijada para el esposo en el proceso de separación, al haberse producido una alteración sustancial consistente en la merma de los ingresos de la

esposa al pasar a la situación de pensionista por jubilación especial a los 64 años: la pensión compensatoria no tiene naturaleza de alimentos, sino de equilibrio de la situación económica descompensada a raíz de la ruptura matrimonial.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2005 **178**

Al decretar el divorcio, se suprime la obligación del esposo de abonar una cantidad en concepto de levantamiento a las cargas familiares. Si en la sentencia de separación no se fijó una pensión compensatoria para la esposa, no puede pretenderse en la litis de divorcio la transformación de esa cantidad en una pensión compensatoria, y menos aún cuando se ha constatado que no existe desequilibrio alguno.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de enero de 2006 **179**

Teniendo la esposa unos ingresos mensuales de unos 300 euros, frente a los 2.500 euros que percibe el esposo, es ajustada a derecho una pensión compensatoria de 500 euros: ha de valorarse que el esposo se encuentra enfermo y ha de afrontar gastos de atención en su domicilio, y además tendrá que abonar los gastos de hipoteca de la vivienda.
AP Málaga, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de enero de 2006 **180**

CUESTIONES PROCESALES

Al no haberse formulado la petición de pensión compensatoria como demanda reconvencional no puede ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, siendo significativo que la demandada se haya conformado incluso con la providencia que dio trámite a su escrito de contestación sin hacer referencia a dicha petición.
AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de enero de 2006 **181**

Si por un olvido involuntario se omitió en el fallo de la sentencia el pronunciamiento relativo a la obligación de abono del préstamo hipotecario al 50% (pese a que tal decisión se razonaba en la fundamentación jurídica), puede subsanarse vía aclaración, de oficio o a instancia de parte (artículos 214 LEC y 267 LOPJ), sin que tal subsanación (que no complementación, modificación o rectificación), requiera el trámite de audiencia del artículo 215 LEC.
AP Málaga, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de enero de 2006 **182**

La petición de que se requiera al cónyuge para que rinda cuentas de la cancelación del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar, así como para el otorgamiento de la escritura de cancelación e inscripción en el Registro, es impropia del procedimiento de divorcio, pues no consiste en un acto de administración del patrimonio familiar, debiendo en su caso, plantearse en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 25 de enero de 2006 **182**

No procede decretar nulidad de actuaciones por la ausencia de la parte y de su letrado al acto de la vista: sólo una vez notificada la sentencia se presentó un escrito junto a la fotocopia de un informe de un facultativo alusivo a una enfermedad fechado el mismo día de celebración de la vista. Análisis jurisprudencial del triple requisito exigido para decretar la nulidad de actuaciones, al tratarse de un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 25 de enero de 2006 **183**

Revocación de la sentencia de instancia en cuanto a que la misma fijó una pensión compensatoria cuando la demandada no formuló reconvención de forma expresa sino que se limitó a solicitar,

en el suplico de su contestación, una pensión compensatoria a su favor, siendo por tanto una reconvención implícita de la que no se dio traslado a la parte contraria.
AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 9 de febrero de 2006 **185**

Ninguna trascendencia tiene respecto a la competencia de los Jugados de Violencia sobre la Mujer para conocer el procedimiento matrimonial, que los hechos enjuiciados penalmente fuesen constitutivos de una falta y no de un delito.
AP Murcia, Sec. 1.ª, Auto de 14 de febrero de 2006 **186**

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se estima la oposición de la madre a la ejecución del régimen de visitas instada por el padre, pues se ha constatado que si bien el régimen de visitas no se ha cumplido con regularidad, no ha sido por causas imputables de forma exclusiva a la madre, y prueba de ello es que en el proceso de divorcio los cónyuges han pactado un régimen progresivo que era necesario para normalizar la situación. Procede la condena en costas en primera instancia al ejecutante.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 20 de diciembre de 2005 **187**

Se acuerda en ejecución de sentencia que la madre recoja al menor en el domicilio paterno, sin que pueda salir de Málaga durante los fines de semana, para ser desplazado a Murcia donde aquélla reside: el menor cuenta con año y medio, debiendo evitarse el riesgo que suponen los viajes en autobús entre poblaciones distantes, y más aún cuando fue precisamente el entorno de la madre el que motivó que se otorgara al padre la custodia. Es una concreción de la forma de efectuarse el régimen de visitas, que puede hacerse en ejecución de sentencia, sin que suponga una modificación de medidas.
AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de enero de 2006 **188**

Aunque el ejecutado haya afrontado otros pagos de importe superior al reclamado, correspondían a partidas no recogidas en el Auto de Medidas Provisionales, por lo que procede seguir adelante la ejecución por las cantidades adeudadas de alimentos y cargas familiares cuyo pago sí le imponía la citada resolución. No puede estimarse como motivo de oposición, ni el pago ni la compensación. Las resoluciones judiciales han de cumplirse en sus propios términos (artículo 18.2º LOPJ), y no en el modo que pretende el demandado.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 31 de enero de 2006 **189**

Actualización de las pensiones alimenticia y compensatoria conforme a lo pactado en el convenio regulador y aprobado por una sentencia dictada por un tribunal de Bélgica cuyo índice es el resultante de multiplicar la pensión base por dicho índice correspondiente al mes de noviembre de cada año, dividido por el índice de partida siempre igual, correspondiente al mes de noviembre de 1999. Además se incluye el interés moratorio del 7%, conforme a la normativa de Bélgica.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 3 de febrero de 2006 **191**

REGÍMENES ECONÓMICOS

Si en la comparecencia inicial la esposa mostró su conformidad a la partida consistente en el dinero procedente de la resolución de contratos de compraventa de diversos inmuebles,

estando únicamente disconforme con su valoración, es extemporáneo que en el acto del juicio sostenga que ha descubierto que dichas resoluciones de contratos no llegaron a efectuarse, y solicite la inclusión de los inmuebles en el inventario. La variación extemporánea de sus peticiones, alterando su inicial propuesta, alteraría la igualdad de armas de las partes litigantes, vulnerando la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE).

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 5 de diciembre de 2005 **193**

Valoración de las viviendas de Protección Oficial: ha de estarse al valor real de mercado, y no al valor oficial fijado por la Administración, pues no puede desconocerse la posibilidad de descalificación o de una posterior transmisión, que al margen de la correspondiente sanción administrativa y pérdida de beneficios (que no afectaría a la validez del contrato), conllevaría una quiebra del criterio de igualdad del artículo 1061 CC en las adjudicaciones de los cónyuges. Análisis y evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

AP Madrid, Sec. 10.ª, Sentencia de 2 de enero de 2006 **195**

No procede incluir en el inventario las cuentas corrientes que aparecen en forma indistinta a favor de varios titulares: el hecho de que figure una cuenta corriente o depósito en forma indistinta a nombre de dos o más personas sólo determina facultad de disposición del saldo, pero no es presunción de condominio, y menos por partes iguales, que sólo vendrá determinado por las relaciones internas entre los titulares bancarios. Imposibilidad de emitir pronunciamiento sobre tal titularidad en el procedimiento de formación de inventario, siendo cuestión de otro proceso con audiencia de los interesados.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 11 de enero de 2006 **197**

Existiendo una separación de hecho desde al menos 10 años antes de la sentencia de divorcio, con absoluta independencia económica de los cónyuges, no procede incluir en el activo del inventario el saldo de la cuenta existente sólo a nombre del esposo. Análisis de la jurisprudencia del TS en la que se recogen los requisitos para que la separación de hecho libremente consentida excluya el fundamento de la sociedad de gananciales: separación fáctica prolongada y demostrada, y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con el trabajo o industria a partir del cese de la convivencia.

AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 16 de enero de 2006 **198**

Los derechos de autor de los cuadros pintados por la esposa tienen carácter privativo, siendo gananciales los rendimientos obtenidos por ellos durante la vigencia del régimen económico matrimonial. En la sentencia de separación no procede adoptar ninguna medida de garantía de los cuadros existentes en la vivienda susceptibles de ser vendidos: es cuestión más propia de la ulterior liquidación, en cuyo proceso habrá de justificar el destino de todos y cada uno de ellos, y más aún cuando consta en autos un inventario de los cuadros existentes en la que fuera vivienda familiar.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 17 de enero de 2006 **200**

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Fijación de una indemnización de 1.400.000 euros en favor de la madre biológica de un menor que fue declarado en su día en desamparo, revocándose dicha resolución por la Audiencia Provincial, y siendo imposible ejecutar la medida de reintegro con la misma.

AP Sevilla, Sec. 6.ª, Auto de 30 de diciembre de 2005 **201**

Se desestima la oposición a la declaración de desamparo por hallarse incursos los padres adoptivos en causa de privación de la patria potestad con respecto al menor, tanto antes, como después de su separación. El momento al que ha de remitirse la valoración de la prueba no es al actual, sino en el que entidad pública decretó el desamparo: el padre se limitaba a abonar una pensión, y la madre no ha velado por su interés: no estaba escolarizado, las condiciones del hogar eran deplorables, alimentación y vestimenta inadecuadas, existiendo un déficit en la estimulación sensorial-física-social del menor.
AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 16 de enero de 2006 **206**

No procede la declaración de desamparo, ni la constitución de acogimiento solicitada por la entidad pública, al no constar que a la fecha de la resolución administrativa el menor se encontrara en situación de desamparo. No existe un informe concreto donde se expresen datos objetivos sobre la situación de la madre que pueda abocar al alejamiento de su hijo, sino sólo apreciaciones subjetivas del padre biológico y tía paterna. No obstante, se realizará un seguimiento por los Servicios Sociales para confirmar la realidad de la relación normalizada, o en su caso, para adoptar medidas de protección si fueran necesarias.
AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de enero de 2006 **208**

CUESTIONES PENALES

Una denuncia por impago de pensión de divorcio no constituye en sí misma un acto de violencia de género sino lleva aparejada o en conexión un hecho encuadrable como tal e imputable al denunciado, por lo que la competencia para su investigación será del Juzgado de Instrucción y no del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.
AP Sevilla, Sec. 1.ª, Auto de 23 de diciembre de 2005 **209**

Condena por delito de impago de pensiones: el acusado pese a tener capacidad económica no abona la totalidad de la pensión de alimentos, haciendo sólo pagos parciales a su capricho: ha trabajado, es propietario de un terreno rústico, un BMW y una moto y ha cambiado recientemente de coche. Análisis jurisprudencial de los requisitos del artículo 227 del Código Penal.
AP Valladolid, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de diciembre de 2005 **211**

Procede el sobreseimiento provisional en fase de Diligencias Previas, por no constar acreditada, tras la práctica de una extensa prueba, la existencia de una agresión sexual de un padre hacia su hijo menor. Se ha de valorar la existencia de conflictividad entre los progenitores con motivo de su separación y el régimen de visitas, así como que hay una sentencia que condena a la madre por denuncia falsa contra el padre. No se admite la prueba de careo entre peritos, sólo prevista entre testigos y procesados.
AP Valladolid, Sec. 2.ª, Auto de 30 de diciembre de 2005 **213**

No procede la orden de protección al autor de una falta del artículo 620.2º CP al tratarse de un hecho aislado: tras estar separados de hecho durante años, el padre en una ocasión insulta y amenaza a la madre telefónicamente por no poder ver a la hija después de haberse desplazado expresamente para ello. No existen razones que justifiquen la adopción de tal medida.
AP Valladolid, Sec. 4.ª, Sentencia de 2 de enero de 2006 **216**

RESOLUCIONES DE LA DGRN

ADOPCIONES INTERNACIONALES

Reconocimiento e inscripción en el Registro Civil.
Resolución-circular de 15 de julio de 2006 **219**

FILIACIÓN

El Registro Civil Central carece de competencia para extender inscripciones al amparo de la Instrucción de 1 de julio de 2004, en la que conste como lugar de nacimiento no el real, sino el del domicilio de los adoptantes, en los casos de adopciones internacionales.
Resolución de 1 de diciembre de 2005 **235**

Se inscribe la filiación paterna del marido de la madre ya que no se estima que haya sido destruida la presunción de filiación matrimonial establecida por el artículo 116 CC, porque el nacimiento tuvo lugar a los 301 días después del matrimonio. La mera declaración de la madre y de los testigos sobre que no hubo convivencia desde el mismo día de la celebración del matrimonio no puede considerarse suficiente ni tampoco la alegación del marido en cuanto a que no tiene intención de reclamar la paternidad de dicha menor y que desea que ejerzan como sus verdaderos padres la madre y su compañero sentimental.
Resolución de 9 de diciembre de 2005 **237**

MATRIMONIO

Se acuerda la inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero entre español y cubana, se conocieron por una agencia de Internet un año antes de la boda y personalmente pocos días antes de la celebración del enlace, ya que no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.
Resolución de 5 de diciembre de 2005 **237**

Se concede autorización para contraer matrimonio civil a un español de 79 años y a una cubana de 60 años ya que los hechos comprobados no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación aunque en las audiencias reservadas hayan incurrido en diversas contradicciones.
Resolución de 9 de diciembre de 2005 **238**

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Denegación de la inscripción en el Registro Civil de la escritura en la que los cónyuges determinaban y confirmaban el régimen de separación de bienes.
Resolución de 22 de noviembre de 2005 **239**

Se deniega la anotación de embargo sobre bienes adquiridos por el ex esposo después de decretarse la separación judicial y dimanante de deudas que la esposa adquirió constante el matrimonio.
Resolución de 29 de diciembre de 2005 **240**

Admisibilidad de que en un convenio regulador de la separación de un matrimonio que se regía por el régimen de separación de bienes pueda un cónyuge disponer en favor de otro y en concepto de pago parcial de la pensión compensatoria, de un inmueble de su exclusiva propiedad sin que sea necesario que dicha transmisión conste en documento distinto ni en escritura pública.
Resolución de 2 de enero de 2006 **241**

La liquidación que de un régimen económico matrimonial de separación de bienes que se hace en un convenio regulador aprobado judicialmente no precisa de ulterior otorgamiento de escritura pública para acceder a los libros del Registro de la Propiedad.
Resolución de 21 de enero de 2006 **242**

SUCESIONES

Denegación de inscripción de una partición hereditaria al no haberse procedido previamente a practicar la preceptiva liquidación de la sociedad de gananciales.
DGRN Resolución de 30 de enero de 2006 **243**

SECCIÓN PRÁCTICA

Problemática en la preparación e interposición del recurso de casación. **247**

Casos prácticos. **256**

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Aspectos civiles del tráfico de menores con fines de adopción internacional.
Sandra García Cano **267**

TRIBUNA ABIERTA

La idoneidad en la adopción nacional. Problemas que plantea en la práctica.
Mercedes De Los Ríos González 287

La prueba de la existencia de la unión de hecho. Praxis jurisprudencial.
Antonio Alberto Pérez Ureña 293

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Guía sobre el Síndrome de Alienación parental. 301

Publicaciones, noticias y datos de interés. 307

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Matrimonio. 313

Patria potestad. 313

Guarda y custodia. 313

Régimen de visitas. 314

Vivienda familiar y ajuar familiar. 315

Pensión alimenticia. 316

Pensión compensatoria. 317

Cuestiones procesales. 318

Ejecución de sentencias. 319

Regímenes económico-matrimoniales. 321

Procedimientos de menores. 322

Filiación. 322

Uniones de hecho. 322

Cuestiones penales. 323

Cuestiones registrales. 324

Sucesiones. 324

Otras cuestiones. 325

Revista de Derecho de

familia

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA ORDEN DE PROTECCIÓN DEL ARTÍCULO 544 TER DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN LA JURISPRUDENCIA PENAL

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ LAINZ

Magistrado

RESUMEN

Análisis crítico sistemático de las líneas de interpretación jurisprudencial surgidas en relación con la orden de protección del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tanto por parte del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales; en especial en cuanto respecta a las exigencias de motivación y contenido de la resolución decretando la concesión de orden de protección, sometimiento o no a plazos concretos con posibilidad de prórroga, posibilidad de dictado de medidas de protección recíprocas, y alcance de la resolución en el ámbito de las relaciones paternofiliales y medidas de naturaleza civil.

ABSTRACT

THE ORDER OF PROTECTION OF THE ARTICLE 54 TER OF THE LAW OF CRIMINAL PROSECUTION IN THE PENAL JURISPRUDENCE

Systematic critical analysis of the lines of jurisprudencial interpretation appeared in connection with the order of protection of the article 544 ter of the Law of Criminal Prosecution, so from the Supreme Tribunal as from the Provincial High Courts; especially in what concerns to motivation demands and to the content of the resolution decreeing the concession of protection order, subjection or not to concrete terms with possibility of extension, possibility of dictation of reciprocal protection cautions and range of the resolution in the scope of the paternal-filial relationships and cautions of civil nature.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. LA APORTACIÓN DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

III. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS «SENSIBILIDADES JURÍDICAS» EN LA LLAMADA JURISPRUDENCIA MENOR

III.1. Sobre los presupuestos materiales de la resolución habilitante.

III.2. En concreto: la situación objetiva de riesgo.

III.3. El supuesto de las imputaciones recíprocas.

III.4. Casuística procesal.

III.5. Extensión temporal de la medida.

III.6. Disponibilidad de las partes.

III.7. La posibilidad de afectación a la relación paternofilial mediante imposición de medidas estrictamente penales.

III.8. Jurisprudencia sobre las medidas de naturaleza civil

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se me planteó la posibilidad de realizar un breve análisis de la aún escasa jurisprudencia emanada de las Audiencias Provinciales respecto de recursos interpuestos contra la concesión o denegación de órdenes de protección, y, por ende, medidas restrictivas de las libertades de movimientos y comunicación del artículo 544 bis de la misma Ley procesal, creí enfrentarme a un difícil reto, parangonable en nivel de esfuerzo y volumen de información al análisis jurisprudencial en otras facetas del proceso penal a las que hice frente (en concreto, la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones). Pero es lo cierto que los números nos permitirían ir más allá de quitar a la cifra de resoluciones algo más que un «cero a la derecha». En los escasos casi tres años que lleva en vigor el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la modificación operada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante, LOMPIVG) en materia de medidas cautelares penales contenidas en su Capítulo Cuarto del Título V (artículos 61 a 69), las resoluciones de Audiencias Provinciales sobre tan novedosa y a la vez compleja materia que han llegado al conocimiento público a través de las bases de datos de jurisprudencia y revistas especializadas, han sido realmente escasas.

Examinando cualquier estadística sobre volumen o nivel de litigiosidad, índice de recursos, frente al dictado de órdenes de protección, nos daremos cuenta de que el porcentaje de resoluciones recurridas es manifiestamente escaso; es más son muchas las ocasiones en

que las medidas se adoptan con la aquiescencia, sino conformidad o consenso, de la parte sometida a las mismas, previamente asesorada por su defensa. Las referencias al caso concreto de la demarcación territorial de la Audiencia Provincial de Córdoba, nos llevan al sorprendente dato de que los recursos de apelación interpuestos contra autos concediendo órdenes de protección desde la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, no superarían la decena, y referidos esencialmente a cuestiones de naturaleza principalmente civil.

En mi opinión, las razones de tan escasa literatura jurisprudencial sobre la materia deben encontrarse, desgraciadamente, no en el desinterés del precepto analizado, o en el carácter simple, taxativo y de desarrollo normativo de su contenido, sino realmente en el contexto mismo en que tan graves decisiones se adoptan. El dictado de una orden de protección con imposición de medidas cautelares penales, con o sin medidas civiles, tiene como inmediato precedente la situación de detención del presunto agresor, que por puros criterios estadísticos es casi por definición hombre, del sexo masculino. Éste acude al Juzgado de Violencia sobre la Mujer o al Juzgado de Guardia, tras haber pasado una o dos noches en las dependencias de los calabozos policiales, viendo el planteamiento de medidas cautelares casi como una *válvula de escape*, en una situación de ánimo y psicológica proclive, bien por remordimiento por lo sucedido, bien por un deseo de acabar con esa primera fase de judicialización del conflicto, a llegar a cualquier clase de acuerdo, y cuanto antes; y ello en un contexto en el que su principal preocupación radica en conseguir una posición lo más ventajosa posible en cuanto a lo que se le presenta como una inevitable ruptura del entorno familiar. Si a ello unimos el hecho de que las medidas cautelares civiles tienen una proyección en el tiempo escasa, y en que en todo caso pueden ser fácil y próximamente sometidas a un nuevo criterio judicial en un espacio de tiempo que antecedería normalmente a la resolución de los recursos de reforma y apelación con la decisión del Juez del orden jurisdiccional penal, se comprenderá cómo la búsqueda del consenso o la aquiescencia de la parte sometida a las medidas representa una buena parte de las circunstancias en que se adoptan éstas, con su lógica repercusión en la baja ratio o volumen de litigiosidad a nivel de recursos.

Hablar de orden de protección del artículo 544 ter, conforme a su redacción dada por la Ley Orgánica 27/2003, de 31 de julio, supone, también, hablar inevitablemente de orden de alejamiento del artículo 544 bis, al configurarse las medidas cautelares que pueden adoptarse en aplicación de esta última norma procesal como el contenido básico del abanico de posibilidades que podrían encuadrarse dentro del concepto de medidas cautelares de carácter penal a que se refiere el parágrafo sexto del primero de los preceptos citados. Por ello hemos considerado adecuado extender el *espectro* de resoluciones sometidas a exégesis a los supuestos en que la resolución dictada por el Juzgado de Instrucción se basaba tan sólo en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El nuevo alcance de las medidas cautelares penales garantizado al victimario de la denominada violencia de género por los citados artículos 61 a 69 de la LOMPIVG, se haría merecedor de un estudio comparativo, pero al menos a la fecha no he conseguido tener acceso a resolución alguna que resuelva recursos cuya *ratio decidendi* esté relacionada con la aplicación de dichos preceptos.

Desde el punto de vista doctrinal he desarrollado de forma extensa mi punto de vista en todo lo referente a las medidas cautelares de protección de víctimas de la violen-

cia doméstica o de género en otro trabajo, al que me remito[1]. Para evitar reiteraciones innecesarias he optado por enfocar el trabajo como una simple, a la vez que práctica, exégesis y crítica de las distintas líneas de opinión asumidas por las distintas Audiencias Provinciales, en el que todavía considero un breve espacio de tiempo para poder tomar conclusiones definitivas, sin olvidar la escasa, pero importante, doctrina emanada de concretas resoluciones y decisiones no jurisdiccionales de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, afectantes de manera directa o tangencial en la materia objeto de análisis en este trabajo.

II. LA APORTACIÓN DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Desgraciadamente, las normas procesales vigentes cierran prácticamente las fuentes de acceso a la Doctrina de tan Alta Institución a la mayor parte de las cuestiones que puede suscitar la aplicación práctica de los mencionados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; pero no por ello, aunque en ocasiones sea de forma tangencial, casi por casualidad, llegan a producirse auténticas *incursiones* que permiten acceder a la opinión del Tribunal Supremo sobre cuestiones de especial trascendencia. Podrá criticarse en un momento dado determinada interpretación de las normas procesales por parte del Alto Tribunal, incluso discrepar abiertamente; pero lo cierto es que el abordaje por parte del Tribunal Supremo de una determinada cuestión permite discernir un antes y un después en su tratamiento, dejando en la mayor parte de las ocasiones el camino expedito a la unificación de criterios jurisprudenciales, en un constante escenario de expansión, parejo al mayor acercamiento a la Doctrina Jurisprudencial por parte de los aplicadores cotidianos del Derecho, gracias a las nuevas tecnologías de la información, al que las Audiencias Provinciales suelen ser especialmente permeables.

Hasta ahora tres han sido los aspectos en los que el Alto Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse: por un lado, la delimitación de la competencia territorial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y, en concreto, la definición de lo que ha venido a entenderse como fuero territorial de la víctima; en segundo lugar las limitaciones a la imposición de medidas restrictivas de la libertad personal del presunto agresor o condenado por hecho relacionado con la violencia doméstica o de género, derivadas de la voluntad de la víctima de perdonar a éste o reanudar la relación personal con el mismo, y por último, la delimitación del concepto del sujeto pasivo de delitos relacionados con la violencia doméstica o de género, en concreto, en el aspecto referente a la análoga relación de afectividad a la conyugal.

Como era de esperar, el nuevo artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por el artículo 59 de la LOMPIVG[2], no ha tardado en tener una respuesta interpretativa por parte del Tribunal Supremo. El carácter novedoso de lo que aparentaba ser

1. *Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de Guardia*, Bosch, Primera Edición, Barcelona, enero de 2006, pp. 227-278.

2. «En el caso de que se trate de algunos delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos.»

un auténtico *fuero territorial personal* en la jurisdicción penal, regida casi sin excepción por el principio del *forum delicti comissi*, se mostraba como un caldo de cultivo perfecto para el planteamiento de cuestiones de competencia territorial.

La respuesta jurisprudencial vino precedida por un escueto aserto contenido en el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006, sobre cuestiones de competencia negativa en relación con el artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; dicho aserto se limitaba a decir lo siguiente: «El domicilio al que se refiere el artículo 15 bis LECrim, es el que tenía la víctima al ocurrir los hechos».

Será con el Auto de fecha 3 de marzo de 2006 (ATS), núm. de recurso 137/2005, cuando se aplique por primera vez dicho Acuerdo no Jurisdiccional. El Alto Tribunal se plantea la interpretación del precepto como una dicotomía que obliga a elegir entre la concepción del domicilio de la víctima como aquel que tiene en el momento de ocurrencia del hecho o aquel que posee al tiempo de presentar la denuncia. Partiendo de la premisa de lo que resulta incuestionable, que la norma analizada «... supone una excepción a las ... [normas] ... *generales del forum delicti comissi*», se decanta por la segunda opción, por la objetivación del concepto del domicilio de la víctima, entendida como única interpretación que impediría la posibilidad de elección de órgano jurisdiccional por parte de la víctima, por cuanto que tal elección respondería mejor «... al principio de Juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio». Tal consideración se refiere, por último, coincidente con el criterio mantenido por la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Sin perjuicio de la dualidad de criterios de conexión de competencia territorial recogidos en el mencionado precepto, que permiten extender la competencia territorial para el dictado de medidas cautelares de protección de víctimas de la violencia de género a las demarcaciones territoriales del lugar de comisión del delito, lo cierto es que se opta por una interpretación de la norma manifiestamente restrictiva, en aras de un exquisito respeto del principio de seguridad jurídica, y de la evitación de la elección arbitraria del fuero territorial por parte de las víctimas. Pero la intención del legislador, empeñado en brindar la máxima protección posible a la víctima, y en este caso concreto mediante su acercamiento físico, espacial, a la Justicia, parece, al menos en mi modesta opinión, que camina por derroteros distintos. Por una parte, la posibilidad de variabilidad de la competencia territorial a voluntad de la víctima dista mucho de llevarnos al campo del capricho, mala fe o búsqueda de un fuero territorial más favorable[3]; choca frontalmente con la definición que del domicilio tiene el artículo 40 del Código Civil, como lugar de la residencia habitual, como sede jurídica en la que la persona se desenvuelve en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. De nada serviría optar por el domicilio de la víctima en el momento de comisión del delito, normalmente coincidente con el *forum delicti comissi*, cuando la víctima, al sentirse amenazada, varía éste, trasladándose con vocación de permanencia a un lugar distinto donde decide presentar su denuncia; podría ser incluso que el lugar de comisión

3. Piénsese en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer único de determinado Partido Judicial que tenga fama de mostrarse especialmente duro contra los presuntos agresores.

difiriera del domicilio de la víctima en tal momento, y que la denuncia se presentara en un nuevo domicilio[4].

En segundo lugar, la finalidad de acercamiento de la Justicia a la víctima, de su privilegiación procesal, nos lleva a la solución primera, que es la única que da sentido a la excepción a la norma general ¿De qué sirve establecer un auténtico fuero que por no ser coincidente con el domicilio de la víctima, no le confiere beneficio alguno, pudiendo incluso perjudicar o importunar el ejercicio del derecho de defensa tanto del ofensor como de la ofendida?

Por último, la pregonada coincidencia con la tesis sostenida por la Fiscalía General del Estado no es tan incontestable como propone el Alto Tribunal. Coincidiendo en buena parte con la tesis que he mantenido en mi obra antes citada[5], la Fiscalía General del Estado[6], que parte del principio inspirador del acercamiento de la Justicia a la víctima, se muestra sensible a la posibilidad de alteraciones de domicilios motivadas, entre otras razones, por el deseo de separación o búsqueda de protección frente al agresor, al menos en situaciones de maltrato continuado; decisión firme de la víctima que será capaz de generar una modificación de su ámbito domiciliario. Y si bien abandera las mismas razones de evitar voluntarismos en la determinación del fuero territorial y respeto del principio del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, no llega a negar la existencia de razones prácticas que permitieran ese cierto grado de modificación, que en circunstancias concretas, como la descrita, permitieran la traslación del momento de la determinación de la competencia territorial a un momento posterior al de la comisión del delito.

El acercamiento más directo que ha protagonizado el Tribunal Supremo a la materia que estamos analizando ha sido, sin embargo el referente a la viabilidad del consentimiento de la víctima para dejar sin efecto, sin eficacia jurídica, las medidas de protección ordenadas por la autoridad judicial en su interés, para permitir contactos con el presunto agresor o condenado, o incluso para la reanudación de la vida en común, sin necesidad del dictado de una resolución judicial que ponga término a aquéllas. La naturaleza jurídica de la decisión adoptada por la autoridad judicial en el caso de la medida cautelar de naturaleza penal, y sobre todo en el caso de condena, parecía llevarnos a la solución absolutamente contraria a tal contingencia; y así lo planteó, aun con parquedad de argumentos, la STS 519/2004, de 28 de abril, pronunciándose por la ineficacia del consentimiento de la víctima como fundamentadora del quebrantamiento de una tal condena o medida cautelar. Dicha sentencia llega a concluir que no cabe reconocer la existencia de error en el autor por el hecho del consentimiento de la víctima, así como que la orden de protección o de alejamiento es una resolución judicial, y solamente la autoridad judicial, y no la voluntad de las personas concernidas, puede permitir la revocación o relajación del rigor de la medida.

Sin embargo, la aún solitaria STS 1156/2005, de 26 de septiembre, rompe con tan sencillo y coherente esquema, hasta el punto de provocar una auténtica revolución jurídica, que ha sumido el sistema de protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género en un

4. La víctima, domiciliada en Pinto, es amenazada por su ex esposo, a quien se encuentra casualmente en un centro comercial de Getafe, tras lo que decide, por temor a reiteraciones, irse a vivir definitivamente con sus padres a Cádiz.

5. *Op. cit.*, pp. 104-110.

6. Circular 4/2005, VI.A).5.

auténtico laberinto, una tierra yerma en la que la inseguridad jurídica campa sin contemplaciones. La sentencia, que analiza un supuesto de quebrantamiento de medida cautelar conexo a delito de allanamiento de morada, parte de la realidad incontestable de que la prohibición de acercamiento y comunicación respecto de la persona de la víctima es una decisión judicial; medida que en el supuesto de imponerse en sentencia, de ser condena, se califica sin ningún género de dudas como una *pena privativa de derechos*; pena que como tal no podría quedar al arbitrio de ninguna parte[7], puesto que tanto las penas como las medidas cautelares de alejamiento se imponen para ser cumplidas.

La quiebra se produce cuando se constata que el incumplimiento de la medida o pena viene de la mano de la actitud de la víctima, bien como promotora, por tener ella la iniciativa, bien como consentidora, por permitir los incumplimientos. Considera el Alto Tribunal que en uno y otro caso «... la efectividad de la medida depende –y esto es lo característico– de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima –en cuya protección se acuerda– de mantener su vigencia siempre y en todo momento». Y es en virtud de este principio de la necesaria colaboración de la víctima donde radica la clave de tan arriesgada y trascendental variación doctrinal. Del principio de la necesaria colaboración de la víctima derivan los argumentos ofrecidos por el Tribunal Supremo, que se enfocan en tres direcciones:

a) Principio de la evitación de la consideración de la víctima como coautora a título de autor directo o cooperador necesario, o al menos inducción del delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar del artículo 468.2 del Código Penal. Considera el Alto Tribunal que privar a la víctima del derecho a relacionarse con el presunto agresor, con quien le unen lazos íntimos de familiaridad, mediante la intromisión penal en su derecho, atentaría directamente sobre el derecho «a vivir juntos» reconocido en el artículo 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH)[8].

b) Principio de la exclusión del arbitrio o voluntad de la víctima como última ratio del mantenimiento de la medida contra el presunto agresor o condenado, y por ende para imputarle la comisión del delito de quebrantamiento de medida cautelar o condena[9]. Si no se puede imponer a la víctima la prohibición de acercamiento o comunicación que afecta al agresor, por afectar a su derecho a la vida familiar, hacer depender la comisión del delito de

7. «No cabe duda de la naturaleza de pena –pena privativa de derechos– que tiene la prohibición de aproximación a la víctima, según el artículo 39 del Código Penal, pena que ya tuvo tal carácter a partir de la LO 14/1999, así como de la naturaleza delictiva de su incumplimiento, según el artículo 468 del Código Penal. Tampoco cabe duda de que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado.»

8. «Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida, cabría considerarla coautora por cooperación necesaria o al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del artículo 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a "vivir juntos", como recuerdan las SSTEDH de 24 de marzo de 1988 y 9 de junio de 1998, entre otras.»

9. «Por otra parte, es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida.»

la sola voluntad de la víctima, pues de ella dependería exclusivamente el mantenimiento de la vigencia de la medida, sería, entiende el Alto Tribunal, algo intolerable.

c) Principio de la no afectación del bien jurídico protegido por razón de la reanudación de la convivencia, que haría que la medida o sanción quedara extinguida, más bien privada de eficacia jurídica[10], por razón del consentimiento de la víctima, compatibilizando así la naturaleza pública de la medida, la garantía de la seguridad de la víctima, con el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada.

La sentencia concluye de este modo relativizando de manera radical la vigencia tanto de las penas como medidas cautelares que se dictan en protección de las víctimas; y lo hace de forma tajante e inequívoca: «... En cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone *de facto* el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante».

El análisis y crítica de tan importante y atrevida sentencia sería merecedora de bastante más que unas simples líneas de opinión, pero no me resisto a realizar una serie de puntualizaciones en explicación de mi clara discrepancia con los argumentos que llevan a tan grave conclusión, la relativización no ya sólo del principio de autoridad y vinculación predicable de las resoluciones judiciales, sino el riesgo de afectación al principio de legalidad. Seguiremos para ello el mismo orden argumentativo planteado por la calendada sentencia.

No puede fundamentarse la criminalización de la conducta de la víctima en la razón última para darle la capacidad de hacer perder vigor a una decisión judicial que no deja a su criterio cuándo y de qué manera unas medidas cautelares o una concreta condena deben perder su vigencia. Podríamos defender, incluso en línea de principio, la atipicidad de la conducta de la víctima protegida por la medida cautelar, bien por considerar que el quebrantamiento de medida cautelar o condena de privación de derechos de comunicación y deambulatorios podría configurarse como un delito de propia mano, pues no en vano el Código Penal dedica un tipo específico al particular que colaborare en la evasión de un preso, condenado o detenido (artículo 470 del Código Penal), bien por entender que la conducta de la víctima, por no afectar al bien jurídico protegido, sería impune; pero en cualquier caso la criminalización de la esposa que consiente que vuelva su marido al domicilio, aun pesando sobre él una medida cautelar o condena de alejamiento, no puede erigirse como justificación de lo que será realmente un derecho a poner término a una concreta decisión judicial.

Puede abanderarse, eso sí, el derecho a la vida familiar, amparado por el artículo 8.1 del CEDH, pero no hasta el punto de imponerse sobre una decisión judicial que sin duda

10. «... En todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y quedar extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener –en su caso– otra medida de alejamiento».

tendría acomodo en el parágrafo segundo de la misma norma del Convenio de Roma; baste para ello con recordar que existen claros ejemplos en los que la restricción a la vida familiar puede estar basada en otros fines públicos superiores, como nos recuerdan, entre otras, la STEDH de 25 de febrero de 1992 –núm. 0308/1992–, caso Andersson v. Suecia, y más recientemente las SSTEDH de 10 de noviembre de 2005 (caso Süss v. Alemania, asunto núm. 40324/98), de 9 de mayo de 2006 (caso C. v. Finlandia, asunto núm. 18249/02), y de 18 de mayo de 2006 (caso Rózanski v. Polonia, asunto núm. 55339/00), ambas relacionadas con restricciones a las comunicaciones y visitas de progenitores y sus descendientes. Si la vida y la integridad física y moral de la víctima y del resto del núcleo familiar en peligro pueden erigirse en razón para la adopción de una medida cautelar penal, aun contra la voluntad de aquélla (artículo 544 ter.2), podrá entenderse que la sola voluntad de la víctima no pueda dejar sin efecto la vinculación para la persona sometida a la medida de una determinada decisión judicial. Lo sencillo sería simplemente exigir a la víctima que reclame del Juzgado el dictado de una resolución que ponga fin a las medidas acordadas, y así lo resuelva éste una vez que constate que la situación de riesgo que había motivado su imposición ha desaparecido o al menos se ha mitigado.

Hemos de huir del automatismo que ha pesado como una losa en la aplicación automática del artículo 57.2 del Código Penal, como pregona incluso la última de las sentencias referidas, y que puede llevar al precepto a su declaración de inconstitucionalidad, si es que prosperan las numerosas cuestiones de constitucionalidad que se han planteado; pero la finalidad tuitiva de las víctimas no puede quedar al simple arbitrio o voluntad de una víctima, sino someterse a una nueva decisión judicial, y en caso de denegación reaccionar contra ésta en la forma que determina la ley. Cabe por tanto la posibilidad de imponer a la víctima tanto la medida en sí como su prolongación en el tiempo, hasta el dictado de nueva resolución que la deje sin efecto, en tanto en cuanto tal limitación indirecta (no se prohíbe a la víctima la comunicación, sino que se le impide por la prohibición impuesta a su pareja o familiar) puede estar fundada en un fin superior cual es, entre otros, la represión y prevención de los delitos y la salvaguardia de la vida e integridad y derechos de los demás, entre quienes se encuentra precisamente la víctima.

Con este entendimiento se deja sin contenido el segundo de los argumentos manejados por la sentencia comentada, pues la voluntad de la víctima de consentir, o incluso promover la reanudación de la vida de pareja, no convertiría a ésta en titular de una especie de *ius vitae necisque* procesal, de la posibilidad de consentir, sin cometer ella infracción alguna, la reanudación de la convivencia, y a la vez hacer valer su derecho a que la reanudación pudiera considerarse delictiva respecto de su pareja sometida a la medida. Pero también da respuesta al tercer pilar de tal planteamiento, pues se abre un sencillo cauce para obtener la pérdida de efecto de la medida restrictiva de derechos de la persona del afectado por la medida: la solicitud a la autoridad judicial que adoptó la medida restrictiva. El solo consentimiento de la víctima no garantiza ni mucho menos que la situación de riesgo que se trata de evitar con la medida se haya desvanecido; la medida puede justificarse aun contra el loable, y en no pocas ocasiones equívoco, deseo de la víctima de dar una nueva oportunidad a su pareja, de reanudar la convivencia. La autodeterminación en la decisión de la víctima se ve plenamente garantizada con sólo acudir al Juzgado para interesar que la medida se deje sin efecto, adoptando en consecuencia el Juzgado la decisión que estime conveniente; no con permitir actuaciones a espaldas de la Ley y la Justicia que pueden llegar a crear si-

tuaciones de grave desconcierto y pérdida de eficacia de un sistema de protección que está comenzando a producir sus frutos[11].

Esto en cuanto a las medidas cautelares. Pero respecto de las condenas con el mismo contenido, la situación se torna especialmente dificultosa ante la imposición, de forma irremisible, automática, de la pena privativa de derechos por mandato del artículo 57.2 del Código Penal, y la inexistencia de *válvulas de escape*, soluciones que permitan dejar sin efecto lo que es una condena, no medida de seguridad, cuando el fin concreto de su imposición ha desaparecido, y se está imponiendo a una víctima el legítimo ejercicio de un derecho sobre el que no hay razón alguna para su restricción. La opción manejada por la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2004, de interesar en tales supuestos el indulto parcial del condenado en cuanto respecta a la prohibición de comunicación y acercamiento, con solicitud entre tanto se tramita el indulto, de la suspensión de la ejecución de la condena, artículo 4.4 del Código Penal, sería la única que podemos ofrecer *lege data*, más allá de planteamientos de cuestiones de inconstitucionalidad frente al automatismo del artículo 57.2 del mismo texto punitivo.

La última gran cuestión tratada por el Tribunal Supremo con relevancia en la materia que estamos analizando tiene que ver con la asimilación de las relaciones de noviazgo con el ámbito subjetivo de la violencia doméstica o de género. La introducción del concepto de noviazgo dentro del espectro relacional sometido a la disciplina de la denominada violencia doméstica o de género tiene un origen legal, en concreto la reforma del artículo 173.2 del Código Penal, obra de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Dicho precepto sobrepasa claramente la clásica equiparación de las uniones matrimoniales con las uniones estables de pareja, extendiendo la relación extramatrimonial digna de una mayor protección jurídico-penal a situaciones de análoga relación de afectividad, hay que entender a la conyugal, aún sin convivencia. En la *mens legislatoris* pesaban sin duda los antecedentes de crímenes en los que la relación de pareja no iba más allá de situaciones incipientes de relación intersubjetiva dotadas de cierto grado de afectividad y permanencia en el tiempo; sin embargo, y ésta parece que ha sido inicialmente la línea interpretativa asumida por el Tribunal Supremo, la correlación con la unión estable matrimonial implica una interpretación restrictiva que acoja en su seno solamente a aquellas uniones no ligadas por vínculos de convivencia, pero sí por fuertes lazos de afectividad equiparables a las uniones estables con convivencia, sean o no matrimoniales. En puridad, al menos en mi opinión, tal acepción solamente es equiparable a aquellas circunstancias en las que únicamente razones económicas, sociales o morales se convierten en rémora para que la unión sentimental llegue a su natural designio, la comunidad de vida o convivencia en cualquiera de las modalidades o estructuras sociales actualmente existentes (noviazgo); o cuando es la propia decisión de los integrantes de la pareja, unidos por profundos vínculos sentimentales la que hace que la convivencia sea esporádica o inexistente (el clásico ejemplo de los *amantes*, o relaciones de pareja temporales con propensión de reiteración en el tiempo).

11. En la misma línea de opinión podemos encontrar la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2004, la 12.ª Conclusión del II Congreso de Violencia Doméstica y de Género organizado por el CGPJ, Ministerios de Justicia y Trabajo y Asuntos Sociales, celebrado en Granada los días 23 y 24 de febrero de 2006 (fuente Revista *SEPIN SP/DOCT/2804*, www.sepin.es), y la tesis desarrollada por Lanzarote Martínez, Pablo («El incumplimiento de la pena o medida de alejamiento con el consentimiento de la víctima de un delito de violencia de género. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005»; Revista *SEPIN, SP/DOCT/2757*; fuente www.sepin.es).

Pues bien, la línea de definición de qué puede entenderse incluido por el nuevo concepto de uniones estables no matrimoniales pueden encontrarse en el ATS 312/2006, de 12 de enero, para el cual el elemento temporal no es el que define el concepto de estabilidad en la relación, sino la intención de establecer un vínculo sentimental con proyección de futuro[12]; vínculo que se relaciona expresamente con la unión matrimonial, como paradigma de unión sentimental estable. Pero la más reciente STS 421/2006, de 23 de marzo, limita drásticamente cualquier intento de interpretar de forma amplia la nueva noción empleada por el legislador en el artículo 173.2 del Código Penal. Aunque el Alto Tribunal analiza la aplicación por el Tribunal del Jurado de la agravación de parentesco[13], resuelve la cuestión desde el punto de vista no de la convivencia, sino de la vinculación sentimental estable de la pareja. Y desde este punto de vista, desde el análisis de la existencia de un vínculo estable, es decir, la *análoga relación de afectividad* a la conyugal, y la *estabilidad*, como *elementos esenciales de la relación*, es desde el que parte para descartar que una relación de noviazgo sin convivencia y limitada a salidas con cierta frecuencia, aun con mantenimiento de relaciones sexuales pueda ser equiparada a una relación sentimental análoga a la matrimonial[14]. Partiendo de la imposibilidad en Derecho Penal de realizar *interpretaciones extensivas contra reo*, no se descarta la posibilidad de unión sentimental estable sin convivencia, pero se advierte que una simple relación de noviazgo sin un claro, fuerte y estable compromiso de pareja, de vida en común, no puede ser equiparada a la norma de referencia de la equiparación analógica del artículo 173.2 del Código Penal.

III. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS «SENSIBILIDADES JURÍDICAS» EN LA LLAMADA JURISPRUDENCIA MENOR

III.1. Sobre los presupuestos materiales de la resolución habilitante

Las medidas de protección de naturaleza penal de los artículos 544 bis y 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son ante todo medidas cautelares restrictivas de derechos fundamentales de la persona concernida. Esta doble naturaleza ha sido el origen de la diversidad de posicionamientos de la Jurisprudencia menor, poniendo su énfasis, bien en la caracterización de las medidas penales como un ejemplo más de las medidas cautelares, bien en su correlación, a los efectos del desarrollo de los requisitos exigibles a la resolución autorizante, con la máxima expresión de la medida cautelar restrictiva de derechos fundamentales: la prisión provisional.

12. «No cabe estimar [...] que la brevedad de la convivencia impida considerar como "estable" la relación, pues con tal vocación fue iniciada la vida en común, en identidad de contenido con una relación conyugal, viéndose sesgada como consecuencia de las agresiones físicas inferidas.»

13. Un más que probable olvido del legislador pudo ser la causa de la no inserción de la acepción jurídica «... aun sin convivencia» en la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal.

14. «Y así, un vínculo de noviazgo, que cuenta, tan sólo, con unos diez meses de antigüedad cuando los hechos delictivos se producen, sin convivencia entre el recurrente y su víctima que, tan sólo, salían juntos con cierta frecuencia, y por mucho que existieran también relaciones sexuales entre ambos, no puede llegar a considerarse agravante de parentesco, salvo que se quiera incluir, con inaceptable carácter extensivo, lo que no pasa de ser una relación de noviazgo, como situación asimilada, a efectos agravatorios, al matrimonio.»

Frente a la fácil, y a veces forzada, decisión judicial de acceder a la adopción de medidas de alejamiento[15], al automatismo en su concesión como forma de eludir responsabilidades ante la hipótesis de un ulterior agravamiento del conflicto, la postura de las Audiencias Provinciales se ha mostrado relativamente crítica. Puede citarse, sin embargo, el Auto de la Audiencia Provincial (en adelante, AAP) de Madrid, Sección 7.ª, de 4 de julio de 2005, como paradigma de la reacción contra esa fácil tendencia en los aplicadores cotidianos del Derecho, mostrándose inflexible del cumplimiento de las exigencias constitucionales y procesales para su concesión[16].

La doctrina procesal clásica basaba la dogmática de las medidas cautelares en dos elementos esenciales, o más bien básicos: El *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, la acreditación fáctica y/o jurídica de un derecho o interés jurídico digno de una especial protección o tutela, y el *periculum in mora*, o riesgo de afectación a ese derecho o interés jurídico tutelado si no se adopta la medida que se solicita. Varios son los ejemplos de resoluciones judiciales que han tratado de establecer claras conexiones entre tal dogmática y las medidas cautelares de protección de las víctimas, involucrando tales resoluciones con las exigencias propias de las medidas cautelares en general.

El *fumus boni iuris* es, así, relacionado con la presunta comisión de determinada infracción criminal de entre las relacionadas en ambos preceptos procesales, con la exigencia adicional, respecto de la orden de protección de existencia de alguna de las relaciones personales entre víctima y agresor definidas en el artículo 173.2 del Código Penal; el *periculum in mora*, con la situación objetiva de riesgo para la víctima. Esta línea es seguida claramente por los Autos de las Audiencias Provinciales (en adelante, AAAP) de Castellón, Sección 1.ª, de 30 de junio de 2005, de Vizcaya, Sección 1.ª, de 1 de julio de 2005, de Madrid, Sección 3.ª, de 1 de julio de 2005, y Sección 17.ª, de 4 de julio de 2005, y de Cádiz, Sección 6.ª, de 4 de julio de 2005.

Pero la implicación en el conflicto de intereses de derechos y libertades fundamentales, en concreto la libertad deambulatoria, artículo 19 de la Constitución, la libertad de comunicaciones, artículo 18, e igualmente el derecho a la vida familiar antes comentado, han servido de revulsivo para el inicio de una tendencia jurisprudencial favorable a establecer lazos comunes con las exigencias propias de las restricciones procesales al derecho a la libertad personal del artículo 17 de la Constitución. En esta línea la búsqueda de una asimilación con las exigencias propias de la prisión preventiva, su ejemplo, puede encontrarse igualmente en un número significativo de resoluciones de las Audiencias Provinciales. Esta equiparación supone la exigencia de una mayor implicación de principios tales como los principios de proporcionalidad y necesidad de la medida, en sus variantes de necesidad en sentido estricto, y subsidiariedad, o imposibilidad razonable de no obtener la finalidad perseguida por otros medios menos gravosos para la persona concernida (AAP de Vizcaya, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2005).

15. Lo que podría calificar de *justicia defensiva*, en parangón con las estrategias de actuación profesional propias de la medicina.

16. «Insistimos, el actual clima de alarma social y la necesaria protección de la víctima en los supuestos de violencia doméstica, no permite ni justifica la adopción genérica y estereotipada de medidas cautelares, accediendo sin más a las solicitadas por la parte denunciante, debiendo el órgano judicial ejercer un exquisito y cuidado control de la concurrencia de los requisitos legales, y siempre bajo los principios de proporcionalidad y excepcionalidad.»

Quizá el desarrollo más brillante de esta línea interpretativa puede encontrarse en la opinión sostenida por la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sus AAAP de 17 y 28 de noviembre de 2005. Ambas resoluciones relacionan los comentados preceptos con su ubicación sistemática en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el Título correspondiente a la *libertad provisional*, lo que ya supone de por sí, conforme a tal opinión, un sometimiento a «... idénticos cánones (no hechos) que los que pueden llevar a la restricción de la libertad». Y en base a ese *tronco común*, desarrolla su teoría sobre la implicación de lo que realmente no es sino la teoría general de la restricción de los derechos fundamentales de las personas, es decir, el sometimiento a las exigencias de la motivación de las resoluciones restrictivas de derechos, cuanto más se pueda incidir sobre los mismos, la suficiencia y razonabilidad de tal razonamiento, y sobre todo la implicación del principio de proporcionalidad, y de los principios que parten de tal concepto en su acepción amplia[17], es decir, los de idoneidad de la medida, en el sentido de que pueda entenderse que con el sacrificio impuesto a la persona concernida puede alcanzarse el fin legítimo superior perseguido, de necesidad, entendida como imposibilidad de obtener tal fin con un medio menos gravoso, y proporcionalidad en sentido estricto, carácter equilibrado o ponderado de la medida al ofrecer un mayor beneficio al interés público o privado objeto de tutela que el sacrificio impuesto a la persona concernida.

Pero tal línea argumental pretende ir más allá en tal intento de equiparación o asimilación, pues para definir la razonabilidad y procedencia de las medidas de protección adoptadas en el caso concreto, las somete a otros dos parámetros que sí son específicos de las medidas de privación de libertad: en primer lugar, las circunstancias y gravedad del delito cometido en relación con las circunstancias personales del imputado; en segundo lugar, la incidencia del transcurso del tiempo en el mantenimiento de la medida.

Obvia, sin embargo, en mi opinión, que estamos hablando más de grados o intensidades en la implicación de los principios justificadores de la restricción de derechos fundamentales, que de imposición de unas exigencias adicionales. Las circunstancias del hecho y del autor encajan perfectamente en el denominado presupuesto habilitante (hechos que sirven de base a la adopción de la medida) y riesgo objetivo para la víctima, en tanto en cuanto la apreciación de tal elemento esencial del denominado *periculum in mora* tiene en cuenta tanto la posición de la víctima como la aptitud o potencialidad del presunto agresor de reincidir en hechos similares o implementar su potencialidad agresiva contra bienes jurídicos de la víctima; son conceptos, en definitiva, que encajan a la perfección en los criterios definidores de la procedencia de la prisión preventiva desarrollados en el artículo 503.1.3.º y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Igual sucede en cuanto respecta a la incidencia del factor tiempo, dado que la mayor gravedad de la inmisión en derechos fundamentales tiene una relación directa, *proporcional*, con el tiempo durante el que la medida se mantiene: a mayor tiempo de duración de la medida, mayor sacrificio para la persona concernida; razón por la cual el factor tiempo tiene una participación directa en el juicio de proporcionalidad de

17. El Tribunal Constitucional, pudiendo citar sin ánimo de exahustividad las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, 70/2002, de 3 abril y 123/2002, de 20 de mayo, entiende que «... para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple estos tres requisitos: a) si la medida acordada puede conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); b) si es necesaria en el sentido de que no exista otro medio más moderado para conseguir el fin propuesto con igual eficacia (juicio de necesidad); c) si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

la medida restrictiva. En esta apreciación coincide el AAP de Vizcaya, Sección 1.ª, de 1 de junio de 2005, que nos habla de la necesidad de realizar un juicio de necesidad de la medida en el que se vean implicados los principios de utilidad e idoneidad, proporcionalidad, subsidiariedad, excepcionalidad, temporalidad y provisionalidad.

A partir de tales reglas básicas se desarrollan las distintas propuestas en cuanto a la definición de las exigencias mínimas de este tipo de resoluciones, en orden, esencialmente, al respeto de un estándar mínimo de motivación de las mismas, lejos de formulismos, plantillas o modelos estereotipados. En esta línea de exigencia de un mínimo estándar de motivación se pronuncias los AAAP de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 11 de julio de 2005, y de Madrid, Sección 16.ª, de 17 de noviembre de 2005.

Una exigencia concreta de la motivación de la resolución incide en la línea de la obligación legal impuesta por el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de adaptación del contenido de las prohibiciones impuestas al imputado a sus necesidades vitales y de trabajo; así nos lo recuerda el AAP de Girona, Sección 3.ª, núm. 626/2004, de 27 de octubre, que llega a moderar las medidas impuestas para no dejar sin domicilio al denunciado ni obstaculizar su vida laboral, ante la cercanía de su lugar de trabajo; y en similares términos el AAP Madrid, Sección 17.ª, de 7 de octubre de 2005.

III.2. En concreto: la situación objetiva de riesgo

El concepto de situación objetiva de riesgo, como fundamento último de la adopción de medidas de protección a la víctima es una exigencia directa del propio mandato normativo; nadie lo discute. Las diferencias, más bien de matices que sustanciales, en la aplicación jurisprudencial de tal exigencia, tienen su origen bien en las circunstancias específicas del caso concreto objeto de controversia, bien en simples visiones parciales de una misma poliédrica institución jurídica.

Generalmente se asocia la idea del peligro concreto para la víctima con los parámetros de la gravedad de la agresión y un estado de peligro próximo para aquélla causado por la conducta del presunto agresor (AAP de Madrid, Sección 2.ª, de 20 de julio de 2005), *contexto de riesgo*, en palabras del AAP de Madrid, Sección 3.ª, de 1 de julio de 2005. A su vez esa situación o estado de peligro próximo es equiparado con un pronóstico de peligro concreto, no difuso, de que el imputado pueda atentar contra bienes jurídicos de la víctima, del que nos habla el AAP de Cádiz, Sección 6.ª, de 24 de agosto de 2005[18]. Dicho pronóstico ha llegado incluso en alguna ocasión (AAP de Cáceres, Sección 2.ª, de 8 de noviembre de 2005) a ser valorado desde el punto de vista inverso, es decir, desde el juicio de valoración de que no hay garantías de que la situación que da pie a la solicitud de medidas de protección no vuelva a reiterarse en el futuro; pero sin llegar a la procedencia del decreto de tales medidas en una situación en la que la base de la reclamación es un hecho completamente aislado y

18. «... Una situación objetiva de riesgo para una víctima de violencia doméstica [...], o más concretamente, un pronóstico cierto de peligro concreto de que el imputado pueda atentar contra bienes jurídicos de la víctima, debiendo basarse tanto en las circunstancias singulares del hecho como en las personales del propio imputado». En similares términos AAP de Castellón, Sección 1.ª, de 30 de junio de 2005.

de difícil reiteración (AAAP de Valladolid, Sección 4.ª, de 2 de enero de 2006, y de Madrid, Sección 16.ª, de 28 de noviembre de 2005, referido este último a un caso de simple disputa entre cuñados).

En cuanto a la definición misma de cuál es el ámbito u objeto de la puesta en peligro de bienes jurídicos de la víctima dignos de la protección que brindan los artículos 544 bis y 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el AAP de Barcelona, Sección 9.ª, núm. 1037/2005, de 15 de noviembre[19], concibe tal riesgo objetivo de forma extensa, incluyendo en su seno no sólo situaciones de afectación a la integridad física, sino también situaciones de afectación psíquica. Así lo entienden el AAP de Cádiz, Sección 6.ª, de 28 de julio de 2005, o los AAAP de Valladolid, Sección 4.ª, de 1 de diciembre de 2005, que habla de perturbación en el sosiego psíquico y desenvolvimiento de la vida cotidiana de la víctima, y de Vizcaya, Sección 1.ª, de 1 de julio de 2005, que equipara, en el caso concreto, tal riesgo de afectación a la integridad psíquica de la víctima a una situación de temor de ésta hacia la persona del denunciado y a las represalias por parte del presunto agresor una vez que conozca el hecho de la interposición de la denuncia. Se excluye, sin embargo el solo sentimiento o sensación de la víctima de verse peligrada de ulteriores ataques del presunto agresor[20], cuando no va acompañado de un mínimo de racionalidad en tal simple apreciación (caso del AAP de Madrid, Sección 3.ª, de 1 de julio de 2005).

Como puede comprobarse, el temor racional de la víctima a verse sometida a una agresión de igual o mayor intensidad por parte del presunto agresor, acrecentado por la *judicialización* del conflicto, la situación de pendencia de la causa criminal, capaces de afectar de forma relevante en su sensación de sosiego, de poder desenvolver una vida normal sin riesgo de verse nuevamente alterada por una nueva agresión física o psíquica del presunto agresor, es tenido de forma casi unánime como causa justificada y suficiente para la adopción de medidas de protección de la víctima. He de mostrar mi más profundo asentimiento con un criterio que, reconozco, aplico de forma cotidiana en el desempeño de mi función jurisdiccional en el Juzgado de Instrucción que presido.

Para terminar con este apartado, la necesidad de correlación entre el riesgo que se alega como fundamento de una pretensión cautelar de tal naturaleza y su acreditación mínimamente indiciaria, como no podía ser de otra forma, es una constante en nuestra Jurisprudencia menor; baste para ello con traer a colación los ejemplos de los AAAP de Vizcaya, Sección 1.ª, de 15 de julio de 2005, que basa la estimación del recurso en la no contundencia de los indicios de situación objetiva de riesgo apuntadas por la solicitante de las medidas, y de Sevilla, Sección 7.ª, de 19 de julio de 2005, por falta de corroboración del testimonio de la víctima ante las dudas suscitadas por la declaración del denunciado; dudas que adquirirán un grado casi de certeza cuando la actuación de la víctima aparente no ser sino una represalia o respuesta inmediata a la presentación de una denuncia anterior por parte del otro consorte (AAP de Madrid, Sección 2.ª, de 14 de julio de 2005).

19. Ídem el AAP de Toledo, Sección 2.ª, de 4 de julio de 2005.

20. «... Sensación subjetiva de temor o miedo», en palabras de la calendada resolución. El AAP de Madrid, Sección 23.ª, de 20 de julio de 2005, habla de situación de riesgo *verdaderamente objetiva*.

III.3. El supuesto de las imputaciones recíprocas

Detrás de un conflicto intersubjetivo con trascendencia jurídico-penal en un entorno familiar, no es precisamente anormal que exista un trasfondo en el que ambos consortes *pongan de su parte*, que entren en una espiral de recíprocos agravios susceptibles de hacerse merecedores de un concreto reproche punitivo; y más en un contexto normativo en el que se tiende a magnificar y extender la criminalización de lo que hace no pocos años era tenido como un simple problema de pareja. Los Juzgados de Instrucción y de Violencia sobre la Mujer se enfrentan cotidianamente a supuestos en los que ambas partes se imputan agresiones o malos tratos de obra, lo que lleva en no pocas ocasiones a plantearse de forma recíproca peticiones de órdenes de protección o medidas de alejamiento. La Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se ha enfrentado en varias ocasiones al problema, aunque aportando soluciones no precisamente coincidentes.

Una primera línea de opinión ha enfocado la solución del problema considerando que ante la constatación de la existencia de una mutua agresión o agravio de uno frente a otro lo procedente es no adoptar ningún tipo de medida, por no existir una situación objetiva de riesgo que ponga en peligro la integridad de uno frente al otro consorte (en este sentido el AAP de Barcelona, Sección 3.ª, núm. 410/2004, de 5 de agosto). Generalmente tal dirección parte del presupuesto de que los hechos narrados no han quedado suficientemente acreditados, esclarecidos, en el momento en el que se somete la petición de medidas bien de forma recíproca o solamente a petición de una de las partes, como defiende en concreto el AAP Vizcaya, Sección 6.ª, de 6 de julio de 2005, optando por la solución de diferir la cuestión al plenario. Pero generalmente la respuesta se enfoca más bien a entender que los acontecimientos no van más allá de un episodio puntual en el que no se considera necesario imponer una medida cautelar frente a una de las partes o las dos, tal y como refieren los AAAP de Madrid, Sección 4.ª, de 14 de julio de 2005, referido a un supuesto en el que la regulación del régimen de visitas mediante punto de encuentro impediría en lo sucesivo el contacto entre los padres, y Sección 16.ª, de 28 de noviembre de 2005, referido a un supuesto de riña entre cuñados.

Sin embargo, no son pocas las resoluciones que permiten la imposición recíproca de medidas de alejamiento, como sucede en los AAAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, núm. 47/2005, de 2 de marzo, y de Madrid, Sección 2.ª, de 28 de junio de 2005. En mi opinión ésta debe ser la solución que debe adoptarse en supuestos en que los indicios apuntan a una hostilidad recíproca en la pareja de carácter no ocasional. Imponer medidas cautelares a una de las partes por razón de su sexo, por ser el segundo que denuncia, o por la complicación jurídica que supone la tramitación conjunta de causas penales por razón del fuero específico de la víctima de violencia de género, dejando atrás a la otra, sería un sinsentido jurídico. Debe realizarse una valoración individualizada del riesgo que represente la conducta de cada uno, lo que permitirá en no pocas ocasiones imponer la medida restrictiva de derechos solamente a la parte más *beligerante*, pero nunca descartar de raíz la posibilidad de imponer medidas a uno y otro consorte, cuando ambos aparenten ser merecedores de tal imposición.

Sin embargo, la imputación recíproca de infracciones criminales no relaja la obligación de indagar los acontecimientos realmente sucedidos, debiendo la autoridad judicial realizar un juicio de credibilidad sobre la versión de hechos que pudiera ajustarse más a la verdad material; así lo ha advertido con acierto el AAP de Vizcaya, Sección 6.ª, de 8 de julio de 2005.

III.4. Casuística procesal

La concepción del procedimiento para la concesión de una orden de protección como un trámite presidido por los principios de inmediatez, perentoriedad y concentración ha sido proclamada, con acierto por el AAP de Asturias, Sección 3.ª, de 15 de julio de 2005. Dicha comparecencia se define como un acto presidido por el principio de contradicción que haría precisa, en un principio, la presencia de las partes, asistidas de sus letrados conforme a las normas ordinarias de asistencia letrada. Sin embargo, la casuística ha llegado a matizar tal principio aparentemente esencial e inamovible.

Con acierto, el AAP de Barcelona, Sección 5.ª, núm. 105/2005, de 25 de febrero, ha considerado irrelevante la cuestión de la no presencia del imputado en la vista, cuando solamente se han solicitado medidas de prohibición de acercamiento basadas en el artículo 544 bis. Sin embargo, cuando lo que se insta es el dictado de una orden de protección del artículo 544 ter, el AAP de Valladolid, Sección 4.ª, de 28 de septiembre de 2005, se muestra inflexible, al considerar la existencia de una situación de indefensión generante de nulidad de actuaciones; opinión que es relativizada por el argumento, sostenido por el AAP de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 30 de noviembre de 2005, de entender que se trataría de una simple irregularidad procesal cuando las medidas adoptadas fueran exclusivamente de naturaleza penal.

Sí se reputa indispensable por el AAP de Madrid, Sección 2.ª, de 20 de julio de 2005, la presencia de la víctima para ratificarse en su pretensión, bajo el argumento de que la simple denuncia policial carecería de eficacia probatoria[21]. La celebración misma, formal, de la comparecencia del artículo 544 ter.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha llegado a ser incluso obviada por el AAP de Cádiz, Sección 6.ª, de 28 de julio de 2005, con el más que discutible argumento de que como quiera que se oyó a ambas partes en el Juzgado de Instrucción, a presencia de los dos letrados, y pese a que no estuvo presente en las declaraciones el Fiscal, el dictado de orden de protección sin traslado específico para alegaciones de las partes no habría producido una situación de indefensión para las partes.

Para terminar este apartado, el ámbito de la comparecencia del artículo 544 ter.4, pese a la referencia a la posible imposición de cualesquiera medidas cautelares penales de entre las reguladas en nuestra legislación procesal, es considerado inadecuado para el decreto de una prisión provisional, entiende el AAP de Valladolid, Sección 4.ª, de 29 de septiembre de 2005.

III.5. Extensión temporal de la medida

Tanto en el artículo 544 bis, párrafo tercero, como en el artículo 544 ter, parágrafo 4, párrafo cuarto, se hace una mención expresa al término *vigencia* de la medida. En cuanto respecta a la regulación específica en materia de violencia de género, si el artículo 62 de la LOMPIVG se remite a la regulación común del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

21. El Tribunal no se pronuncia, sin embargo, sobre la posibilidad de adopción de medidas de alejamiento a petición de una parte legítima como es el Ministerio Fiscal, basada en el contenido de las manifestaciones realizadas ante la Policía.

el artículo 69 de la LOMPIVG establece un régimen específico de extensión de la medida, más allá incluso de la sentencia firme, y en concreto, ínterin se resuelven los recursos que pudieran corresponder. Tal exigencia de delimitación temporal de la vigencia ha sido interpretada por un cierto sector jurisprudencial como la necesaria fijación de plazos temporales, con posibilidad de prórroga. Frente a tal línea, sin embargo, otro sector de nuestra Jurisprudencia menor aboga por una consideración completamente ajena a tales vinculaciones temporales.

La segunda de la líneas que hemos descrito, efectivamente, entiende que la acepción *vigencia* empleada por el legislador en ambos preceptos equivale a espacio de tiempo durante el que la medida permanece en vigor, asociando la idea de vigencia a la de la necesidad de la medida, es decir, el espacio de tiempo durante el que la autoridad judicial competente considera que se mantiene la situación de riesgo objetivo para la víctima. La resolución judicial necesitaría, por tanto, de una nueva resolución que la deje sin efecto para perder su vigencia, o la culminación de una concreta etapa procesal que haga que la medida pierda su razón de ser (así, la sentencia absolutoria, al menos cuando adquiere firmeza, o resolución firme que ponga fin al proceso sin sentencia, y la ejecución de la sentencia condenatoria firme).

El AAP de Sevilla, Sección 1.ª, núm. 481/2004, de 8 de noviembre, asume de forma implícita la no exigencia de fijación temporal del alcance de la medida, que la concibe relacionada con la propia necesidad de su adopción, y por ende, mantenimiento; ahora bien, en relación con lo que pudiera ser una falta, recuerda que la medida no habría de extenderse más allá de los márgenes de la proporcionalidad, entendida como correlación con el máximo de extensión de la pena privativa de derechos que pudiera eventualmente imponerse al condenado, por lo que en aplicación del artículo 57.2 del Código Penal estima que en tales casos no podría extenderse en el tiempo más de seis meses, tiempo máximo de condena para las faltas. Más conciso y expresivo se muestra el AAP de Barcelona, Sección 3.ª, núm. 410/2004, de 5 de agosto, que advierte que las medidas de alejamiento, en cuanto medidas cautelares de orden penal, no están sometidas a plazo de *caducidad*, por lo que no sería precisa en caso alguno decretar su prórroga.

El fin de la extensión temporal de la medida se relaciona en el AAP de Madrid, Sección 16.ª, de 13 de octubre de 2005, con las resultas de la investigación, por lo que la terminación del proceso por Auto de sobreseimiento libre y archivo, da fin a las medidas acordadas, a la vez que impide la adopción de nuevas medidas basadas en los mismos hechos. La misma línea es seguida por los AAAP de Barcelona, Sección 2.ª, de 22 de julio de 2004, y de Madrid, Sección 17.ª, núm. 731/2004, de 13 de julio, referidos al límite de la sentencia firme, y de Madrid, Sección 5.ª, de 7 de octubre de 2005, refiriéndose este último a cualquier tipo de resolución que ponga fin al procedimiento, bien de forma provisional o definitiva[22].

22. Considera dicho Auto que el único límite a la medida es «... la finalización del proceso por sentencia u otro tipo de resolución que dé lugar al archivo definitivo o provisional de las actuaciones». Resulta interesante el interrogante planteado por Magro Servet, Vicente «¿Es posible la ejecución provisional de la pena de alejamiento cuando se recurre la sentencia penal y no existe medida cautelar previa?», Revista *SEPIN SP/DOCT/2856* www.sepin.es), que ante la laguna legal, trata de resolver proponiendo que ante la previsión de una sentencia condenatoria, sin que antes se hubiera acordado medida cautelar de alejamiento, se dicte ésta por el órgano sentenciador antes del dictado de la sentencia.

Las resoluciones que han abordado la cuestión desde la consideración de exigencia del establecimiento de plazos temporales, se han dedicado especialmente a resolver cuestiones sobre la procedencia y dinámica de su decreto. Destaca por su nivel de exigencia el AAP de Madrid, Sección 17.ª, de 4 de julio de 2005; la referida resolución trae a colación de forma implícita la doctrina jurisprudencial relacionada con las injerencias sobre contenidos de comunicaciones, en el sentido de mostrarse exigente de que las distintas prórrogas estén fundadas en razones concretas, más allá de la utilización de resoluciones estereotipadas. Debería justificarse la prórroga, según la mencionada resolución en la práctica de diligencias que acreditaran la situación objetiva de riesgo, más allá de la sola manifestación de la víctima en su denuncia inicial. En concreto, el AAP de Madrid, Sección 2.ª, de 1 de julio de 2005, consideró la existencia de una razón suficiente para la concesión de una prórroga en un supuesto en el que la denunciante manifestaba haber tenido conocimiento de que la persona sometida a la medida había contratado *sicarios* para amedrentarla, y así conseguir su objetivo sin incumplir directamente la prohibición de acercamiento y comunicación impuesta.

Sin embargo, con buen criterio desde luego, se ha entendido comúnmente que la decisión sobre la prórroga no debe ser adoptada tras la celebración de una comparecencia contradictoria, por no exigirlo así expresamente el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en este sentido se ha manifestado el AAP de Madrid, Sección 5.ª, de 7 de octubre de 2005, al estimar que la norma procesal no lo impone, como sí lo hace respecto de la adopción inicial de la orden de protección, pudiendo ser adoptada incluso de oficio.

En mi opinión, no puede establecerse de forma concluyente, *lege data*, que la orden de protección o alejamiento precise de una determinación de plazo concreto; y ello por razones obvias: En primer lugar, porque se trata de una medida cautelar que tiende a preservar a la víctima de una situación de riesgo objetivo en la que el factor tiempo no es predecible (no puede entenderse que la víctima estará durante dos meses a merced de ser atacada por su esposo), pues son hechos y actitudes, no el solo transcurso del tiempo, los parámetros que definen la mayor o menor intensidad del riesgo para la víctima que justifica la imposición y mantenimiento de la medida; en segundo lugar, porque las medidas cautelares constitutivas de restricciones de derechos fundamentales, frente a las restricciones de derechos fundamentales por virtud de la práctica de diligencias de investigación, no tienen una vinculación tan estrecha al factor tiempo como éstas, por lo que no tiene por qué establecerse un parangón entre unas y otras, y en tercer lugar, porque el término *vigencia* empleado por los dos citados preceptos tiene una clara vocación de referirse, no al tiempo de la medida como componente indispensable de su fijación, sino al período o espacio temporal durante el cual la medida puede mantenerse vigente contra el afectado por aquélla, lo que es bien distinto.

La implicación del principio de proporcionalidad de la medida en su tiempo de duración, como apunta sabiamente la Audiencia Provincial de Sevilla, resulta innegable, en cuanto respecta a la correlación entre el sacrificio impuesto a la persona afectada y el fin de protección del interés de la víctima. Sin duda la medida será más gravosa en tanto en cuanto se extienda en el tiempo; y un límite claro a tal extensión debe encontrarse precisamente en el tope de la pena que pudiera imponerse al presunto agresor. Pero no debe olvidarse que la finalidad cautelar de la orden de protección o medida de alejamiento va más allá del

aseguramiento de la presencia en juicio del encartado, de su potencialidad de destruir o hacer desaparecer medios de prueba, del riesgo de fuga o de reiteración de hechos similares (fines establecidos en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), incidiendo especialmente en la necesidad de preservar la integridad física y moral de la víctima, al menos mientras que la causa penal continúe en trámite. Y tal factor puede hacer desequilibrar la balanza frente al interés de la persona afectada de que la medida respete los límites de la proporcionalidad en relación con la pena que pudiera imponerse al condenado.

III.6. Disponibilidad de las partes

Si el Tribunal Supremo, en su calendada STS 1156/2005, de 26 de septiembre, confirió a la autonomía de la voluntad de la víctima un inesperado poder de sobreponerse, prácticamente sin límites, sobre un concreto mandato judicial afectante a su derecho a la vida familiar, a relacionarse con el presunto agresor, dejándolo sin efecto a su antojo, incluso sin necesidad de participar a la autoridad judicial esa decisión, la posición de las Audiencias Provinciales parece apuntarse diametralmente a la solución contraria; es decir, la posibilidad de decretarse o mantenerse tales medidas aun contra la voluntad de la víctima.

Haciendo aplicación de lo que es una potestad judicial desarrollada en la norma procesal, artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el AAP de Barcelona 1037/2004, de 15 de noviembre, entiende que «... no hace falta el consentimiento de la víctima para acordar su protección sino que basta con que existan indicios racionales de puesta en peligro de los bienes jurídicos de la misma sobre todo su integridad física y psíquica». Por la irrelevancia del consentimiento o voluntad de la víctima para que se ponga término a la medida por ella solicitada se pronuncia el AAP de Madrid, Sección 17.ª, núm. 730/2004, de 13 de julio, al menos cuando nos enfrentamos a situaciones de reanudación esporádica de la convivencia, por considerar que en estas ocasiones la experiencia demuestra que lo que ha venido a denominarse etapa de la *luna de miel*, no es más que un paréntesis en situaciones consolidadas de estado de violencia y de dependencia emocional de la víctima respecto de su agresor[23]. Con más contundencia aún, el AAP de Cáceres, Sección 2.ª, de 23 de noviembre de 2005, se muestra reacio a considerar que la simple comparecencia de la víctima desdiciéndose de sus anteriores declaraciones y solicitando que las medidas acordadas se dejen sin efecto, cuando las pruebas recabadas hasta el momento ponen en entredicho la sinceridad de la retractación, pueda servir de argumento para forzar una resolución de la autoridad judicial competente para dejar sin efecto las medidas cautelares acordadas en su protección.

En contra, la misma Sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en Auto recaído en la misma fecha (Auto 731/2004, de 13 de julio), permite validar el consentimiento de la víctima para la reanudación cuando en otro procedimiento seguido por las mismas partes se ha constatado la reanudación de la convivencia sin que a juicio de la esposa, la situación de alcoholismo y toxicomanía de su consorte supusiera en ese momento una continuación del riesgo para su integridad. En la misma línea, el AAP de Cuenca, Sección 1.ª, de 27

23. «No importa el hecho de que en algún momento la pareja volviera a unirse pues la experiencia enseña que son frecuentes estos altibajos, determinados en algunas ocasiones por la esperanza de la víctima de que todo terminará arreglándose favorablemente y, en otras, por haberse establecido una auténtica dependencia psicológica entre aquélla y su agresor.»

de septiembre de 2005, entiende que la reconciliación de los consortes puede permitir la modificación de la medida impuesta si se constata que ha desaparecido o se ha mitigado el riesgo para la integridad de la víctima inicialmente apreciado.

Como se puede apreciar, y ello es sin duda de agradecer, existe un arraigado consenso a nivel de las Audiencias Provinciales en hacer imperar la seguridad de las víctimas sobre la voluntad de éstas, más o menos mediatizadas por factores externos, remordimiento de conciencia, autocomplacencia, ..., de pretender que las medidas adoptadas en su beneficio queden sin efecto posteriormente. Se ajustan literalmente al mandato legislativo, y lo hacen, al menos a mi juicio, siendo respetuosos con los derechos fundamentales de la víctima que pudieran verse afectados por el mantenimiento de las medidas de protección impuestas aun contra su voluntad. La negativa a validar el consentimiento o la reconciliación se ha basado siempre en la apreciación o constatación de que el riesgo potencial para la integridad y seguridad de la víctima no se ha desvanecido aún.

III.7. La posibilidad de afectación a la relación paternofilial mediante imposición de medidas estrictamente penales

En este apartado, el buen criterio y el sentido común en la aplicación e interpretación de las normas ha permitido a las Audiencias Provinciales la adopción de medidas de protección de naturaleza penal respecto de la descendencia común que ha visto a los hijos y demás personas allegadas dependientes del presunto agresor como sujetos de derecho independientes que pueden verse o no afectados por la medida de protección; en este sentido puede consultarse el AAP de Cádiz, Sección 6.ª, núm. 107/2005, de 4 de julio. Efectivamente, las medidas solamente han afectado a los menores o demás personas dependientes del núcleo familiar, en tanto en cuanto éstos han sido considerados como víctimas directas, es decir, víctimas por sí mismas de la situación de violencia doméstica o de género, o secundarias, en el sentido de que el atentado contra valores personales del otro progenitor les ha llegado afectar en sus componentes psicológico, anímico o educacional, de una forma patente, hasta el punto de generar respecto de ellos una situación de riesgo realmente individualizada.

El AAP de Cádiz, Sección 6.ª, de 4 de julio de 2005, nos habla precisamente de posibilidad de modulación del régimen de visitas en el marco del dictado de una orden de protección, pero debiendo analizarse todas las circunstancias concurrentes y, en particular, el peligro generado para el menor; pudiendo en tal contexto establecerse cautelas en el desenvolvimiento del régimen de visitas, incluido el establecimiento del régimen de puntos de encuentro para evitar contactos indeseados, la intervención de terceras personas en la recogida y reintegro de los menores, e incluso, como última medida, la suspensión temporal del régimen de visitas.

El AAP de Madrid, Sección 7.ª, de 7 de octubre de 2005, se plantea, por su parte, la necesidad, no tanto de oír al menor en función de su capacidad de comprensión y decisión, sino a su representante legal, en el marco de una comparecencia previa a la adopción de orden de protección del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La solución planteada por tal órgano jurisdiccional, parece sin embargo que no llega a ahondar en el

alcance de los derechos que tienen los menores a ser oídos en los expedientes judiciales que les afectan, y el correlativo deber de las autoridades, incluidas las judiciales, de respetar y hacer respetar tal derecho; baste para ello con traer a colación los artículos 154.2, 156.2 y 162.1.º del Código Civil, y sobre todo el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero[24], de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

III.8. Jurisprudencia sobre las medidas de naturaleza civil

La tangencial implicación de órganos jurisdiccionales penales en la esfera privada, en las relaciones intersubjetivas, en materia propia de la jurisdicción civil, en definitiva, y su naturaleza jurídica, sobre todo ante la irrupción en la planta judicial de órganos híbridos que comparten competencias en las dos áreas del derecho orgánico procesal, ha supuesto la generación de un paisaje judicial de contornos difusos; imagen desfigurada que ha tenido su fiel reflejo en una Jurisprudencia menor que se ha mostrado dubitativa, y en ocasiones prácticamente sin rumbo fijo, a la hora de dar respuesta a tan difíciles interrogantes. Y es que preguntas tan trascendentales como hasta cuándo alcanzará la competencia de los órganos de la jurisdicción penal para hacerse responsables del acatamiento y cumplimiento de las decisiones adoptadas en las órdenes de protección con trascendencia jurídico-civil, cuáles serán las normas que regularán en tal caso la ejecución, y en el contexto de la actuación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, qué relación mantendrán las vicisitudes de los procesos penales con los procedimientos civiles de los que se hace depender su conocimiento por parte de los órganos especializados, encuentran una difícil respuesta en la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

Algunas de las resoluciones publicadas hasta la fecha no hacen sino enfatizar los concretos mandatos del artículo 544 ter.7; así lo recuerda con contundencia el AAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, núm. 47/2005, de 2 de marzo, cuando advierte que no es viable la adopción de medidas civiles cuando hay una previa resolución de un Juzgado de Familia que ha regulado la situación de crisis familiar; o el AAP de Cádiz, Sección 6.ª, que matiza con acierto que los Juzgados de Instrucción que adoptan medidas civiles no invaden las competencias de la jurisdicción civil, sino que es una competencia propia de éstos en el ámbito del derecho civil. Sin embargo, en otras resoluciones como el AAP de Barcelona, Sección 2.ª, núm. 895/2004, de 22 de julio, se hace eco de la posibilidad de compatibilizar los regímenes impuestos entre una y otra jurisdicciones, en concreto, la posibilidad de que las medidas acordadas por la jurisdicción civil se adapten a la nueva realidad creada por la imposición de medidas res-

24. «Artículo 9. Derecho a ser oído.
1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.
En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.
2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.
No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.
3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.»

trictivas sobre el progenitor presunto responsable, y viceversa. La clave de la diferenciación estriba, en mi opinión, realmente, en el margen de decisión que se establece en orden a la salvaguardia del interés de los menores, al amparo de la remisión directa que se hace a las potestades reconocidas en este orden a los jueces penales; potestad que permite sin duda la alteración de normas reguladoras ya acordadas por la jurisdicción civil, o la adaptación a las penales, o viceversa, a la nueva realidad de la restricción de derechos impuesta al progenitor presunto agresor.

El principio de la correlación entre las medidas civiles que pueden adoptarse en el contexto de una orden de protección y su contextualización respecto de las competencias propias de la jurisdicción civil especializada de familia, ha sido objeto de una brillante aplicación en el AAP de Madrid, Sección 3.ª, de 4 de julio de 2005; la resolución comentada analiza el supuesto de una reclamación de prestación alimenticia interpuesta por hija mayor de edad contra su padre, llegando a la conclusión de que si la hija no podría acudir al Juzgado de Familia para reclamar los alimentos de forma independiente a su padre, «... instar un proceso de familia», en palabras de la referida resolución, habría de carecer de legitimación para solicitar tal medida ante el Juzgado de Instrucción. Aunque considero que no se está hablando tanto de legitimación como de algo previo, la competencia objetiva para resolver sobre tal reclamación de prestación alimenticia, la solución planteada por tal órgano jurisdiccional es manifiestamente plausible; la referencia que hace el parágrafo segundo de dicho precepto al concepto de «proceso de familia» es un argumento incontestable en esta restrictiva línea de interpretación.

Por su parte, el AAP de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 22 de septiembre de 2005, se plantea la viabilidad práctica de la interposición de recursos contra la resolución del Juzgado de Instrucción imponiendo medidas de naturaleza civil, ante la perentoriedad de su vigencia y la posibilidad de sometimiento a otro órgano jurisdiccional de un nuevo pronunciamiento sobre el conflicto familiar; viabilidad que llega incluso a cuestionar la procedencia de instar la ejecución de las medidas civiles ante la jurisdicción penal[25]. Pero el AAP de Tarragona, Sección 2.ª, de 1 de diciembre de 2003[26], va aún más allá, al considerar que contra las decisiones que se adopten en materia civil en una orden de protección no cabría recurso alguno, y ello no solamente por la razón práctica antes apuntada, sino por entender que la referencia al plazo de vigencia de un mes hasta la presentación ante la jurisdicción civil, implicaría que sería al Juez civil a quien correspondería el cometido de ratificar o modificar las medidas adoptadas, que tilda de medidas provisionales de naturaleza civil, equiparables a las establecidas en el artículo 771.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para terminar este apartado, en lo referente al alcance de la competencia para la adopción de medidas civiles en el orden penal, y por ende para el conocimiento de causas civiles relacionadas con episodios de violencia de género, el AAP de Murcia de 14 de febrero de 2006, defiende que aunque el hecho enjuiciado sea una falta, su caracterización como acto

25. Con la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, la cuestión parecería reducirse a la determinación de qué negociado de la oficina judicial debería tramitar la ejecución; sin embargo siguen en liza cuestiones de tanta trascendencia como cuáles son las normas procesales que deben aplicarse, y sobre todo qué órgano judicial será el competente cuando la orden de alejamiento haya sido dictada por el Juzgado de Instrucción de Guardia.

26. La resolución es igualmente objeto de comentario por González Sánchez, Juan «Algunas cuestiones relacionadas con la violencia de género», Revista *SEPIN SP/DOCT/2822*, www.sepin.es.

de violencia de género impone la atracción de la competencia para el proceso matrimonial al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Por su parte, el reciente AAP de Madrid, Sección 2.ª, de 6 de marzo de 2006, rompiendo con la opinión mayoritaria de la Doctrina y la posición sostenida por la Fiscalía General del Estado, independiza, en pro del principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, el conocimiento de procesos matrimoniales ante Juzgados de Violencia sobre la Mujer, cualquiera que sea la ulterior vicisitud del proceso penal del que haya traído causa; efectivamente, llega a concluir dicha resolución que: «en definitiva, la desaparición sobrevenida de las condiciones que determinaron, en su momento, la competencia civil del Juzgado de Violencia, no puede conllevar el que el mismo decline nuevamente la misma, en una viciosa espiral que no viene permitida legalmente».

En Córdoba a 25 de mayo de 2006.

EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES. ANÁLISIS COMPARADO

CONCEPCIÓN FERNÁNDEZ SOTO

Secretaria Judicial

RESUMEN

Este estudio destaca las semejanzas, pero sobre todo, las diferencias existentes entre la regulación de una misma institución, el régimen económico matrimonial de separación de bienes, por dos cuerpos legales: uno de ámbito autonómico, el Código de Familia Catalán de 1998; y otro de ámbito estatal, el Código Civil de 1889; teniendo en cuenta que el Código de Familia catalán es de aplicación a los cónyuges que tengan vecindad civil catalana, mientras que el CC es directamente aplicable a los cónyuges con vecindad civil de los territorios que no tengan Derechos civiles forales o especiales, o que, teniéndolos, no regulen esta materia; además de ser Derecho supletorio de aquéllos.

ABSTRACT

THE MATRIMONIAL ECONOMIC REGIME OF SEPARATION OF PROPERTIES

This study emphasizes the similarities, but mainly, the existent differences among the regulation of the same institution, the matrimonial economic regime of separation of properties, by two collection of laws: one of autonomic scope, the Catalan Code of Family of 1998; and another of state scope, the Civil Code of 1889; considering that the Catalan Family Code is applied to the spouses that have Catalan civil residency, while in the Civil Code it is directly applied to the spouses with civil residency in the territories that don't have statutory or special civil rights, or that, having them, don't regulate this matter; besides being Right supplementary of those.

Sumario

I. PRÓLOGO

II. PREVISIÓN LEGAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN EL CÓDIGO CIVIL

III. CONCEPTO DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

III.1. El régimen económico matrimonial de separación de bienes.

III.2. Elementos que caracterizan el régimen de separación de bienes.

III.3. El régimen de separación de bienes en el contexto del derecho familiar catalán.

III.4. El régimen de separación de bienes en el contexto del derecho del Código Civil.

III.5. La gestión de los patrimonios en el régimen de separación de bienes.

III.6. Determinación de los bienes propios.

A) Régimen del Código de Familia. B) Régimen del Código Civil.

III.7. Las titularidades conjuntas en el régimen de separación de bienes en la Ley catalana y en el Código Civil.

III.8. Régimen jurídico de las adquisiciones onerosas realizadas por uno de los cónyuges con cargo a bienes que procedan de su consorte.

A) Régimen en el Código de Familia.

a) Presunción de titularidad privativa de la contraprestación. b) Presunción de donación.

B) Régimen en el Código Civil.

III.9. La norma de cierre en el régimen económico matrimonial de separación de bienes.

A) En el régimen del Código de Familia.

a) Requisitos para su aplicación. b) Régimen jurídico de los bienes personales.

B) Correspondencia con el Código Civil.

III.10. La compensación patrimonial en el régimen de separación de bienes.

A) En el Código de Familia catalán.

a) Derecho personalísimo de crédito. b) El pago de la indemnización. c) Casos en los que no cabe la compensación del artículo 41 del Código de Familia.

B) Tratamiento de la compensación patrimonial en el Código Civil.

C) Diferencias entre los presupuestos exigidos por el artículo 41 del Código de Familia y el artículo 1438 del Código Civil.

III.11. El ejercicio del derecho a la compensación.

A) En el Código de Familia catalán.

a) Regla procesal o requisito formal. b) Especial referencia a la reconciliación de los cónyuges.

B) Tratamiento otorgado por el Código Civil al ejercicio del derecho a la compensación.

III.12. La liquidación patrimonial de los bienes comunes en el régimen económico de separación de bienes.

A) Régimen del Código de Familia.

a) Requisitos para el ejercicio del derecho.

B) La liquidación del patrimonio común en el régimen económico de separación de bienes del Código Civil.

IV. REFERENCIA ESPECIAL AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES EN RELACIÓN CON LOS ACREEDORES

IV.1. Justificación de estos preceptos.

IV.2. Presupuestos de aplicación.

IV.3. Impugnación judicial del negocio jurídico.

IV.4. La presunción de la norma.

V. JURISPRUDENCIA

V.1. Del Tribunal Supremo.

V.2. Del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

V.3. De la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.ª).

VI. BIBLIOGRAFÍA

VI.1. Citada por orden de aparición.

VI.2. Bibliografía sumaria.

I. PRÓLOGO

El régimen económico matrimonial por antonomasia en Cataluña es el de separación de bienes, favorecido por su regulación legal, que lo configura como régimen de primer orden; en la mayor parte del resto de España el régimen económico matrimonial usual es el de gananciales, aunque en los últimos tiempos, sobre todo entre las familias más acomodadas, va tomando protagonismo el régimen económico matrimonial de separación de bienes.

Este comentario tratará de analizar el régimen económico matrimonial de separación de bienes a través del Código de Familia catalán, destacando sus semejanzas y diferencias con la

regulación que de dicho régimen económico hace el Código Civil; sin olvidar, además, que este último actúa como régimen supletorio en cuanto a todo lo no previsto en la legislación catalana.

Abordaremos principalmente los preceptos contenidos en la Sección 1.ª «El régimen de separación de bienes», del Capítulo I «El régimen de separación de bienes y las compras con pacto de supervivencia», del Título II «Los regímenes económicos matrimoniales» de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, y que van del artículo 37 al 43 y concordantes; así como los correspondientes del Código Civil, la mayoría de ellos en sede del Capítulo VI «Del régimen de separación de bienes», del Título III «Del régimen económico matrimonial» del Libro IV «De las obligaciones y contratos».

Asimismo, para impedir el uso que de este régimen económico matrimonial podrían hacer los cónyuges en fraude acreedores, comentaremos la solución otorgada por ambos cuerpos legales a la salvaguarda de los derechos de terceros a través de los artículos 12 y 1442 del Código de Familia y del Código Civil, respectivamente, con algunas diferencias entre ambos.

II. PREVISIÓN LEGAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN EL CÓDIGO CIVIL

El artículo 149.1.8.ª de la Constitución Española de 1978 establece: «El Estado tiene competencia exclusiva para las siguientes materias: Legislación civil sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo, por las Comunidades Autónomas, de los Derechos civiles, forales y especiales allí donde existan.»

Esta norma no puede entenderse en el sentido de que, en cualquier caso, la regulación de los efectos patrimoniales derivados del matrimonio contraído por españoles sea competencia exclusiva del Estado, como pone de relieve el artículo 13 del Código Civil, que establece: «1. Las disposiciones de este Título preliminar (de las normas jurídicas, su aplicación y eficacia), en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del Título IV (del matrimonio) del Libro I (de las personas), con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España. 2. En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales» (1).

III. CONCEPTO DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Aunque el matrimonio en sí mismo no tenga un efecto directo patrimonial, son evidentes las consecuencias económicas que produce: se dan, efectivamente, unos ingresos de ambos cónyuges (aunque uno de ellos no trabaje fuera del hogar; su trabajo en éste tiene un indiscutible valor económico), unos gastos comunes y unas cargas y responsabilidades que alcanzan a ambos. A la solución jurídica de la serie de intereses y cuestiones pecuniarias a que da lugar el matrimonio responde el régimen económico matrimonial (2).

III.1. El régimen económico matrimonial de separación de bienes

Este régimen económico se caracteriza por un dato negativo: la falta de comunidad de bienes, e incluso de cualquier participación de cada cónyuge en el resultado de la actividad lucrativa del otro, quedando como vínculo económico entre ellos el de su convivencia, consumo en común y atención a unas obligaciones familiares que la pareja tiene frente a cada uno y a la prole (3).

Fuera de esto, los esposos gobiernan libremente sus propios haberes, obtienen para sí sus ingresos y rentas y gastan y adquieren con independencia.

Puede definirse el régimen económico matrimonial de separación de bienes como aquel en que cada uno de los cónyuges mantiene la propiedad, disfrute, administración y disposición de sus bienes y derechos (4).

III.2. Elementos que caracterizan el régimen de separación de bienes

1. El disfrute comprende el derecho a obtener los frutos y rentas, hacer inversiones, etc.

2. La administración pertenece a cada uno de los titulares de las diferentes masas patrimoniales. Es posible que los cónyuges se otorguen un mandato para administrar, el cual debe regirse por las normas generales establecidas en los artículos 1709 y siguientes del Código Civil.

3. La disposición pertenece a cada uno de los titulares que actúa de manera autónoma e independiente. Incluye también los actos de gravamen y los arrendamientos de cualquier tipo.

Sin embargo, la existencia del matrimonio introduce unas limitaciones en la autonomía del disfrute, gestión y disposición de los bienes propios que no existirían si el titular de estos bienes no fuese una persona casada. Hay dos grandes bloques de limitaciones:

a) Por razón del destino sobre la vivienda habitual, pues la disposición del inmueble que cumpla esta finalidad se encuentra limitada por el artículo 9 del Código de Familia y por su correlativo 1320 del Código Civil; en ambos casos, aunque la finca sea de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, se ha de obtener el consentimiento del otro para la disposición o, si este consentimiento falta, la autorización judicial.

Artículo 9 del Código de Familia: «1. Con independencia de cuál sea el régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro, no puede llevar a cabo ningún acto de alineación, gravamen o, en general, de disposición de su derecho en la vivienda familiar o en los muebles de uso ordinario cuyo uso comprometa, aunque se refiera a cuotas indivisas. Este consentimiento no se puede excluir por pacto ni otorgarse con carácter general. Si falta el consentimiento, el Juez o Jueza puede autorizar el acto, atendido el interés de la familia o si concurre otra justa causa...»

Artículo 1320 del Código Civil: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial...»

b) Por razón del matrimonio en sí mismo, existe la obligación de contribuir a los gastos que éste origina y, por tanto, la obligación de destinar bienes o trabajo para contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, como veremos (5).

III.3. El régimen de separación de bienes en el contexto del derecho familiar catalán

Artículo 37 del Código de Familia

Contenido:

En el régimen de separación de bienes, cada cónyuge tiene la propiedad, el disfrute, la administración y la libre disposición de todos sus bienes, dentro de los límites establecidos por la ley.

A pesar de que en alguna ocasión se ha puesto en duda por parte de la doctrina que el régimen de separación de bienes sea un verdadero régimen matrimonial, considerando que los casados en este régimen deben ser tratados, desde una perspectiva jurídica, como dos personas no unidas en matrimonio en todo lo que se refiera a sus intereses patrimoniales, el legislador catalán establece para el régimen de separación de bienes la regulación de los mismos problemas que contempla cualquier régimen económico matrimonial, pero con la lógica evidencia de establecer soluciones de acuerdo con los principios informadores de un sistema de separación de intereses patrimoniales entre los cónyuges.

El régimen de separación de bienes es uno de los rasgos característicos del derecho familiar catalán. Se aplica a la inmensa mayoría de los matrimonios catalanes por su condición de régimen económico matrimonial supletorio de cualquier otro régimen convenido al amparo del principio de autonomía privada, ya que, según el artículo 10 del Código de Familia, «1. El régimen económico matrimonial es el convenido en capitulaciones. 2. Si no hay pacto, o en el caso de que las capitulaciones matrimoniales sean ineficaces, el régimen económico es el de separación de bienes» (6).

Así, el régimen de separación de bienes ha de regir las relaciones económicas entre los cónyuges en los siguientes supuestos:

1. Cuando no haya pacto sobre el régimen y se deba aplicar la legislación catalana (artículo 10.2 del Código de Familia), de acuerdo con las normas del derecho interregional (artículos 16 del Código Civil, que da las pautas para la resolución de los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional, y 9.3 del Código Civil, que regula los conflictos de derecho internacional privado).

2. Cuando los cónyuges hayan pactado este régimen en capitulaciones matrimoniales, otorgadas antes o después de la celebración del matrimonio.

3. Cuando las capitulaciones matrimoniales en las que se haya pactado un régimen cualquiera se declaren ineficaces por cualquier causa que no sea la nulidad del matrimonio o el divorcio (artículo 10.2 del Código de Familia) (5).

III.4. El régimen de separación de bienes en el contexto del derecho del Código Civil

Artículo 1437 del Código Civil

Contenido:

En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes.

Este régimen, que no tiene tradición castellana, se establece en el artículo 1435 del Código Civil, «existirá entre los cónyuges separación de bienes: 1.º Cuando así lo hubiesen convenido. 2.º Cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes. 3.º Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto».

El régimen de separación convencional del primer ordinal del citado precepto es el pactado en capitulaciones matrimoniales.

En el segundo y tercer ordinales se expresa el régimen de separación legal. Se impone por el Código Civil como régimen legal supletorio de segundo grado, a falta del régimen de gananciales; o cuando se extinga el régimen de gananciales o de participación, constante matrimonio.

Todavía el Código Civil prevé la separación de bienes en otros dos supuestos: por aplicación del artículo 1374, cuando se dé la disolución prevista en el artículo 1373, según el cual si los bienes privativos de un cónyuge no fueran suficientes para hacer efectivas sus deudas propias el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales; y por aplicación del artículo 1393, cuando por resolución judicial se ordene la extinción del régimen de gananciales.

III.5. La gestión de los patrimonios en el régimen de separación de bienes

El régimen económico matrimonial de separación de bienes comporta una separación de patrimonios, con la consecuencia de que en la economía del matrimonio encontramos únicamente el patrimonio privativo de cada consorte, y por definición, la falta de un patrimonio común de ambos cónyuges. Por tanto, el régimen de separación de bienes comporta no sólo una separación de patrimonios, sino también una gestión autónoma e independiente de cada cónyuge sobre su patrimonio (6).

Sin embargo, esta gestión autónoma o independiente del patrimonio privativo tampoco se lleva a sus últimas consecuencias, ya que en el propio artículo 37 del Código de Familia, se establece «dentro de los límites establecidos por la ley» (previsión por otra parte innecesaria y que no aparece en el artículo 1437 del Código Civil) poniendo de relieve que este régimen económico matrimonial, como cualquier otro, es un efecto o consecuencia de la institución fundamental, que es el matrimonio, que según el artículo 1.1 del Código de Familia, impone que cada consorte ha de actuar en interés de la familia, «El matrimonio es una institución que da lugar a un vínculo jurídico, que origina una comunidad de vida en la cual los cónyuges han de respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia. Los cónyuges deben guardarse fidelidad y prestarse mutuamente socorro»; establecido en el Código Civil en su artículo 67, «Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia», y en el artículo 1318, cuyo primer párrafo prevé «Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio», y artículo 1438 del Código Civil, en sede de la regulación sobre el régimen de separación de bienes, «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos...»

Por tanto, las facultades de libre gestión de los patrimonios privativos se ven condicionadas, tanto por el artículo 1.1 del Código de Familia, como por el deber de información recíproca de su gestión patrimonial, en aplicación del artículo 6 del Código de Familia: «Los cónyuges tienen la obligación recíproca de informarse adecuadamente de la gestión patrimonial que realizan en atención al mantenimiento de los gastos familiares». Sin perjuicio, también, de las limitaciones que de forma voluntaria se puedan imponer los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, como regula el artículo 15.1 del Código de Familia: «En las capitulaciones matrimoniales se puede determinar el régimen económico matrimonial...»; artículo 1325 del Código Civil «En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo», siempre que no estén en contradicción con el principio de equiparación jurídica de los cónyuges, *ex* artículo 1.2 del Código de Familia: «Los cónyuges tienen en el matrimonio los mismos derechos y deberes»; artículo 66 del Código Civil «Los cónyuges son iguales en derechos y deberes».

Teniendo en cuenta el artículo 5.1 del Código de Familia, según el cual «En la forma que pacten, los cónyuges contribuyen a los gastos del mantenimiento familiar con la aportación propia en el trabajo doméstico, con su colaboración personal o profesional no retribuida o con retribución insuficiente en la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes en proporción a sus ingresos y, si éstos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios», a pesar de que proclama que los recursos procedentes de los bienes privativos se deben destinar en todo o en parte al sostenimiento de las cargas familiares, esta contribución no supone establecer una carga directa sobre los frutos o rendimientos de los bienes privativos, sino una obligación a cargo de cada consorte, cuyo incumplimiento determina que se pueda hacer efectiva sobre los frutos, rentas o productos de los bienes privativos y la adopción de las garantías sobre los mismos bienes que previene el artículo 7 del Código de Familia («En caso de incumplimiento por parte de una de las personas obligadas, cualquiera de las otras puede pedir a la autoridad judicial, además de la efectividad de los pagos pendientes, que acuerde la prestación de las

garantías o la adopción de las medidas convenientes para asegurar los pagos futuros. Estas medidas pueden ser modificadas o revocadas»).

De igual manera debe interpretarse el artículo 1438 del Código Civil, según el cual «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

Según el artículo 37 del Código de Familia, que comentamos, el régimen de separación de bienes determina igualmente que cada cónyuge administra de forma autónoma todos sus bienes, con la precisión de que este régimen no se desnaturaliza por el hecho de que uno de los cónyuges confiera al otro, de forma expresa o tácita, la administración de todo o parte de su patrimonio, con la consecuente aplicación en estos casos de las normas generales de derecho patrimonial sobre gestión de bienes ajenos (artículo 3.4 del Código de Familia: «A la gestión hecha por uno de los cónyuges en nombre del otro, le son aplicables las reglas en materia de gestión de negocios»). En el Código Civil se regula en el artículo 1439: «Si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero no tendrá obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio».

También el artículo 37 del Código de Familia establece que cada cónyuge tiene la facultad de libre disposición de todos sus bienes, es decir, que cada cónyuge puede ejercer de forma autónoma o independiente las facultades dispositivas que configuran su titularidad, según se deriva, por ejemplo, del derecho de propiedad, del derecho de superficie o de un derecho de crédito.

III.6. Determinación de los bienes propios

A) Régimen del Código de Familia

Artículo 38 del Código de Familia

Bienes privativos

En el régimen de separación de bienes, son propios de cada uno de los cónyuges todos los que tenían como tales cuando se celebró el matrimonio y los que adquirió después por cualquier título.

Tanto en el precepto transcrito como en los artículos 39 y 40 del Código de Familia, se desprende que el legislador parte del principio de separación absoluta de bienes entre los cónyuges.

El artículo 39 establece «en las adquisiciones hechas a título oneroso por uno de los cónyuges durante el matrimonio, si consta la titularidad de los bienes, la contraprestación se entiende pagada con el dinero del adquiriente. En el caso de que la contraprestación proceda del otro cónyuge se presume la donación».

Y el artículo 40, «en caso de duda sobre a quién de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, se entiende que corresponde a los dos por mitades indivisas, salvo que se trate de bienes muebles que sean de uso personal o que estén directamente destinados al desarrollo de la actividad de uno de los cónyuges y que no sean de extraordinario valor, en cuyo caso se presume que pertenecen a éste».

En relación con este principio general de separación absoluta de bienes entre los cónyuges, se pueden hacer las siguientes consideraciones:

1. Todos aquellos bienes y derechos que antes de la celebración del matrimonio integraban los patrimonios de los entonces futuros cónyuges, siguen formando parte del patrimonio privativo de cada consorte, con independencia de que la adquisición se fundamente en un acto o negocio jurídico entre vivos o por causa de muerte, y con independencia también de que la adquisición tenga su origen en un contrato que se fundamente en una causa onerosa, gratuita o remuneratoria o que se fundamente en un contrato aleatorio.

2. También forman parte del patrimonio privativo de cada cónyuge todos los frutos, rendimientos y productos que incrementen el patrimonio privativo del cónyuge titular de estos bienes.

3. Forman igualmente parte del patrimonio privativo, todos los rendimientos que obtenga cualquiera de los cónyuges que tengan su origen en el trabajo que desarrolla y que origine unos ingresos, ya sea en forma de salarios, honorarios o participaciones en actividades lucrativas.

Resumiendo, de lo anterior se deduce que forman parte de la masa de bienes propios todos los que ya se tenían antes de la celebración del matrimonio, los cuales siguen perteneciendo a cada cónyuge, y aquellos que se adquieran después, independientemente del título de adquisición y de quien los haya atribuido, ya que son válidas las donaciones entre cónyuges. Forman parte, también, los frutos y las rentas de los bienes propios, así como los rendimientos del trabajo, de la profesión, etc. La celebración del matrimonio no produce ningún efecto sobre la titularidad presente de los bienes, ni condiciona las adquisiciones futuras (5).

En el régimen de separación de bienes cada cónyuge puede probar su titularidad sobre los bienes que forman parte de la economía del matrimonio por cualquiera de los medios que establece la ley. Si aun así, la titularidad de los bienes es dudosa, se aplican las reglas del artículo 40 del Código de Familia.

B) Régimen del Código Civil

Artículo 1437 del Código Civil

Contenido:

En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título (...)

Como se puede apreciar, el artículo 37 del Código de Familia es casi un calco de este precepto (que ya ha sido estudiado en precedentes epígrafes) por lo que damos la anterior explicación aquí por reproducida.

III.7. Las titularidades conjuntas en el régimen de separación de bienes en la Ley catalana y en el Código Civil

Existen en la economía del matrimonio unos bienes determinados, cuya titularidad corresponde conjuntamente a cada consorte. Incluso el artículo 21.2 del Código de Familia presume la existencia de un proindiviso ordinario respecto a los bienes donados conjuntamente a los contrayentes o cónyuges a partes iguales («Los bienes donados conjuntamente a los contrayentes o a los cónyuges pertenecen a los dos en proindiviso ordinario y a partes iguales, salvo que el donante lo disponga de otra forma»).

Podemos afirmar que existe en el régimen de separación de bienes unas situaciones de copropiedad o de cotitularidad ordinaria que recaen sobre bienes concretos y determinados, que se regulan por las normas generales sobre comunidad de bienes (artículos 392 y siguientes del Código Civil) y no por las de un régimen de comunidad limitada de bienes entre cónyuges.

Sin embargo, ello no supone una desnaturalización del régimen de separación de bienes, pues los cónyuges siguen regulando sus intereses patrimoniales según los principios que informan la separación de bienes entre ellos. Si la ley permite sin condicionamientos que se puedan adquirir bienes por mitades indivisas, parece claro que no puede excluirse a los cónyuges acogidos al régimen económico matrimonial de separación de bienes. Tampoco significa crear un patrimonio común a ambos cónyuges al lado del patrimonio privativo de cada uno de ellos, sino únicamente insertar en un régimen de separación de bienes, en el que existen sólo los patrimonios privativos de cada cónyuge unas situaciones de cotitularidad ordinaria sobre bienes determinados.

La consecuencia es que cualquiera de los cónyuges puede pedir en cualquier momento la división de la cosa común (artículo 400 del Código Civil), sin tener que esperar a que se produzca la liquidación del régimen económico matrimonial.

III.8. Régimen jurídico de las adquisiciones onerosas realizadas por uno de los cónyuges con cargo a bienes que procedan de su consorte

A) Régimen en el Código de Familia

Artículo 39 del Código de Familia

Adquisiciones onerosas

En las adquisiciones hechas a título oneroso por uno de los cónyuges durante el matrimonio, si consta la titularidad de los bienes, la contraprestación se entiende pagada con el dinero del adquirente. En el caso de que la contraprestación proceda del otro cónyuge, se presume la donación.

a) Presunción de titularidad privativa de la contraprestación

El precepto transcrito parte del supuesto en que uno de los cónyuges puede acreditar su titularidad sobre un bien determinado, normalmente porque tiene un título adquisitivo a su favor y en base a esta acreditación de la titularidad forma parte de su patrimonio privativo, según el artículo 38 del Código de Familia. Si esta adquisición se fundamenta en una donación, en una transmisión hereditaria o en una usucapión, por ejemplo, no existe problema alguno, ya que en ninguno de estos casos el otro consorte ha tenido una intervención en el proceso que haya llevado a la adquisición del bien. Ahora bien, si la adquisición de determinado bien se fundamenta en un negocio oneroso, aparece el problema de determinar el origen de la contraprestación, que en principio y con buen criterio soluciona el artículo 39 del Código de Familia en el sentido de que la contraprestación se entiende pagada con dinero del adquirente, solución ligada al artículo 37 del Código de Familia antes comentado: si se parte del supuesto de que cada cónyuge gestiona con libertad y autonomía su patrimonio privativo, y por tanto, sin intervención de su consorte, es congruente determinar la titularidad privativa del cónyuge adquirente sobre la contraprestación en los casos generales.

No estamos aquí, pues, ante una titularidad dudosa.

Evidentemente, esta norma se debe aplicar solamente en relación a los bienes adquiridos constante matrimonio (6).

b) Presunción de donación

Si uno de los cónyuges adquiere a título oneroso durante el matrimonio y la contraprestación procede del patrimonio del otro consorte, el artículo 39 del Código de Familia presume que ha existido una donación entre ellos, con una presunción *iuris tantum*, que, como todas las presunciones de esta naturaleza, se puede destruir mediante prueba en contrario.

Estamos, por tanto, ante dos tipos de relaciones: la primera a título gratuito, que es la donación o liberalidad entre el adquirente, que ha recibido la contraprestación, y el otro

cónyuge, que la ha facilitado y le ha permitido adquirir unos bienes a su nombre exclusivo; la segunda, la adquisición realizada por el cónyuge donatario de la contraprestación, que se consolida en el patrimonio de este último.

Así, esta presunción de donación se puede destruir, y, si se determina que ha existido no una donación o liberalidad sino un título transmisivo diferente, como un contrato de préstamo, por ejemplo, entonces se origina un crédito del cónyuge que ha aportado la contraprestación que se ha invertido.

En definitiva, el artículo 39 del Código de Familia regula problemas relacionados con la falta de seguridad sobre la titularidad de los bienes y establece la regla de la exclusividad, con independencia del origen de las inversiones que permiten efectuar las adquisiciones, sin perjuicio de las acciones entre los mismos cónyuges y las de los acreedores, cuando el traspaso de bienes se haya producido en fraude de acreedores.

Este precepto, a diferencia de las reglas generales en materia de interpretación de contratos, en las cuales la gratuidad se debe utilizar de manera restringida, prefiere una interpretación amplia, de manera que si la contraprestación que ha facilitado la adquisición proviene del otro cónyuge, presume que ha habido donación y no préstamo (5).

B) Régimen en el Código Civil

Volviendo al artículo 1437 del Código Civil, donde se fundamenta el régimen económico matrimonial de separación de bienes: «En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título (...)» podemos observar que no existe ni en éste ni en ningún otro artículo del Código Civil una presunción semejante a la analizada del artículo 39 del Código de Familia.

Conservando cada cónyuge la titularidad de sus bienes aportados al matrimonio y de los adquiridos después, y a falta de una presunción como la del artículo 1361 de dicho cuerpo legal, que en sede de «la sociedad de gananciales», establece: «Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a cada cónyuge», pasa a primer término la cuestión de la prueba de la titularidad exclusiva de los bienes, que en una situación de íntima convivencia, colaboración desinteresada e indiferencia y probable confusión de mobiliario, dinero aportado e ingresos, como la creada en el matrimonio, puede dar lugar a complicaciones insolubles (3).

Por tanto, hemos de concluir que en el Código Civil, habrá de estarse en todo caso al título de adquisición; si éste no existe o si hay duda de si se pagó la contraprestación con el dinero del cónyuge titular del bien o con el dinero de su consorte, entonces será el Juez quien dictamine sobre la titularidad del bien en cuestión, una vez analizada la pertinente prueba, sin que exista, por tanto, la presunción de donación que contempla el artículo 39 del Código de Familia.

Sólo en el caso de que sea imposible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, será posible, subsidiariamente, acudir al artículo 1441 del Código Civil, regulador de las titularidades dudosas, que estudiaremos a continuación.

III.9. La norma de cierre en el régimen económico matrimonial de separación de bienes

A) En el régimen del Código de Familia

Artículo 40 del Código de Familia

Titularidades dudosas

En caso de duda sobre a quién de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, se entiende que corresponde a los dos por mitades indivisas, salvo que se trate de bienes muebles que sean de uso personal o que estén directamente destinados al desarrollo de la actividad de uno de los cónyuges y que no sean de extraordinario valor, en cuyo caso se presume que pertenecen a éste.

Aunque el régimen de separación de bienes presupone una separación de intereses patrimoniales entre los cónyuges, no se puede olvidar que el matrimonio, a cuyo servicio está el régimen de separación de bienes (como cualquier otro régimen económico matrimonial), origina una comunidad de vida entre ambos cónyuges, en la que prevalecen los intereses personales de la pareja sobre los patrimoniales; lo que explica que en cumplimiento de los deberes de ayuda mutua y de actuación en interés de la familia (que establecen tanto el Código de Familia catalán como el Código Civil), se supone que ambos cónyuges actuarán de forma desinteresada y sin preocuparse de eventuales y futuros problemas sobre la titularidad de determinados bienes.

El artículo 40 del Código de Familia es una norma necesaria en cualquier régimen económico matrimonial, que viene a resolver, como norma de cierre del régimen económico matrimonial catalán de separación de bienes, los problemas que pudieran derivarse de esta falta de previsión de los cónyuges, sin que sea aplicable de forma indiscriminada, pues el principio fundamental de este régimen económico de separación de bienes es la separación de intereses patrimoniales entre los cónyuges. Este precepto otorga quizás la solución menos traumática para la mayoría de los casos, pues permite solucionar la duda sobre titularidad respecto a bienes determinados que no se puede superar en base a los medios normales de prueba que establece la ley.

Sin embargo, no se trata de una norma imperativa: en base al principio de autonomía privada, cabe la posibilidad de que los cónyuges o futuros cónyuges puedan prever situaciones eventuales de titularidad dudosas y con la finalidad de evitar futuros litigios puedan insertar en capitulaciones matrimoniales unas cláusulas para facilitar la prueba sobre titularidad de bienes determinados o de atribuir directamente bienes que se encuentren en determinadas circunstancias a uno de los cónyuges, sin necesidad de ningún otro requisito o prueba; si bien la validez de estas o parecidas cláusulas exige la no conculcación del principio de

equiparación jurídica de los cónyuges, previsto en el artículo 1.2 del Código de Familia («Los cónyuges tienen en el matrimonio los mismos derechos y deberes»), correlativo 66 del Código Civil («Los cónyuges son iguales en derechos y deberes») (6).

a) Requisitos para su aplicación

Para que pueda aplicarse la norma de cierre del artículo 40 del Código de Familia, es necesario en primer lugar, que existan uno o más bienes determinados en la economía del matrimonio; así como que no conste la existencia de un título adquisitivo claro a favor de uno solo de los cónyuges, aplicándose tanto a las adquisiciones hechas por cualquiera de los consortes constante matrimonio, como a cualquier adquisición originaria o derivativa, onerosa o gratuita, con independencia de que afecte a bienes muebles o inmuebles.

Así, este artículo establece una presunción de cotitularidad que no es *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, por lo que admite prueba en contrario.

Esta solución pasa por delante de las presunciones posesorias, establecidas para determinar una titularidad dominical en caso de conflicto, en los artículos 448 y 464 del Código Civil. El primer precepto presume la existencia de justo título en relación con el poseedor en concepto de amo; el segundo equipara la posesión de bienes adquirida de buena fe, a la existencia de título.

b) Régimen jurídico de los bienes personales

Como hemos visto, la proposición primera del artículo 40 del Código de Familia establece que pertenecen a ambos cónyuges por mitades indivisas los bienes de titularidad dudosa, pero la segunda proposición excluye de dicho régimen «los bienes muebles que sean de uso personal o que estén directamente destinados al desarrollo de la actividad de uno de los cónyuges y que no sean de extraordinario valor, caso en el que se presume que pertenecen a éste».

Así, incluso tratándose de bienes personales de uno de los cónyuges, si el otro consorte tiene un título de adquisición a su favor, dichos bienes serán propiedad de este último, aunque la contraprestación proceda de su consorte. Por tanto, la atribución de los bienes personales o directamente destinados a la actividad de uno de los cónyuges, sólo procede cuando nos encontremos ante una titularidad dudosa, porque no se pueda acreditar el título adquisitivo, tratándose de una presunción de propiedad exclusiva *iuris tantum*, que admite prueba en contrario.

Por último, volvemos al régimen general de cotitularidad por mitades indivisas en relación con los bienes muebles de uso personal o directamente afectados a la actividad de uno de los cónyuges, cuando se trate de bienes de «extraordinario valor»; valor objetivo del bien en el tráfico jurídico, con independencia del valor que pueda tener en el contexto del patrimonio del cónyuge que lo posea o lo utilice (6).

B) Correspondencia con el Código Civil

Artículo 1441 del Código Civil

Contenido:

Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad.

El artículo 40 del Código de Familia, en su primera parte, es prácticamente igual que este artículo 1441 del Código Civil: por lo que cabe la misma explicación anterior: en último término, aquellos bienes cuya titularidad exclusiva no pueda demostrarse han de entenderse pertenecientes a ambos cónyuges proindiviso; y respecto a la parte del artículo 40 del Código de Familia no mencionada en el artículo 1441 del Código Civil, según M. Albadalejo García la solución sería la misma que la defendida por el texto catalán, pues sostiene que los bienes muebles afectos al uso personal o a la actividad profesional de uno de los cónyuges, las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor, serán siempre privativos del cónyuge usuario, como también los utensilios necesarios para el ejercicio de una profesión u oficio (7).

III.10. La compensación patrimonial en el régimen de separación de bienes

A) En el Código de Familia catalán

Artículo 41 del Código de Familia

Compensación económica por razón de trabajo

1. En los casos de separación judicial, divorcio o nulidad, el cónyuge que, sin retribución o con una retribución insuficiente, haya trabajado para la casa o para el otro cónyuge, tiene derecho a recibir de éste una compensación económica, en el caso de que se haya generado, por este motivo, una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto.

2. La compensación se ha de satisfacer en metálico, salvo acuerdo entre las partes o si la autoridad judicial, por causa justificada, autoriza el pago con bienes del cónyuge obligado. El pago debe tener efecto en un plazo máximo de tres años, con meritación de interés legal desde el reconocimiento, en cuyo caso puede acordarse judicialmente la constitución de garantías a favor del cónyuge acreedor.

3. El derecho a esta compensación es compatible con los otros derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge beneficiado, y debe tenerse en cuenta para la fijación de estos otros derechos.

El derecho a la indemnización fijado en el artículo 41 del Código de Familia es propio del régimen económico matrimonial supletorio de primer grado que rige en Cataluña, por lo que no cabría invocarlo cuando el matrimonio se haya regido por otro régimen típico legal, así como tampoco, cuando los cónyuges hayan pactado un régimen capitular (8).

La indemnización del precepto transcrito no debe confundirse con otras instituciones jurídicas, como la pensión compensatoria del desequilibrio económico del artículo 84 del Código de Familia, que es de aplicación sea cual sea el régimen económico que haya regido el matrimonio, cuyo apartado 1 es del tenor literal: «El cónyuge que como consecuencia del divorcio o de la separación judicial vea más perjudicada su situación económica y, en el caso de nulidad, sólo en cuanto al cónyuge de buena fe, tiene derecho a recibir del otro una pensión compensatoria que no exceda el nivel de vida de que disfrutaba durante el matrimonio, ni el que pueda mantener el cónyuge obligado al pago».

Por tanto, siguiendo el punto 3 del artículo 41 del Código de Familia, cabe la coexistencia de la compensación patrimonial de dicho precepto, junto con la pensión de alimentos y/o con la pensión compensatoria (9).

En el caso de la pensión compensatoria, ésta mira hacia el futuro, mientras que la compensación patrimonial observa el pasado, pues su finalidad es equilibrar los patrimonios privativos de ambos cónyuges cuando la falta de igualdad no se considera justificada. Mientras la pensión compensatoria se situaría en la esfera personal del cónyuge acreedor, la compensación patrimonial lo haría en su esfera patrimonial.

El derecho a la indemnización, además, sólo puede ser reconocido cuando se extinga el régimen económico de separación de bienes como consecuencia de la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial, pues es en el momento de la ruptura cuando cesa, con efectos retroactivos, la existencia de causa del enriquecimiento injustificado. Cualquier otra forma de extinción del régimen no dará lugar a la indemnización, bien sea por causa de muerte de uno de los cónyuges, o por pacto o capitulaciones para variar el régimen económico preexistente.

a) Derecho personalísimo de crédito

El cónyuge que haya sufrido una lesión en su patrimonio como consecuencia de su dedicación a la casa o al trabajo para el otro cónyuge, sin retribución o con retribución insuficiente, será titular de un derecho de crédito personalísimo sobre el deudor, que será el otro cónyuge, por haber experimentado un incremento en su patrimonio por dicha causa.

Es un derecho personalísimo porque las únicas personas que tienen legitimación, activa o pasiva, para ejercitarlo, son los cónyuges. Por ejemplo, los acreedores del cónyuge «débil» no podrán accionar por derecho de subrogación contra el cónyuge «fuerte».

b) El pago de la indemnización

El artículo 41 del Código de Familia impone el pago en metálico como norma general, razón por la cual la indemnización deberá expresar la cuantía precisa, con referencia a la unidad

monetaria correspondiente, lo que le confiere el carácter de deuda líquida, directamente ejecutable después de la firmeza de la sentencia, si no existe acuerdo entre las partes.

La excepción al pago en dinero va referida a dos supuestos muy concretos en los que la norma prevé la dación de bienes en pago de la deuda. El primero de ellos, cuando exista un acuerdo entre las partes que, necesariamente, deberá documentarse fehacientemente; el segundo supuesto se basa en la decisión discrecional del Juez, siempre que exista causa justificada, mediante resolución judicial motivada que podrá adoptar de oficio o a instancia de parte, en atención a las circunstancias del caso.

Por otra parte, el precepto exige que, si se trata de autorizar el pago con la entrega de bienes, éstos sean titularidad del cónyuge obligado, lo que parece obvio ante la imposibilidad de realizar actos de disposición sobre bienes de los que no se ostente la titularidad. No podría, por ejemplo, ser ejecutada una sentencia que aprobase un convenio regulador entre los cónyuges en el que un tercero resultase obligado al pago del crédito, ya que nunca le podrían perjudicar los efectos de la sentencia dictada en un proceso en que no ha sido parte.

También exige dicho artículo 41 que el crédito resultante se satisfaga en el término máximo de tres años, si bien se trata de una regla dirigida específicamente a los casos en que sea fijada la indemnización por el juez, pero nada impide que las propias partes puedan establecer por pacto un plazo superior, como tampoco cabe interpretar que el crédito fijado en la sentencia no sea exigible en su totalidad con carácter inmediato. Por el contrario, la regla general es la del carácter líquido y exigible del crédito, y la excepción la constituyen los casos en los que, por pacto, o por disposición judicial, se acuerde el pago aplazado que, cuando sea el juez quien lo fije, no podrá exceder de tres años.

Finalmente, el precepto establece la posibilidad de establecer garantías para el pago de la deuda, en los casos de pago aplazado. Su régimen jurídico será el del Código Civil y comprenderá cualquier tipo de medio legal, como por ejemplo, la hipoteca, prenda, aval o fianza. Esta previsión de garantía sugiere que el aplazamiento del pago podrá quedar condicionado a la prestación de las mismas en la forma y plazo que el juez establezca. El aplazamiento del pago meritará el interés legal.

c) Casos en los que no cabe la compensación del artículo 41 del Código de Familia

Esta norma no opera en los siguientes supuestos de liquidación (9):

1. La compensación patrimonial sólo es aplicable cuando el matrimonio se haya regido por el sistema económico de separación de bienes regulado por el derecho catalán y no rige cuando el sistema económico matrimonial haya sido cualquier otro de los regulados en el Código de Familia catalán, como tampoco si el régimen de separación de bienes que regía el sistema económico matrimonial era el del Código Civil.

2. No cabe en los supuestos de disolución del matrimonio por muerte, sino que únicamente abarca los casos de extinción del régimen económico de separación de bienes a causa de separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio.

3. Si los dos cónyuges han trabajado de forma independiente fuera de casa o si un cónyuge ha trabajado para el otro y ha percibido una retribución ajustada al mercado laboral, no procede esta compensación patrimonial.

4. Si no existe una desigualdad patrimonial de ambos cónyuges a la extinción del régimen económico de separación de bienes a causa de separación judicial, divorcio o nulidad matrimonial, derivada de la falta de una retribución adecuada, tampoco se tiene derecho a la compensación patrimonial.

No existe, por ejemplo, este derecho de compensación en el caso en que, aún habiendo dedicación plena por parte de uno de los cónyuges a la prole y a los hijos, tal situación no haya comportado un enriquecimiento injusto en el otro cónyuge. Tampoco, cuando los bienes adquiridos constante matrimonio son de titularidad conjunta de ambos cónyuges, ya que se considera que el beneficio obtenido se ha invertido en bienes adquiridos por los dos, razón por la cual no existe perjuicio para el consorte. Como tampoco, si la desigualdad patrimonial es consecuencia de la adquisición de bienes a título de herencia.

B) Tratamiento de la compensación patrimonial en el Código Civil

Artículo 1438

Contenido:

Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.

C) Diferencias entre los presupuestos exigidos por el artículo 41 del Código de Familia y el artículo 1438 del Código Civil

Aunque tanto este precepto como el artículo 41 del Código de Familia pretenden corregir las drásticas consecuencias a que lleva la absoluta separación de bienes compensando al cónyuge que injustamente salga malparado económicamente a la extinción del régimen económico de separación, existen diferencias notables entre ambos preceptos.

1. Supuestos en los que opera la compensación.

En el artículo 41 del Código de Familia, tanto cabe en cuanto al trabajo para la casa como en cuanto al trabajo para el otro cónyuge; en cambio, el artículo 1438 del Código Civil sólo opera en el caso de trabajo para la casa, no en el caso de trabajo para el otro cónyuge.

2. Alcance de la norma.

En el artículo 41 del Código de Familia se exige como presupuesto para otorgar la compensación la situación de desigualdad patrimonial de los cónyuges; en cambio, el

artículo 1438 del Código Civil es más amplio, pues establece una indemnización que no guarda una relación estricta con el patrimonio, no condiciona el reconocimiento de este derecho a la existencia de una desigualdad patrimonial efectiva entre los patrimonios de ambos esposos.

Es una indemnización por la pérdida que haya sufrido o por la ganancia que ha dejado de obtener (el lucro cesante) el cónyuge que contribuyó al sostenimiento de las cargas del matrimonio mediante su trabajo para la casa.

III.11. El ejercicio del derecho a la compensación

A) En el Código de Familia catalán

Artículo 42 del Código de Familia

Ejercicio del derecho a la compensación

1. El derecho a la compensación económica establecido en el artículo 41 sólo se podrá ejercer en el primer procedimiento en el que se solicite la separación, el divorcio o la nulidad, y, por tanto, no se podrá formular en el eventual procedimiento subsiguiente de nulidad o divorcio, salvo que haya habido reconciliación y nueva convivencia y por razón de ésta.

2. En el caso de resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos en los que se declare la nulidad de matrimonio canónico o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, el derecho establecido por el artículo 41 sólo se podrá ejercer en el trámite de su ejecución ante la jurisdicción civil.

a) Regla procesal o requisito formal

Este precepto introduce un requisito formal para el reconocimiento del derecho sustantivo, como es que el derecho a la compensación económica se solicite de forma expresa, dado que al pertenecer al ámbito de poder dispositivo no puede ser suplida su omisión de oficio por los tribunales. Además, limita expresamente la posibilidad de ejercitar el derecho, al primero de los procesos en los que se enjuicie la crisis familiar. Razones de práctica forense avalan la solución dada por el legislador, que sirve para dar un tratamiento unitario a todas las materias que surjan después de la ruptura de la pareja; y razones de seguridad jurídica, ya que no se puede dejar a la voluntad de cualquiera de las partes la elección del momento en que les resulte de mayor conveniencia el ejercicio de la acción (8).

b) Especial referencia a la reconciliación de los cónyuges

La única excepción que contempla la norma a la regla general de que el derecho habrá de ser ejercitado en el primero de los procedimientos en que se enjuicie la crisis conyugal, es la de los casos en que haya existido una reconciliación posterior, con la consecuente reanudación de la convivencia. Esta posibilidad, prevista en el artículo 84 del Código Civil,

sólo es posible durante la vigencia de la sentencia de separación matrimonial, no en los casos de divorcio o nulidad, en que la reconciliación no tiene otro camino que el nuevo matrimonio.

Para que se posibilite el enjuiciamiento *ex novo* de la procedencia de la indemnización por desigualdad patrimonial por enriquecimiento injusto, cuando haya existido una sentencia firme de separación anterior, en los casos de reconciliación, será necesario que la misma se haya puesto en conocimiento del juzgado. En tales casos, el período a que se refiere el cálculo de la indemnización, si resulta procedente, se deberá circunscribir al de la época de la ulterior convivencia, dado que el régimen anterior ya habrá sido liquidado. Si la reconciliación se entiende a dejar sin efecto el pago de la indemnización, se deberá hacer constar expresamente, con la reserva del derecho por la parte acreedora de solicitar el pago de la deuda pendiente, para el caso de producirse una nueva ruptura.

B) Tratamiento otorgado por el Código Civil al ejercicio del derecho a la compensación

El requisito formal o la regla procesal contenidos en el artículo 42 del Código de Familia no existe en el Código Civil, pues en su artículo 1438 establece «... El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

Por tanto, dicha compensación patrimonial será la convenida de común acuerdo entre los cónyuges; y sólo a falta de éste, a petición de uno de ellos, será fijada por el Juez, a la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, sin concretar el momento estricto en que deberá ser solicitada la indemnización.

III.12. La liquidación patrimonial de los bienes comunes en el régimen económico de separación de bienes

A) Régimen del Código de Familia

Artículo 43 del Código de Familia

División de los bienes en proindiviso

1. En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y de ejecución en el orden civil de las resoluciones o las decisiones eclesiásticas a que hace referencia el artículo 42, de matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de cosa común respecto a los que tengan en proindiviso. Si los bienes afectados son más de uno y la autoridad judicial lo estima procedente, aquéllos pueden ser considerados en conjunto, a los efectos de la división.

2. Si la sentencia da lugar a la acción de división de la cosa común, se puede proceder a la indicada división de los bienes en el trámite de ejecución de sentencia.

La inserción de este precepto facilita la liquidación del patrimonio común en sede del propio litigio de familia, para favorecer la terminación rápida de las crisis familiares en su vertiente económica. Por ello, juntamente con la inserción de una modalidad especial de acción de división de cosa común en sede de la ejecución de la sentencia de familia, se establece la regla de que si los bienes son más de uno, pueden ser considerados en su conjunto a efectos de la división, que permitirá una liquidación por lotes, con adjudicación de bienes concretos a cada uno de los cónyuges y establecimiento de compensaciones en metálico para equiparar el valor de lo adjudicado, evitando así en muchos casos, que el destino de los bienes sea el de la subasta pública (8).

a) Requisitos para el ejercicio del derecho

La liquidación prevista en el artículo 43 del Código de Familia, al tratarse de un derecho de carácter dispositivo, deberá ser postulado expresamente en la demanda o en la reconvención, ya que de otro modo el principio de congruencia impedirá el pronunciamiento en la sentencia de separación, divorcio o nulidad. En los casos de mutuo acuerdo, la liquidación podrá ser realizada en el convenio regulador.

En los procedimientos contenciosos la sentencia acordará la liquidación y fijará las bases de la misma, que se practicará en los trámites de ejecución de sentencia.

B) La liquidación del patrimonio común en el régimen económico de separación de bienes del Código Civil

En el Código Civil no existe una previsión especial para la división de la cosa común en el régimen económico matrimonial de separación de bienes, por lo que hemos de remitirnos a los preceptos generales relativos a la comunidad de bienes, del artículo 400 al 406.

El artículo 400.1 del Código Civil establece: «Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común».

IV. REFERENCIA ESPECIAL AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES EN RELACIÓN CON LOS ACREEDORES

Artículo 12 del Código de Familia

Presunción de donación

En caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración o desde la fecha de la retroacción se deben presumir donados por el primero, salvo que se acredite que, en el momento de la adquisición, el matrimonio estaba separado judicialmente o de hecho o que el adquirente disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuarla.

Artículo 1442 del Código Civil

Contenido:

Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho.

IV.1. Justificación de estos preceptos

Como sabemos, los acreedores de un cónyuge disfrutan de una masa de bienes que responde de las deudas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1911 del Código Civil: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros»; pero solamente está afectada de esta responsabilidad patrimonial universal la masa de bienes que pertenece al cónyuge deudor, con la excepción de que se trate de deudas familiares. Por tanto, si nos limitamos a las deudas personales de los cónyuges, la regla es que cada uno de ellos responde de manera personal con su patrimonio, sin que sus obligaciones puedan afectar los bienes de la persona no deudora (5).

Como consecuencia de lo anterior y para compensar la libertad de contratación, el ordenamiento arbitra unos sistemas para impedir el fraude de acreedores. En el ánimo de los legisladores se halla el tratar de evitar que el régimen de separación sirva de instrumento a dicho fraude: existe en ambos preceptos una suerte de presunción de cooperación al fraude, de que el cónyuge no concursado ha estado adquiriendo bienes en el período sospechoso en parte con fondos propios y en parte con los de su consorte (en el Código Civil) o con fondos exclusivamente del cónyuge concursado (en el Código de Familia).

IV.2. Presupuestos de aplicación

Son comunes a ambos preceptos, dado que la única diferencia importante entre ellos estriba en el objeto de la presunción: mientras en el Código de Familia catalán recae sobre la totalidad de bienes, el Código Civil limita dichos bienes a la mitad.

1. Existencia de vínculo matrimonial. Separación judicial o de hecho.

Es constante matrimonio cuando se adquieren los bienes por el cónyuge del declarado en concurso. *A sensu contrario*, cabría afirmar que la inexistencia de ligamen en el momento de la adquisición de los bienes provoca la inaplicación de dichos preceptos.

Por otro lado, no sólo debe existir vínculo matrimonial en el momento de la adquisición del bien, sino que los cónyuges no deben estar separados judicialmente o de hecho. Cesa la convivencia efectiva entre los consortes, lo que permite considerar que desaparece en gran medida la confianza generada al contraer matrimonio y sobre todo durante la convivencia posterior entre los consortes. Ello supone que ha disminuido sensiblemente el riesgo de connivencia para defraudar a los acreedores.

2. Declaración de concurso de uno de los cónyuges.

Esta declaración se realiza mediante auto tras el inicio del procedimiento judicial.

3. Adquisición de bienes a título oneroso.

El precepto se refiere a la adquisición de bienes mediante la tradición; y no es aplicable a las adquisiciones a título gratuito.

Los bienes adquiridos pueden ser tanto muebles como inmuebles, e ir referidos tanto a la totalidad del bien como a una parte del mismo.

Existe título, por lo cual no opera aquí la incertidumbre o titularidad dudosa de los artículos 1441 del Código Civil y 40 del Código de Familia; el bien pertenece al cónyuge del concursado.

4. Momento temporal.

El negocio jurídico celebrado entre los cónyuges debe tener lugar en un lapso de tiempo determinado: el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la retroacción del concurso.

IV.3. Impugnación judicial del negocio jurídico

Aunque los preceptos estudiados no lo explicitan, debe haberse entablado un proceso judicial por los acreedores en el que se haya esgrimido la acción pauliana o revocatoria del artículo 1111 del Código Civil en relación con los artículos 1291 y siguientes del propio Código Civil, y en el derecho catalán, con el artículo 340 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

Artículo 1111 del Código Civil: «Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho».

Artículo 1291 del Código Civil: «Son rescindibles: (...) 3.º Los (contratos) celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba».

Artículo 340 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña: «... No perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones que éste otorgue con posterioridad a la fecha del hecho o del acto del cual nazca el crédito de aquéllos, siempre que falten otros recursos legales para su cobro».

Los acreedores son, pues, los beneficiarios de la norma, que pueden verse favorecidos por la presunción contenida en ambos preceptos: artículos 12 del Código de Familia y 1442 del Código Civil, de cuyo derecho de crédito se abusó.

IV.4. La presunción de la norma

Como hemos comentado, ambos preceptos contienen una presunción *iuris tantum*, por tanto, que admite prueba en contrario, de que el cónyuge concursado «donó» la totalidad (Código de Familia) o la mitad de sus bienes (Código Civil) a su cónyuge para evitar responder con sus bienes propios por sus deudas propias en el período de sospecha.

El artículo 1442 del Código Civil alude expresamente a este tipo de presunción: «Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario ... Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho.»

El artículo 12 del Código de Familia establece que los bienes del concursado se presumirán donados por éste a su cónyuge «... salvo que se acredite que en el momento de la adquisición el matrimonio estaba separado judicialmente o de hecho o que **el adquirente disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuarla**».

Aunque esta acertada última parte del artículo 12 del Código de Familia no aparece en el artículo 1442 del Código Civil, es igualmente invocable como medio de prueba que desvirtúe la presunción.

V. JURISPRUDENCIA

V.1. Del Tribunal Supremo

1) 14 de febrero de 1989: titularidad de los bienes adquiridos con la aportación de los cónyuges; compensación por aportación a las cargas del matrimonio; no aplicación del principio de subrogación.

2) 10 de marzo de 1992: naturaleza indemnizatoria de la pensión compensatoria por nulidad de matrimonio.

V.2. Del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

1) 10 de mayo de 1993: no aplicación del principio de subrogación real en las relaciones entre los patrimonios de los cónyuges.

2) 19 de octubre de 1993: prueba de la titularidad de los bienes de los cónyuges.

3) 28 de diciembre de 1993: presunción de gratuidad de los contratos celebrados entre cónyuges; aplicación exclusiva hacia terceras personas acreedores; no aplicación en las relaciones entre cónyuges.

4) 31 de enero de 1994: no aplicación del principio de subrogación real en las relaciones entre los patrimonios de los cónyuges.

5) 15 de diciembre de 1994: no aplicación del principio de subrogación real en las relaciones entre los patrimonios de los cónyuges.

6) 21 de octubre de 1996: no aplicación del principio de subrogación real en las relaciones entre los patrimonios de los cónyuges.

7) 5 de marzo de 1998: no aplicación del principio de subrogación real en las relaciones entre los patrimonios de los cónyuges.

8) 31 de octubre de 1998: compatibilidad entre compensación por razón de trabajo y pensión compensatoria.

9) 4 de febrero de 1999: no aplicación del artículo 40 del Código de Familia con efectos retroactivos.

10) 27 de abril de 2000: naturaleza de la compensación por razón de trabajo; valoración del trabajo doméstico.

11) 26 de noviembre de 2001: irretroactividad de la compensación por razón de trabajo; no se puede reclamar en un nuevo procedimiento cuando el pleito había acabado antes de entrar en vigor la nueva ley.

12) 27 de junio de 2002: prueba del *animus donandi*; momento de la donación.

13) 23 de mayo de 2002 (auto): donación de la contraprestación; prueba.

14) 21 de octubre de 2002: naturaleza de la compensación por razón de trabajo; trabajo en beneficio del otro cónyuge no retribuido o retribuido por debajo del valor de mercado; reequilibrio de los patrimonios; cálculo.

15) 10 de febrero de 2003: naturaleza de la compensación por razón de trabajo; ayuda a la creación del patrimonio del otro cónyuge.

16) 10 de marzo de 2003: naturaleza de la compensación por razón de trabajo; compensaciones.

17) 26 de marzo de 2003: naturaleza de la compensación por razón de trabajo; desigualdad manifiesta entre los patrimonios de los cónyuges.

18) 14 de abril de 2003: naturaleza de la compensación por razón de trabajo; características del trabajo; no ha de ser excesivamente duro para dar lugar a la compensación.

19) 29 de diciembre de 2003: naturaleza de la compensación por razón de trabajo; participación de la mujer en los negocios del marido sin haber recibido una retribución.

20) 19 de julio de 2004: renuncia a la compensación hecha en un convenio de separación.

V.3. De la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.ª)

1) 2 de septiembre de 1996: retroactividad de la compensación. Derecho rogado.

2) 3 de marzo de 1997: cálculo de la compensación por desequilibrio (5).

VI. BIBLIOGRAFÍA

VI.1. Citada por orden de aparición

(1) Navas Navarro, S.: *El régimen de separación de bienes y la protección de los terceros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

(2) O'Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil*, Tomo 4 (Derecho de familia) «El régimen de separación de bienes», VLEX, 2001.

(3) Lacruz Berdejo, J.L. y otros: *Elementos de Derecho Civil*, *IV. Derecho de Familia*, volumen primero, 3.ª edición, JMB, SA, Barcelona, 1990.

(4) Rebolledo Varela, L.A.: *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid, 1983.

(5) Roca i Trias, E.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Dret de la Persona i Dret de Familia*, volumen segundo, 6.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

(6) Puig i Ferriol, LL.: *Comentaris al codi de familia, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000.

(7) Albadalejo García, M.: *Curso de Derecho civil*, Tomo 4, 6.ª edición, Barcelona, 1994.

(8) Ortuño Muñoz, P.: *Comentaris al codi de familia, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000.

(9) García González, J.A.: *La liquidació del règim econòmic de separació de béns de Catalunya. Aspectes civils i processals (Compensació patrimonial, inventari i liquidació)*, Atelier, Barcelona, 2004.

VI.2. Bibliografía sumaria

– Cerdà Gimeno, J.: «La prueba de las titularidades de los bienes conyugales en el régimen de separación de bienes» en *RGLJ*, núm. 1, 1979.

– Delgado Echeverría, J.: *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid, 1974.

– Gete-Alonso i Calera, M.: «La compensació económica derivada de la liquidació del règim de separació (artículo 23 de CDCC)», Revista *La Llei de Catalunya i Balears*, núm. 139, 1996.

– Guilarte Gutiérrez, V.: «La regla de indivisión en régimen de separación de bienes (artículo 1441 C.C.) y su alteración convencional», *RCDI*, 1984-1.

– Herrero García, M.ª J.: *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991.

– Mirabell i Abancó, A. y otros: *Manual de Dret Civil Català*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

– Massaguer Fuentes, J.: *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986.

– Para Martín, A.: *Presunción muciana y nulidad de donaciones entre cónyuges en Cataluña*, Barcelona, 1981.

– Peña Bernaldo de Quirós, M.: *Derecho de Familia*, Madrid, 1989.

– Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo IV, 2.ª edición, Barcelona, 1985.

– Ramos Méndez, F.: *Derecho procesal civil*, Tomo II, 3.ª edición, Barcelona, 1986.

– Ysàs Solanes, M.: *Comentari a les Reformes del Dret civil de Catalunya*, VI, Barcelona, 1987.

Revista de Derecho de

familia

JURISPRUDENCIA

Nulidad del auto de aclaración dictado en la pieza de medidas provisionales al fijar una pensión alimenticia para la esposa que no había sido solicitada en la demanda.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 119/2006, DE 24 DE ABRIL

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Pilar presentó demanda de separación con petición de medidas provisionales frente a don José María, solicitando respecto a estas últimas: «Con respecto a la contribución de las cargas familiares y pensión alimenticia, solicitamos se fije una pensión alimenticia a favor de los hijos menores por importe de seiscientas mil pesetas (600.000 pesetas) a sufragar por don José María B.M., por mensualidades anticipadas ... Asimismo deberá hacer frente el padre a todos los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los menores, tal como viene efectuando hasta este momento»; desglosando en el apartado 5.1 las partidas que integraban «los gastos y necesidades de la vivienda doméstica y de los hijos comunes» y exponiendo, respectivamente, en los apartados 5.2 y 5.3 los ingresos y situación económica de demandado y actora. En el apartado 5 del suplico se solicitaban las medidas ya expresadas en el punto 5 del antecedente de hecho tercero.

⊙ Celebrada la comparecencia de medidas provisionales el 26 de octubre de 2001, ante la falta de acuerdo se dictó Auto de 10 de enero de 2002 acordando que «el padre habrá de contribuir al levantamiento de las cargas familiares con la cantidad de 841 euros (139.931 pesetas) por cada hijo, haciendo un total de 1.682 euros mensuales ... Los gastos extraordinarios de los hijos serán abonados al 50% por ambos progenitores».

⊙ La parte actora solicitó aclaración de dicho Auto al amparo de los artículos 267 LOPJ y 214 LEC, denunciando principalmente error aritmético en la cuantía de las pensiones alimenticias de los hijos y la omisión de la pensión alimenticia a favor de la esposa, que como contribución a las cargas familiares, debía abonar el demandado. Por Auto de 24 de enero de 2002 se estimó la solicitud de aclaración, argumentado en su fundamentación jurídica que «en el presente supuesto se ha obviado efectuar el pronunciamiento sobre la contribución al levantamiento de las cargas familiares solicitada por la esposa, que será establecida en la cantidad de 150.000 pesetas mensuales, teniendo en cuenta que doña Pilar M. carece de ingresos, y que durante el matrimonio no ha realizado trabajo remunerado». Sin embargo, en su parte dispositiva establecía que en el Auto aclarado se debía incluir que «el esposo abonará a la esposa la cantidad de 841 euros (139.931 pesetas), mensuales, en concepto de contribución al levantamiento de las cargas familiares».

⊙ La parte actora volvió a solicitar aclaración el 29 de enero de 2002, esta vez del Auto de 24 de enero de 2002, por el error de transcripción en la cantidad que el esposo debía abonar a la esposa en concepto de contribución al levantamiento de las cargas familiares, al no haberse llevado correcta-

mente a la parte dispositiva la cantidad fijada en los fundamentos jurídicos. Por Auto de 6 de febrero de 2002 (notificado al demandado el 13 de febrero de 2002) se estimó la aclaración, acordando la rectificación del Auto de 24 de enero para establecer «la pensión compensatoria de la esposa en la cantidad de 901,52 euros (150.000 pesetas), mensuales».

⊙ D. José María promovió incidente de nulidad de actuaciones por escrito fechado el 5 de febrero de 2002 fundándose en que se había vulnerado el principio de intangibilidad de las resoluciones firmes, excediéndose del límite de la aclaración, y con lesión del derecho de defensa, ya que no se le dio traslado de las solicitudes realizadas de contrario, como requiere el artículo 215 LEC; añadiendo, además, que resultaba improcedente que le correspondiera a la actora pensión de alimentos y menos aún que deba pronunciarse de forma obligatoria en medidas provisionales, así como que este procedimiento no es el adecuado para pronunciarse sobre un posible derecho a la pensión compensatoria.

⊙ Por Auto de 14 de marzo de 2002 se desestimó el incidente de nulidad planteado, si bien se aclaró el Auto de 6 de febrero de 2002, sustituyendo en su parte dispositiva la expresión «pensión compensatoria» por la de «contribución al levantamiento de las cargas familiares», con fundamento en que «en este caso el auto de medidas provisionales obvió pronunciarse sobre la contribución a las cargas familiares, petición que había sido formulada en la solicitud de medidas provisionales, por ello se dictó auto de aclaración en fecha 24 de enero, si bien esta resolución incurrió en un error, indicando cantidades distintas en los razonamientos jurídicos y en la parte dispositiva, error que fue subsanado por Auto de 6 de febrero, que se refirió a pensión compensatoria, cuando debía decir contribución al levantamiento de las cargas familiares, manteniendo el concepto de la primera aclaración».

⊙ Don José María interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que declaró la nulidad del auto de aclaración.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Las cuestiones planteadas en este proceso de amparo arrancan de un punto de partida básico que es el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 66 de Madrid de fecha 24 de enero de 2002, que "aclara" el anterior Auto de 10 de enero de 2002, en el sentido de incrementar la cantidad a satisfacer por el esposo demandado en el proceso de separación en concepto de contribución a las cargas familiares, y que a su vez es aclarado por Autos de 6 de febrero y 14 de marzo de 2002, resolución esta que además desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el entonces demandado y ahora recurrente.

El demandante alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en primer lugar, en su vertiente de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, ya que entiende que los Autos "aclaratorios" exceden el ámbito propio de la aclaración contemplada en los arts. 214 LEC y 267 LOPJ; y, en segundo lugar, en la vertiente de este derecho que proscribe la indefensión material, que en este caso se le ha producido al recurrente, toda vez que no tuvo la oportunidad de oponerse a las alegaciones realizadas por la actora en sus solicitudes de aclaración.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que el principio de invariabilidad, intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como sobre todo del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), habida cuenta de que "este derecho asegura a los que han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello" (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2; 48/1999, 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, 29 de noviembre, FJ 2, entre otras), pues si el órgano jurisdiccional modificara una Sentencia fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador, quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial, puesto que ésta carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por resolución firme (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2, y 56/2002, de 11 de

marzo, FJ 4, entre otras). Por ello, "el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad" (SSTC 48/1999, 22 de marzo, FJ 2, 218/1999, 29 de noviembre, FJ 2, y 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4).

Ciertamente, este Tribunal también ha declarado reiteradamente que el principio de intangibilidad de las resoluciones firmes resulta perfectamente compatible con la previsión legal del recurso de aclaración, esto es, con la articulación de un cauce excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material deslizado en sus resoluciones con fuerza de cosa juzgada formal, en la medida que el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el derecho a beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2; 48/1999, 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, 29 de noviembre, FJ 2, y 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4). Sin embargo, la doctrina de este Tribunal también ha precisado que constituyendo la vía aclaratoria una excepción al principio de intangibilidad, este mecanismo ha de entenderse limitado a la función específica reparadora para la que se ha establecido (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2; 48/1999, 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, 29 de noviembre, FJ 2; 56/2002, 11 de marzo, FJ 4, y 190/2004, 2 de noviembre, FJ 3, entre otras), así como que la figura de la aclaración debe ser objeto de una rigurosa interpretación restrictiva, tanto por su carácter de excepción frente al principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, como por el hecho de que legalmente se autorice que se pueda producir de oficio sin audiencia de las partes, o a instancia de una de ellas sin audiencia de la otra (SSTC 179/1999, 11 de octubre, FJ 3, 23/1996, 13 de febrero, FJ 2, y 56/2005, de 14 de marzo, FJ 4).

En conclusión, nuestra doctrina admite que el cauce del art. 267 LOPJ, ya en la redacción anterior a la hoy vigente —Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre—, permitía salvar omisiones o errores de las resoluciones judiciales siempre "que puedan deducirse con toda certeza del propio texto de las mismas" y sin salirse "del contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado" (SSTC 31/2004, de 4 de marzo, FJ 6, 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2, 224/2004, de 29 de noviembre, FJ 6, y 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4).

Para la aplicación de esta doctrina al caso de estos autos conviene destacar algunos de los datos recogidos en los antecedentes:

1) El apartado 5 del suplico de la demanda de medidas provisionales era del siguiente tenor: "5.º Con respecto a la contribución a las cargas familiares y pensión alimenticia, solicitamos se fije una pensión alimenticia a favor de los hijos menores por importe de seiscientas mil pesetas (600.000 pesetas) a sufragar por D. José María B.M., por mensualidades anticipadas ... Asimismo deberá hacer frente el padre a todos los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los menores, tal como viene efectuando hasta este momento".

2) El Auto de 10 de enero de 2002 decidía sobre tal petición en estos términos: "Razonamientos jurídicos: Primero.– Dispone el artículo 102 del Código Civil que admitida la demanda de separación, nulidad o divorcio se produce por ministerio de la Ley la posibilidad de que los cónyuges vivan separados, cesando la presunción de convivencia conyugal, quedando asimismo revocados los consentimientos y poderes que pudieran haber otorgado mutuamente. Segundo.– Por su parte el artículo siguiente concede al Juez un amplio arbitrio para que, atendiendo a las circunstancias de cada caso, pueda adoptar, a falta de acuerdo de los cónyuges, las medidas adecuadas, en relación con la situación de los hijos, uso de la vivienda conyugal, contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio y demás pertinentes en orden a la administración y custodia de los bienes comunes ... Parte dispositiva: ... Que debo acordar y acuerdo la adopción de las siguientes medidas ... 6.– El padre habrá de contribuir al levantamiento de las cargas familiares con la cantidad de 841 euros (139.931 pesetas) por cada hijo, haciendo un total de 1.682 euros, mensuales, ... Los gastos extraordinarios de los hijos serán abonados al 50% por ambos progenitores".

3) La esposa del recurrente solicitó aclaración de dicho Auto "en el sentido de: 1.º– Subsanar el error aritmético que se produce con respecto a la cuantía de las pensiones alimenticias fijadas para los dos hijos del matrimonio, que son absolutamente imposibles para cubrir sus necesidades y mantener el nivel de gastos que han venido teniendo. 2.º– Aclarar cuál es la pensión alimenticia que bajo la forma de contribución a las cargas familiares deberá abonar el Sr. B.M., a su esposa, hasta tanto se dicte Sentencia de separación".

4) Esta petición fue resuelta así por Auto de 24 de enero de 2002: "Razonamientos jurídicos: Único.– El artículo 267 de la LOPJ establece que las sentencias y autos que dicten los Jueces y Tribunales podrán ser aclarados cuando contengan errores y omisiones. En el presente supuesto se ha obviado efectuar pronunciamiento sobre la con-

tribución al levantamiento de las cargas familiares, solicitada por la esposa, que será establecida en la cantidad de 150.000 pesetas mensuales, teniendo en cuenta que doña Pilar M. carece de ingresos y que durante el matrimonio no ha realizado trabajo remunerado ... Parte dispositiva: Que debo aclarar y aclaro el auto de fecha 10 de enero de dos mil dos, incluyendo en su parte dispositiva lo siguiente: 'el esposo abonará a la esposa la cantidad de 841 euros (139.931 pesetas), mensuales, en concepto de contribución al levantamiento de las cargas familiares'".

Este Auto, como hemos visto en los antecedentes, fue rectificado posteriormente en dos ocasiones distintas, sin que ello tenga aquí relevancia jurídica.

Así las cosas, del examen de las actuaciones deriva que la cifra impuesta al recurrente en el Auto de 10 de enero de 2002 para contribuir al levantamiento de las cargas familiares después del correspondiente debate procesal era precisamente la solicitada por el Ministerio Fiscal. Pero, independientemente de ello, ha de subrayarse que el Auto de aclaración aumenta la cantidad señalada en el Auto aclarado, porque en éste se había "obviado efectuar pronunciamiento" sobre la mencionada contribución solicitada por la esposa, es decir, se trataba de suplir por vía de aclaración una omisión.

Pero con ello el Auto de 24 de enero sobrepasaba ampliamente los límites propios del angosto cauce de la aclaración, pues la mera lectura del Auto de 10 de enero pone de manifiesto que la adición que aquél lleva a cabo tiene un contenido que en modo alguno podía "deducirse con toda certeza del propio texto" de éste, con lo cual venía a "salirse del contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado", vulnerándose así las exigencias del principio de intangibilidad, inmodificabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes que se integra en el derecho reconocido en el art. 24.1 CE.

Y en esta línea, es de señalar que, a los efectos del presente amparo, resulta irrelevante que la esposa efectivamente solicitara o no, como medida provisional, una pensión de alimentos a favor de ella misma, además de en favor de los hijos, pues ninguna queja de incongruencia se formula en la demanda de amparo, siendo de añadir que aun en el supuesto de que fuera aplicable el art. 215.2 LEC —hoy, también, art. 267.5 LOPJ— para completar la resolución por haberse "omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso", resultaría clara la vulneración de otra vertiente el derecho a la tutela judicial efectiva, la de la proscripción de la indefensión, puesto que la decisión pretendidamente aclaratoria se dicta ante unas nuevas alegaciones, acompañadas de documentos, respecto de las cuales el recurrente no tuvo oportunidad de contradicción.

Anulación de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en la que declaró la paternidad del demandado cuando tanto en Primera Instancia como en la Audiencia Provincial se desestimó la demanda, al no exteriorizar los aspectos esenciales del razonamiento que han llevado al Tribunal Supremo a la adopción de la decisión que es totalmente opuesta a la alcanzada por la Audiencia Provincial en relación con la valoración de la prueba testifical.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, SENTENCIA 118/2006, DE 24 DE ABRIL

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Cristina formuló demanda contra don José solicitando la declaración de paternidad de éste sobre el hijo de la demandante. En las actuaciones, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Majadahonda, el Sr. P.R. se negó a someterse a las pruebas biológicas de paternidad. El Juzgado dictó Sentencia el 13 de marzo de 1995, desestimando la demanda, por entender que el indicio probatorio que supone la negativa del demandado a prestarse a las pruebas biológicas no estaba acompañado de forma incontrovertible de otras pruebas absolutamente definidas que condujeran al

convencimiento de la paternidad, como pudieran ser cierta posesión de estado, relación epistolar que acredite ciertos sentimientos de relación afectiva, información testifical y documentos gráficos, directos, personales y no ambiguos que permitieran constatar las relaciones extramatrimoniales existentes en su día entre los litigantes.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 18 de junio de 1996 desestimando el recurso interpuesto por doña Cristina. La Sala entendió que no existían elementos indiciarios de suficiente entidad que pudieran conducir a la presunción de paternidad, por la vía de la conjunción con la negativa a la realización de la prueba biológica, conclusión a la que llegó tras analizar las distintas pruebas practicadas, con especial referencia a la testifical desarrollada a instancia de la demandante, insuficiente, a juicio del Tribunal, para apoyar, en unión de los demás medios de prueba, una declaración judicial de la trascendencia de la pretendida.

⊙ Doña Cristina interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, dictando Sentencia el 27 de diciembre de 2001 que declaró la paternidad don José respecto del hijo menor de la demandante.

⊙ Don José interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional quien acordó la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la sentencia por el Tribunal Supremo, para que se pronuncie una nueva resolución que sea respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva de don José.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El demandante de amparo aduce la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, fundándose en que la Sentencia del Tribunal Supremo contradice la interdicción de la arbitrariedad de los órganos públicos e incurre en manifiesta irrazonabilidad y en error patente en el enjuiciamiento de los datos fácticos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid y, además, de forma inmotivada. Asimismo, considera vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y el principio de legalidad en relación con el principio de seguridad jurídica contenido en el art. 9.3 CE, por entender que, a pesar de que los defectos formales y materiales cometidos por la otra parte en la formulación del recurso de casación, reconocidos por la propia Sentencia impugnada, debieron determinar su rechazo, no sólo fue admitido a trámite, sino que, además, tales defectos no impidieron su estimación, ocasionándole indefensión.

El recurrente en amparo denuncia que la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha incurrido en error patente sobre los aspectos de carácter fáctico relativos a la existencia de otros indicios que revelen la razonable posibilidad de la unión carnal al tiempo de la concepción, ya que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nunca fijó como datos fácticos los consignados por el Tribunal Supremo en su fundamentación, entendiendo el recurrente que dicho error se produce tanto en relación con la prueba testifical como respecto de los documentos, puesto que la Sentencia de instancia concluye fácticamente que ni un solo documento determina, aun de forma indiciaria, la paternidad que se reclama.

Como ha afirmado reiteradamente este Tribunal, un error del órgano judicial sobre las bases fácticas que han servido para fundamentar su decisión es susceptible de producir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables. Sin embargo, no cabe otorgar relevancia constitucional a toda inexactitud o equivocación padecida por un órgano judicial al resolver una cuestión sometida a su decisión, sino que para que se produzca tal afección es necesario que concurran determinados requisitos. En concreto, entre otras muchas, en las SSTC 245/2005, de 10 de octubre, FJ 4, y 6/2006, de 16 de enero, FJ 4, hemos afirmado que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y procede otorgar el amparo cuando la

resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, produciendo efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, siempre que se trate de un error que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y que sea determinante de la decisión adoptada, constituyendo el soporte único o básico *(ratio decidendi)* de la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error.

Pues bien, en el presente caso, como acertadamente sostienen tanto el Ministerio Fiscal como la representación de la Sra. A.V., el error patente denunciado por el recurrente no es de carácter fáctico; esto es, no se produce como consecuencia de la "indebida apreciación de datos de la realidad condicionantes de la resolución adoptada" [SSTC 68/1998, de 30 de marzo, FJ 3.a); y 8/2004, de 9 de febrero, FJ 9], ni se relaciona "con la determinación de los hechos objeto del juicio" (STC 96/2000, de 10 de abril, FJ 5) o con "la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión" (STC 251/2005, de 10 de octubre, FJ 3), ni constituye un "dato fáctico indebidamente declarado como cierto" (SSTC 100/1999, de 31 de mayo, FJ 2; y 177/2001, de 17 de septiembre, FJ 4), por lo que se incumple el primero de los presupuestos exigidos por nuestra jurisprudencia en la materia. En efecto, el demandante de amparo, pese a reconocer los requisitos establecidos en la doctrina expuesta, funda su queja en el hecho de que el Tribunal Supremo aprecia la prueba en sentido totalmente distinto a como lo había hecho la Sentencia de apelación, apoyándose en datos fácticos no declarados en ésta, por lo que considera que tal apreciación resulta totalmente errónea. En suma, más que un error fáctico, lo que el actor denuncia es la distinta valoración que de la prueba han realizado la Audiencia Provincial de Madrid y el Tribunal Supremo, queja que entraña una disensión sobre la fundamentación jurídica y que no puede encontrar cabida en el supuesto de error de hecho configurado en los términos de la doctrina constitucional expuesta.

Las otras dos quejas referidas a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se plantean en la demanda pueden ser objeto de un inicial tratamiento conjunto. En ellas denuncia el actor que la Sentencia impugnada resulta arbitraria porque se aparta, sin explicarlo, de su previa y notoria doctrina sobre la apreciación de la prueba en la casación, y que es infundada e irrazonable porque no motiva la razón que le hace desatender radicalmente las conclusiones fácticas sentadas en la Sentencia de instancia.

Hemos dicho reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 24.1 CE, comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso que puede ser de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 4; 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4, entre otras). También ha dicho este Tribunal que los derechos y garantías previstos en el art. 24 CE no garantizan la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto (entre otras muchas, SSTC 151/2001, de 2 de julio, FJ 5; y 162/2001, de 5 de julio, FJ 4), y tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso (por todas, SSTC 107/1994, de 11 de abril, FJ 2; y 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4). Ahora bien, lo que en todo caso sí garantiza el expresado precepto es el derecho a que las pretensiones se desenvuelvan y conozcan en el proceso establecido al efecto, con observancia de las garantías constitucionales que permitan el derecho de defensa, y a que finalice con una resolución fundada en Derecho, la cual podrá ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas (STC 50/1982, de 15 de julio, FJ 3).

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 esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3), carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio, FJ 7). Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; y 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6). En suma, el art. 24 CE impone a los órganos judiciales no sólo la

obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (entre otras, STC 8/2005, de 17 de enero, FJ 3).

En concreto, este Tribunal ha dicho que una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es 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 en cuanto al vicio de irrazonabilidad susceptible de tutela a través del recurso de amparo, hemos afirmado que "la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas" (STC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4).

En el caso examinado, el recurrente sostiene en su demanda la arbitrariedad de la Sentencia del Tribunal Supremo refiriéndose a la conocida doctrina de éste sobre la necesidad de respetar en casación la base fáctica resultante de la instancia, impidiéndose nuevas valoraciones de prueba, a cuyo efecto alega dos resoluciones —de 7 de febrero y 26 de abril de 2000—, referidas a casos diversos del que nos ocupa, que reproduce parcialmente y que no aporta con su demanda. Aparte de ello, no justifica que la decisión adoptada en el supuesto controvertido resulte una decisión aislada en relación con casos similares y que no responda a un cambio de orientación en la jurisprudencia existente en la materia, como le correspondería haber acreditado, para ofrecer a este Tribunal, de acuerdo con la carga que en tal sentido le incumbe, los elementos de juicio necesarios que le permitan examinar, desde la limitada perspectiva constitucional, la cuestión sometida a su decisión. Por otra parte, no resulta exacto afirmar que el Tribunal Supremo niegue en cualquier circunstancia la revisión de la apreciación de la prueba en vía casacional, sino que la somete a ciertas limitaciones, al indicar que el único medio admisible para combatir en casación las valoraciones probatorias de la instancia es el del error de derecho con cita obligada de la regla legal de valoración probatoria que se considere infringida (Sentencias de 26 de junio de 1998, 26 de abril de 2000, 29 de septiembre de 2000, 28 de julio de 2001 y 20 de febrero de 2003, entre otras muchas). Es más, aun siendo cierto que, en procedimientos relativos a reclamación de filiación, el Tribunal Supremo ha considerado inadmisible la valoración en el recurso de casación del material probatorio obrante en el proceso, al no tratarse de una tercera instancia (Sentencias de 8 de marzo de 1995, 17 de noviembre de 1999, 22 de marzo de 2001, 18 de junio de 2001, y 12 de febrero de 2002, entre otras), no lo es menos que también ha matizado tal afirmación señalando la posibilidad de que, en determinados supuestos, pueda producirse alguna excepción a dicha regla (Sentencia de 2 de septiembre de 1999) y que, incluso, en ciertos casos, el Tribunal Supremo ha entrado a valorar la prueba practicada (Sentencias de 24 de mayo de 2001, 3 de noviembre de 2001, 29 de marzo de 2002 y 17 de julio de 2002).

Así pues, por el hecho de que la Sentencia impugnada entre en la valoración de la prueba realizada en las resoluciones previas, a partir del único motivo de casación, apoyado en la causa del art. 1692.4 LEC entonces vigente, no se puede considerar su decisión arbitraria, porque tal motivo permitía, efectivamente, esa posibilidad y porque, en suma, no se aprecia que la decisión impugnada suponga de manera indubitada una ruptura única y ocasional de una línea doctrinal previa sin justificación alguna. Por ello, desde esta perspectiva, aisladamente considerada, no se puede considerar que la Sentencia del Tribunal Supremo haya vulnerado el art. 24.1 CE.

Ahora bien, el panorama cambia si se contempla la cuestión también desde el otro aspecto planteado en la demanda de amparo, que tilda de inmotivada e irrazonable la decisión del Tribunal Supremo de apartarse de las conclusiones fácticas de la Sentencia dictada en apelación. En este punto, hemos de recordar que, según reiterada doctrina de este Tribunal, el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo, y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos

judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes sólo así pueden conocer los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, al mismo tiempo que actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción (STC 314/2005, de 12 de diciembre, FJ 4). Por otra parte, aunque la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales no impone la realización de un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sí requiere que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla, de forma que, a pesar de la parquedad o concentración del razonamiento, se pueda conocer el motivo que justifica la decisión, garantizando, consecuentemente, la exclusión de arbitrariedad (STC 150/1988, de 15 de julio, FJ 3). Por último, la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3; 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4).

Pues bien, en el presente caso, se comprueba que la Sentencia impugnada en amparo, tras recoger la doctrina de la STC 95/1999, de 21 de mayo, y hacer una breve referencia a las reglas que, según su propia jurisprudencia, han de presidir la valoración de la prueba en este tipo de asuntos, justifica su decisión con la siguiente conclusión: "La doctrina expuesta lleva a la estimación del único motivo del recurso, puesto que las pruebas aportadas a los autos, singularmente la prueba testifical practicada, permiten afirmar la verosimilitud de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes en tiempo hábil para la concepción, no existiendo prueba alguna aportada por el demandado en sentido contrario", lo que, unido a la negativa del demandado al sometimiento a las pruebas biológicas, "lleva a la Sala a afirmar la paternidad del demandado respecto al hijo de la actora". Con este razonamiento, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo descalificaba la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Madrid en la Sentencia dictada en apelación, desestimatoria del recurso interpuesto por quien formuló la demanda reclamando la paternidad.

En dicha resolución se analizó detalladamente la prueba practicada, con especial incidencia sobre la prueba testifical realizada para apoyar la pretensión de la entonces demandante, refiriéndose al testimonio de los dos únicos testigos que acudieron a declarar de las siete personas que firmaban las declaraciones juradas aportadas con la demanda, señalando que el primero se limitó a afirmar, con respecto a las relaciones sentimentales entre demandante y demandado que "se imagina que debería ser así", acabando por reconocer que no le constaban fehacientemente, y que el segundo se limitó a referir determinadas actitudes cariñosas de los litigantes, "sin que del tenor de su declaración pueda inferirse ... que ello fuera una mera exteriorización episódica de otros afectos susceptibles de determinar la concepción que se imputa al demandado". Y a partir de estos testimonios y de la inexistencia de documento alguno en el que, a pesar de la dilatada relación que se diseñaba en la demanda, el Sr. P. reconociera, incluso de forma indiciaria, la paternidad que se le reclama o las relaciones de intimidad sexual con la actora (que la Sala considera que no se pueden presumir sin más por el mero contacto laboral o hasta inclusive de amistad), llegó la Audiencia Provincial de Madrid a la conclusión de que no existían indicios de cierta consistencia que, unidos a la negativa a someterse a la prueba biológica, pudieran conducir a la presunción de paternidad.

La Sentencia impugnada se produce en unos términos que impiden concluir que ha valorado críticamente el resultado probatorio alcanzado por la Audiencia Provincial de Madrid —coincidente en lo sustancial con la del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Majadahonda—, ni justifica la concurrencia de las razones que, según la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, permitirían alterar la soberanía con la que cuenta el Tribunal de apelación para estimar la prueba, esto es, que dicha estimación "resulte ilógica, opuesta a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica" (Sentencias de 18 de abril de 1992, 15 de noviembre de 1997, 10 de marzo de 1998, 16 de abril de 1998, 8 de febrero de 1999, y 2 de septiembre de 1999, entre otras). Simplemente, se limita a afirmar, en los términos antes transcritos, la conclusión contraria. Ahora bien, su escueta argumentación no permite conocer la razón que ha llevado al Tribunal Supremo a alcanzar un corolario tan opuesto al de la Audiencia Provincial de Madrid en relación con la valoración de la prueba —especialmente de la testifical— a los efectos de considerar existentes o no los indicios de relaciones íntimas entre los litigantes. Muestra inequívoca de esta ausencia de motivación son los esfuerzos del Ministerio Fiscal y de la representación de doña Cristina A.V. por suplir en esta sede la insuficiencia de la Sentencia recurrida, ofreciendo explicaciones

diversas sobre lo que quiso decir o dedujo o hizo el Tribunal Supremo, que les han llevado a enriquecer la Sentencia impugnada con deducciones o justificaciones que, en cualquier caso, no aparecen explicitadas en la misma, y que, incluso, para su apreciación, obligarían a este Tribunal a exceder los límites de su función, entrando a valorar la prueba practicada en el procedimiento, labor que, obvio es decirlo, le está absolutamente vedada.

En consecuencia, no se puede sino concluir que la respuesta que ofrece el órgano judicial no cuenta con una motivación suficiente desde la perspectiva de la exigencia constitucional contenida en los arts. 24.1 y 120.3 CE, en tanto que no exterioriza los aspectos más esenciales del razonamiento que han llevado a la adopción de la decisión, ni permite al justiciable conocer las bases sobre las que se asienta el proceso lógico que condujo al Tribunal a concluir afirmando la verosimilitud de la existencia de relaciones sexuales al tiempo de la concepción, o deducir cuál ha sido la *ratio decidendi* para resolver en los términos antes expuestos la cuestión que se planteaba en el recurso de casación. En efecto, la frase sobre la que se basa la decisión del Alto Tribunal, según la cual "las pruebas aportadas a los autos, singularmente la prueba testifical practicada, permiten afirmar la verosimilitud de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes", no resulta suficiente para desvirtuar el análisis que hizo la Sentencia de instancia al respecto. Constatación esta que en modo alguno supone corregir la apreciación de la prueba testifical efectuada por el Tribunal Supremo, tarea que, como acabamos de decir, tenemos vedada en virtud de lo establecido en el art. 44.1.b) LOTC.

La falta de motivación suficiente determina, pues, que deba ser estimada la vulneración aducida del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del demandante de amparo.

FILIACIÓN

Estimación de la acción de reclamación de filiación paterna de una menor adoptada aunque no se dio lugar a la petición de entrega de la misma al padre.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don José Manuel interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la Comisión de tutela de la Comunidad de Madrid, padres adoptivos de la menor Mariana y doña Irene, en el que también fue parte el Ministerio Fiscal, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.º) Declaración de filiación-paternidad respecto de Mariana y Juan Manuel concedido la cualidad de hija extramatrimonial a la hija del demandante y a éste la de su paternidad. 2.º) Condenar a la demandada a la entrega de la niña a su padre mi representado. 3.º) Inscripción en el Registro civil, dejando, asimismo sin vigor los apellidos existentes y consignándose los que correspondan según filiación por imperativo legal [artículos 109 Código Civil y 196.2.R)]. 4.º) Imposición de costas a la demandada en caso de oposición a la demanda.

⊙ La Letrada de la Comunidad de Madrid, representación de la Comisión de tutela de la Comunidad de Madrid, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declare no haber lugar a la demanda, en base a las excepciones alegadas y para el improbable caso de que se entrase en el fondo no se dé lugar a la declaración de paternidad solicitada ni al resto de las peticiones del suplico de la demanda derivadas de dicha declaración, no habiendo lugar a la entrega de la niña al demandante ni a una nueva inscripción en el Registro civil, por estar inscrita, debiendo ser las costas a cargo del demandante por su antijurídico proceder.

⊙ El Ministerio Fiscal se personó y contestó a la demanda, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado se dicte sentencia conforme a lo probado y acreditado en autos.

⊙ En fecha 29 de enero de 1992, se declaró en rebeldía a doña Irene, por haber transcurrido el plazo sin comparecer en autos.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Madrid dictó Sentencia el 11 de marzo de 1996 estimando parcialmente la demanda y declarando que don Juan Manuel es padre biológico de la menor Mariana, hija extramatrimonial de aquél, sin haber lugar al resto de los pedimentos contenidos en la demanda, absolviendo de ellos a los demandados; sin expresa condena en costas.

⊙ En grado de apelación la Sec. 24.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 9 de marzo de 2000 desestimando el recurso interpuesto por la Comisión de tutela de la Comunidad de Madrid, padres adoptivos de la menor Mariana.

La Comisión de tutela de la Comunidad de Madrid, padres adoptivos de la menor Mariana interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación interpuesto por la Comisión de Tutela de Menor de la Comunidad de Madrid no debió ser admitido por la sencilla razón de que no fue preparado en su momento procesal, tal y como se exige en el art. 1710.1.2.ª en relación con los arts. 1694 y 1697, todos ellos de la LEC, y aunque hipotéticamente cabría imaginar la posibilidad de que se hubiera producido un extravío o pérdida de los documentos o folios correspondientes en el Rollo de apelación, en donde no hay la mínima constancia de la preparación, tal apreciación debe desecharse porque de los propios términos del escrito de interposición o formalización se deduce que el recurso no se preparó.

En cualquier caso también debe desestimarse por razones de fondo porque la doctrina jurisprudencial en materia de declaración de paternidad-filiación, –actualmente sintetizada en el apartado 4 del art. 767 LEC–, 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. Y ello es precisamente lo que sucede en el caso, porque: a) Ha existido una evidente obstrucción, tanto por parte de la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, como de los padres adoptivos, a que tuviera lugar la prueba hematológica, pues, a pesar de que incluso por escrito mostraron una buena disposición para que tuviera lugar, no presentaron a la menor en las fechas previstas en el Centro del Instituto Nacional de Toxicología a cuyo fin habían sido convocados judicialmente; b) No concurre ninguna causa que justifique la negativa a la práctica de la prueba, a cuyo fin no se da ningún argumento serio o razonable pues no lo son las circunstancias de la edad de la menor (nacida el 20 de septiembre de 1989) y el desarrollo del proceso tendente a lograr una perfecta integración en su nueva vida familiar (adopción), tanto más si se tiene en cuenta que se pudo haber ofrecido la práctica de la prueba durante la segunda instancia. Es cierto, que, como reitera la doctrina del Tribunal Constitucional, la medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una debida proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y en la integridad a la que sirve, sin embargo, además de que la investigación de la paternidad es un fin constitucionalmente protegido (art. 39.2, *in fine*), en el caso, habida cuenta la entidad de los indicios, apreciados en su conjunto armónico, no se da una desproporcionalidad, so pena, en caso contrario, de hacer estéril el sistema; c) Efectivamente la negativa a la prueba biológica no constituye una *ficta confessio*, como reitera la doctrina de esta Sala y recoge actualmente el art. 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, d) En el caso se dan esos indicios, ampliamente expuestos en la Sentencia del Juzgado y asumidos de modo sintético en la resolución recurrida, a lo que debe añadirse, en sus diversas perspectivas en relación con la prueba biológica, que los padres de la menor (el demandante, y su supuesta madre) son de origen africano –nigeriano y angoleña– por lo que era tato más pertinente, incluso en contemplación del propio interés, al menos futuro, de la menor, que, dado el conjunto de indicios valorados –posesión por el demandante de la certificación del facultativo que asistió al parto y de fotos que aparece con una menor, etc.–, se hubiera practicado la prueba biológica, con la que se habría conseguido una certeza, que en su propio estricto contenido a nadie puede causar perjuicio.

El recurso de casación de los padres adoptivos de la menor Mariana, que se admitió en representación de ésta, tampoco debió ser admitido. Ello es así en cuanto al primer motivo porque se infringe el art. 1693 LEC que requiere, para poder denunciar en casación la infracción de las normas relativas a los actos y garantías procesales que producen indefensión, que se haya pedido la subsanación de la falta de transgresión en la instancia en que se hubiere cometido y que, de haberlo sido en la primera instancia, se reproduzca en la segunda, con la salvedad, en cuanto a las faltas cometidas en segunda instancia, de que fuere ya imposible la reclamación. Pues bien, pese a la afirmación apodíctica de haberse dado cumplimiento al precepto que se recoge en el escrito de recurso, se han cometido las siguientes omisiones: a) no se interpuso la apelación interlocutoria, cuya posibilidad se reconoció en el Auto del Juzgado de 9 de marzo de 1994 (f.

231 de autos); b) en el escrito de interposición del recurso de apelación no se hace ninguna referencia al incidente de nulidad de actuaciones, y eventual apelación contra el Auto mencionado que resolvió el recurso de reposición, por lo que se conculca el art. 703, párrafo segundo, LEC que exige reproducir expresamente la interposición de las apelaciones interlocutorias al apelar de la sentencia definitiva, de modo que, con la de ésta, será admitido en ambos efectos; y, c) en absoluto se hizo mención alguna de la nulidad de actuaciones durante la tramitación de la apelación, como se puede constatar por la lectura del escrito de personación y del acta de vista, según la que la parte apelante se circunscribió a pedir la revocación de la resolución recurrida y la desestimación de la demanda; a lo que aún debe añadirse que de la Sentencia recurrida no se deduce ningún planteamiento *in voce* ante dicho tribunal acerca del tema de la nulidad, sin que tal falta de argumentación haya merecido el mínimo reproche como supuestos vicios de la sentencia por incongruencia o falta de motivación en el recurso de casación. En cualquier caso, y en la perspectiva de agotamiento de la defensa y protección de la menor, se debe significar, como ya expresó el juzgador de primera instancia en su momento, que no se produjo la más mínima indefensión y sus derechos e intereses resultaron plenamente protegidos por las actuaciones del Ministerio Fiscal, de la Comisión de Tutela y del órgano jurisdiccional.

Y asimismo debió haberse inadmitido el segundo motivo porque no se expresa ninguna norma como infringida, ni se cita doctrina jurisprudencial, por lo que debió haberse aplicado la causa de inadmisión del art. 1710.1.2.ª en relación con el párrafo primero del art. 1707, ambos LEC, que opera en este momento procesal como causa de desestimación.

En todo caso (y habida cuenta el objeto del proceso), de modo general debe decirse que es aplicable *mutatis mutandis* lo expuesto para el recurso de la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, y de modo concreto debe resaltarse que no se corresponde con el recurso de casación, el cual no constituye una tercera instancia, el planteamiento impugnativo de la valoración de la prueba seguido en el cuerpo del motivo, en el que se pretende sustituir el criterio de la instancia por el método de descalificar o relativizar cada uno de los indicios tomados en cuenta, sin reparar en que la propia resolución recurrida razona en el fundamento segundo que "la consideración aislada de cada uno de los medios probatorios citados en el fundamento anterior no permitirían concluir con la declaración de paternidad reclamada, por la conjunción de todos ellos, elementos indiciarios, hace entrar en juego lo dispuesto en el art. 135 del CC en relación con el art. 127 del mismo texto legal [en la actualidad apartados tres y dos respectivamente del art. 767 LEC 2000], y con ello el éxito de la acción mediante la realización de un proceso deductivo lógico", apreciación que pertenece al ámbito de la función soberana de la instancia, y que no sólo no resulta arbitraria o irrazonable, sino que es coherente y conforme al recto sentido de entender y suceder las cosas.

FILIACIÓN

Estimación de la acción de reclamación de paternidad apreciando las pruebas testifical y documental practicadas como acreditativas de la existencia de relaciones entre la reclamante y el demandado deduciendo de aquéllas y de la actitud del demandado, que negó incluso el conocimiento personal de la actora, y, especialmente, de la negatoria a la prueba de investigación de la paternidad, la filiación extramatrimonial postulada.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Marisol interpuso demanda de menor cuantía contra don José Luis sobre reclamación de paternidad respecto de la menor Carolina solicitando que se dicte sentencia por la que estimando la demanda, se declare: «1.º Que la menor a que se refiere la demanda, nacida el 25 de septiembre de

1991, inscrita en el Registro Civil de Finisterre, como Carolina, es hija, no matrimonial del demandado don José Luis, siendo la madre la demandante doña Marisol. 2.º Que dicho demandado está obligado a prestar alimentos a dicha menor desde la fecha de la presentación de la demanda hasta su mayoría de edad, señalando la cuantía en la suma de treinta mil pesetas mensuales, que el demandado satisfará a la demandante por mensualidades anticipadas, cuya suma será actualizada anualmente conforme al índice de precios al consumo que señale el INE u Organismo competente. 3.º Que la menor tiene derecho a usar el primer apellido del padre. 4.º Que la madre ejercerá la patria potestad sobre la menor. 5.º Una vez firme la sentencia se practicará anotación marginal de la misma en el acta de nacimiento de la menor que, en lo sucesivo, se llamará, Carolina, hija no matrimonial del demandado José Luis y de la actora Marisol. Librando a tal fin exhorto al Juzgado de Paz de Finisterre. 6.º Condenar al demandado a consentir y cumplir dichos pronunciamientos y al pago de las costas.»

⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada don José Luis, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... se desestime, en definitiva, la demanda con expresa imposición de costas a la demandante».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Muros dictó Sentencia el 26 de abril de 1995 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de A Coruña dictó Sentencia el 16 de abril de 1999 estimando el recurso de apelación declarando que la menor es hija no matrimonial del demandado. En consecuencia dicho demandado está obligado a prestarle alimentos desde la presente resolución, en la cuantía que se determinó en ejecución de sentencia, que será actualizada anualmente conforme al índice de precios al consumo que señala el INE u organismo competente, teniendo derecho la menor a usar el apellido del padre, debiendo practicarse la anotación marginal de lo acordado en el acta de nacimiento de la menor, que en lo sucesivo se llamará Carolina, librándose el oportuno exhorto al Registro Civil. Todo ello sin hacer una especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

⊙ Don José Luis interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Será procedente el estudio conjunto de los dos motivos del actual recurso de casación, ya que la finalidad de ambos tiene como meta la impugnación de una declaración de paternidad. Dichos motivos tienen como base legal el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y porque en la sentencia recurrida, según opinión de dicha parte recurrente, se ha infringido el artículo 1253 del Código Civil –primer motivo–, y asimismo los artículos 127 y 135 de dicho Cuerpo legal, y la jurisprudencia que los interpreta –segundo motivo–.

Ambos motivos, estudiados de consuno, deben ser desestimados.

En efecto, como muy bien dice el Ministerio Fiscal cuyo informe hace suyo esta Sala, la sentencia recurrida declara la paternidad reclamada apreciando las pruebas testifical y documental practicadas como acreditativas de la existencia de relaciones entre la reclamante y el demandado deduciendo de aquéllas y de la actitud del demandado, que negó incluso el conocimiento personal de la actora, y, especialmente, de la negatoria a la prueba de investigación de la paternidad la filiación extramatrimonial postulada. Dichas pruebas están constituidas por una testifical concluyente en el sentido de una relación personal de la pareja en lugares públicos –ir a buscar el hombre a la mujer para ir a verbenas–, así como la constatación de llamadas telefónicas desde Suiza; además como documental –una fotografía del demandado con sus señas en Suiza escritas al dorso–. La doctrina jurisprudencial (SSTS 26-6; 26-7 y 2-9-1999, entre otras) ha señalado el valor indiciario de la negativa a la prueba de investigación de la paternidad cuando no obedecen más que a una conducta claramente obstruccionista e injustificada y se encuentra apoyada tanto en pruebas

directas (artículo 127 CC) cuya valoración no es susceptible de revisión casacional, como en pruebas indirectas o indiciarias (artículo 135 CC), respecto de las cuales solamente serían revisables las conclusiones deducidas de los indicios si éstas evidenciaran un proceder ilógico o irracional, lo que ni demuestra el recurrente ni se ha producido en este caso.

FILIACIÓN

Habiéndose ejercitado la acción de reclamación de filiación no matrimonial –que lleva implícita la de impugnación de la que consta en el Registro Civil– se aprecia la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado a los herederos de la persona que figura como padre en el registro público.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Vicente Luis Montes Penades

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Susana fue inscrita en el Registro civil como hija de doña Virginia y de su marido don Guillermo.

- Doña Susana interpuso demanda de reclamación de paternidad no matrimonial respecto de don Miguel Ángel, ya fallecido. Dicha demanda se dirigió exclusivamente contra el Ministerio Fiscal.

- Opuso el Fiscal con carácter previo una excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. En dicho procedimiento se personaron los que ahora figuran como hermanos de madre: don Miguel Ángel, doña Amelia y doña Claudia y solicitaron la nulidad de actuaciones.

- Doña Susana presentó nueva demanda contra don Miguel Ángel, doña Amelia y doña Claudia, que se turnó al Juzgado de 1.ª Instancia de Córdoba núm. 5, dando lugar a los Autos de Juicio de Menor Cuantía núm. 659/1998. En 18 de marzo de 1998 se solicitó la acumulación, acordada en 12 de abril siguiente.

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Córdoba dictó Sentencia el 20 de junio de 2000 por la que declaraba la filiación paterna no matrimonial de la actora respecto de don Miguel Ángel, ya fallecido, sin hacer imposición de costas.

- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Córdoba dictó Sentencia el 23 de noviembre de 2000, desestimado el recurso.

- Don Miguel Ángel, doña Amelia y doña Claudia interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que mandó reponer las actuaciones al momento anterior a la comparecencia del juicio de menor cuantía.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Juzgado de Primera Instancia, partiendo de la vigencia en este tipo de procedimientos del principio de libertad en la práctica de las pruebas y de razonable apreciación y valoración, en busca de la verdad material, con apoyo en el último inciso del artículo 135 CC, y puesto que el resultado de las pruebas biológicas no es concluyente, valora el testamento otorgado por don Miguel Ángel el 27 de julio de 1989, que no ha sido impugnado por los otros herederos, y la prueba testifical, de cuyo conjunto probatorio deduce la determinación de filiación.

Los demandados se oponen, entre otras razones, porque en el testamento de la misma madre (otorgado ante el mismo Notario que el de don Miguel Ángel, en 7 de noviembre de 1985) dice que la hoy actora es hija de su primer marido, de quien también tuvo otra hija, y cita como hijos del segundo a los tres demandados, pero no a la actora.

La Audiencia Provincial de Córdoba, que confirma, acude a la misma valoración, a la que añade algunas cartas cruzadas entre uno de los demandados y la actora, en que vendría a reconocer y aceptar la filiación que se reclama (a los folios 365 a 369 consta, no obstante, un manuscrito del mismo demandado en que se retracta de lo afirmado en tales cartas). El debate, en la vista del recurso (Fundamento Jurídico Primero) plantea el tema que ahora se trae a casación: la imposibilidad legal, a juicio del recurrente, de estimar la demanda porque sólo puede existir una filiación y la actora sólo ha solicitado la declaración de la filiación paterna respecto de don Miguel Ángel, pero no ha impugnado expresamente su filiación respecto de quién aparece en el Registro como padre.

En el primer motivo del recurso plantea la infracción del artículo 113, párrafo segundo, del Código Civil, que pone en relación con el 131, párrafo segundo, con el segundo párrafo del artículo 134 y con el artículo 50 de la Ley del Registro Civil, sobre la base todo ello de que no puede haber dos filiaciones y de que no se ha impugnado la que ahora mismo está establecida. Cita en su apoyo las SSTS de 17 de marzo de 1995, 12 de noviembre de 1992, 8 de julio de 1991 y 23 de febrero de 1990.

El Ministerio Fiscal se opone a la estimación de este motivo, señalando que quien solicita una acción de filiación respecto de una determinada persona, implícitamente está manifestando que no está conforme con la paternidad que se establece en el asiento registral y la estimación de la demanda llevará consigo la consiguiente rectificación. Es la misma tesis que había sostenido la Sentencia recurrida en el Fundamento Jurídico Primero.

Esta interpretación de los preceptos aplicables tiene apoyo en las SSTS de 30 de abril de 1998, 19 de mayo de 1998, 8 de julio de 1991 y 20 de diciembre de 1991. En efecto, esta Sala ha resuelto la aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 CC en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero, "ya que el propio artículo 134 permite, sin paliativos, la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión esta tan elocuente que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada" (Sentencia de 23 de febrero de 1990, con precedente, entre otras, en la de 3 de junio de 1988, así como las de 14 de abril de 1998, coherente con la de 30 de marzo de 1998). Y de esa misma expresión del artículo 134 ha deducido también (Sentencia de 8 de julio de 1991) que el ejercicio de la acción a que este precepto se refiere "provocará el simultáneo ejercicio de la impugnación de la filiación matrimonial que ostenta el hijo del matrimonio demandado", hasta concluir que al "permitir en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria" se viene a decir que la impugnación es accesoria de la reclamación por ser ambas (filiaciones) contradictorias y no poder subsistir conjuntamente, y, por otro lado, que en modo alguno puede admitirse que se aplique a la acción de reclamación, como acción principal, el plazo de prescripción o caducidad que señala el artículo 137 CC para la de impugnación" (Sentencias de 20 de diciembre de 1991, de 28 de noviembre de 1992, de 16 de diciembre de 1994, entre otras).

De modo que cabe concluir que, en la interpretación jurisprudencial, es en efecto correcto que se haya ejercitado la acción de reclamación sin deducir *expressis verbis* una pretensión de impugnación de la paternidad establecida, ya que se trataría de una pretensión accesoria, implícita en la acción principal de reclamación que se ejercita, aunque también es claro que ello no supone, en absoluto, que el Tribunal de instancia no pronuncie, con expresa y clara indicación, una condena a tener por impugnada la filiación establecida, ordenando lo procedente para su rectificación en el Registro Civil, como exige la coherencia del sistema, y en especial el invocado artículo 50 de la Ley del Registro Civil.

El motivo, por ello, podría ser estimado en cuanto la Sentencia de Instancia debería contener

un pronunciamiento respecto de la impugnación y de la consiguiente rectificación registral, realizable mediante la asunción de la jurisdicción que previene el artículo 1715.1. regla 3.ª de la LEC 1881.

En el segundo de los motivos, por el mismo cauce del anterior, denuncia la parte recurrente la infracción del artículo 134, párrafo primero, del Código civil, que ha sido, dice, interpretado erróneamente, sosteniendo que " no cabe entender que una determinada acción de reclamación de filiación pueda comportar implícitamente la impugnación de la filiación que le sea contradictoria" porque –viene a decir– "comportará implícitamente" no puede ser sinónimo de "permitirá". Pero a partir de esta introducción, gira el argumento de la parte recurrente para volver a incidir en la cuestión de que no han sido demandados los herederos de quien en el Registro civil aparece como padre, con lo que se produciría lesión del "derecho fundamental a no sufrir indefensión", ya que no podrían ser oídos ni el aparente padre (desde luego, puesto que ha fallecido) ni sus herederos.

El Ministerio Fiscal se opone a la estimación del motivo, señalando que es una reiteración del anterior y se basa en la interpretación interesada del recurrente.

La parte recurrida destaca, en el escrito de impugnación, que se ha oído como testigo a la única hija del fallecido primer marido de la madre, quien, por cierto, manifestó paladinamente que la actora es hija de quien pretende serlo, y no del marido de la madre, que era el propio padre de la declarante. La parte recurrida invoca el criterio de la "Sentencia de 19 de noviembre 1998" en el sentido de dar validez a la prueba extrajudicial de filiación para procurar justicia efectiva y evitar dilaciones injustificadas.

Pero esta Sala no puede aplicar al caso el criterio señalado por aquella Sentencia, dada la especificidad del supuesto, ni aceptar como convincentes los argumentos de las partes recurridas en un supuesto como el presente, en que no se ha demandado a los herederos del padre aparente, ya fallecido, esto es a los herederos de quien aparece en el Registro Civil como padre de la actora.

La invocada Sentencia, que no es de 18 de noviembre, sino de 18 de septiembre de 1998, en el Recurso 3235/1996, se refirió a un supuesto en que el padre aparente, como tal inscrito en el Registro civil, marido de la madre de dos niñas gemelas, planteó demanda para destruir la presunción en base a la cual había sido inscrita la filiación si de la prueba resultara no ser el padre. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y absolvió a los demandados. Pero la Audiencia, en apelación, revocó la Sentencia y declaró que las hijas no habían sido procreadas por el aparente padre. Se había admitido la prueba biológica de investigación de paternidad, que se había de llevar a cabo en la Cátedra de Medicina Legal y Toxicología de la Universidad de Granada, pero, señalada la fecha, no se notificó ni citó en forma y menos personalmente a la madre ni a las hijas, por lo que no pudo realizarse. Pero se realizó extraprocesalmente, y se aportó a los Autos, siendo aceptada íntegramente por todas las partes. Se plantea en casación el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción del derecho a la defensa y tutela efectivas, reconocido en el artículo 24.1, y el Ministerio Fiscal entiende inútil la declaración de nulidad de lo actuado a partir de la citación para la práctica de unas pruebas biológicas que ya se han realizado, y solicita que se entre en el fondo del asunto. Es el criterio que adopta la Sala, de modo que casa y anula la sentencia de apelación y confirma la del Juzgado. Nada que ver, pues, con dar valor de emplazamiento y de presencia en el procedimiento como parte a quien se limitó a declarar como testigo.

De modo que, a pesar de la defectuosa técnica procesal del recurso, que sólo al final de un motivo que reitera lo manifestado en el anterior, con los efectos que antes se han señalado, denuncia la infracción de la doctrina del "litisconsorcio pasivo necesario", esta Sala considera que, en base al principio de tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución, ha de entrar en el examen del invocado defecto de litisconsorcio pasivo necesario que denuncia de nuevo, bien que *en passant*, la parte recurrente, toda vez que como se ha dicho, entre otras, en las Sentencias de 26 de octubre de 1990 y de 25 de octubre de 1994, el mal planteamiento de un motivo no es óbice al examen de la cuestión cuando la infracción denunciada haga referencia a un precepto de orden público que ha de ser aplicado de oficio (en este sentido, respecto de un caso de filiación, la Sentencia de 9 de julio de 2004, en que se omite la demanda contra un hijo de la madre frente quien se pretende una declaración de filiación extramatrimonial). Y tal es lo que ocurre con la carencia de citación y emplazamiento de los herederos del padre aparente, en cuyo favor está establecida la filiación que ahora resulta implícitamente impugnada por reclamación de otra contradictoria.

No puede ser sustituido el emplazamiento de los herederos del padre aparente inscrito como tal en el Registro civil por la declaración como testigo de la que parece ser la única hija incontestada del indicado padre, habida con la madre común de los litigantes, como se pretende por la parte recurrida al impugnar el recurso de casación. Baste pensar que no consta en autos que tal hija (o ella, más la misma

actora hoy recurrida) fuera la única heredera de su finado padre (o bien, como decimos, compartiera esa condición con la misma actora), pues no se ha traído a los autos ni testamento ni declaración de herederos de don Guillermo. Y aun con ello, como ha dicho la Sentencia de esta Sala de 5 de marzo de 1963, en un caso de filiación en el que se discutía sobre la legitimidad sin haber citado a la madre, no puede suplirse la falta de litisconsorcio necesario por una comparecencia declarando como testigo, ya que atendida la seguridad no sólo familiar sino social que ha de rodear la posesión de estado civil, las resoluciones que se dicten en los procesos de esta naturaleza llevan consigo un valor absoluto, *erga omnes*, como expresamente declara el artículo 1252 CC lo que genera la exigencia del litisconsorcio pasivo necesario, que es estimable de oficio aun en el trámite extraordinario de casación.

Así lo imponen, dada la naturaleza de la relación jurídica establecida entre las partes de la que trae causa el presente litigio (Sentencias de 18 de septiembre de 1996, de 23 de marzo de 1999, entre otras), el principio general de derecho que establece que nadie pueda ser condenado sin ser oído, hoy de rango constitucional en virtud del artículo 24.2 de la Constitución, pues es evidente que una estimación de la demanda afectaría los derechos de los herederos del fallecido padre aparente de la reclamante, y el principio de veracidad de la cosa juzgada (Sentencia de 17 de marzo de 1990).

La falta de litisconsorcio pasivo necesario constituye un presupuesto procesal de orden público (Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1986, de 12 de junio) que puede ser estimada de oficio en cualquiera de las fases del procedimiento (Sentencias de esta Sala de 4 de julio de 1994, de 22 de julio de 1995, de 5 de noviembre de 1996, en una línea que, como vamos a ver, sigue plenamente vigente). Razones todas ellas que conducen a la estimación del motivo.

Procede, por tanto, la anulación de la Sentencia y la retroacción del procedimiento al momento procesal en el que ha podido subsanarse el defecto procesal, oportunamente invocado por la parte demandada, pues aunque no hay norma procesal que lo imponga (Sentencia de 24 de diciembre de 2003), ha de subsanarse la defectuosa constitución de la relación jurídica procesal desde el momento mismo en que cabe reconstituir el proceso en debida forma, sin necesidad de una absolución de la instancia que llevaría a un total replanteamiento, conservando en lo posible los actos procesales realizados. Tal momento es el de la comparecencia prevista en el artículo 693 LEC 1881, que tuvo lugar en 17 de junio de 1999, como se ha dicho, entre otras, en las Sentencia de esta Sala de 22 de julio de 1991, de 21 de octubre de 1997, de 17 de diciembre de 2003, de 26 de febrero de 2004, de 23 de junio de 2004, de 27 de diciembre de 2004 o de 13 de mayo de 2005, entre otras. Procede, por ello, declarar la nulidad de todo lo actuado y retrotraerse al momento de la comparecencia, dando a la parte afectada el plazo legal para subsanar el vicio procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

PATRIA POTESTAD

Desestimación de la demanda de responsabilidad extracontractual interpuesta contra el propietario de una finca en la que existía una alberca a la que cayó una menor de 4 años de edad falleciendo posteriormente, al atribuirse toda la responsabilidad a los padres de la misma por haber incumplido su deber de vigilancia.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Vicente Luis Montes Penades

ANÁLISIS DEL CASO

Don Carlos Alberto y doña Encarna interpusieron demanda de menor cuantía contra don Lucio reclamando una indemnización por responsabilidad extracontractual por el fallecimiento de la menor Elsa, de 4 años de edad, que falleció al caer en una alberca situada en el cortijo H.G., término de Alhama de Granada, y resultar ahogada.

⊙ Los actores, obreros eventuales, realizaban la campaña de hortaliza en un cortijo próximo. El demandado es el dueño del cortijo en que se halla situada la alberca en que se produjo el luctuoso suceso. Se instruyeron actuaciones penales, que fueron sobreseídas sin declaración de responsabilidad penal.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Loja dictó Sentencia el 29 de noviembre de 1997 desestimando la demanda. Estimó el Juzgador que no podía compartir la imputación de responsabilidad sobre el propietario del cortijo, demandado, por cuanto no existe obligación legal ni reglamentaria de adoptar medida alguna de seguridad o protección sobre la alberca y porque estaba arrendada parte de la finca, y el arrendatario poseía el uso y disfrute del pozo, de las naves y de la casa y «en definitiva era el que vigilaba la finca» (el demandado residía en Oviedo), sin que haya quedado acreditado quién llenó realmente la alberca. Rechazó la posibilidad de una declaración inculpatoria, pues, sobre el demandado, y la dirigió a los padres del menor, quienes, en el criterio del Juzgador, no han acreditado suficientemente que dejaran a la niña vigilada y custodiada, que esa tarde quedó sola, ya que todos los familiares fueron a trabajar al campo, incluso un hermano más mayor que solía acompañar a la pequeña.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Granada dictó Sentencia el 20 de enero de 1999, revocó la de Primera Instancia y condenó al demandado a abonar a los actores tres millones de pesetas con intereses legales, sin hacer pronunciamiento sobre las costas.

⊙ Don Lucio interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien desestimó la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La discusión en el procedimiento civil giró, sustancialmente, en torno a los siguientes datos:

a) La guarda y cuidado del niño. Los padres manifiestan haberla dejado en la vivienda de unos vecinos (una señora ya mayor, y su hijo más joven; este último advirtió al niño que no anduviera solo, pero el menor salió a visitar a unas amigas en un cortijo próximo) pues ese día habían ido a trabajar y también les habían acompañado otros hijos, más mayores, que habitualmente quedaban a cargo del pequeño.

b) Las condiciones de seguridad de la alberca, que no estaba vallada ni señalizada. Situada al nivel del suelo, con una escalera practicable para entrar, se encontraba parcialmente llena.

c) La existencia de un contrato de arrendamiento parcial del cortijo, que comprendía las obligaciones del arrendatario de vigilar las instalaciones para el riego. Se discute si hubo o no una expresa prohibición del arrendador respecto de la utilización de la alberca (ya que se empleaban otros elementos para el riego) y si la alberca era llenada por el arrendatario o por otros arrendatarios o incluso por el encargado de la finca, cuñado del dueño.

El razonamiento jurídico de la sentencia de la AP de Granada es el siguiente: Tras hacer hincapié en el principio de responsabilidad por culpa como básico en nuestro Derecho y analizar los criterios jurisprudenciales de inversión de la carga de la prueba y de acentuación del rigor de la diligencia requerida, que determina una minoración del culpabilismo tendiendo a soluciones cuasiobjetivas, estima que en el accidente se presenta un "*iter* delimitado en dos espacios temporales perfectamente diferenciados". El primero, la actuación de los padres, consistente en dejar solo al niño en el cortijo (no ha quedado demostrado que el pequeño se hallase en compañía de otras personas), lo que conduce a la Sala a apreciar que "resulta patente la conducta culposa de los padres del menor, al omitir sus deberes de guarda y cuidado, acentuada por la corta edad del menor". Pero, en el criterio de la Sala, no es el fundamento exclusivo del resultado ni tiene relieve e intensidad suficiente para absorber toda otra concurrente, por lo que se da paso al segundo "espacio temporal": situación,

estado y medidas de seguridad que presentaba la alberca enclavada en la finca del demandado. En este sentido, entiende la Sala sentenciadora que la culpa a que se refiere el artículo 1902 del Código civil consiste no sólo en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la experiencia, sino en no prever lo que pudo y debió ser previsto para evitar los riesgos potenciales. La alberca se encontraba construida al nivel del terreno, careciendo de todo tipo de vallas protectoras, no existiendo tampoco ninguna valla u otro elemento que circunde y delimite la finca. Ello, estima la Sala, prescindiendo de que haya obligación legal o reglamentaria de protección, es responsabilidad del propietario y no del arrendatario que, en este caso, no lo era de la totalidad de la finca, además de que la responsabilidad asumida por éste se circunscribe a la comprobación del funcionamiento del motor y de las instalaciones de riego, así como a la reparación de las averías. Se considera, por ello, haberse producido una interferencia del nexo causal de la actuación negligente de la víctima que ocasiona una concurrencia de culpas, lo que determina la moderación de la responsabilidad exigible y la consiguiente reducción de la suma a satisfacer como indemnización.

En los dos motivos del recurso, D. Lucio denuncia la incorrecta aplicación del artículo 1902 CC, que en el motivo 1.º conecta con el artículo 1104 CC y en el motivo 2.º se enlaza con el artículo 1103 CC, señalando que se infringe la doctrina sobre relación de causalidad, por cuanto estaríamos ante un caso de culpa exclusiva de la víctima, así como la doctrina sobre "concurrencia de culpas", después de que haya declarado la culpa de los padres del menor, en tanto que –dice el recurrente– en modo alguno se podría hablar de culpa en la conducta del demandado, puesto que se limitó a arrendar la finca, prohibiendo al arrendatario el uso de la alberca, que si no estaba cercada es porque reglamentariamente no le era exigible.

El primer motivo del recurso, en el que se niega la existencia de relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado dañoso, para afirmar que estamos ante un supuesto de culpa exclusiva de la víctima, toma como punto de partida afirmaciones o manifestaciones de la Sala de instancia que ésta no ha hecho, o en las que se refiere a hechos que no considera probados, como ocurre con el arrendamiento de la finca, del que afirma su existencia, como arrendamiento parcial de la finca, pero no su proyección sobre la utilización de la alberca, o con la presunta prohibición del uso de la alberca o que, finalmente, tienen sentido en una consideración conjunta o global, y no deben ser sometidas a análisis parciales. El recurrente, sustancialmente, trata de demostrar la inexistencia de relación de causalidad entre el comportamiento del demandado y el daño, y a este efecto destaca que no habría culpa en el agente, y que la hay, en cambio, de la víctima, con carácter exclusivo, así como que en todo caso no puede establecerse una relación de causalidad, que ha de ser fundamento de la responsabilidad, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que invoca.

En el Segundo Motivo, se ataca la tesis de la Sentencia, que estima como concurrencia de culpas la existencia de dos conductas conducentes al resultado dañoso: la de los padres, que no vigilaron adecuadamente al menor; y la del dueño de la finca, que no había cercado ni protegido adecuadamente la alberca, pudiendo prever la existencia de riesgos potenciales, para hacer notar, con cita de doctrina jurisprudencial, que los comportamientos de actores y demandado frente al hecho dañoso tienen muy diversa entidad, pues ambas conductas, si se ponderan adecuadamente, no pueden situarse en el mismo nivel en cuanto a la producción del daño que se reclama.

La cuestión nuclear que se suscita, aunque no siempre se acierte a formular con precisión, gira en torno a la imputación del daño al demandado, cuya conducta, dice el recurrente, no constituiría un caso de culpa en sentido riguroso, ni podría ser utilizada como concurrente con la probada de los padres del menor.

Estamos, en el caso, ante un problema de imputación objetiva, que muchas veces se ha presentado entre nosotros como una cuestión de relación de causalidad, sin deslindar con precisión entre la operación de fijación del hecho o acto sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere efecto o consecuencia del primero (nexo causal), y la que estriba en enuclear del conjunto de daños que pueda haber producido el evento lesivo cuáles son resarcibles y cuáles no. Esto es, en evitar que sean puestas a cargo del responsable todas las consecuencias de las que su conducta sea causa (imputación objetiva en sentido propio), para "poner a cargo" del obligado a reparar los daños que sean resarcibles según las pautas ofrecidas por el sistema normativo.

Para afrontar la cuestión suscitada, es conveniente empezar subrayando que la creación de un riesgo (en el caso, la alberca, entendida como factor de riesgo potencial) no es elemento suficiente para decretar la responsabilidad, como tiene dicho esta Sala, entre otras, en la Sentencias de 8 de octubre de 1996, de 19 de septiembre de 1996, 4 de febrero de 1997, 17 de octubre de 1997, 8 de junio de 1998 o 13 de marzo de 2002. Ni se trata tampoco de un riesgo anormal o superior al ordinario, a veces llamado riesgo acreditado en la jurisprudencia (Sentencias de 27 de junio de 2001, de 18 de julio

de 2002, de 24 de septiembre de 2002, entre otras). Se requiere, además, lo que se ha venido llamando un reproche culpabilístico, que ha de referirse a un comportamiento no conforme a los cánones o estándares establecidos, que ha de contener un elemento de imprevisión, de falta de diligencia o de impericia, pero que, en definitiva, se ha de deducir de la relación entre el comportamiento dañoso y el requerido por el ordenamiento, como una conducta llevada a cabo por quien no cumple los deberes que le incumplen, o como una infracción de la diligencia exigible, que en todo caso habría que identificar con un cuidado normal y no con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto.

La culpa es, además, criterio de imputación y criterio de cuantificación del daño resarcible, como enseñan los artículos 1101 y 1104 CC, por una parte, y el artículo 1107 CC, por otra.

En el caso planteado, la Sala de instancia encuentra culposa la conducta omisiva del demandado pues, dice, "la alberca se encontraba construida a nivel del terreno, careciendo de todo tipo de vallas protectoras, no existiendo tampoco ninguna valla u otro elemento que circunde y delimite la finca en que se halla situada y que impida el acceso a la misma, la cual queda libre y descubierta en toda su extensión" y, aunque reconoce que no existe obligación legal o reglamentaria de protección de la alberca, estima que "el propietario está obligado a adoptar todas las precauciones necesarias en evitación (de daños)".

De este modo se acentúa hasta el extremo la diligencia en la previsión de daños y en las medidas o cautelas para evitarlos, más allá de lo que sería exigible en una persona prudente y diligente, sobre todo cuando, como ocurre en el caso debatido, hay una relación de causalidad difusa entre el comportamiento del presunto agente y el daño, ya se mire desde la tesis de la equivalencia de las condiciones buscando la *conditio sine qua non* o tratando de establecer la "condición ajustada a las leyes de la experiencia científica". En este lamentabilísimo suceso, un niño de 4 años, que deambulaba por el campo sin vigilancia de especie alguna, apareció ahogado en una alberca de riego parcialmente llena. No se da aquí una cuestión de hecho que esté libre de valoraciones normativas, sino una operación de discriminación que implica juicios de valor o que se basa en conjeturas, deducciones o presunciones, y en todo caso está enmarcada por delimitaciones o acotaciones jurídicas.

La Sala de instancia construye una concurrencia de culpas con un tratamiento "causal" de la cuestión, como la coincidencia de dos comportamientos susceptibles de un juicio de reprobabilidad (Sentencias de esta Sala de 22 de abril de 1987, de 11 de febrero de 1993, de 27 de septiembre de 1993, de 17 de octubre de 2001, de 2 de diciembre de 2002, entre otras), pero esta conclusión está aquí obstaculizada por razón de problemas de imputación objetiva: de una parte, por cuanto no parece darse en el caso una causalidad adecuada entre la omisión que se reprocha al demandado y el resultado dañoso (Sentencias de 1 de abril de 1997, de 15 de octubre de 2001, entre otras); pero, sobre todo, por cuanto no cabría poner el daño a cargo del dueño de la finca en que se hallaba la alberca (ya por razón de principio, ya en cuanto se produciría una suerte de "reducción a cero") puesto que lo impide el grado de comportamiento imprudente o negligente de la víctima (es decir, en el caso, de los padres del menor, a quienes incumbe el deber de vigilancia y que, en definitiva, son los que solicitan la indemnización) ya que en la configuración del hecho dañoso el control de la situación correspondía a la víctima, o, si se prefiere otra expresión, a la parte que como tal se presenta, dadas las características del supuesto de hecho. Estaríamos ante una hipótesis cercana, adaptando al conflicto concreto la teoría formulada en general, a lo que se ha denominado en la doctrina competencia de la víctima (Sentencias de 22 de septiembre de 1997, 13 de abril de 1998, 25 de septiembre de 1998, 8 de noviembre de 1999, 5 de julio de 2001, 24 de julio de 2002, etcétera), dicho sea entendiendo como víctima no al menor sólo, que ha sufrido el daño en su persona, sino a quienes están legitimados para reclamar la indemnización por ser partícipes del dolor a cuyo *pretium*, en definitiva, nos estamos refiriendo.

Por cuyas razones, en definitiva, se han de estimar los motivos planteados, procediendo la casación de la Sentencia recurrida.

PATRIA POTESTAD

Cuando se dicta sentencia acordando la división de la cosa común cuya mitad pertenece a un menor, no es necesaria ninguna autorización en fase de ejecución para que pueda celebrarse la subasta ni tampoco es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal al estar el menor debidamente representado por su madre.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña María interpuso demanda de menor cuantía contra el menor Luis Ángel, en la persona de su legal representante, su madre doña Marcelina, sobre disolución de condominio, solicitando que se dictase sentencia «en la que se declarase el condominio de mi representada y el demandado sobre el terreno objeto del presente litigio, declarar el bien esencialmente indivisible y acordar, en consecuencia su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, y todo ello con imposición de las costas a la parte demandada si se opusiere a la presente solicitud».

⊙ Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma al demandado para que compareciera en autos, lo que así verificó allanándose íntegramente a la demanda, dictándose sentencia con fecha 1 de diciembre de 1994 en la que se declaraba la disolución del condominio existente entre ambas partes sobre el bien objeto del litigio y ordenando su venta en pública subasta repartiendo entre ellos el precio obtenido a razón de cuarenta y cuatro centésimas partes la actora y cincuenta y seis centésimas partes la demandada.

⊙ Siendo firme la sentencia, fue solicitada su ejecución por la actora, dictándose por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Alzira Auto de ejecución con fecha 4 de marzo de 1997, con la siguiente parte dispositiva: «Primero: Se aprueba el remate a favor de doña María de la finca parcela rústica sita en término de Alzira, partida de Tisneres, inscrita en el Registro de la Propiedad de Alzira, al tomo ... por la cantidad de 9.333.334 pesetas, adjudicándose dicho bien. Segundo: Se entienden subsistentes todas las cargas anteriores y preferentes a lo aquí reclamado de la finca reseñada, entendiéndose que el rematente las acepta y queda subrogado en las responsabilidades de las mismas, no destinándose el precio del remate a su extinción. Tercero: Se decreta la cancelación de todas las cargas y anotaciones posteriores que existan y puedan existir. Cuarto: Según resulta de las actuaciones del presente procedimiento no se puede deducir la existencia o inexistencia de arrendatarios».

⊙ Solicitada por doña Marcelina la nulidad de actuaciones se dictó por el Juzgado auto de fecha 25 de octubre de 1997 y cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: el 1.º «No ha lugar a decretar la nulidad de las actuaciones interesada de contrario, siguiendo el procedimiento sus propios trámites» y el 2.º «que debía desestimar y desestima el recurso de reposición interpuesto por la demandada doña Marcelina contra el auto de fecha 17 de marzo de 1997, confirmándolo en su integridad».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Valencia dictó Auto con fecha 4 de noviembre de 1998 desestimando el recurso interpuesto por doña Marcelina.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Acusa la recurrente al Auto recurrido de vicio de incongruencia en fase de ejecución de sentencia, por contradicción con el fallo de ésta, o, de forma subsidiaria, por pronunciarse sobre puntos que no fueron objeto de debate, con infracción del art. 18.2 Ley Orgánica Poder Judicial y el art. 24.1 CE, y la doctrina de la sentencia de esta Sala de 19-5-1994. Se sustancia la queja en que la división del condominio debió de llevarse a cabo por los artículos 1023 al 1027 LEC, y sucesivos y concordantes de los mismos. El motivo se desestima porque no existen las infracciones denunciadas. La sentencia recurrida, que quedó firme, estima íntegramente la demanda en los términos que ya hemos expuesto anteriormente. Que la venta en pública subasta de la finca objeto de la comunidad que se disolvía fuese hecha de acuerdo con las reglas sobre el proceso ejecutivo, y no con arreglo a las de las subastas voluntarias judiciales, o como las que ahora se proponen, nada significa en contra del fallo de la sentencia que se ejecuta, que ordenaba la venta en pública subasta, y esta venta es la matriz de los procedimientos indicados. Tampoco el que el Auto recurrido concuerde con el apelado en que el procedimiento debía ser el primero por tratarse de una ejecución de sentencia significa que aquél se ha pronunciado sobre puntos no controvertidos en el pleito. En fase de ejecución de sentencia corresponde al órgano judicial dictar las medidas oportunas para su efectividad, tanto más en casos como éste, en que el tema no fue siquiera abordado. La cosa se ha vendido, en definitiva, en pública subasta, y no es materia de este especialísimo recurso, que no cabe más que en los casos y motivos estrictamente determinados en el art. 1687.2.º LECiv. discutir acerca del procedimiento por el que debió subastarse la finca. En otras palabras, no se pueden convertir los concretos motivos casacionales contenidos en el art. 1687.2. citado en una infracción de ley o de doctrina jurisprudencial.

En el segundo motivo combate que se haya proveído en ejecución de sentencia en contradicción con su fallo, infringiéndose los arts. 18.2 LOPJ y el art. 24.1 CE, con invocación del art. 5.4 LOPJ. El motivo se basa esencialmente en que la sentencia recurrida dispuso en su fallo que debía procederse a la venta en pública subasta de la venta en común "si la otra cosa no convienen las partes", y para nada se recabó el consentimiento de la recurrente, y de ahí que en la formación del pliego de condiciones de la subasta no tuviese idéntica posición procesal que la actora, al no dársele traslado de las que al interés de aquélla convenían, quebrantándose el principio de igualdad procesal en lo que a la condición impuesta por el fallo se refiere. El motivo se desestima porque el fallo de la sentencia no obligaba a intentar ningún acuerdo sobre la forma de disolución del condominio antes de proceder a la pública subasta. Era una simple aplicación de lo dispuesto en el art. 404 CC, que ordena la subasta si los comuneros no convienen en adjudicar la cosa indivisible a uno de ellos indemnizando a los demás, dado que la cosa objeto del litigio era indivisible de acuerdo a la legalidad urbanística cuando se ejercitó la acción de división, y el fallo no fue recurrido por ninguna de las partes. Es gratuito extrapolar de una fase de la sentencia la necesidad de que en la subasta judicial las partes habían de convenir pliego de condiciones y demás circunstancias. Sólo admitiendo tal premisa errónea puede llegarse a la conclusión de que hay una contradicción, y ello no es viable. Por otra parte, ha de observarse que la falta de acuerdo de las partes que hubiera evitado la subasta pública es manifiesta desde el momento en que la actora solicitó la ejecución de la sentencia, pidiendo la venta en pública subasta. Ni siquiera se ha demostrado por la recurrente que hubo intentos de convenio para evitarla.

El motivo tercero se enuncia del mismo modo que el anterior para denunciar igual infracción, pero se funda en que se ha dado lugar a la ejecución del fallo con infracción de los principios de audiencia, igualdad y orden público que hubieron de presidir este trámite de ejecución, máxime en aplicación de las garantías que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Se dice en defensa del motivo: "Naturalmente que el procedimiento para la enajenación del bien ha de ser una venta pública, pero ésta al caso de autos lo ha de ser en igualdad de condiciones y con cumplimiento de las garantías que han de dar efectividad al derecho del menor, y ello no se cumple cuando al supuesto de autos vemos que hay una restricción de la publicidad de la subasta, una falta de garantías en la identificación del bien, de las partes, del objeto del litigio, de las condiciones del apremio, que se traducen en una posición de desigualdad frente a la venta, así como en una merma de los derechos económicos del menor por la venta del referido bien, por lo que solamente podemos concluir que indefectiblemente se ha causado indefensión al menor, indefensión que se predica tanto por lo actuado como por no darse audiencia al Ministerio Público". El motivo se desestima por lo que se refiere a la recurrida, demandada en su momento, por las razones expuestas al desestimarse los dos motivos anteriores. En cuanto

al menor, cuya representación legal ha ostentado en todas estas actuaciones dicha demandada, no hay ningún precepto legal que ordene la intervención del Ministerio Fiscal en la ejecución de la sentencia que afecte al mismo que ha intervenido en el proceso a través de su representante legal, por lo que quedan absolutamente faltas de fundamento las acusaciones de indefensión del mismo. Cosa distinta es la necesidad de audiencia del Ministerio Fiscal para que el Juez dé la preceptiva autorización (art. 166 Cód. civ.), previa constatación de su necesidad o utilidad. No a otra cosa puede referirse el recurrente con la llamada al Ministerio Fiscal. Pero aquí estamos ante una disolución de un condominio que es solicitada por uno de los copropietarios, para lo que tiene facultad indiscutible e incondicionada (art. 400 Cód. civ.), y que se ha llevado a cabo de forma contenciosa. Es claro que la ejecución del fallo no precisa de ninguna autorización judicial, pues la parte actora de la acción de división tiene derecho a su efectividad, por lo que huelga hablar de ninguna necesidad o utilidad de la venta: se impone al condómino disidente la extinción del condominio. Incluso si la disolución del condominio se hubiera llevado a cabo extrajudicialmente por los condóminos, no hubiera sido necesaria ni la intervención ni la aprobación judicial (arts. 406 y 1060 Cód. civ.).

PATRIA POTESTAD

Teniendo en cuenta la precariedad económica del padre, que había intentado infructuosamente visitar a sus hijas y que en ningún momento hubo comportamiento agresivo o violento por parte de éste hacia las menores, no procede privarle de la patria potestad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Rebeca y don Antonio convivieron en unión de hecho durante cuatro años (1991-1994) y de dicha unión nacieron dos hijas, Araceli nacida el 4 de septiembre de 1992 y Antonia nacida el 4 de agosto de 1993.

⊙ Doña Rebeca interpuso demanda de menor cuantía contra don Antonio solicitando que se dictase sentencia en la que se acuerde la privación de la patria potestad o subsidiariamente la suspensión de la patria potestad que don Antonio ostenta en la actualidad sobre sus dos hijas Araceli y Antonia, atribuyéndola en exclusividad a doña Rebeca, condenando igualmente al demandado a las costas del presente procedimiento.

⊙ 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 dicte sentencia desestimando la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Valencia dictó Sentencia el 22 de diciembre de 1997 estimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 7.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 9 de febrero de 1999 estimando el recurso de apelación interpuesto por don Antonio y revocando la sentencia de instancia desestimó la demanda.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero se formula al amparo del artículo 1692, 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haberse practicado la prueba pericial consistente en informe psicosocial solicitado por la demandante (hoy recurrente) en primera y segunda instancia sobre la personalidad del demandado y la situación psicológica de las menores a fin de determinar el perjuicio que el comportamiento habitual del demandado está causando a las menores, por vulneración del artículo 862.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 565 y 566 de la misma Ley.

Como expresa el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, el hecho de haberse dejado a la decisión del Tribunal de apelación la conveniencia de la práctica indica ya la falta de fundamento de este motivo, especialmente si, como sucede en este caso, la decisión de no practicar la prueba no puede calificarse de arbitraria o carente de una mínima justificación; porque, en efecto, desde la perspectiva de la pretensión deducida por la actora, consistente en la condena a la privación por incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad, la indicada prueba pericial resultaba ajena a la cuestión en cuanto perseguía averiguar si "el contacto entre el padre y las hijas era o no perjudicial" para éstas, tema que precisamente era el objeto de otro procedimiento entre las mismas partes mediante el sistema de visitas.

El motivo segundo se formula por infracción del artículo 170 del Código Civil, infringido por inaplicación del mismo en relación con el artículo 154, párrafo 2.º del mismo cuerpo legal. Como expresa el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, del desarrollo del motivo resulta que la línea argumental parte de unos hechos que no se corresponden con el presupuesto fáctico establecido en la sentencia recurrida y sobre el que se fundamenta el fallo. Centrada la cuestión litigiosa en acreditar si en la realidad se había o no producido el grave incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad, que en la demanda se centraban en la falta de prestación de alimentos y en la total falta de visitas del padre respecto de sus hijas, la sentencia de la Audiencia establece en sus dos primeros fundamentos de derecho que el padre demandado se mantuvo en una situación de precariedad económica, indicando incluso que no se acreditó en autos si, pese a ella, habrían entregado algunas cantidades para alimentos; que el padre demandado había intentado infructuosamente visitar a sus hijas menores y, finalmente, que en ningún momento se hubo comportado agresiva o violentamente para con las menores. Esta falta de respeto a los hechos probados, no susceptibles de modificación por no haber sido objeto de especial impugnación en sede casacional, determinaría la falta de fundamento del motivo y, consiguientemente su desestimación.

Por otra parte, sigue interesando el Ministerio Fiscal, la valoración de los hechos así establecidos como un supuesto no comprendido en el artículo 170 del Código Civil, resulta adecuada al sentido y finalidad del precepto según la interpretación dada por la doctrina jurisprudencial. En efecto, sea desde la perspectiva de la interpretación restrictiva del precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio y 18 de octubre de 1996, entre otras), sea desde la exigencia de una interpretación que atienda prioritariamente al interés del menor, (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996, entre otras), postulados ambos no incompatibles, la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000) imputable de alguna forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basados en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo. En este caso, las circunstancias de personas y tiempo que describe la sentencia recurrida no pueden ser consideradas como expresión de un incumplimiento que deba ser valorado como causa de privación de la patria potestad y, por tanto, el fallo judicial al desestimar la pretensión de privación de la misma ha aplicado correctamente la norma que se dice infringida.

Es decir, que tanto el fallo de la sentencia recurrida como el dictamen del Ministerio Fiscal, constituyen una interpretación razonable de la norma aplicable, determinante de la desestimación del recurso. Y así resulta de la consolidada doctrina jurisprudencial que ha de tenerse en cuenta. En efecto, el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente proteger o no penalmente a los hijos de las crisis familiares frente al incumplimiento de sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esta elección no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el artículo 14 de la Constitución.

(Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de abril de 1997).

Es conveniente subrayar la interpretación jurisprudencial que en concreto ha tenido en cuenta el Ministerio Fiscal. Así en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1996 se declara que la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual, supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada. E igualmente en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1996 se declara que el artículo 170 del Código Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma.

RÉGIMEN DE VISITAS

Procedencia del régimen de visitas a favor de la abuela paterna desestimando la alegación de la madre de que existe rechazo en la menor a la convivencia con aquélla.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Nuria, nieta de doña Virginia, nació el día 10 de mayo de 1991. Su padre don Óscar casado con doña Cristina, falleció el día 17 de febrero de 1997.

⊙ Doña Virginia interpuso demanda de menor cuantía contra doña Cristina solicitando que se dictase sentencia en la que se establezca el derecho de doña Virginia a tener consigo a su nieta los sábados de 10 de la mañana a 8 de la tarde, cuatro días por Navidad, dos por Semana Santa y 15 días en las vacaciones escolares de verano.

⊙ Admitida a trámite la demanda, la demandada contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «... dictar sentencia desestimatoria de la demanda y con imposición de costas a la demandante».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de San Vicente del Raspeig dictó Sentencia el 11 de octubre de 1999 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 2 de junio de 2000 estimando en parte el recurso interpuesto por doña Virginia y acordando que la actora pueda tener en su compañía a la menor Nuria, su nieta, sábados alternos desde la 10 a las 20 horas.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del recurso se ampara en el artículo 1692, 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 160 párrafo 2.º del Código Civil que dispone que "... no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes allegados".

La recurrente alega que existe rechazo por la nieta a la convivencia con su abuela demandante. Para esta alegación no esgrime error de derecho en la apreciacion de prueba, con cita de precepto procesal infringido.

Y hay que tener en cuenta las alegaciones de oposición al recurso que formula el Ministerio Fiscal, que observan con precisión los criterios jurisprudenciales manifestados respecto de estos supuestos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2002 indica que por el carácter siempre enriquecedor de las relaciones abuelos y nietas, no pueden ni deben limitarse a los pertenecientes a una sola línea, en este supuesto la paterna, y más, como se dice en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la relación de los actores, los familiares maternos, con las niñas no han sufrido un deterioro directo, sino indirecto por motivos ajenos a su recíproca comunicación, por lo que sin duda si la comunicación se realiza en la forma establecida, ha de resultar beneficiosa para los menores.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994, establece que el recurso es una muestra más de la lucha procesal del recurrente contra una decisión razonada y razonable de la Audiencia respecto del régimen de relación familiar, olvidándose del derecho material que la regula (artículo 162 del Código Civil) y de que es favorable para el menor el trato con los abuelos.

Por todo lo expuesto el motivo tiene que ser desechado, con la consiguiente desestimación del recurso.

No obstante, habiendo transcurrido desde el momento en que se adoptaron las medidas de guarda y custodia, el tiempo suficiente para que la menor, ya mayor de doce años, pueda ser oída, conforme resulta del derecho que establece la Ley del Menor (artículo 9.3) y a la vista de las determinaciones procesales que establecen los artículos 770.6.º y 774 y, especialmente el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede acordar la audiencia de dicha menor, con intervención del Ministerio Fiscal, a cuyo fin se librará el despacho oportuno, por la Audiencia al Juzgado de origen, de manera, que el Ministerio Fiscal, ordene, en su caso, si viere convenirle al interés de la menor, la modificación de las medidas adoptadas.

El derecho de visitas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral, como sucede en el presente caso en el que el padre fue condenado por actos de violencia sobre su hijo.

RÉGIMEN DE VISITAS

El principio de igualdad entre los hijos no impide apreciar situaciones diferenciadoras que autorizan a fijar los alimentos en distinta cuantía a los establecidos para una situación precedente y a favor de otros hijos del obligado nacidos de un matrimonio anterior, debiendo atenderse en cada caso a las circunstancias y estados concurrentes como aquí ha ocurrido.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Guillermo interpuso demanda de menor cuantía contra doña Erica solicitando que se dictase sentencia en la que se acuerden las siguientes medidas: «1.ª Que la patria potestad la ejerzan conjuntamente ambos progenitores, obligando a quien convive con el pequeño a informar puntualmente

al otro progenitor de todos y cada uno de los aspectos relativos al pequeño. 2.ª A fin de que pueda relacionarse el padre y su familia con su hijo se establecerá un régimen de visitas consistente en: Podrá visitar al niño y tenerlo en su compañía dos días por semana, martes y jueves normalmente por las mañanas (él trabaja por las tardes habitualmente) entre las 10,00 horas y las 13,00 horas. Pasará el niño fines de semana alternos junto a su padre, debiendo recogerlo y entregarlo en el domicilio que convive con su madre y en horario de 10,00 horas del sábado a 20,00 horas del domingo. Las vacaciones se establecerán por mitad en cuanto a las de Navidad y Semana Santa y así mismo durante el verano pasará el niño un mes en compañía de su padre, coincidiendo con sus vacaciones laborales. 3.ª Se impondrán las costas a la demandada».

⊙ Doña Erica se personó en el pleito y contestó a la demanda para oponerse a la misma y, al tiempo formuló reconvención, para terminar suplicando: «Que por contestada la demanda en tiempo y forma, y, previos los demás trámites legales que correspondan, en su día dictar sentencia desestimando la demanda por las razones expuestas y estimando la reconvención planteada, con expresa condena en costas a la parte actora».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Guadalajara dictó Sentencia el 18 de diciembre de 1999 fijando las siguientes medidas: 1. Que la patria potestad se ejerza conjuntamente por ambos progenitores, obligando a quien conviva con el pequeño a informar al otro progenitor de los aspectos relativos al pequeño. 2. A fin de que pueda relacionarse con el padre y su familia con el hijo se establecerá un régimen de visitas consistente en que el padre pueda estar en compañía de su hijo el sábado por la mañana, alternando con la madre, de tal forma que pueda estar el niño un sábado con ella y el siguiente con el padre de forma alterna, desde las once de la mañana hasta las trece horas, siempre en presencia de la abuela materna o persona que ésta designe de su total confianza, realizándose dichas vistas en el domicilio de la abuela materna o en el de la citada persona y sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas. Y estimando en parte la demanda reconvenida, debo establecer y establezco como pensión a favor del menor José Antonio en concepto de alimentos la suma mensual de 35.000 pesetas pagaderas por meses anticipados, entre los cinco primeros días de cada mes y actualizable anualmente de acuerdo al Índice de Precios al Consumo. Y sin tampoco hacer condena en costas a ninguna de las partes.

⊙ En grado de apelación, la AP de Guadalajara dictó Sentencia el 21 de julio de 2000 confirmando la sentencia del juzgado, con la única salvedad de adicionar a la misma, en lo referente al ejercicio del régimen de visitas fijado a favor del padre, que éste podrá ejercitarse en el lugar designado por la abuela materna, a su presencia o de la persona de su confianza que ésta señale, designaciones que serán puestas en conocimiento del Juzgado con antelación suficiente, pudiendo solicitar, en caso necesario, la intervención o auxilio o el empleo de las instalaciones de instituciones públicas o sociales de la Provincia, sin imposición de las costas de la segunda instancia.

⊙ Doña Erica interpuso recurso de casación.

⊙ En trámite de casación y a petición del Ministerio Fiscal se incorporó a las actuaciones la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Guadalajara, en procedimiento 119/2000, de fecha 28 de septiembre de 2001, que estableció como hechos probados que don Guillermo en el tiempo cronológico de finales de diciembre de 1997 o primeros de enero de 1997, había llevado a cabo diversos y diferentes actos de violencia física sobre su hijo, el menor José Antonio, causando lesiones al mismo que motivaron ingresos y asistencias hospitalarias, quedándole como secuelas trauma psíquico, callo de fractura en ambas piernas y posible angulación o dismetría en miembros que se evidenciaría cuando finalizase el desarrollo, por lo que dicho progenitor fue condenado como autor criminalmente responsable de un delito de malos tratos, cuatro delitos de lesiones, y de una falta de lesiones a las penas respectivas de dos años y seis meses de prisión por el delito de malos tratos y por cada

uno de los delitos de lesiones a la pena de prisión de dos años y seis meses y a cuatro arrestos de fin de semana por la falta, y, a su vez, a la privación de la patria potestad del hijo.

⊙ El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y suspendió el derecho de visitas del menor con su padre.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Sobre el régimen de visitas

Se alega en el motivo haberse infringido los artículos 94, 161, 158.3.º, 160 y 170 del Código Civil y artículos 2, 11.2, 12 y 13 de la Ley de Protección Jurídica del Menor en relación al 3.1 y 8 de la Convención sobre Derechos del Niño adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Se argumenta que no procedía mantener el régimen de visitas que decretó la sentencia recurrida, toda vez que el progenitor del menor, nacido éste el 2 de mayo de 1997, fruto de las relaciones extramatrimoniales que mantuvo con la demandada que reconvino (recurrente casacional) había causado graves males al niño, hasta el punto de que hubo necesidad de llevar a cabo diversos ingresos en centros hospitalarios, para ser curado de las lesiones sufridas, por cuyos hechos se tramitaron diligencias penales en las que figuraba como imputado el padre (demandante) y también la madre y la grave situación creada determinó la medida judicial adoptada de atribuir provisionalmente la guarda y custodia del menor a la abuela materna.

El Tribunal de Apelación no accedió a la petición de suspensión del derecho de visitas por el padre, para lo que tuvo en cuenta que los informes psicológicos aportados no detectaban en el mismo trastornos mentales, psicopatológicos o disfuncionalidades en las relaciones respecto a otros hijos del explorado, ni criterios educativos erráticos, considerando conveniente para el menor mantener la relación con los progenitores, la que debería establecerse respecto al padre en forma progresiva y con el control inmediato de tercera persona.

Sucede que en el trámite de casación y a petición del Ministerio Fiscal se incorporó a las actuaciones la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Guadalajara, en procedimiento 119/2000, de fecha 28 de septiembre de 2001, que estableció como hechos probados que don Guillermo en el tiempo cronológico de finales de diciembre de 1997 o primeros de enero de 1997, había llevado a cabo diversos y diferentes actos de violencia física sobre su hijo, el menor José Antonio, causando lesiones al mismo que motivaron ingresos y asistencias hospitalarias, quedándole como secuelas trauma psíquico, callo de fractura en ambas piernas y posible angulación o dismetría en miembros que se evidenciaría cuando finalizase el desarrollo, por lo que dicho progenitor fue condenado como autor criminalmente responsable de un delito de malos tratos, cuatro delitos de lesiones, y de una falta de lesiones a las penas respectivas de dos años y seis meses de prisión por el delito de malos tratos y por cada uno de los delitos de lesiones a la pena de prisión de dos años y seis meses y a cuatro arrestos de fin de semana por la falta, y, a su vez, a la privación de la patria potestad del hijo.

La referida sentencia fue confirmada por la firme que pronunció la Audiencia Provincial de Guadalajara el 20 de marzo de 2002, con la modificación decisoria de que el límite máximo de cumplimiento de las penas impuestas sería el de siete años y seis meses.

El artículo 94 del Código Civil se refiere a los progenitores que no tengan consigo a los menores para establecer el derecho que les asiste a visitarlos, el que judicialmente sólo se podrá limitar o suspender cuando se dan graves circunstancias que así lo aconsejen, actuando este supuesto como excepción a la regla general de carácter imperativo –el precepto emplea el término "gozará"–, en cuanto a las relaciones personales entre padres e hijos y como toda excepción ha de ser cumplidamente probada.

A su vez el artículo 160 contempla el supuesto bien concreto de que el padre o la madre no ejerzan la patria potestad, para reconocerles el derecho a relacionarse con sus hijos, lo que podrá impedirse si concurren justas causas.

El derecho de visitas debe estar subordinado al interés y beneficio del menor y este sentido proteccionista se manifiesta bien claramente expresado en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, en cuanto que su artículo 9, en relación con el 3, permite a los Tribunales decretar la separación del menor de sus padres, cuando, conforme a la Ley y procedimientos aplicables, tal separación sea necesaria, en interés superior del niño (Sentencia de 12-2-1992), y en este sentido la Ley Orgánica de 15 de

enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor, sienta como principio general la primacía del interés como superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (Arts. 2 y 11-2-a), aplicable por tanto al régimen de visitas, al ser el inspirador de las relaciones personales con los menores y ha de ser respetado por todos los poderes públicos, padres, familiares y ciudadanos y sobre todo por los juzgadores, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del menor, evitando que pueda ser manipulado o sujeto de actuaciones reprobables, pues progresivamente, con el transcurso de los años, se encontrará en condiciones de decidir lo que pueda más convenirle para su integración tanto familiar como social.

El derecho de visitas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (Sentencias de 30-4-1991, 19-10-1992, 22-5 y 21-7-1993) y en este sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviesen la misma nacionalidad, para establecer que el derecho de visitas ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas sus dimensiones y lo mismo si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto.

Aquí tenemos una sentencia firme penal condenatoria que vincula a la Jurisdicción Civil en cuanto a los hechos declarados probados (Sentencias de 26-9-1994, 28-3-1996 y 31-10-1998) y los mismos ponen bien de manifiesto la conducta agresiva y violenta del padre hacia el hijo y con ello el peligro que para éste puede suponer mantener relaciones personales en los actuales momentos, al concurrir tanto graves circunstancias como justas causas para poder decretar la suspensión del derecho de visita, respecto a lo cual los juzgadores gozan de amplias facultades discrecionales, que aquí no se establece con carácter definitivo para dejar abierta su modificación según las circunstancias futuras concurrentes.

El motivo se estima.

2. Sobre la pensión alimenticia

El último motivo contiene infracción de los artículos 14 y 39 de la Constitución, en relación al artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en apoyo de la pretensión deducida en vía reconvencional, de que, conforme al artículo 140 del Código Civil, la prestación de alimentos a favor del hijo, debería haberse efectuado teniendo en cuenta las necesidades del alimentista y capacidad económica del progenitor obligado.

En el caso presente la sentencia recurrida, a efectos de fijar la pensión reclamada, no tuvo en cuenta como hecho determinante la ayuda personal que pudiera recibir la recurrente de su madre, abuela del menor, por lo que no actuó esta situación como criterio decisivo para establecer la cuantía de la pensión por alimentos, reclamada en la suma de 55.000 pesetas al mes.

Se argumenta que no hacerlo así el menor José Antonio estaría en peor condición como hijo no matrimonial respecto a los otros dos hijos del padre habidos de unión matrimonial.

La sentencia de apelación lo que tuvo en cuenta fueron disponiblidades económicas actuales del padre, cargas que pesaban sobre el mismo y necesidades del niño, limitándose a reconocer las atenciones y cuidados que le puede prestar la abuela materna y a establecer que también pesa sobre la madre el deber de contribuir con una cifra igual a la aportada por el padre, por lo que se fijó la suma de 35.000 pesetas como pensión alimenticia mensual, que se presenta como la adecuada y proporcional.

En la determinación de este importe económico a cargo de los Tribunales rige el prudente arbitrio de éstos y su revisión casacional sólo puede tener lugar cuando se demuestre concurrir infracción legal (Sentencias de 16-11-1978, 30-10-1986, 5-10-1993 y 3-12-1996), o si se trata de resolución ilógica o aparezca evidente desproporción entre la suma establecida respecto a los medios económicos del alimentante y necesidades reales del alimentista, tratándose de situación que no alcanza estado definitivo, ya que puede ser objeto de variación, conforme las previsiones del artículo 147 del Código Civil.

El motivo se rechaza, pues el principio de igualdad entre los hijos no impide apreciar situaciones diferenciadoras que autorizan a fijar los alimentos de que se trata en distinta cuantía a los establecidos para una situación precedente y a favor de otros hijos del obligado nacidos de un matrimonio anterior (Sentencia de 18-5-2001), debiendo atenderse en cada caso a las circunstancias y estados concurrentes como aquí ha ocurrido.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Aunque en el convenio regulador del año 1993 se pactó que la esposa compraría al esposo su mitad indivisa de la vivienda familiar, habiéndose otorgado la escritura pública de venta en el año 1994 con posterioridad a haberse practicado el embargo, se desestima la tercería de dominio interpuesta por la esposa.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 2005

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña María Antonieta interpuso demanda de tercería de dominio contra el Banco Español de Crédito, SA y don Carlos José, solicitando que se dictase sentencia por la que se declare y condene: 1.º Que el título de dominio de la actora relativo a la mitad indivisa del piso ... adquirido por compra a su marido don Carlos José inscrito en el Registro de la Propiedad número 7 de Barcelona, consistente tanto en el pacto compromisario de compraventa contenido en el convenio privado regulador de separación conyugal otorgado el 30 de diciembre de 1993 por los esposos don Carlos José y doña María Antonieta, que fue protocolizado ante Notario, como en la escritura pública de compraventa de 17 de febrero de 1994, otorgada por los antes referidos esposos, es preferente al crédito del Banco Español de Crédito, SA preventivamente anotado en el Registro de la Propiedad bajo letra A tomada en el folio registral 5 vto. de la antes referida finca, por embargo de la misma, debiéndose considerar a la actora como tercero hipotecario, por lo que ha de ser mantenida en su adquisición. Y asimismo, se ordene alzar el antes referido embargo y cancelar por consiguiente la anotación preventiva anteriormente referida, expidiéndose al efecto los oportunos mandamientos cancelatorios, acordándose asimismo sobreseer el procedimiento de apremio seguido contra la finca antes dicha en el Juicio Ejecutivo del que son pieza separada las presentes actuaciones. 2.º Y para el caso de que no fueran admitidas las anteriores pretensiones, de forma subsidiaria y alternativa, se declare que por consistir el bien embargado en el domicilio habitual familiar del ejecutado y no haber prestado su consentimiento el cónyuge de éste a la traba del embargo, se proceda a declarar asimismo que dicho embargo objeto de anotación preventiva se decretó en infracción de Ley y se ordene su alzamiento así como la cancelación de la anotación preventiva objeto del mismo en la forma prescrita legalmente. Todo ello con expresa imposición de las costas del presente juicio a la parte aquí demandada.

⊙ Banco Español de Crédito, SA, contestó a la demanda interesando su desestimación y formuló reconvención, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado que acuerde decretar la nulidad del Convenio Regulador, en especial su estipulación sexta, referida a la promesa de venta y asimismo de la escritura de compraventa otorgada por don Carlos José y su esposa doña María Antonieta, por tratarse de un negocio jurídico simulado y cuyo fin era perjudicar a mi mandante, acreedor de Carlos José, decretando asimismo la cancelación en el Registro de la Propiedad núm. 7 de Barcelona, de la inscripción producida en virtud de la expresada escritura y por último se condene a los demandados reconvencionales al pago de las costas que se ocasionaren si temerariamente se opusieren a esta pretensión.

⊙ Doña María Antonieta contestó a la demanda reconvencional oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda reconvencional formulada de contrario absolviendo de la misma a mi representada, doña María Antonieta, en primer lugar en aras a la excepción de

litisconsorcio pasivo necesario propuesta en este escrito, y de no acogerse ésta, en segundo lugar y entrando en el fondo del asunto traído a debate, se declare también tal desestimación de la demanda reconvencional y absolución de mi mandante de las pretensiones deducidas por la contraparte en méritos de los hechos y fundamentación jurídica expuestos en el cuerpo de este escrito; con expresa imposición de las costas del proceso a dicha parte demandante reconvencional.

⊙ Se declaró en rebeldía a don Carlos José por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 49 de Barcelona dictó Sentencia el 17 de septiembre de 1996 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia el 14 de julio de 1998, desestimando el recurso interpuesto por doña María Antonieta.

⊙ Doña María Antonieta interpuso recurso de casación que, aunque entró a conocer de la petición subsidiaria que se contenía en el suplico de la demanda, desestimó íntegramente la misma.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se plantean en este recurso tres cuestiones jurídicas:

1. Título de propiedad

El título de propiedad que alega la tercerista lo basa en el acuerdo de separación conyugal, como negocio jurídico de Derecho de familia, de fecha 30 de diciembre de 1993 en el que se dispuso, respecto al piso cuya mitad indivisa, perteneciente al que fue su esposo don Carlos José, fue embargada (en 19 de enero de 1994, anotado en el Registro de la Propiedad en 1 de marzo de 1994), objeto de la tercería, lo siguiente: Estipulación 6.º, párrafo 2.º "con referencia al acerbo común del matrimonio consistente en la titularidad registral del que fue domicilio conyugal, así como del parking, que forma una sola finca dominical, la cual consta inscrita a nombre de los dos cónyuges en común y proindiviso, la esposa comprará a don Carlos José su mitad indivisa por la cantidad de tres millones de pesetas. El esposo se compromete a firmar cuantos documentos sean necesarios para dicho cambio de nombre, recibiendo la cantidad mencionada en el momento en que se otorgue la pertinente escritura pública de compraventa". La escritura pública de compraventa de la mitad indivisa de este último a aquélla se formalizó el 17 de febrero de 1994, se subsanó un defecto el 24 de octubre de 1994 para su inscripción registral, que se produjo efectivamente. La cuestión es si la compraventa se perfeccionó en aquel acuerdo de separación (posición de la recurrente) o en esta escritura de compraventa (posición de las sentencias de instancia). A este tema se refieren los tres primeros motivos del recurso.

Analizando el texto de la concreta cláusula que se ha transcrito en el fundamento anterior, el contexto del acuerdo, negocio jurídico de derecho de familia y los actos de los sujetos que el esencial es el otorgamiento posterior de escritura pública de compraventa, esta Sala estima que carece de tal título; hubo un precontrato, no transmisivo del dominio; éste no fue adquirido por ella hasta el 17 de febrero de 1994 posterior al embargo (que se produjo el 19 de enero de 1994) fecha de otorgamiento de la escritura pública de venta de la mitad indivisa del piso de su propietario don Carlos José a la que fue su esposa, doña María Antonieta, demandante tercerista y recurrente en casación.

Se ha considerado el precontrato como una primera fase del *iter contractus:* la relación jurídica obligacional nace en aquél y posteriormente, de común acuerdo o por exigencia de una de las partes, se pone en vigor el contrato que había sido preparado. Así, se distinguen dos fases: la primera, el precontrato que es distinto del contrato y no produce los efectos de éste, como pudiera ser la transmisión de la propiedad, sino sólo el que las partes pueden exigirse el paso a la fase segunda, que es la celebración del contrato preparado y es éste el que producirá los efectos que le son propios. Distinción entre el precontrato consistente en la promesa de venta y el contrato de compraventa que han seguido con clara precisión las sentencias de 11 de octubre de 2000, 20 de abril de 2001 y 31 de diciembre de 2001.

En el caso presente hay una promesa de venta, como precontrato pero no hay un contrato de compraventa. Las partes cumplieron efectivamente

aquél al otorgar la escritura de compraventa en la que el vendedor, D. Carlos José afirma, con razón, ser el propietario. Es en este momento cuando la compradora, doña María Antonieta, adquiere la propiedad de la mitad indivisa del piso que le ha sido vendida. Y en este momento, ya se había efectuado el embargo sobre la misma, embargo que se anotó en el Registro de la Propiedad antes de la inscripción de la transmisión del dominio producida por dicha compraventa.

En consecuencia, no se ha dado infracción alguna de los artículos del Código civil relativos a la interpretación del contrato (en este caso, del negocio jurídico) ya que se estima correcta la calificación de precontrato que han hecho las sentencias de instancia y debe desestimarse el motivo primero. Tampoco se han infringido los artículos del Código civil relativos a la compraventa y a la promesa de venta, negocios jurídicos distintos y diferenciados por la doctrina y por reiterada jurisprudencia; se ha razonado tal distinción y se ha concluido que no hubo contrato de compraventa, sino precontrato que no transmitió la propiedad, por lo que se desestima el motivo segundo. Tampoco se han infringido las normas sobre la posesión, entendida como modo de adquirir la propiedad, porque falta el título ya que el precontrato no es tal: por ello, se desestima el motivo tercero.

2. La protección del tercero hipotecario.

El primer párrafo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria reza así: "El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro." La tercerista, según su posición, adquirió la propiedad en 1993, por el acuerdo de separación y el embargo se produjo en 1994; según la posición de las sentencias de instancia la adquirió por la escritura de compraventa en 1994 después del embargo. En todo caso, cuando se inscribió el derecho de propiedad de la tercerista, estaba ya anotado en el Registro de la Propiedad el embargo. A ello se refieren los motivos cuarto, quinto y séptimo.

La segunda de las cuestiones que se plantean en casación giran alrededor de la adquisición de buena fe, del titular registral, que conlleva la consideración de tercero hipotecario que es protegido aun adquiriendo *a non domino*. No es éste el caso presente. La demandante tercerista y recurrente en casación doña María Antonieta adquirió el derecho de propiedad sobre la mitad indivisa que le vendió el que fue su esposo don Carlos José por compraventa otorgada en escritura pública, en fecha 17 de febrero de 1994, completada en 24 de octubre del mismo año, tras lo que accedió al Registro de la Propiedad; el embargo tuvo efecto en fecha 19 de enero de 1994 y la anotación preventiva es de 1 de marzo del mismo año. En consecuencia, dicha tercerista adquirió la propiedad de un bien ya embargado y tuvo entrada en el Registro de la Propiedad cuando ya constaba en el mismo tal embargo. No se da pues infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y se desestima el motivo séptimo.

Asimismo, tal como declara probado la sentencia de instancia, la tercerista tampoco podía ser tenida bajo el concepto de tercero hipotecario puesto que le falta el requisito de buena fe, entendida como conocimiento del acto (embargo en este caso) que le perjudica; dicha sentencia razona detalladamente la serie de circunstancias que le llevan a afirmar que "hacen decaer en la apelante actora la condición de tercero de buena fe" (fundamento tercero, *in fine*); son hechos probados que no sólo son intocables en casación, sino que esta Sala comparte la conclusión: la demandante tercerista conoció el procedimiento ejecutivo, el requerimiento del pago y el embargo. Frente a ello, no prevalece una prueba de presunciones que la parte recurrente expone en el recurso, como motivo cuarto, en el sentido de que la conclusión le resulta favorable, partiendo de hechos no siempre coincidentes con los de la sentencia; en ésta no se ha infringido el artículo 1253 del Código civil y este motivo se desestima.

En relación con lo anterior, concretamente la diligencia de requerimiento de pago y embargo, se ha insistido en casación en su nulidad por infringir los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia de instancia se enfrenta a este tema y mantiene que debió plantearse en el juicio ejecutivo, lo que esta Sala comparte, ya que no se trata sino de las formalidades y requisitos de actos procesales que no pueden enjuiciarse en proceso de tercería de dominio. Por lo cual, se desestima también el motivo quinto del recurso.

3. Nulidad de la anotación preventiva de embargo.

La tercera de las cuestiones es atinente a la acción subsidiaria que ha ejercitado la demandante tras la principal de tercería de dominio y que aparece como apartado segundo del suplico de la demanda en que se interesa que se declare que el embargo al que se refiere la presente tercería, se practicó en infracción de ley y que se ordene su alzamiento y la cancelación de su anotación preventiva, por consistir el bien embargado en la vivienda conyugal y no haber prestado el consentimiento el cónyuge, que es precisamente la demandante tercerista.

El motivo octavo del recurso se enfrenta a esta cuestión desde el punto de vista de la incongruencia y el motivo debe estimarse pues es un caso claro

de incongruencia omisiva. De tal acción subsidiaria, la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia nada dice, sin hacer siquiera la más mínima mención. La de la Audiencia Provincial recoge la alegación del Letrado de la demandante apelante, pero nada dice en la sentencia ni menciona en el fallo. Ante tal silencio, debe apreciarse la incongruencia omisiva, alegada conforme el artículo 1692, núm. 3 primer inciso de la Ley de Enjuiciamiento civil por lo que, conforme al artículo 1715.1.3.º de la misma ley, esta Sala debe resolver lo procedente en los términos en que aparece planteado el debate, lo que hace necesario entrar en la cuestión de fondo, en relación con esta cuestión, que es objeto de los motivos noveno y décimo.

La Ley 8/1993, de 30 de septiembre, del Parlamento de Cataluña, en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, hoy recogida en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, aplicable al presente caso en que la vivienda conyugal y los cónyuges se hallan en Barcelona exige (artículo 9) que todo acto de disposición sobre la vivienda familiar por el cónyuge titular, exige el consentimiento del otro; a su vez, el artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario reitera tal necesidad siempre que tal carácter conste en el Registro de la Propiedad; lo cual no se trata de una simple norma reglamentaria, sino que protege al tercero que debe confiar en la inscripción registral. En el presente caso, consta la adquisición por doña María Antonieta y don Carlos José por mitad y pro indiviso, del piso, siendo solteros y cuando más tarde contraen matrimonio, no se hace constar el carácter de vivienda conyugal. Por lo cual no cabe anular un embargo que se trabó a instancia de tercero que confió en el contenido del Registro de la Propiedad.

De lo cual se desprende la desestimación de los motivos noveno y décimo, que se refieren a la cuestión de fondo que ha sido tratada y resuelta en el sentido de denegar la anulación del embargo y, por ende, de la tercería, no habiéndose infringido las normas que se citan sobre la prueba documental y sobre el derecho de propiedad y, desde luego, no aparece infracción alguna del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución Española.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

El patrimonio ganancial resulta responsable de la deuda contraída por el esposo como administrador de una sociedad mercantil porque la actuación que la ha generado ha sido beneficiosa para la propia sociedad conyugal.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Excma. doña Encarna Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Joaquín, administrador de la sociedad DISCUBER, SA se puso en contacto con don Bernardo, para informarle que la mencionada sociedad iba a ampliar capital y ofreciéndole adquirir la condición de socio mediante la aportación de 15 millones de pesetas, cosa que el Sr. Bernardo efectuó, sin que después se cumpliera este ofrecimiento ni se le reintegrara la cantidad.

⊙ Esta situación provocó que el Sr. Bernardo interpusiera una primera demanda contra la sociedad DISCUBER, SA, que fue condenada por sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Burgos en fecha 15 de mayo de 1992, sentencia que devino firme.

⊙ A la vista de que no conseguía el cumplimiento de la sentencia por la insolvencia de la sociedad, don Bernardo interpuso una segunda demanda contra los administradores de la sociedad, ejercitando una acción individual de responsabilidad. La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Burgos, en fecha 5 de mayo de 1994 consideró probado que se había efectuado este ofrecimiento y que se

dispuso del dinero aportado por don Bernardo sin ninguna diligencia; condenó a los demandados solidariamente a abonar al actor la cantidad de 15 millones de pesetas. Esta sentencia fue confirmada en todos sus términos por la Audiencia Provincial de Burgos el 6 de febrero de 1995; la Audiencia consideró probado que desde el mes de septiembre de 1991 la sociedad DISCUBER, SA estaba en situación de insolvencia, que cerró su factoría a finales del mismo año y que carecía de patrimonio alguno, por lo que confirmó la sentencia apelada y condenó solidariamente a todos los administradores.

⊙ El 9 de diciembre de 1991 los cónyuges don Joaquín, administrador de DISCUBER, SA, y su esposa Carolina otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales en la que disolvieron la sociedad de gananciales y se adjudicaron los bienes, de manera que correspondieron a la esposa los inmuebles y al marido el dinero que declararon existía en la sociedad y pactaron el régimen de separación de bienes.

⊙ El 18 de diciembre de 1991, doña Carolina otorgó a favor de su madre una hipoteca sobre algunos de los bienes inmuebles que se había adjudicado en la liquidación de los gananciales en garantía de un préstamo que dijo haber recibido de ésta por valor de 5 millones de pesetas.

⊙ El mismo día 18 de diciembre de 1991 la misma doña Carolina otorgó a favor de su cuñada doña Penélope una hipoteca sobre otros bienes inmuebles en garantía de un préstamo de 10 millones de pesetas.

⊙ Don Bernardo interpuso demanda de menor cuantía contra doña Carolina, doña Sara, don Carlos Jesús y doña Penélope solicitando que se dictase sentencia y se declarase que: 1.º doña Carolina responde frente a don Bernardo, con todos sus bienes, o en su defecto con los bienes gananciales que le fueron adjudicados en la Escritura de Capitulaciones Matrimoniales de la deuda de 15.000.000, de pesetas de principal, más sus intereses legales devengados desde el día 17 de diciembre de 1991 al tipo del interés legal (sin incremento de dos puntos desde el 6 de febrero de 1995), a cuyo pago fue condenado don Joaquín con carácter solidario en la Sentencia de la Iltma. Audiencia Provincial de Burgos de fecha 6 de febrero de 1995 referida en el Hecho Décimo; y, en consecuencia, se condene a doña Carolina a pagar a mi mandante (respondiendo con todos sus bienes, o en su defecto con los bienes gananciales que le fueron adjudicados mediante dicha Escritura) referidos principal e intereses, deduciendo las cantidades que don Bernardo haya percibido de don Joaquín (hasta la fecha 525.000 pesetas) o de cualquiera de los otros cuatro condenados solidariamente. 2.º Se declare la nulidad de la Escritura de constitución de hipoteca, otorgada el día 18 de diciembre de 1991 por doña Carolina y doña Sara, referida en el Hecho Decimocuarto; condenándose a dichas codemandadas, y asimismo a don Carlos Jesús, a estar y pasar por la anterior declaración; declarándose asimismo la nulidad y cancelación de las inscripciones registrales a que ha dado lugar dicha Escritura. 3.º En defecto de la declaración de nulidad postulada en el apartado 2.º precedente, se declare la rescisión de la Escritura referida en dicho apartado, condenándose a doña Carolina y doña Sara, y asimismo a don Carlos Jesús, a estar y pasar por la anterior declaración; declarándose asimismo la cancelación de las inscripciones registrales a que ha dado lugar dicha Escritura. 4.º Se declare la nulidad de la Escritura de constitución de hipoteca, otorgada el día 18 de diciembre de 1991 por doña Carolina y doña Penélope, referida en el Hecho Decimoquinto; condenándose a dichas codemandadas, a estar y pasar por la anterior declaración, declarándose asimismo la nulidad y cancelación de las inscripciones registrales a que ha dado lugar dicha Escritura. 5.º En defecto de la declaración de nulidad postulada en el apartado 4.º precedente, se declare la rescisión de la Escritura referida en dicho apartado, condenándose a doña Carolina y doña Penélope, a estar y pasar por la anterior declaración; declarándose asimismo la cancelación de las inscripciones registrales a que ha dado lugar dicha Escritura. 6.º Se impongan las costas a los codemandados.

⊙ Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de doña Amanda, como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, mandando cancelar las anotaciones preventivas insertas en el Registro de la Propiedad número 1 de Burgos sobre las ocho fincas reseñadas en el hecho decimotercero de la demanda, dirigiéndolos mandamientos oportunos e imponiendo las costas a la parte actora.». La representación de doña Sara alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: «... se dicte en su día Sentencia por la que se desestimen íntegramente los pedimentos deducidos de contrario, mandando cancelar las anotaciones preventivas inscritas en el registro de la propiedad núm. uno de los de Burgos sobre las fincas a las que se refiere el Hecho decimotercero del escrito de demanda, librando los oportunos mandamientos al mencionado Registro, condenando a la actora a las costas causadas en el presente litis...»

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Burgos dictó Sentencia con fecha 25 de mayo de 1998 estimando íntegramente la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP Burgos dictó Sentencia el 30 de diciembre de 1998 desestimando el recurso interpuesto por doña María Virtudes, doña Carolina y doña Sara.

⊙ Doña María Virtudes, doña Carolina y doña Sara interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo de casación se fundamenta en el artículo 1692, 4 Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida y errónea interpretación del artículo 1366 CC, porque aun aceptando el recurrente la argumentación de la sentencia recurrida, entiende que no debería habérsele condenado porque la concurrencia de dolo o culpa grave del deudor excluye la responsabilidad de los gananciales.

Las sentencias de 1.ª Instancia y de apelación, si bien están de acuerdo en imputar la responsabilidad de la deuda contraída por el recurrente a la sociedad de gananciales, discrepan en el fundamento de esta responsabilidad. El Juez de 1.ª Instancia lo atribuye al supuesto previsto en el artículo 1365.2º CC, mientras que la Audiencia considera que se trata de una responsabilidad extracontractual y por ello aplica el artículo 1366 CC. La doctrina siempre ha puesto de relieve la dificultad en distinguir los supuestos de aplicación de ambos artículos y así ha venido sucediendo también en la jurisprudencia de esta Sala. Por ello resulta imprescindible el análisis del caso concreto sometido a nuestra consideración para llegar a una solución correcta.

Entre los hechos considerados probados por la sentencia de apelación destaca que el marido y la mujer habían avalado préstamos concedidos a la sociedad DISCUBER, SA, de la que el marido era accionista y administrador y que los bienes recibidos del demandante habían servido para la cancelación de las deudas que ambos cónyuges tenían como avalistas.

Partiendo de esta base debemos examinar las distintas opciones que se presentan al juzgador:

1.º La obligación de devolver el dinero aportado por el Sr. Bernardo puede ser considerada una carga de la sociedad de gananciales, de acuerdo con el artículo 1362, 4.º CC que atribuye esta cualidad a las que se originen por "el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge". De aquí que la responsabilidad frente a terceros acreedores debe regirse por el artículo 1365, 2.º CC. Sin embargo, contra esta consideración se levanta la objeción que esta concreta deuda no se originó en el desempeño ordinario de la profesión del Sr. Joaquín, sino que fue causada por el destino desviado que se dio a los fondos aportados por el Sr. Bernardo, que no sirvieron para ampliar el capital de DISCUBER, SA, sino para saldar los avales que el mencionado don Joaquín y su esposa habían otorgado en garantía de préstamos concedidos a la sociedad de la que don Joaquín era administrador.

2.º En consecuencia, parece más adecuado considerar que la obligación de don Joaquín como

responsable solidario de la deuda de la sociedad DISCUBER, SA, debe regirse por lo dispuesto en el artículo 1366 CC, es decir, se trata de una responsabilidad extracontractual, entendida esta expresión en sentido amplio, porque no tiene su origen en un contrato, sino que se trata de una indemnización de daños y perjuicios originada por las disposiciones legales y concretamente, en los artículos 133 y 135 LSA y que, además, ha sido beneficiosa para la sociedad de gananciales, puesto que ha eliminado un pasivo de ambos cónyuges, consistente en los avales asumidos y ya aludidos, pasivo que, era una deuda de la sociedad de gananciales, interpretación que coincide con la naturaleza de la responsabilidad de los administradores que establece el artículo 135 LSA. Y ello dejando aparte la colaboración de la propia esposa en todas las operaciones económicas.

3.º El recurrente admite esta calificación, pero considera que al concurrir "dolo o culpa grave" del marido, la responsabilidad no corresponde a la sociedad de gananciales, sino a éste, que en el momento actual es insolvente, como lo demuestran los hechos probados. Esta objeción no es válida, porque la norma del artículo 1366 CC no permite disminuir las garantías del acreedor, sino que frente al tercero funcionará la responsabilidad de la sociedad de gananciales, con independencia de las acciones que los cónyuges tengan entre ellos para el reembolso de lo pagado que no debiera ir a cargo de la sociedad.

La conclusión es que el patrimonio ganancial resulta responsable de la deuda contraída por don Joaquín porque la actuación que la ha generado ha sido beneficiosa para la propia sociedad conyugal, lo que implica la no admisión del primer motivo del recurso.

El segundo motivo del recurso, formulado al amparo del artículo 1692, 4 LEC se formula por infracción e indebida aplicación del artículo 1401 CC, por considerar que al no tratarse de una deuda de la sociedad de gananciales, no debe aplicarse esta disposición. El tercer motivo vuelve sobre la misma cuestión, porque al amparo del artículo 1692, 4.º LEC, denuncia la inaplicación del artículo 1373 CC. Deben considerarse, pues, conjuntamente estos motivos, porque inciden en la falta de responsabilidad de la sociedad de gananciales por la deuda contraída.

El rechazo de este motivo es una consecuencia clara de lo dicho en el fundamento segundo de esta Sentencia. Tratándose de una deuda de la sociedad de gananciales contraída antes de su disolución, los capítulos matrimoniales no son oponibles a los terceros acreedores, que, de acuerdo con el artículo 1401 Código civil, podrán dirigirse contra los bienes adjudicados al cónyuge no deudor. Deben rechazarse los motivos segundo y tercero del recurso.

El cuarto motivo, formulado al amparo del artículo 1692, 4.º LEC denuncia la inaplicación del artículo 1111 CC en cuanto establece que el deudor para poder impugnar los actos hechos en fraude de su derecho, debe antes dirigirse contra los bienes de su deudor. El motivo incide en una petición de principio porque considera que no siendo doña Carolina deudora del Sr. Bernardo, éste no tiene legitimación para ejercer ninguna acción en contra suya ya que primero se debió impugnar la liquidación de los gananciales.

La cuestión tiene fácil solución de acuerdo con los argumentos aportados en el fundamento segundo de esta sentencia, que debe considerarse reproducido aquí, por lo que debe rechazarse el cuarto motivo del recurso.

El quinto motivo, formulado al amparo del mismo artículo 1692, 4.º LEC denuncia la inaplicación de los artículos 1300 y 1302 CC, porque considera que al no ser el Sr. Bernardo "obligado ni personal ni subsidiariamente" en los contratos otorgados por doña Carolina con su madre, contratos declarados nulos por simulación, no está legitimado para impugnarlos.

La argumentación carece de base, porque el artículo 1302 CC es aplicable a aquella forma de ineficacia conocida como anulabilidad, que permite al perjudicado impugnar el contrato que le ocasionó el perjuicio, mientras que para pedir la nulidad está legitimado cualquier interesado, haya sido o no parte del contrato. Y siendo interesado don Bernardo por ser acreedor por una obligación contraída antes de la celebración de los contratos que se han declarado nulo y rescindible, respectivamente, por la sentencia apelada, debe considerársele legitimado a los efectos del ejercicio de las correspondientes acciones de nulidad.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Inclusión en el activo de un vehículo adquirido por el esposo después de disuelta la sociedad de gananciales al presumirse que lo adquirió con dinero procedente de los rendimientos de la explotación ganadera comercial que siguió administrando en exclusiva.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Jesús interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña Amelia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dicte sentencia por la que se declare: que el activo y pasivo de la sociedad conyugal son los recogidos en este escrito de demanda, referidos, concretamente, en el hecho tercero y cuarto, e incluida la deuda de la sociedad para con don Jesús; una vez realizado el inventario, se proceda a su liquidación y, hechas las correspondientes compensaciones y pagos, se adjudique a cada uno de los consortes la mitad de los bienes resultantes si hubiera lugar a ello.

⊙ Doña Amelia contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que con desestimación íntegra de la demanda en los términos en que se formula, se declare que el activo y el pasivo de la sociedad conyugal, previo su inventario y avalúo, vendrá constituido a resultas de la prueba que se practique a autos, procediendo a la liquidación de la sociedad legal de gananciales mediante la adjudicación a cada uno de los consortes de la mitad de la masa patrimonial neta resultante, todo ello con expresa condena en costas al actor.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Alcañiz dictó Sentencia el 8 de septiembre de 1998 declarando liquidada la sociedad de gananciales formada por las partes debiendo aplicar los bienes que constan en el activo a satisfacer con ellos el pasivo de la sociedad, quedando obligados a hacerse cargo del saldo negativo resultante de 506.961 pesetas por partes iguales.

⊙ En grado de apelación, la AP de Teruel dictó Sentencia el 5 de marzo de 1999 estimando en parte los recursos de apelación interpuestos por las partes y revocando en parte la sentencia del Juzgado en el sentido de que la liquidación de la sociedad conyugal deberá llevarse a efecto conforme al inventario establecido en el fundamento jurídico sexto de la resolución recurrida, con las modificaciones que se establecen en los fundamentos jurídicos II, III y IV de la presente resolución, repartiendo en partes iguales entre los cónyuges el saldo resultante de aquella liquidación, cifrado en dos millones doscientas treinta mil siete pesetas (2.230.007 pesetas), sin hacer imposición expresa a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias.

⊙ Ambos litigantes interpusieron recursos de casación que fueron parcialmente estimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado las cuestiones relativas a la práctica de la prueba pericial y a la indefensión que fueron rechazadas por el Tribunal Supremo en base a que el mismo no es una tercera instancia, interesa destacar lo relativo a la prueba de presunciones que fue aplicada por la sentencia de la Audiencia Provincial, y que sirvió para incluir en el activo un tractor adquirido por el esposo cuando ya estaba disuelta la sociedad de gananciales y para excluir el pasivo unas deudas gananciales que se generaron con posterioridad a dicha fecha, y todo ello con el fundamento de que el esposo, que siguió administrando la explotación ganadera propiedad de la sociedad de gananciales, no cumplió con el requerimiento del Juzgado en orden a la entrega de la documentación necesaria para determinar los rendimientos de las explotaciones por él administradas.

El esposo recurre en casación, al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y acusa infracción del artículo 1397.1.º del Código civil. Su fundamentación repite la del motivo primero en cuanto a los elementos que la sentencia recurrida ordena que se incluyesen en el activo del inventario de la sociedad de gananciales, y también la referente al bien que fue incluido por dos veces en el mismo. Añade a estas repeticiones una queja casacional nueva, y es que el bien que señala fue adquirido tras la fecha de disolución de la sociedad, como lo evidencia su fecha de matriculación.

El motivo se desestima porque, con excepción de lo consignado en el último inciso del párrafo anterior, no se dice en él por qué los bienes no son gananciales. Además, la sentencia incluye el tractor TE (...) VE en el activo de la sociedad porque presume que fue adquirido con los rendimientos de las explotaciones que después de la disolución de la sociedad siguieron siendo administradas por el recurrente, y que con su conducta obstruccionista han impedido que se conozca el importe de aquellos rendimientos. La sentencia recurrida ha establecido una presunción, y en el motivo no combate el recurrente la misma, sólo ofrece el dato de la fecha de matriculación, y ello nada arguye contra la presunción de que, si bien se adquirió después de disuelta la sociedad, se realizó con fondos (los rendimientos) que a ésta pertenecían.

En otro motivo, al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción del artículo 1398 en relación con los artículos 1347 y 1362 del Código civil. En él se combate la exclusión en el pasivo de deudas consorciales que han sido pagadas por el actor precisamente. Dice el recurrente que todas ellas fueron contraídas cuando la sociedad estaba vigente y son incardinables en el artículo 1362.4.

La exclusión de estas deudas obedece en la sentencia recurrida al establecimiento de la presunción de que se pagaron con fondos de la sociedad, en base a que el actor imposibilitó el conocimiento de los rendimientos de las explotaciones que fueron administradas por él después de la disolución de la sociedad, y que no solamente fueron fruto de su trabajo sino del capital (representados por las propias explotaciones). Frente a ello sólo alega que la utilización de una presunción sin amparo legal no es apropiada para dejar de cumplir lo ordenado en el artículo 1368.3.º

En realidad, la demostración de los hechos contrarios a la presunción del pago de facturas de deudas consorciales después de la disolución de la sociedad se muestra imposible, debido a que el actor, se ha dicho con anterioridad, no cumplió el requerimiento del Juzgado en orden a la entrega de documentos en su poder para determinar los rendimientos de las explotaciones por él administradas, y por ello no se incluyen en el activo de la sociedad de gananciales. Sería totalmente injusto que, pese a ello, tuviese la recompensa de que en el pasivo de la sociedad tuviese el pago el concepto de deuda de la sociedad frente a él. Esta Sala considera que hubo motivación justa para establecer la presunción judicial en estas circunstancias. Por otra parte, en los autos no hay la más mínima constancia de que el dinero con que se pagaron las facturas procedía del patrimonio del recurrente o de su trabajo individual (fuera del requerido por las explotaciones gananciales). Por todo ello el motivo se desestima.

UNIONES DE HECHO

No ha lugar a fijar indemnización alguna tras el cese de una convivencia de hecho, ya que la mujer, en razón a dicha convivencia, no ha perdido un puesto de trabajo, ni ha visto disminuidas sus retribuciones, ni sufre minusvalía o enfermedad alguna, e incluso aportó a la comunidad la carga y el cuidado y educación de dos hijos provenientes de su anterior matrimonio. Existen Votos particulares.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2005

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña María Trinidad interpuso demanda de menor cuantía contra don Mauricio solicitando que se dictase sentencia en la que al reconocer la ruptura de la unión paramatrimonial existente hasta ahora entre doña María Trinidad y don Mauricio se acuerde: 1.º Atribuir la guarda y custodia del menor Raúl a su madre doña María Trinidad. 2.º Establecer la obligación de don Mauricio de pasar mensualmente a su hijo en concepto de alimentos la cantidad mensual de 125.000 pesetas, cantidad que se incrementará anualmente de acuerdo con el IPC u organismo que los sustituya, cantidad que se ingresará dentro de los 5 primeros días en la cuenta que indique la Sra. María Trinidad. 3.º Conceder el uso y disfrute de la vivienda que ha sido familiar sita en Quintanadueñas al hijo Raúl y a su madre hasta que el mismo alcance 25 años. 4.º Se proceda a la declaración de que entre doña María Trinidad y Mauricio existió desde 1981 una unión extramatrimonial y una comunidad de los bienes adquiridos durante este tiempo, participando cada uno de ellos en el cincuenta por ciento de las propiedades de los bienes muebles e inmuebles 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 al demandado a efectuar las operaciones de partición al 50%, pudiendo hacerse la partición en ejecución de sentencia. 5.º Subsidiariamente para el supuesto, que no se espera, de que se entendiera que no ha existido un régimen de comunidad de bienes, que se condene a don Mauricio al pago a doña María Trinidad al pago de una indemnización por el enriquecimiento del demandado sin causa, que se concretará en atención del volumen de bienes, derechos y beneficios adquiridos durante los 19 años de convivencia y que en principio se señalan en 70 millones de pesetas. 6.º Subsidiariamente, y para el supuesto de que no procedan los pedimentos anteriores que se conceda a doña María Trinidad una indemnización por 19 años de convivencia y perjuicios que la ruptura la supone de 70 millones de pesetas a cargo de don Mauricio. 7.º Se condene en costas al demandado, si se opusiera a lo solicitado en esta demanda.

⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada don Mauricio, se contestó la misma, formulando a su vez reconvención, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... se dicte sentencia en la que se acuerde: Atribuir la guarda y custodia del hijo menor a Mauricio a su padre don Mauricio. Establecer la obligación de doña María Trinidad de abonar mensualmente y en concepto de alimentos la cantidad de 30.000 pesetas, cantidad que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC. Acordar que la Sra. María Trinidad abandone de inmediato la vivienda propiedad de mi representado portando consigo todas sus pertenencias».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Burgos dictó Sentencia el 7 de junio de 2001 estimando parcialmente la demanda y declarando que no existe comunidad de bienes entre los litigantes sobre los bienes descritos en la demanda, y acordando: «a) Atribuir la guarda y custodia del hijo menor de edad de los litigantes Raúl a su madre, doña María Trinidad, manteniendo ambos padres la Patria Potestad, fijándose a favor del padre, don Mauricio, el derecho de visitas en los términos que fijen las partes y, en su defecto, podrá comunicarse con su hijo y tenerlo en su compañía en fines de semana alternos desde el viernes a las 20:00 horas hasta el domingo a las 20:00 horas; y la mitad de los períodos oficiales de vacaciones escolares (Navidad, Semana Santa y verano), eligiendo los años pares el padre y los impares la madre. b) Se fija como pensión alimenticia a favor del hijo menor de edad de los litigantes Raúl, a cargo del padre don Mauricio, la cantidad de setenta mil (70.000) pesetas mensuales, hasta que el hijo tenga independencia económica o cumpla los 26 años; cantidad que se incrementará anualmente de acuerdo con el IPC u organismo que lo sustituya, y que se ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que indique la Sra. María Trinidad; los gastos ordinarios que excedan de dicha cantidad serán atendidos por la madre y los gastos extraordinarios (estudios en el extranjero, operaciones quirúrgicas, etc.) serán abonados por partes iguales. c) Se fija como indemnización a favor de doña María Trinidad y a cargo de don Mauricio, una cantidad de diecinueve millones (19.000.000) de pesetas. Cantidad que devengará el interés del artículo 921 LEC. d) Se consideran propiedad de doña María Trinidad los muebles sitos en la vivienda de Quintanadueñas por ella adquiridos y descritos en las facturas obrantes en autos y aportadas como documentos 38 a 55, que podrá retirar de la vivienda. f) Que se desestiman el resto de las peticiones del Suplico de la demanda. g) Todo ello sin expresa imposición de costas. Igualmente estimó parcialmente la demanda reconvencional acordando: a) Que doña María Trinidad deberá abandonar de inmediato la vivienda propiedad de don Mauricio sita en Quintanadueñas (Burgos). Se consideran propiedad de don Mauricio los muebles descritos en las facturas aportados como documentos 116 y 117 de la contestación a la demanda. b) Que se desestiman el resto de las peticiones del Suplico de la demanda reconvencional. c) Todo ello sin expresa imposición de costas».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Burgos dictó Sentencia el 6 de febrero de 2002 desestimando los recursos de apelación interpuestos por ambas partes.

⊙ Don Mauricio interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien suprimió la indemnización fijada por el Juzgado de 1.ª Instancia y confirmada por la Audiencia Provincial a cargo de don Mauricio y a favor de doña M.ª Trinidad.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Pensión Alimenticia.

Entiende el recurrente que la sentencia recurrida ha infringido, según dicha parte, lo dispuesto en los artículos 142 a 148 del Código Civil, y, a la vez, contradice lo dispuesto en las sentencias de esta Sala de 20 de octubre de 1924, 2 de marzo de 1967, 5 de junio de 1982 y 24 de febrero de 1989. Este motivo debe ser desestimado.

En efecto, la sentencia de la Audiencia ha fijado una pensión compensatoria a favor del hijo menor de los litigantes en la cantidad de 70.000 pesetas –420'71 euros–, hasta que el hijo tenga independencia económica o cumpla 25 años, y concede el uso de la vivienda en que había vivido la pareja al recurrente Mauricio, y este recurrente quiere que se reduzca la cuantía a 30.000 pesetas –180 euros–.

Todo ello, en principio, no es posible alegarlo en casación, pues la valoración de la cuantía que se fija conforme al artículo 142 es facultad exclusiva de los Tribunales de Instancia y teniendo en cuenta los principios que están en el artículo 146. Además, en el presente caso aunque el recurrente dice que la madre no contribuye a la alimentación del hijo, ello no es cierto, como se desprende del *factum* de la sentencia recurrida, pues la madre contribuye con la correspondiente atención en su casa, lo que de por sí revela una dedicación importante, que, si pudiéramos cuantificar económicamente, supon-

dría más de las 70.000 pesetas –420,71 euros–, y ello aunque el hijo sea mayor de 18 años.

Item más, como ya se ha dicho al principio, el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del Código Civil corresponde a los Tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo, a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del artículo 146, cosa que en el presente supuesto no ocurre, por lo que el motivo, se repite, debe ser desestimado.

Y en este sentido hay que destacar la jurisprudencia de esta Sala, absolutamente superadora de la esgrimida por la parte recurrente. Así, la que determina que la atribución de la pensión alimenticia a favor de un hijo es una secuela de la declaración de paternidad y, de otro, de la entidad económica de la misma, y su fijación o mensura, entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del Tribunal de instancia y, por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación –por todas las sentencias de 5 de octubre de 1993 y 3 de diciembre de 1996–.

2. Indemnización tras el cese de la convivencia de hecho.

Sostiene el recurrente que la sentencia recurrida se han infringido los artículos 96, 97 y 1438, todos del Código Civil –segundo motivo–; así como el artículo 1887 de dicho Código –tercer motivo–. Ambos motivos, estudiados de consuno, son estimados por el Tribunal Supremo, con las consecuencias que más tarde se dirán.

Pero, ahora bien, para un mejor entendimiento de la cuestión planteada no sólo en estos motivos, sino también de la actual contienda judicial, es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

a) Las uniones de hecho, uniones estables de pareja o uniones de *more uxorio*, y más en particular el fenómeno de su extinción por muerte de uno de sus miembros, por la voluntad concorde de ambos o por la decisión unilateral de uno solo de ellos, tiene que partir para su regulación y la mensura de sus consecuencias de dos principios esenciales, como son:

a') Uno, de rango constitucional, como es la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico –artículo 1.1 de la Constitución–, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para su realidad y efectividad –artículo 9.2 de la Constitución–, y justifica que el Título relativo a los derechos y deberes fundamentales tenga como pórtico la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás –artículo 10.1 de la Constitución–. b') Y otro de legalidad ordinaria, y para ello hay que traer a colación todas las leyes autonómicas– es ahora cuando se echa en falta una regulación general estatal.

Dicha regulación emanada del derecho autonómico está constituida por un conjunto de normas que concretamente se han dado once Comunidades Autónomas, y que se especificarán más adelante.

Dicho todo lo anterior, es preciso adentrarse en el núcleo de la actual contienda judicial, por ello, y en principio, es preciso tener en cuenta los siguientes datos:

1.º Que la unión de hecho en cuestión ha tenido su domicilio en Quintanadueñas, municipio de la provincia de Burgos, y por ende dentro de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Comunidad que no ha promulgado Ley alguna sobre tales uniones.

2.º La ausencia de pacto configurado por las dos partes de este proceso y conformantes de la unión de hecho en cuestión, y con base en el artículo 1255 del Código Civil.

3.º Por ello, para dar una respuesta favorable o no, a la pretensión indemnizatoria que ha formulado la parte antes demandante y ahora recurrida en casación, habrán de tenerse muy en cuenta unas premisas fundamentales, derivadas de la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, de la doctrina científica y del derecho comparado.

En este último sentido, y para el estudio de las pretensiones indemnizatorias en el caso de ruptura unilateral o no de una unión de hecho, y a falta de una normativa legal o convencional –como ocurre en el presente caso–, hay que traer, antes de nada, a colación las siguientes posiciones:

a) Las que tienen como principio la regla general de negar efecto económico alguno a favor de uno de los miembros de la pareja para el caso de ruptura. Los efectos económicos serán únicamente, en su caso, los que los propios miembros de la pareja hayan previsto mediante pacto, con la misma libertad con la que decidieron unirse y con los límites generales del art. 1255 CC. En definitiva, a falta de pacto entre los miembros de la unión, cada uno asume las consecuencias económicas de la ruptura, porque, si libre fue la unión, igualmente libre tiene que ser la ruptura para cualquiera de ellos.

Sentando esta doctrina general, se fomentaría con ella la madurez y autorresponsabilidad en la toma de decisiones y se afrontaría una realidad social huyendo de soluciones paternalistas y de principios generales fáciles en su formulación, pero de muy difícil fundamentación constitucional y legal, por no decir francamente inconstitucionales

e ilegales. Cuando se afirma como principio general en esta materia el de favorecer al miembro "más desprotegido", se omite preguntarse: ¿más desprotegido por qué o por quién? Dicho de otra forma, si la "protección" en la que se está pensando es la que brinda el régimen jurídico del matrimonio y este régimen se excluyó consciente y voluntariamente, ¿dónde está la "desprotección" que jurídicamente haya que remediar?

b) También hay que tener en cuenta las posiciones que se basan en la anterior postura, pero que, sin embargo, afirman que todo lo antedicho no excluye, evidentemente, el reconocimiento de efectos jurídicos de la ruptura unilateral de las uniones de hecho. Pero 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 pro indiviso, 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 arts. 400 y siguientes del Código Civil. No es descartable tampoco que puedan darse casos de auténtico enriquecimiento injusto o sin causa, pero esa falta de causa nunca podrá identificarse con la libre decisión de unirse a otra persona sin casarse y formar una relación de convivencia de múltiples variables. Finalmente, no cabe excluir radicalmente la aplicabilidad del art. 1902 CC, pero siempre exigiendo la plena concurrencia de todos sus requisitos, y, naturalmente, rechazando que la simple decisión de ruptura, aún sin causa alguna, constituye culpa o negligencia determinante de un deber de indemnizar, pues en tal caso se estaría creando algo muy parecido a la indisolubilidad de la unión de hecho o a su disolubilidad solamente previo pago.

c) Por último, las posiciones que permiten en general la posibilidad de reclamación indemnizatoria, con fundamento en la fuerza expansiva de la norma, lo que permitirá la aplicación de los artículos 96, 97 y 1438 del Código Civil, a través de la analogía existente entre el matrimonio y las uniones de hecho como instituciones comprendidas dentro del derecho de familia.

De todo lo anterior se infiere que la doctrina científica moderna parte de la base de afirmar que la ruptura de la relación puede generar perjuicios a uno de los miembros de la pareja.

Sin embargo, también tiene en cuenta que, del mismo modo que la pareja comenzó la convivencia libremente, también la ruptura debe ser libre.

Así, con carácter general se afirma que la ruptura de la unión de hecho no implica el deber de indemnizar los perjuicios derivados de la misma, ya que los convivientes han aceptado crear una unión al margen del matrimonio legalmente establecido, que sí crea derechos y obligaciones durante su vigencia así como al término de la misma.

Y admite, en todo el supuesto, el pacto para la determinación del resarcimiento económico en caso de ruptura de la convivencia de la unión de hecho.

Pero, en general, considera que la figura de la acción de enriquecimiento injusto puede, en la práctica, ser vía adecuada para la obtención de indemnizaciones a la ruptura de la unión de hecho, siempre que concurran los requisitos que la jurisprudencia tiene delimitados para que juegue la misma.

Es ahora el momento de traer a colación la jurisprudencia de esta Sala sobre el tema que aparece sintéticamente recogida en la sentencia de 17 de junio de 2003, cuando dice que las uniones *more uxorio*, cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos –constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial– han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos. La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción. La relevancia del problema se ha dejado sentir en la actuación de los Tribunales (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, y restantes de la organización judicial), y también ha incidido en el campo legislativo, muy puntualmente en lo que hace referencia a la legislación estatal, y con mayor intensidad, aunque condicionada por las respectivas posibilidades legislativas, en la legislación autonómica, que ha realizado un destacado esfuerzo por acomodar el ordenamiento jurídico a la realidad social. Y en este sentido procede citar la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Catalunya sobre Uniones Estables de Pareja; la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Aragón sobre Parejas Estables no casadas; la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables; la Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana por la que se regulan las Uniones de Hecho; la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de les Illes Balears, de Parejas Estables; la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, sobre Uniones de Hecho; la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Asturias, de Parejas Estables; la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Andalucía, de

Parejas de Hecho; la Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias, de Parejas de Hecho; y la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Extremadura, sobre Parejas de Hecho. –Hay que añadir que, después de la fecha de dicha sentencia, ha entrado en vigor la Ley reguladora de las Parejas de Hecho de Cantabria, Ley 1/2005, de 16 de mayo–. Es de significar que algunas de estas Leyes reconocen derechos para el caso de extinción de la unión por muerte de uno de los miembros de la pareja, e incluso (como en el caso de las Leyes de Navarra y de las Islas Baleares) se atribuyen derechos sucesorios con equiparación al cónyuge viudo, siendo también de resaltar la aplicación que realiza la Ley extremeña (art. 7), de la doctrina del enriquecimiento injusto previendo la posibilidad de una compensación económica en favor del conviviente perjudicado que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente.

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 4 junio 1998) o de sociedad irregular (*ad ex.* Sentencias 18 mayo 1992, 18 febrero 1993, 18 marzo 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 27 mayo, 20 octubre y 24 noviembre 1994), son de destacar las Sentencias de 13 de junio de 1986, que aplica el principio de la buena fe 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 art. 1902 CC, en atención a que hubo promesa de matrimonio; y aplicación analógica del art. 96 en relación con el 4.º1, 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 art. 97 CC y principio de protección del conviviente perjudicado; y 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2001, sobre aplicación analógica del art. 97 CC.

En conclusión y como epítome, se puede decir que en el criterio jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, se puede constatar que la técnica más utilizada es la de la doctrina del enriquecimiento injusto, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, y por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes.

En cuanto al Tribunal Constitucional, es constatable que, a falta de un pronunciamiento expreso sobre el tema debatido, ha dictado resoluciones que se pueden encajar en dos grupos, uno en el que se reconocen derechos en materia de arrendamientos urbanos e indemnizatorios (SSTC 6/1993, 47/1993, 155/1998 y 180/2001), y un segundo grupo que rechaza la equiparación en materia de pensiones (SSTC 66/1994, 222/1994, 39/1998, 47/2001, 77/2004 y 174/2004).

En el ámbito del derecho comparado, en general se puede decir que la regulación de las uniones de hecho se circunscribe a las parejas de hecho homosexuales, y así, Ley danesa, de 7 de junio de 1989 sobre "Registro de Parejas de Hecho homosexuales", equiparada al matrimonio heterosexual. Ley noruega, de 1 de agosto de 1993, sobre "Registro de Parejas de Hecho homosexuales", equiparada al matrimonio heterosexual. Ley sueca, de 23 de junio de 1994, sobre "Registro de Parejas de Hecho homosexuales", equiparada al matrimonio heterosexual. Ley holandesa, de 1 de enero de 1998, sobre "Uniones Civiles" –Registro de Parejas de Hecho homosexuales, equiparada al matrimonio heterosexual–. Pero hay leyes que prácticamente equiparan la unión de hecho al matrimonio; así, la Ley belga, "Loi instaurant la cohabitacion legale", de 23 de noviembre de 1998-, que se remite al artículo 1253 del Code judiciare. La Ley francesa, "Loi sur pacte civil de solidarité et du concubinage" de 13 de octubre de 1999. La Ley alemana, «Ley de Parejas de hecho» de 1 de agosto de 2001.

Dicho todo lo anterior como prolegómeno indispensable, es ya el momento de entrar en el estudio del planteamiento jurídico de los motivos casacionales del actual recurso.

Y aunque el actual recurso no se haya planteado por el cauce del interés casacional, sino a través de lo establecido en el artículo 477.2.2.º, es decir por la cuantía del asunto, se puede aprovechar el *liquet* para dar a entender lo que esta Sala considera apropiado para resolver en general el problema de la posibilidad de indemnizar para el caso de ruptura de una unión de hecho. Ya que, aunque el Tribunal Supremo no es un legislador, tiene la obligación de solucionar el caso planteado sobre estas bases: no igualdad entre las situaciones, y aplicación de los instrumentos adecuados. Todo

ello sin perjuicio, como es lógico, de subsumir los hechos de este proceso, en la doctrina jurisprudencial mencionada.

Esta doctrina ha de partir de dos supuestos imprescindibles, como son: la ausencia de una norma específica legal, y la ausencia de un pacto establecido por los miembros de una unión de hecho, con base en la autonomía de la voluntad negociadora establecida en el artículo 1255 del Código Civil.

Sentado lo anterior, es preciso proclamar 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 arts. 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. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio.

Ahora bien, todo lo anterior, no debe excluirse cuando proceda la aplicación del derecho resarcitorio, para los casos en que pueda darse un desequilibrio no querido ni buscado, en los supuestos de una disolución de una unión de hecho.

En otras palabras, determinar si, en los casos de ruptura de una unión de hecho, sea por consenso o por decisión unilateral, se puede derivar una compensación o una indemnización.

Pues bien, dentro del ámbito del derecho resarcitorio y dada la ausencia de norma concreta que regule la cuestión actual, habrá que recurrir a la técnica de «la analogía *iuris*», o sea no partir para la aplicación analógica de una sola norma, ni proceder de lo particular a lo particular, sino que, partiendo de una serie o conjunto de normas, tratar de deducir de ellas un principio general del Derecho. En conclusión, que hay que entender la «analogía *iuris*» como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho. O dicho con otras palabras, esta «analogía *iuris*» –la «Rechtsanalogie» del B.G.B.– parte de un conjunto de preceptos, de los que extrae, por inducción, su principio inspirador y lo aplica al caso no regulado.

Todo ello lleva ineludiblemente a la aplicación, para resolver tal problema fundamentado en la disolución de una unión de hecho, al principio general del derecho –artículo 1.1 del Código Civil– y a la figura del enriquecimiento injusto recogida en el artículo 10.9 y en el artículo 1887, ambos de dicho Código, que siempre servirá como «cláusula de cierre» para resolver la cuestión.

Pues la compensación que se puede conceder en los supuestos de ruptura requiere básicamente que se produzca un desequilibrio, que se mide en relación con el otro cónyuge y que implica un empeoramiento en relación con la situación anterior. Estos rasgos definitorios de la base o causa de la compensación, ¿hasta qué punto son proyectables sobre una convivencia *more uxorio* en la que, por hipótesis, ni un cónyuge ni el otro se obligaron o vincularon a una vida en común? Habrá que estar, como ya se ha dicho, al supuesto, a la existencia de pactos, promesas o la creación y el sostenimiento de situaciones *de facto* de las que, por la vía de los *facta concludentia* se pueda deducir que hubo ese proyecto de vida en común y que se ha producido lo que se denomina la «pérdida de oportunidad», que sería, aquí, el factor de soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de «empeoramiento» que ha de calificar el desequilibrio.

Y así, lo recogen sentencias de esta Sala, de 13 de diciembre de 1991 y 4 de junio de 1993.

Y en concreto la ya mencionada de 17 de junio de 2003, que afirma «se desprende una situación de enriquecimiento injusto. Esta situación tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa (base) que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido (*in quantum locupletiores sunt*). El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no sólo cuando hay un aumento del patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*). El empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en el sentido de 'razón' o 'base' suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa –como sostiene un importante sector doctrinal– que

un concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado. Una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos concretos y a concretos intereses, otorgando en favor de un sujeto concreto una acción de restitución constituye un postulado de justicia insoslayable.»

Deben traerse ahora a colación los datos fácticos obrantes en autos y no controvertidos, los cuales no suponen ni de lejos efectuar una hermenéutica distinta a la realizada y recogida en la sentencia recurrida.

Dicha *facta* está constituida por los siguientes datos:

1.º Que Mauricio tiene 52 años y María Trinidad 51.

2.º Que María Trinidad es funcionaria, con la categoría de ordenanza, de la Junta de Castilla-León, y que percibe una pensión de un Estado extranjero.

3.º Que los dos, al constituir la unión de hecho, no estaban sujetos a vínculo matrimonial alguno.

4.º Que la convivencia ha durado 19 años, y que durante la misma convivieron con los dos hijos habidos por María Trinidad con anterioridad a la constitución de la unión de hecho, y con el habido con Mauricio.

De todo ello se infiere que la mujer, en razón a la convivencia, no ha perdido un puesto de trabajo, ni ha visto disminuidas sus retribuciones. Que tampoco sufre de minusvalía o enfermedad alguna. Y que incluso aportó a la comunidad la carga del cuidado y educación de dos hijos, provenientes de su matrimonio.

Así, en el presente caso no se puede hablar de un empobrecimiento de la parte actora, y si la parte demandada ha visto aumentado su patrimonio de una manera moderada es debido al acierto en el desenvolvimiento de su actividad –un servicio de ambulancias–. Y tampoco se puede hablar de una causa que fundamente la situación económica antedicha.

En conclusión, que en el presente caso, ni por la técnica del enriquecimiento injusto –que se admite como base genérica para determinar una indemnización en una disolución de una unión de hecho–, ni por la fuerza expansiva del derecho que permite la aplicación del artículo 97 del Código Civil –que no se admite como tal base genérica–, puede estimarse la pretensión indemnizatoria de la parte actora, por lo que procede asumiendo esta Sala la instancia, absolver de la petición de indemnización realizada por la misma frente a la parte ahora recurrente.

VOTO PARTICULAR

FECHA: doce de septiembre de dos mil cinco.

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O´Callaghan Muñoz

El Magistrado que suscribe formula el siguiente voto particular, al amparo de lo previsto en el artículo 260 de la ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haciendo constar expresamente su absoluto respeto al criterio mayoritario de la Sala.

Se aceptan expresamente los ANTECEDENTES DE HECHO y el FUNDAMENTO DE DERECHO primero de la sentencia de la que se disiente.

La esencia de este VOTO PARTICULAR se centra en la negativa a conceder la indemnización reclamada por la mujer, en unión de hecho, que había sido estimada por la sentencia de instancia, casada por la presente.

PRIMERO. Respecto a las uniones de hecho, la doctrina jurisprudencial, complementando el ordenamiento jurídico (artículo 1.6 del Código civil) en este tema, carente de toda normativa en la Comunidad de Madrid, ha sido reiterada y ha mantenido una unidad de criterio en su esencia, con divergencias en sus matices. Siempre se ha enfrentado al caso de pareja heterosexual, en convivencia estable, sin mediar parentesco y, en definitiva, al supuesto de unión análoga al matrimonio que no ha pasado por la forma solemne, *ad substantiam*, de celebración. Ante ello, ha negado que hubiera vacío legal pese a la carencia de normativa específica (sentencias desde la de 18 de mayo de 1992, pasando por la de 10 de marzo de 1998, hasta la de 17 de enero de 2003), ha declarado no aplicables las normas del régimen económico-matrimonial (sentencia de 4 de marzo de 1997 que lo dice como fundamento del fallo, entre otras muchas, como la citada de 17 de enero de 2003) y, siempre, reiteradamente, ha buscado evitar el perjuicio injusto y proteger al que aparezca perjudicado (sentencias de 10 de marzo de 1998, 27 de marzo de 2001, 17 de enero de 2003, 23 de noviembre de 2004) en el sentido de que una persona, tras una larga convivencia, no puede quedar apartada de todo beneficio económico o aumento patrimonial que se haya producido durante la misma; en otras palabras, a la inversa: tras la convivencia, no puede uno de los convivientes retener para sí todo beneficio o aumento del patrimonio, que se ha producido. En ningún caso se admite que se valoren las aportaciones económicas de cada uno, ya que no puede

desconocerse la realidad del valor del trabajo doméstico y dedicación a la familia que ha realizado uno de ellos. Aquí está el quid de la cuestión: los temas que han llegado a casación no son otros que las consecuencias que produce para uno de ellos la ruptura de la relación; y éste «uno de ellos» siempre ha sido la mujer, por lo menos hasta ahora.

SEGUNDO.– Siguiendo esta doctrina, esta Sala ha concedido indemnización fundada en la responsabilidad extracontractual *ex* artículo 1902 del Código civil (sentencia de 16 de diciembre de 1996), o en la pensión compensatoria aplicando analógicamente el artículo 97 del mismo código (sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002), o entendiendo que medió una comunidad (sentencias de 18 de mayo de 1992, 18 de febrero de 1993, 29 de octubre de 1997) o en la doctrina del enriquecimiento injusto (sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001) o bien relacionándola con el principio general del derecho de protección del perjudicado y evitar el perjuicio injusto (sentencias de 17 de enero de 2003, 17 de junio de 2003 y 23 de noviembre de 2004).

También se ha reconocido la validez de los pactos expresos o tácitos sobre las relaciones entre los convivientes, en especial los pactos relativos a la formación de una comunidad de bienes, lo que no es el caso presente, en que si los hubiera, no habría problema.

TERCERO.– En éste, analizando, como hace la sentencia de la que se disiente, los motivos segundo y tercero conjuntamente, no aparece infracción de los artículos 96, 97 y 1438 (que denuncia el motivo segundo) ni del artículo 1897 del Código civil (motivo tercero), que no han sido aplicados directamente, sino que de ellos se ha deducido el principio general de «protección del conviviente más perjudicado» (lo dicen las dos sentencias de instancia), ya que su «contribución, muy prolongada en el tiempo, pues ha durado 19 años, tiene que tener una valoración económica cuando esta situación de estabilidad a la que la demandante ha contribuido eficientemente se ha roto por finalización de la convivencia entre los litigantes» (sentencia de primera instancia, fundamento segundo), «lo que crea razones de justicia y equidad para indemnizar a la persona que se ha dedicado en una manera más singular e intensa a la familia, en perjuicio de su promoción personal y profesional» (sentencia de segunda instancia, fundamento sexto, *in fine*).

Se deben aceptar estos pronunciamientos. La demandante en la instancia y parte recurrida en casación, la mujer en la unión de hecho, debe recibir una compensación económica que no la deje apartada del beneficio económico y aumento patrimonial producido durante la larga convivencia; no se trata, pues, de si ella ha hecho aportaciones económicas o si ha sufrido un empobrecimiento, sino que aquella convivencia en la ha habido importantes aumentos patrimoniales y a la que ella ha dedicado su trabajo y atención en el hogar, no la deje al margen de todo el beneficio económico para quedar exclusivamente para la otra parte conviviente Y ello se basa en el principio general de protección al perjudicado, reiterado, como se ha dicho, por la jurisprudencia, citada sin ánimo exhaustivo y deducido de los preceptos del Código civil que se citan en este motivo del recurso y que, por ello, se entiende que no han sido infringidos.

CUARTO. En conclusión, en contra del criterio de la Sala y respetándolo plenamente, considero que las sentencias de instancia no han infringido las normas que se mencionan del Código civil sino que, por el contrario, han seguido la jurisprudencia reiterada de la Sala sobre la cuestión de las consecuencias económicas de la ruptura de la unión de hecho, de la que se aparta la sentencia de la que se disiente. En consecuencia, considero que debería haber sido desestimado el recurso de casación.

VOTO PARTICULAR

FECHA: doce de septiembre de dos mil cinco.

Que formulan los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo D. José Ramón Ferrándiz Gabriel y D.ª Encarnación Roca Trias para expresar su desacuerdo con la sentencia de la misma de fecha de 12 de septiembre de 2005. Nuestra respetuosa discrepancia con la decisión de la mayoría no se refiere al sentido de la misma en la solución del conflicto objeto del recurso de casación, sino a la argumentación que le sirve de soporte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Ante la falta de regulación de la cuestión relacionada con las parejas de hecho en algunos territorios del Estado, el Tribunal Supremo ha tenido que resolver diversos casos en los que se ha pedido una compensación a cargo de uno de los miembros de la pareja, a falta de acuerdo entre los mismos sobre las consecuencias de la ruptura. Para ello ha utilizado tres vías, que son fundamentalmente,

a) El enriquecimiento injustificado (sentencia de 11 de diciembre de 1992, pero rehusado en la sentencia de 16 de julio de 2002, considerando que ha sido absolutamente criticado por la doctrina).

b) La responsabilidad civil extracontractual (sentencia de 16 de diciembre de 1993).

c) La analogía con situaciones de ruptura matrimonial y la aplicación de las reglas que rigen esta ruptura en materia de vivienda (sentencia de 16 de diciembre de 1996) o pensión compensatoria

(sentencias de 7 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002).

En cambio ha rechazado de una manera muy constante, la aplicación de régimen de bienes (desde la sentencia de 21 de octubre de 1992 hasta la de 17 de enero de 2001), aun admitiendo el pacto sobre las consecuencias económicas de la unión.

La conclusión a que lleva el estudio de las sentencias de esta Sala es que, al no haber ley reguladora de la situación que se produce ante la disolución de una convivencia de hecho, se han aplicado las reglas generales, de acuerdo con el mandato del artículo 1.7 CC y se ha acudido bien a la analogía *legis* (fundamentalmente sentencia de 16 de julio de 2002), o bien a los principios generales sobre la base del enriquecimiento injustificado (básicamente en las sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 5 de febrero de 2004).

SEGUNDO. Una revisión de las soluciones en Derecho comparado nos lleva a concluir que habiéndose superado el inicial prejuicio en contra de este tipo de uniones, existen dos grandes grupos de ordenamientos jurídicos: los que admiten el pacto formal entre convivientes y a partir de aquí, establecen unos determinados efectos, como ocurre en Francia, después de la Ley de 15 de noviembre de 1999, que introdujo el «pacto civil de solidaridad» (PACS), aunque mantuvo el concubinato como relación puramente de hecho, es decir, sin pacto formal, al que la jurisprudencia francesa ha reconocido sólo efectos cuando concurren los requisitos del enriquecimiento sin causa (sentencia de 15 de octubre de 1996). El otro modelo es el que se recoge en las legislaciones nórdicas y en Alemania, donde, por respeto a la libertad de las personas respecto al derecho a contraer matrimonio, se atribuyen a las uniones de hecho unos efectos mínimos que se ponen de manifiesto en la ruptura y que se aplican al margen de la voluntad de las partes. Este modelo, que no tiene mucho predicamento en Europa, ha inspirado las leyes 10/1998, de Cataluña y 18/2001, de las Islas Baleares, que recogen, sin embargo un esquema más intervencionista.

TERCERO. Lo anterior demuestra que la solución al tema planteado no es fácil. Para encontrar una salida, hay que tener en cuenta antes que nada los principios constitucionales que se refieren a la familia, puesto que no debe olvidarse que en virtud del mandato constitucional, la familia que debe protegerse no es sólo la basada en el matrimonio, como afirma la STC 222/1992, aunque es evidente que como el propio Tribunal Constitucional asevera en la STC 184/1990, el matrimonio y la unión de hecho no son realidades equivalentes, lo que significa que no puedan atribuirse a las parejas de hecho todos los efectos del matrimonio, mientras el legislador estatal no decida cuáles serán las consecuencias jurídicas de este tipo de uniones.

Pero es evidente que los Tribunales deben decidir los casos que se planteen, según la regla imperativa contenida en el artículo 1.7 CC, teniendo en cuenta que este Tribunal sólo puede pronunciarse respecto del caso que se ha sometido a su consideración, aunque para ello haya de tener en cuenta los principios constitucionales que se concretan en la libertad de los convivientes de pactar lo que estimen más conveniente para la resolución de las relaciones que crea la convivencia y las consecuencias de la hipotética ruptura y la no igualdad entre las situaciones de matrimonio y unión de hecho. Aunque haya que tener en cuenta también la consideración de «familia» que el Tribunal Constitucional ha atribuido a estas uniones a partir de la STC 222/1992.

De ahí que la falta de igualdad entre el matrimonio y la unión de hecho conlleva que los convivientes no gocen de régimen económico matrimonial, a no ser que pacten cualquier tipo de sistema al amparo del artículo 1255 Código civil, de acuerdo con la libertad que tienen, no sólo para constituir la unión, sino también para atribuirle los efectos que consideren convenientes. Y también que no puedan aplicarse automáticamente las reglas que se refieren a la ruptura del matrimonio, salvo lo que diremos.

Estas consideraciones y el respeto a la libertad implican que no debe otorgarse automáticamente una compensación cuando se produce la ruptura de la unión de hecho, como tampoco ocurre en el matrimonio, sino que sólo si concurren los requisitos para ello, que ahora se examinarán, podrían ser tributarias de una atribución económica.

CUARTO. Sentado lo anterior como base para la argumentación que seguirá respecto del texto de la sentencia, cuyos razonamientos respetuosamente se combaten, pensamos que debería considerarse que, en ciertos casos, pueden aplicarse reglas relativas a los efectos de la ruptura matrimonial y más concretamente las que regulan el derecho a una pensión compensatoria, sin necesidad de utilizar las reglas del enriquecimiento injustificado, que no siempre serán el remedio más adecuado para solucionar el problema planteado.

Tampoco nos parece justificado recurrir a una integración mediante la analogía *iuris*, como sostiene la mayoría al argumentar su decisión, ante la dificultad de encontrar la necesaria identidad de razón entre matrimonio y unión de hecho, salvo que quede referida a normas concretas, en este caso al artículo 97 CC, que contempla como supuesto de hecho la realidad de la ruptura de una relación estable, permitiendo, en este reducido

ámbito, afirmar la similitud relativa que justifica el método de integración, sin necesidad de sostener la semejanza entre dos instituciones que son distintas en abstracto y, normalmente, en la voluntad de los propios interesados.

De aquí que la aplicación de una regla prevista para las consecuencias de la ruptura matrimonial, como es la pensión compensatoria, no significa necesariamente aplicar analógicamente las reglas del matrimonio, ni tampoco las del enriquecimiento injustificado. Existen tres razones para llegar a esta conclusión:

a) Que sólo se contempla la ruptura del matrimonio o la disolución de la unión de hecho.

b) Que existe una semejanza evidente entre la ruptura del matrimonio y la disolución de la unión de hecho, aunque hay una diferencia esencial: la falta de régimen económico en estas situaciones no formales, que sin embargo, puede semejarse al caso que se haya pactado un régimen de separación de bienes.

c) Que la compensación, independientemente del enriquecimiento injustificado, está ya contemplada en otros supuestos, además del artículo 97 CC: el artículo 98 CC que aplica el mismo principio de compensación en la nulidad del matrimonio, es decir cuando no ha habido relación matrimonial por concurrir causa de nulidad, y el artículo 1438 CC cuando existe régimen de separación de bienes, es decir, falta de comunidad o lo que es lo mismo, lo más parecido a la falta de régimen.

QUINTO. En todos los casos regulados en las disposiciones citadas hay tres elementos que existen también en las situaciones de uniones de hecho y que son: a) la cesación de la convivencia; b) el posible perjuicio que esta cesación produce en una de las partes de la relación, ya sea matrimonial o no matrimonial, y c) la comparación de la situación resultante con la existente durante el matrimonio o la convivencia de hecho. Sólo cuando se den estas circunstancias podrá acordarse la compensación.

Estos requerimientos no deben confundirse con los que esta Sala ha exigido reiteradamente como requisitos del enriquecimiento injustificado, que se han manifestado en diversas sentencias y que, como ejemplo decisivo en su aplicación a la ruptura de las relaciones de hecho, se repiten y analizan de forma muy exacta en la sentencia de 11 de diciembre de 1992 y que debemos recordar aquí: a) aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del actor; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento, y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de tal principio.

Los requisitos del enriquecimiento, pues, difieren substancialmente de los que el Código civil exige en los artículos 97 y 1438 para que pueda operar la compensación. Y aunque no negamos que puedan existir casos en los que la convivencia haya producido un enriquecimiento que pueda calificarse de injustificado, pensamos que no deben confundirse los dos institutos: a) la compensación por el perjuicio que la ruptura produce en una de las partes de la unión, se refiere sólo a la comparación entre la situación mantenida durante la convivencia y la que produce la ruptura misma; no supone aumentos patrimoniales y puede concurrir, por ejemplo, entre otros, en los casos de pérdida de costos de oportunidad. Concurriendo estos requisitos, podría aplicarse a la ruptura de la pareja de hecho por analogía con el régimen previsto para la ruptura del matrimonio en el artículo 97 Código civil; b) En cambio, el enriquecimiento injustificado supone un aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro y puede llegar a producirse si concurren los requisitos que esta Sala ha exigido de forma uniforme y reiterada en numerosa jurisprudencia, de manera que sólo si concurren estas exigencias podrá acordarse la indemnización por este título.

Por ello discrepamos respetuosamente de la argumentación contenida en la sentencia, que podría inducir a la interpretación de que esta Sala usa como términos equiparables la compensación y el enriquecimiento injustificado, siendo así que deben ser distinguidos por los argumentos que se han formulado, estando de acuerdo, como hemos dicho al inicio de este voto particular, con el fallo, porque consideramos que, de la prueba aportada en los autos, no puede deducirse que concurran los requisitos para que pueda otorgarse la compensación pedida.

UNIONES DE HECHO

Incongruencia de la sentencia que fija un porcentaje sobre el inmueble adquirido por los integrantes de una unión de hecho que posteriormente cesaron en su convivencia, cuando las partes no cuestionaron que el inmueble les pertenecía al 50%.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Patricia y don Guillermo mediante compra adquieren por mitad y pro indiviso una vivienda, inscrita como finca registral núm. ... de la Propiedad de Mijas, formalizándose en escritura pública otorgada el 6 de mayo de 1988, en la que ambos convivieron desde el mes de mayo de 1989 al mes de diciembre del mismo año, fecha en la que deshizo la unión de pareja marchándose ella de la vivienda que continuó ocupándola él.

⊙ Doña Patricia fallece el 5 de octubre de 1991 y sus padres, don Juan y doña María Rosario, son declarados sus herederos.

⊙ Don Juan y doña María Rosario interpusieron demanda de menor cuantía contra don Guillermo, solicitando que se dicte sentencia por la que: 1) Se declare que demandantes y demandado son copropietarios por mitad de la finca registral núm ... 2) Se declare que dicho bien es esencialmente indivisible. 3) Se declare que procede terminar la situación de copropiedad procediéndose, en primer lugar a la búsqueda de acuerdo entre las partes que finalice con la adjudicación del bien a una de ellas, indemnizándose a la otra, para lo que en ejecución de sentencia se concederá plazo a las partes o no logrado el acuerdo anterior, antes de proceder a la pública subasta se realizará en avalúo del bien y primero el demandado Sr. Guillermo y después, los demandantes Sres. Juan y María Rosario, podrán adjudicarse el bien, indemnizando a la otra parte en la mitad del justiprecio o no siendo posible lo anterior, se procederá a vender el bien en pública subasta, repartiéndose lo que se obtenga por mitad entre las partes. 4) Se condene al demandado Sr. Guillermo a pagar a los demandantes Sres. Juan y María Rosario la indemnización por daños y perjuicios por el tiempo que ha venido disfrutando en exclusiva del bien que en período de ejecución de sentencia se señale. 5) Se condene al demandado Sr. Guillermo al pago de las costas causadas por ser preceptivo.

⊙ Admitida a trámite la demanda, el demandado contestó y formuló reconvención implícita, alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: 1) Se declare que efectivamente los demandantes y el demandado son copropietarios por mitad de la finca registral núm. ... 2) Se declare que los demandantes solidariamente, puesto que si bien han efectuado aceptación pura y simple de la herencia en forma tácita, pero no han procedido a la adjudicación y partición de la misma entre ellos, adeudan solidariamente al demandado la mitad del precio total pagado por la vivienda y de los gastos de escritura, notaría, registro e impuestos, tanto de la compraventa como de la cancelación de hipoteca que recaía sobre la misma, que se eleva a la suma de pesetas cuatro millones setecientas sesenta y cuatro mil setecientas treinta y tres (4.764.733 pesetas más los intereses legales de dicha suma desde el momento que fue líquida y exigible. 3) Se declare que el bien del cual son copropietarios es indivisible. 4) Se declare que procede terminar la situación de copropiedad procediéndose, a la búsqueda de acuerdo entre las partes que finalice con la adjudicación de la misma a una de ellas indemnizándose a la otra,

declarando igualmente que en todo caso la indemnización que pueda corresponderle por la mitad del precio de avalúo del bien a los demandantes sea pagada por compensación con la deuda que se declare en sentencia que éstos mantienen con el demandado por la mitad del precio total de compra del bien más gastos originados por esta compra y los intereses legales de dicha cantidad, para lo cual deberá realizarse avalúo del bien y sólo en ejecución de sentencia entrará en aplicación con las cantidades ya líquidas el Instituto de la Compensación, debiéndose conceder a las partes en ejecución de sentencia plazo para llegar a acuerdo acerca de la adjudicación del bien o indemnización a una u otra de las partes por el remanente que resultare entre las deudas compensadas, no procediendo la pública subasta por la compensación. 5) Se declare no proceder indemnización a los demandantes por daños y perjuicios por el tiempo que el Sr. Guillermo ha ocupado la vivienda pues no es culpa suya que los codemandados voluntariamente se han autoexcluido de sus derechos y obligaciones.

⊙ Conferido traslado de la demanda reconvencional formulada, la parte actora contestó alegando los hechos y se dictara sentencia de acuerdo con el suplico de la demanda y añadiendo con la absolución de los actores de los pedimentos contenidos en la reconvención no coincidentes con sus pretensiones, así como al pago de todas las costas causadas, incluidas las costas de la reconvención.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Fuengirola dictó Sentencia el 20 de enero de 1997 cuya parte dispositiva es como sigue: «Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don Juan y doña María Rosario contra don Guillermo, y estimando también parcialmente la reconvención formulada por éste contra aquéllos debo: 1.º) Declarar y declaro que los actores y demandado citados son copropietarios por mitad de la finca registral núm. ... 2.º) Declarar y declaro que dicho bien es esencialmente indivisible. 3.º) Declarar y declaro haber lugar a la terminación de la situación de copropiedad, para lo cual en ejecución de sentencia y con acuerdo de las partes podrá una adjudicarse el inmueble indemnizando a la otra, y en defecto de acuerdo su venta en pública subasta con reparto por mitad del precio que se obtenga. 4.º) Declarar y declaro que don Juan y doña María Rosario adeudan solidariamente a don Guillermo la cantidad de 1.361.103 pesetas con los intereses del artículo 921 LEC. 5.º) Absolver y absuelvo a los tres citados de todos los demás pedimentos deducidos frente a ellos en los respectivos escritos de demanda y contestación reconvencional. 6.º) No haber lugar a la expresa condena en costas en ninguna de las partes».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Málaga dictó Sentencia el 4 de diciembre de 1998 estimando en parte el recurso de apelación formulado por don Guillermo y revocando la sentencia del juzgado y en su lugar declara que la porción de la que son propietarios los actores sobre la vivienda inscrita como finca registral núm. ... es del 23,32%, y que en ejecución de sentencia y con acuerdo de las partes podrá una adjudicarse el inmueble indemnizando a la otra, y en defecto de acuerdo procederá su venta en pública subasta con reparto en esa proporción del precio que se obtenga, confirmándola en el resto de pronunciamientos, y sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

⊙ Don Juan y doña María Rosario interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia del Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Consideran los recurrentes vulnerado el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la sentencia impugnada es incongruente por no adecuarse a las pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito, extendiéndose en razonamientos sobre las relaciones de la congruen-

cia con el artículo 24 de la Constitución Española. La cuestión reside en que no es objeto de la litis el porcentaje de participación en la copropiedad que resulta indiscutido por las partes. En efecto, las dos partes litigantes solicitan que se declare que ambas partes son copropietarios por mitades indivisas de la finca y sin embargo la sentencia impugnada en su sentencia atribuye el veintitrés con treinta y dos por ciento (23,32%) de la propiedad de la finca a la parte actora y la porción restante a la parte demandada, por lo que deviene incongruente, al darse respuesta judicial a una cuestión no planteada y omitirse la correspondiente a las pretensiones en verdad deducidas.

Aceptada la incongruencia, tratándose de un motivo de los previstos en el núm. 3.º del artículo 1,715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aplicable al caso, la Sala, tomando en consideración a efectos ilustrativos, los demás motivos articulados, con declaración de haber lugar al recurso, recupera la instancia y resuelve dentro de los términos en que aparece planteado el debate, sin olvidar que aquietada, en su día, la parte hoy recurrente, con la sentencia de primera instancia, no puede, ahora, en casación, dictarse una sentencia diferente de aquélla. Examinada, en efecto, la sentencia de primera instancia, se halla su parte dispositiva conforme con las pretensiones formuladas y, en relación, con la cantidad adeudada, se confirma la corrección de la valoración de la prueba realizada y, por ello, la conformidad en un todo con la misma y sus pronunciamientos. Las costas de primera instancia no se imponen, dado el alcance parcial de la condena; tampoco se imponen las del recurso de apelación, ni las del presente recurso que deben satisfacerse por cada parte las suyas (artículo 1,715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

UNIONES DE HECHO

Incongruencia del pronunciamiento de la Audiencia Provincial declarando que no procede fijar pensión a una conviviente de hecho cuando el demandado no apeló la sentencia, no siendo obstáculo para su reconocimiento que en la sentencia de instancia no se incluyera en el fallo sino en los fundamentos jurídicos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

Doña M.ª Teresa interpuso demanda de menor cuantía contra don Abelardo solicitando que se dictase sentencia por la que se reconozca la ruptura de la unión paramatrimonial que existió entre las partes, acordándose los siguientes efectos: «1. Que la custodia de los hijos menores de edad, Felipe y María Luz, sea concedida a la madre, así como la patria potestad. 2. Que no se conceda al padre derecho de visitas alguno, o subsidiariamente, que se fije de manera restrictiva. 3. Que se conceda a cada uno de los hijos la pensión por alimentos de 35.000 pesetas en doce mensualidades iguales pagadas por adelantado antes del día tres de cada mes. 4. La concesión a la actora de una pensión de 40.000 pesetas al mes, pagadas por adelantado antes del día tres de cada mes. Esta cantidad será debida desde la fecha de la interposición de la demanda. 5. Las anteriores pensiones serán actualizadas a partir de 1.º de enero del año siguiente a la fecha de la sentencia y en cuantía equivalente a los incrementos que experimenten los ingresos de don Abelardo».

Don Abelardo se personó en el pleito y contestó a la demanda para oponerse a la misma y suplicar que se dicte sentencia por la que se desestime la demanda y, más en concreto: A) Se mantenga el régimen de visitas del Auto de 5 de mayo de 1997 del padre respecto a sus hijos Felipe y María Luz y la Patria Potestad sea compartida por el padre y por la madre. B) Que, prudencialmente, por el Juzgado se fije la cantidad en concepto de alimentos por los hijos, teniendo en cuenta las circunstan-

cias económicas y familiares y los alimentos que ya abona mi mandante el Sr. Abelardo a su primera familia. C) Se establezca una pensión prudencial, por ese Juzgado, respecto a la actora, teniendo igualmente en cuenta la Pensión que ya paga anteriormente y el Salario que percibe mi mandante.

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. dos de Tolosa dictó Sentencia el 7 de abril de 1998 estimando parcialmente la demanda y acordando que la Patria potestad de los menores Felipe y María Luz, la compartirán los padres de los mismos doña María Teresa y don Abelardo, quedando éstos bajo la guarda y custodia de la madre. Que así mismo procede fijar a favor de los citados menores una pensión pro alimentos en sentido amplio ascendente a la suma de 20.000 pesetas a cada uno de ellos, que será hecha efectiva por el padre por meses anticipados, pensión que se actualizará anualmente en la misma proporción que se actualicen las retribuciones que éste perciba; Fijándose a favor de los menores un régimen de visitas que dada la corta edad que en la actualidad poseen se fija en los sábados y domingos alternos de 16,00 a 20,00 horas, en cuyo término podrá el padre tener en su compañía a los citados menores, y todo ello sin hacer expreso pronunciamiento de las costas del presente procedimiento.

- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de San Sebastián dictó Sentencia el 21 de diciembre de 1998 desestimando el recurso interpuesto por doña M.ª Teresa y declarando expresamente no haber lugar a fijación de pensión compensatoria en favor de la actora.

- Doña M.ª Teresa interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien fijó una pensión a su favor en cuantía de 10.000 pesetas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Han de estudiarse conjuntamente los motivos primero y segundo que acusan de incongruente la sentencia recurrida, con apoyo en haberse infringido los artículos 359, 360 y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La demandante, que había mantenido unión de hecho con el demandado, de la que nacieron dos hijos, reclamó en la demanda, entre otras peticiones, la concesión de una pensión de 40.000 pesetas mensuales.

La sentencia del Juzgado estimó en parte la petición y en el fundamento jurídico tercero declaró que procedía fijar «a favor de la actora y por desequilibrio económico que la ruptura ha podido producirle, la suma de 10.000 pesetas (ha de entenderse mensuales), en tanto concurran las presentes circunstancias en la misma que impidan la obtención de ingresos». Sin embargo el Juez de Instancia –tampoco se pidió aclaración– de forma descuidada no integró esta decisión en el fallo, lo que por otra parte se presentaba corresponsal a lo solicitado por el demandado, ya que en la contestación de la demanda la aceptó expresamente en cuanto vino a suplicar: «Se establezca una pensión prudencial respecto a la actora».

La sentencia sólo fue recurrida por la demandante y el Tribunal de Apelación respecto a la pensión controvertida no entró a considerar sobre si procedía o no en las uniones de hecho, lo que ha de declararse cuando hay concierto de voluntades al respecto, pues los pactos, acuerdos, admisiones o reconocimiento en este sentido, no se presentan contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (Sentencias de 27-3-2001 y 5-7-2001).

Lo que llevaron a cabo los juzgadores de instancia fue revisión del material probatorio para alcanzar la conclusión de que no se daba desequilibrio económico que justificaba la concesión de la pensión compensatoria solicitada, decisión que fue incorporada al Fallo en cuanto se dice: «Declarando expresamente no haber lugar a la fijación de pensión compensatoria en favor de la actora», lo que representa revocación parcial de la sentencia apelada.

Siguiendo el discurso casacional tenemos: a) El reconocimiento de la pensión por el Juzgado, pero sin reflejo en el Fallo, y b) La resolución de

los juzgadores de instancia negando el percibo de la misma.

Lo que se deja expuesto impone la conclusión de que se ha producido una decisión en el recurso de alzada que agravó la situación de la ahora recurrente casacional, al incurrir en *reformatio in peius* singular, pues si bien el Fallo de la sentencia del Juzgado omitió la cuestión de la pensión, la estudió en los fundamente jurídicos para acogerla, a lo que se agrega que también concurrió allanamiento del demandado, aunque sin expresar la cuantía.

Se produce *reformatio in peius*, que se inserta en la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución, cuando, como aquí sucede, se trata de un recurso con un solo apelante (la recurrente casacional) y la sentencia de alzada expresa un pronunciamiento perjudicial para la misma que no fue pedido por la otra parte, ya que no apeló ni se adhirió al recurso (Sentencias de 29-11-1993, 7-6 y 30-7-1996, 7-12-2000, 20-6-2003 y 5-4-2004).

La interación entre la incongruencia –en este caso por exceso– y la institución de la *reformatio in peius* es manifiesta y necesaria, ante una sentencia que agrava a la parte afectada (Sentencias de 18-3-1993, 21-4-1993, 13-5-2002, 8-11-2002 y 7-5-2004), teniendo en cuenta los términos, como queda dicho, en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso.

Los motivos se acogen y relevan estudiar el tercero.

Al proceder el recurso esta Sala por aplicación del artículo 1715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparece planteado el debate procesal, por lo que NOS decidimos que ha de anularse la sentencia recurrida en la concreta declaración que se integra en su fallo de «No haber lugar a la fijación de pensión compensatoria en favor de la actora».

CUESTIONES PROCESALES

Estimación del recurso de revisión al acreditarse la existencia de maquinación fraudulenta en la designación del domicilio de la demandada en un procedimiento interpuesto para la resolución de un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, entre una madre y una hija.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Romero Lorenzo

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Eugenia formuló demanda de juicio de cognición ante el Juzgado de 1.ª Instancia número Dos de Tuy, sobre acción de resolución de contrato, contra doña María Rosa, dictándose por dicho Juzgado Sentencia en fecha 21 de diciembre de 1998, declarando resuelto el contrato de cesión de bienes por alimentos celebrado por las citadas el día 16 de agosto de 1984 ante Notario debiendo la condenada restituir a la actora la nuda propiedad de la finca objeto del contrato, sita en ... y al pago de las costas.

⊙ Doña María Rosa, interpuso recurso extraordinario de revisión, contra la anterior sentencia solicitando se dicte sentencia: «dando lugar a la rescisión de la resolución firme impugnada con devolución del depósito constituido por esta parte y los autos al Juzgado mencionado con certificación del fallo para que las partes usen de su derecho según les convenga en el juicio correspondiente, con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrida por haber actuado con manifiesto fraude procesal y mala fe».

⊙ Doña Eugenia compareció en autos oponiéndose a la demanda de revisión, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando: «y tras los trámites

legales de rigor y previo informe del Ministerio Fiscal, se dicte sentencia en la que se desestime la demanda de Recurso de Revisión formulada por la parte adversa, con expresa imposición de costas a la parte contraria».

⊙ Comunicadas las actuaciones al Ministerio Fiscal, éste evacuó el traslado presentando informe en 24 de junio por el que dictaminaba la desestimación del recurso de revisión planteado, en base a las consideraciones que constan en el Rollo de Sala.

⊙ El Tribunal Supremo estimó el recurso de revisión y acordó rescindir la sentencia dictada por el juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alegaba la actora que por haber sido notificada dicha resolución únicamente por edictos, no había tenido conocimiento de ella hasta el 30 de marzo de 2004 al recibir una carta de la Abogada de su madre remitida por burofax, en la que se aludía al resultado del proceso en cuestión.

Añade que la demanda de revisión la formula el 23 de junio del mismo año, cuando todavía no había transcurrido ninguno de los plazos que fija el artículo 512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues los edictos antes mencionados se publicaran el 25 de junio de 1999 en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra.

La Sra. María Rosa fundamenta su pretensión en el apartado 4.º del artículo 510 LEC, afirmando que nos hallamos ante un supuesto de maquinación fraudulenta, pues su madre sabía perfectamente cuál era su domicilio en Suiza, país en que venía residiendo desde 1981, y, pese a ello había manifestado en su demanda que la ahora promovente debía ser emplazada por edictos, por hallarse en paradero desconocido, con la evidente finalidad de que no llegase a tener conocimiento de la acción que contra la misma ejercitaba.

La primera cuestión a resolver es la de si la demanda de revisión ha sido realmente presentada dentro de los plazos que establece el artículo 512 LEC, pudiendo llegarse a la conclusión de que son correctas las fechas de publicación de la sentencia en el Boletín de la provincia y de recepción del burofax a que alude la promovente, según se desprende del examen de los documentos que aporta con su demanda, sin que pueda aceptarse la tesis de la representación de la Sra. Eugenia respecto a que el conocimiento por su hija de la supuesta maquinación hubiera tenido lugar anteriormente como consecuencia de la notificación edictal de la sentencia recaída en el juicio de cognición 125/1998.

No hay dato alguno en los presentes autos que permita entender que la noticia de dicha resolución y, por ende, tanto del proceso a que puso fin como de las alegaciones de la persona que en él accionaba hubiera llegado a la demandada con anterioridad a la recepción del burofax de que se ha hecho mención, pues, de hecho, la Sra. Eugenia ha centrado únicamente su aportación probatoria en el pretendido desconocimiento del domicilio de la ahora promovente de revisión.

En lo que se refiere al tema de fondo del presente juicio, es decir a la existencia de la maquinación fraudulenta que se invoca, ha de afirmarse que la serie de documentos que ha acompañado la Sra. María Rosa a su demanda son sobradamente expresivos de que tanto su madre, como su hermana María José, que –según se afirmaba en la demanda del juicio de cognición 125/1998 convivía con la progenitora común y que en los presentes autos ha declarado como testigo de la misma– eran conocedoras del domicilio de la promovente en Suiza por cuanto una y otra habían convivido circunstancialmente en el mismo, y ambas estuvieron autorizadas durante algún tiempo para disponer del saldo de las cuentas abiertas en el Banco Central por D.ª María Rosa y su esposo. A mayor abundamiento, se acredita que D.ª María José había suscrito un documento con su hermana, reconociendo adeudarle cierta cantidad de dinero y que, además, fue nombrada apoderada por el marido de ésta para que le representase en diversas escrituras públicas. Puede todavía añadirse que uno de los testigos propuestos en este juicio de revisión por la Sra Eugenia ha sido un hijo de la actora, que también convive con aquélla.

En tal contexto, no puede aceptarse que existiese dificultad alguna para precisar con toda exactitud al Juzgado de Tuy cuál era el punto en que podría ser hallada la persona contra quien se dirigía la demanda de cognición, a efectos de su emplazamiento.

En consecuencia, no es posible llegar sino a la conclusión de que ha existido una voluntaria ocul-

tación de tal dato con la deliberada intención de que la demandada no llegase a tener conocimiento del proceso y, por ello, no pudiese intervenir en el mismo en defensa de sus intereses, si lo consideraba procedente, sobre la base de la presumible ineficacia del llamamiento edictal pues éste, por sus características, suele pasar absolutamente inadvertido para la persona a quien se dirige, máxime si la misma –como sucedía en el caso a que nos referimos– se halla en el extranjero.

En atención a lo expuesto, debe ser acogida la demanda de revisión interpuesta, adoptando las determinaciones legales que son consecuencia de su estimación.

CUESTIONES PROCESALES

Desestimación del recurso de casación habida cuenta de que no se denuncia la violación de una norma sustantiva concreta, sino una valoración diferente de la mantenida por el Juzgador de instancia de las circunstancias concurrentes en el caso concreto para aprobar el régimen de visitas y estancias del padre con su hija menor.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2005

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don José Carlos interpuso demanda de menor cuantía contra doña Sonia solicitando que se dictase sentencia en la que se acuerde otorgar dicha guarda y custodia en su favor o subsidiariamente compartida con la demandada, estableciéndose un régimen de visitas y una asignación en concepto de alimentos, para el progenitor que no tenga atribuida o compartida tal guarda y custodia, en su caso, de la hija común, con expresa imposición de costas a la contraparte, si se opusiera a esta demanda.

⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada doña Sonia, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «Me tenga por comparecido y parte en la representación que ostento, por contestada la demanda y por formulada reconvención, dando traslado del presente escrito a la parte actora y al Ministerio Fiscal por existir un hijo menor de edad, y previo recibimiento del juicio a prueba dicte sentencia desestimando la demanda y estimando la contestación a aquélla y la reconvención. Con imposición a la parte actora de las costas causadas». Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito, en el que terminaba suplicando al Juzgado: «... en su día se dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de los de Vinaroz (Castellón) dictó sentencia el 10 de noviembre de 1997 acordando entre otras medidas 1. El padre podrá tener a su hija, en su compañía, desde las 18 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, debiéndola recoger el padre en el domicilio materno y reintegrar a la madre cuando ésta la recoja en el domicilio paterno, fijándose en ejecución de sentencia, si ello fuera necesario un lugar público distinto del señalado, para realizarse la entrega y recogida de la menor a cada progenitor, evitando en lo posible alteraciones públicas, que influyan negativamente en el comportamiento de la niña. Asimismo, en la mitad de los períodos vacacionales de Semana Santa, Navidad y verano, el padre podrá tenerla en su compañía, a falta de acuerdo, la madre elegirá los años pares y el padre los impares. 2. El padre podrá llamar a su hija por teléfono y

hablar con ésta al menos una vez por semana, y cuantas otras veces las circunstancias lo aconsejaran por razón de enfermedad o situaciones análogas, absteniéndose la madre de realizar conducta alguna que impida la práctica de esta medida, lo mismo cabe acordar cuando la menor esté en compañía del otro progenitor. Así como cuantas otras visitas o comunicaciones con la niña tuvieren a bien establecer ambas partes, advitiéndoles expresamente que en el futuro eviten las conductas que hasta la fecha se han sucedido con continuas denuncias por desobediencia.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Castellón dictó Sentencia el 29 de diciembre de 1999 desestimando el recurso interpuesto por doña Sonia.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso, D.ª Sonia alega la infracción del artículo 24-1 de la Constitución Española en relación con el artículo 120-3 de dicho Cuerpo constitucional. Es cierto, siguiendo reiterada jurisprudencia de esta Sala, que la motivación de la sentencia, como elemento enclavado para una necesaria tutela judicial efectiva, supone principalmente lo siguiente:

1.º Hacer patente el sometimiento del Juez al imperio de la Ley (art. 117.1 C.E.) o, más ampliamente, al ordenamiento jurídico (art. 9.1 C.E.), lo que ha de redundar en beneficio de la confianza en los órganos jurisdiccionales.

2.º Lograr la convicción de las partes en el proceso, así como también de la ciudadanía sobre la justicia y corrección de una decisión judicial que afecta a los derechos de un ciudadano.

3.º Mostrar el esfuerzo realizado por el Juez o Tribunal, así como su cultura jurídica, para garantizar una resolución carente de arbitrariedad, lo que sólo puede lograrse si la resolución judicial hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica.

4.º Garantizar la posibilidad de control de la sentencia a través de los recursos.

Pero también es necesario constatar que esta Sala ha dicho que tal motivación ha de ser suficiente y razonable, y que para mensurar la suficiencia de tal motivación habrá que irse a cada caso concreto, sin que la misma se pueda determinar *a priori* y con carácter general.

Y ya centrando la cuestión al caso presente, es preciso decir que la sentencia recurrida tiene una motivación suficiente, y se hace tal afirmación por dos razones:

a) Porque la sentencia recurrida acepta y hace suyo el fundamento tercero de la sentencia de primera instancia, en el cual se explicita de una manera, que se puede calificar de exhaustiva, el porqué del derecho de visitas del padre.

b) Porque en la misma sentencia, se dice de una manera categórica el fundamento del derecho de visitas concedido al padre, basada en un régimen de estancias con el padre todos los fines de semana. Pues, si como la recurrente dice, que hasta el presente han sido escasos los contactos paterno-filiales (y no ahondaremos ahora en cuáles hayan podido ser los motivos de ello), se remediará, ello, incrementando los contactos, y así se tenderá a la normalización de las relaciones entre padre e hija, tan necesarias para la formación integral y la estabilidad emocional de la misma.

El segundo motivo lo residencia la parte recurrente en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia recurrida, afirmación de dicha parte, se han infringido los artículos 66, 160, 103.1 y 92.2 del Código Civil. Este motivo debe sufrir la misma suerte desestimatoria que su antecesor.

En efecto, como muy bien dice el Ministerio Fiscal, por la formulación del motivo y la cita de preceptos que fundamentalmente definen principios generales se infiere que por el recurrente no se denuncia la violación de una norma sustantiva concreta, sino una valoración diferente de la mantenida

por el Juzgador de instancia de las circunstancias concurrentes en el caso concreto para aprobar el régimen de visitas y estancias del padre con su hija menor. La lectura de la explicación del motivo confirma la sospecha inicial, pues no alega hecho, circunstancia, valoración o decisión en la resolución recurrida que por su patente arbitrariedad o contradicción con los hechos declarados probados indique que se ha transgredido el principio de igualdad de los padres, el derecho de relacionarse los hijos con sus padres y demás familiares o se ha desconocido el principio de prevalencia del interés del menor.

Además, la parte recurrente olvida que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida al fijar el régimen de visitas del padre ha sido el lograr «la formación integral y la estabilidad emocional de la pequeña».

Y con ello ha seguido lo que marca la esencia de los artículos 2 y 20 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 23 de septiembre de 2003, cuando en ella se dice: «El Tribunal ha declarado repetidamente que el artículo 8 incluye el derecho de los padres a que se tomen medidas para que se les permita reunirse con sus hijos y la obligación de las autoridades nacionales de tomar tales medidas. (...). Sin embargo, la obligación de las autoridades nacionales de tomar medidas para facilitar la reunión no es absoluta, puesto que la reunión de un progenitor con los hijos que han vivido durante algún tiempo con el otro progenitor tal vez no pueda producirse de forma inmediata y puede exigir que se tomen medidas preparatorias. La naturaleza y el alcance de dicha preparación dependerá de las circunstancias de cada caso, pero la comprensión y la cooperación de todas las personas afectadas es siempre un ingrediente importante. Aunque las autoridades nacionales deben hacer todo lo posible para facilitar dicha cooperación, cualquier obligación de aplicar medidas coercitivas en este campo debe ser limitada ya que deben tenerse en cuenta tanto el interés como los derechos y las libertades de todas las personas afectadas, y muy especialmente, el interés del menor y sus derechos en virtud del artículo 8 del Convenio. Cuando los contactos con el progenitor pueda parecer que amenazan ese interés o interferir con esos derechos, las autoridades nacionales deben establecer un justo equilibrio entre ellos (véase Hokkanen –TEDH 1994, 35– y la Ignaccolo-Zenide –TEDH 2000, 14–)».

No obstante, habiendo transcurrido desde el momento en que se adoptaron las medidas de guarda y custodia, el tiempo suficiente para que la menor, ya mayor de doce años, pueda ser oída, conforme resulta del derecho que establece la Ley del Menor (artículo 9-3) y a la vista de las determinaciones procesales que establecen los artículos 770.6.º, 774 y, especialmente artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede acordar la audiencia de dicha menor, con intervención del Ministerio Fiscal, a cuyo fin se librará el despacho oportuno, por la Audiencia al Juzgado de origen, de manera, que el Ministerio Fiscal, ordene, en su caso, si viere convenirle al interés de la menor, la modificación de las medidas adoptadas.

CUESTIONES PROCESALES

Para la denuncia casacional del quebrantamiento de forma por indefensión al no practicarse la prueba propuesta y admitida es necesario que la petición se haya reproducido en segunda instancia.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Constanza, don Alexander y don José Pablo interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña María del Pilar y doña Esther y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que dicte en su día Sentencia que declare la nulidad absoluta y de pleno derecho, sin eficacia alguna en España, del matrimonio civil contraído en Caracas (Venezuela) el 6 de marzo

de 1970 entre don Benito y doña María del Pilar, ordenando la nulidad y cancelación de su inscripción en los Registros Públicos o Archivos donde conste practicada; y en su consecuencia, declare la pérdida de la condición de cónyuge, esposa y viuda de doña María del Pilar, respecto de don Benito; Y la destrucción de la presunción de ganancialidad de todos los bienes y/o derechos y/o metálico de los que fueran titulares doña María del Pilar y don Benito, hasta el fallecimiento de éste; Declare la presunción de ganancialidad a favor del único matrimonio válido que es el de don Benito y mi mandante doña Constanza, de todos los bienes y/o derechos y/o metálico de los que fuera titular –hasta su fallecimiento– don Benito, o adquiridos con las rentas y/o frutos obtenidos de su trabajo, presunción que se declara en el artículo 1316 del Código Civil, mandando hacerla constar en los Archivos y Registros Públicos que procedan; Declare la única viudedad de doña Constanza, con todos los derechos y obligaciones civiles y sociales subsiguientes a su favor, mandando hacerlo constar en su forma legal, en los Archivos y Registros Públicos que procedan; Revoque todos los poderes y/o autorizaciones que, sobre los precedentes derechos, obligaciones, bienes y/o metálico, hubieran podido ser otorgados por doña María del Pilar, mandando hacerlo constar en los Archivos y Registros Públicos que procedan; Declare la nulidad del testamento otorgado ante el Notario de San Sebastián don José María Segura Zurbano, de fecha 20 de noviembre de 1989, con el núm. 3475, por falsedad civil; si así no fuere estimada, declare a) la nulidad del legado efectuado a doña María del Pilar en tanto que no reúne la condición válida de esposa y viuda, y b) la preterición intencional de su primera y única esposa –y viuda– doña Constanza, y de sus hijos don Alexander y don José Pablo, reduciendo las disposiciones testamentarias hasta el total resarcimiento de sus derechos sucesorios, mandando hacerlo constar en su matriz, obrante en el Protocolo del Notario de San Sebastián don José María Segura Zurbano; y subsidiariamente a cualquiera de las anteriores, reconozca a favor de mis poderdantes un derecho a ser indemnizados y resarcidos en cuantos derechos y obligaciones les hubieran sido perjudicados, cuya cuantía se determinará en ejecución de Sentencia.

- Doña María del Pilar y doña Esther, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia en la que con estimación de las excepciones planteadas por esta parte y subsidiariamente y para el improbable supuesto de que las mismas no fuesen acogidas por este Juzgado, subsidiariamente se desestime la demanda interpuesta de adverso con expresa imposición de las costas causadas a esta parte.

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de San Sebastián dictó Sentencia con fecha 9 de febrero de 2000 declarando haber lugar a la nulidad del matrimonio civil contraído en Caracas (Venezuela) el 6 de marzo de 1970 entre don Benito y doña María del Pilar, sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

- En grado de apelación la Sec. 2.ª de la AP de Guipúzcoa dictó Sentencia el 12 de junio de 2000 desestimando el recurso de casación.

- Doña María del Pilar interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se denuncia infracción de los artículos 680 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El motivo se desestima porque, aun cuando es cierto la existencia de irregularidades procedimentales en la tramitación seguida en primera instancia,

ninguna de ellas ha creado situación de indefensión efectiva para la parte recurrente por lo que resultaría desproporcionado dar lugar al efecto enérgico de la nulidad de actuaciones.

Argumenta la parte recurrente que se le privó de la posibilidad de solicitar el recibimiento a prueba e interesar la práctica de pruebas, pero tal alegación no puede prosperar porque: a) con independencia de si ello fue o no así en la primera instancia, sin embargo, nada pidió en la segunda, por lo que cuando menos no dio cumplimiento a la exigencia del artículo 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que condiciona la prosperabilidad de la denuncia casacional del quebrantamiento de forma del inciso segundo del ordinal tercero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a que, habiéndose producido la falta o transgresión en la primera instancia, se haya reproducido la petición de subsanación en la segunda. Además de ello hay que tener en cuenta que, cuando se trata de apelaciones contra sentencias definitivas recaídas en los juicios de menor cuantía, el artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite pedir a cualquiera de las partes que se reciban los autos a prueba (en segunda instancia) si concurriese alguno de los casos en que lo permite el artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre los cuales figura la no admisión de la prueba en primera instancia; y cuando se trata de juicios incidentales, a los que son aplicables en apelación las disposiciones legales de la Sección 3.ª del Título VI del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (artículos 887 y siguientes), cabe pedir el recibimiento a prueba de conformidad con el artículo 897 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el caso de pretenderse que en la primera instancia hubo una infracción de precepto procesal determinante de nulidad de actuaciones, debe pedirse en el escrito de instrucción, de acuerdo con la remisión que hace el artículo 893 al artículo 859 de la citada Ley. Pues bien, en el caso, la parte apelante, aquí recurrente en casación, no actuó en consonancia con dichas disposiciones legales, pues ni en el plazo de seis días a que se refiere el artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni en el escrito de 31 de marzo de 2000 en que manifiesta quedar instruida, formuló ninguna de las pretensiones respectivamente expresadas, por lo que deviene irrelevante si se siguió un trámite u otro, ya que no hubo ni el mínimo asomo de indefensión. Y, b) abundan en la desestimación del motivo las circunstancias que concurren en el tipo de prueba que, se dice, se pretendía pedir, pues no sólo es ajena al planteamiento del escrito de contestación, sino que además adolece de absoluta vaguedad e incertidumbre pues alude a la existencia de «fundadas sospechas de existencia de un divorcio en Ecuador, el cual perfectamente pudo llevarse a cabo por la hoy actora en Ecuador, ya que en dicho país el divorcio existe desde hace más de treinta años, es una súbdita ecuatoriana y el matrimonio se celebró en Ecuador, por lo que no habría tenido dificultad alguna en instar el procedimiento de divorcio contra el Sr. Villar e inscribir el mismo en el Registro Civil que corresponda de Ecuador. Esta sospecha se acentúa cuando se revisa la prueba documental aportada por la actora con el escrito de demanda la cual sorprendentemente, no incluye la certificación del matrimonio vigente en el Registro Civil de Ecuador sino el Registro Consular Español». Como se puede apreciar no existe medio de prueba a proponer, sino únicamente averiguar si existe fuente de prueba, y, lo que es peor todavía, si tuvo lugar el hecho, respecto del que no hay indicio, ni siquiera conjetura jurídica, y ello lo revela el propio motivo cuando añade a lo anteriormente expuesto: «Ya que la actora ha omitido este fundamental aspecto, la vigencia del matrimonio, es esta parte la que intentaría acreditar la existencia o no del mismo por medio de la correspondiente certificación, cuestión que no ha podido ni tan siquiera proponer al no haberse tramitado el procedimiento por los cauces previstos en la Ley». Con esta alegación se desconoce la regla de que al que afirma un hecho le incumbe acreditar su nacimiento, pero no su subsistencia, y se falta a la verdad porque la proposición de prueba se pudo haber intentado ante el tribunal de la apelación, como anteriormente se ha razonado.

En el motivo segundo se alega infracción, por no aplicación, del artículo 1964 del Código Civil, pues, se aduce, que habiendo transcurrido más de quince años desde la celebración del segundo matrimonio la acción ejercitada está prescrita.

El motivo no puede estimarse porque la causa de nulidad matrimonial por existencia de un vínculo matrimonial no disuelto (artículo 73.2.º en relación con el 46.2.º ambos del Código Civil) es de nulidad radical o absoluta (Sentencia de 7 de marzo de 1972) por lo que, al no prever la Ley ningún efecto distinto, la acción para hacerla valer es imprescriptible, y por consiguiente no sanable por el transcurso del tiempo (Sentencias de 23 de julio de 1993, 8 de marzo de 1994 y 5 de junio de 2000).

CUESTIONES PENALES

La reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio de que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener –en su caso– otra medida de alejamiento. Por ello, se absuelve al acusado del delito de quebrantamiento de condena por el que venía siendo procesado.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Joaquín Giménez García

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Santiago, mayor de edad y sin antecedentes penales, de nacionalidad marroquí, que se encontraba en España a finales del año 2000 careciendo de permiso de residencia y de trabajo, inició una relación sentimental con Yolanda en esas fechas, viviendo juntos en el piso que ésta había alquilado sito en el barrio de Vicálvaro de esta ciudad.

⊙ La expresada relación se fue deteriorando, a pesar de que Yolanda se quedó embarazada teniendo a finales del mes de septiembre de 2001 un aborto espontáneo, negándose el acusado a darla por finalizada, haciendo caso omiso a los requerimientos de Yolanda en tal sentido, acudiendo reiteradamente al expresado domicilio.

⊙ En el curso de la relación sentimental mantenida, particularmente desde finales del mes de julio de 2001, el acusado vejó e insultó a Yolanda, acosándola continuamente, produciendo en ésta una situación de angustia al negarse a acabarla y permitir que Yolanda le dejara, por lo que, en varias ocasiones, la abuela de ésta, Esther, fue a la vivienda donde habitaba Yolanda para dormir con ella.

⊙ El día 30 de julio de 2001 dos policías nacionales destinados en la comisaría de San Blas-Vicálvaro se personaron sobre las 8,45 horas en el expresado domicilio, tras avisar Yolanda telefónicamente a la policía, encontrándose con ésta en la puerta de entrada y al penetrar en la vivienda encontraron al acusado durmiendo en el suelo del comedor, en calzoncillos, procediendo a su detención, tras intentar éste darse a la fuga. En el citado centro policial, fue informado de sus derechos como detenido por allanamiento de morada, daños y amenazas y, tras prestar declaración Yolanda, por agresión sexual, poniéndolo a disposición judicial, acordando el magistrado juez instructor de la causa, tras oírle en declaración y celebrar la preceptiva comparecencia, su libertad provisional y acordar como medida cautelar, la prohibición de aproximarse a menos de 700 metros de Yolanda, en resolución de 31 de julio de 2001, que fue debidamente notificada al acusado. Al ser reconocida Yolanda ese día por dos médicos forenses y el día anterior en el hospital de La Paz, los facultativos que la reconocieron no observaron que presentara lesión alguna externa sino ginecológica, procediendo a la recogida de muestras vaginales, detectando que se encontraba en estado de gestación.

⊙ A pesar de la medida de alejamiento acordada, el acusado en las fechas siguientes procedió a seguir a Yolanda en varias ocasiones, accediendo, de forma reiterada, al domicilio de ésta en la CALLEooo.

⊙ Sin que se haya esclarecido si Yolanda y el acusado reanudaron en el mes de agosto su relación sentimental, en la madrugada del día 10 de septiembre de 2001 el acusado, en la vivienda de la CALLEooo, al discutir una vez más, por los mismos motivos, con Yolanda, la escupió y amenazó de muerte con un cuchillo que le puso en el cuello.

⊙ En la madrugada del día 6 de octubre de 2001 el acusado penetró en el piso mencionado por una ventana, tras forzar los barrotes de protección en ella instalados, como había realizado en otra ocasión en que dormía en él la abuela de Yolanda con ésta, saliendo apresuradamente de la vivienda al encontrarse con ella, y permaneció en él varias horas, a pesar de que Yolanda le requirió insistentemente para que lo abandonara, aprovechando para comer, ducharse y dormir.

⊙ El día 15 de abril de 2002, como quiera que el acusado, en su actitud de acoso a Yolanda, no encontrara a ésta, dado que por la persecución a la que se veía sometida había ido a alojarse al domicilio de una amiga, se dirigió, ya en la madrugada del día siguiente, al domicilio de la abuela de Yolanda, Esther, sito en ... del mismo barrio de Vicálvaro, en donde había estado en otra ocasión, procediendo, sobre las 2,30 horas, a llamar repetidamente al telefonillo del portal. Ante tal situación, a esa hora intempestiva, Esther se asomó a la terraza de la vivienda, diciéndole al acusado que se marchase dado que Yolanda no estaba en su casa, persistiendo éste en su actitud, de llamar por el telefonillo. Como quiera que el hijo de Esther, Jesús Manuel, se encontraba durmiendo en el piso, ocasionalmente, junto a su mujer Silvia, y a un menor, nieto de Esther, se despertó ante las llamadas efectuadas por el acusado, bajando al portal junto con su madre, ante la persistencia del acusado. Cuando llegaron al portal el acusado no se encontraba allí, al haber procedido tras encaramarse a una farola de alumbrado público que había sido instalada en fechas inmediatas anteriores junto a la terraza de la citada vivienda, a acceder a ésta, oyendo Esther y su hijo un ruido en la terraza, y retornando al piso al sospechar que había subido el mismo el acusado, en la forma relatada. Ante los ruidos producidos también se despertó Silvia, observando cómo el acusado salía de la cocina de la vivienda, que da a la terraza, para introducirse en el cuarto de baño cuando retornaban su marido y su suegra, procediendo éstos a impedir que el acusado saliera del mismo, y a avisar a la policía. Al intentar el acusado salir por la ventana del cuarto de baño, de reducidas dimensiones, a la terraza, e impedírselo los anteriores con el palo de una fregona, se fracturó uno de los cristales de aquélla, procediendo una dotación de la policía municipal, que se personó en la vivienda instantes después, a la detención del acusado.

⊙ El Juzgado de Instrucción núm. 38 de Madrid instruyó Sumario núm. 11/02, seguido por delitos de agresión sexual, allanamiento de morada, quebrantamiento de medida cautelar, amenazas y faltas contra las personas, contra Santiago, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial.

⊙ La Sec. 3.ª de la AP de de Madrid, Sec. 3.ª dictó sentencia el 11 de junio de 2004 condenando a Santiago, como autor criminalmente responsable de los delitos que se recogen a continuación, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: a) de un delito de maltrato familiar, a la pena de DOS años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena. b) de un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar, a la pena de DIECIOCHO meses de multa, con una cuota diaria de dos euros. c) de un delito de amenazas, a la pena de UN año y TRES meses de prisión, con la misma pena accesoria. d) de un delito de allanamiento de morada, a la pena de UN AÑO y tres meses de prisión, con igual accesoria. e) de otro delito de allanamiento de morada, a la pena de UN año y TRES meses de prisión, con la misma accesoria. Se le absuelve del delito de agresión sexual que le es imputado por la mencionada acusación particular, de los otros delitos de allanamiento de morada y de amenazas, y de las faltas contra las personas de los que es acusado por el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares. El acusado no podrá acercarse o comunicarse con Yolanda, ni acudir al domicilio donde ésta resida, en un plazo de CINCO años. Se sustituyen las penas privativas de libertad impuestas, que sumadas, ascienden a cinco años y nueve meses de prisión, por la expulsión del condenado del territorio español, al que no podrá regresar en diez años, y si regresare cumplirá las penas sustituidas. Para el cómputo de las penas privativas de libertad impuestas se abonará el tiempo de prisión preventiva sufrido por el procesado en la causa.

⊙ Santiago interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que absolvió a Santiago del delito de quebrantamiento de medida del que fue condenado en la instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Desde el punto de vista formal, el recurrente denunció la indebida denegación de diligencias de prueba a la defensa. La prueba denegada durante la instrucción fue la de solicitar al Centro Penitenciario donde se encontraba recluido el recurrente que enviasen al Juzgado unas llaves que se encontraban entre sus efectos y que correspondían a las de la vivienda que compartía con su compañera y que acreditarían la reanudación de la vida de pareja al tiempo de su detención –16 de abril de 2002– con lo que desaparecerían los delitos de quebrantamiento de medida y uno de los de allanamiento de morada. Dicha prueba fue denegada durante la instrucción.

De entrada, señala el Tribunal Supremo, debemos recordar, que, en principio, el momento de la proposición de prueba y por tanto de su posible denegación debe ser, a los efectos tanto de este cauce casacional como desde el derecho constitucional a proponer prueba –art. 24.2.º–, el de la calificación provisional para su práctica en el Plenario pues el Sumario sólo tiene un valor preliminar y preparatorio del juicio oral.

El propio recurrente reconoce que dicha llave, la portaba en el Plenario pero en ese momento ya no era procedente porque, a la sazón, su compañera ya no ocupaba la vivienda. Aun admitiendo esa situación, que no acredita, y que hubiera situado el momento hábil para tal verificación el del Sumario, es lo cierto que tal comprobación nada hubiera acreditado de forma clara e indubitada. Existieron muchas posibilidades de que el recurrente tuviera una llave del piso –o la conservara de la convivencia anterior– y que les hubiese seguido poseyendo durante la ruptura de dicha convivencia, por lo que, aun admitiendo la pertinencia de la prueba, en modo alguno era prueba necesaria o imprescindible, y no lo era porque cualquiera que fuera su resultado carecía de incidencia para la resolución final del caso, en relación al delito de allanamiento.

El motivo debe ser desestimado.

En otro motivo del recurso, por la vía del art. 851.1.º de la LECriminal denuncia contradicción en los hechos probados. Concreta tal contradicción que en los hechos probados se afirma que a pesar de la medida de alejamiento, el recurrente se presentó reiteradas veces en el domicilio de su excompañera, accediendo al mismo, en la fundamentación, con valor fáctico se afirma que «... después de la denuncia, el acusado y ella habían reanudado su convivencia, no recordando las fechas en que supuestamente dejaron su relación con lo relatado por Yolanda sobre el bar que explotaron juntos durante dos meses, desde junio de 2001... ». Igualmente se cita la página 13 de la sentencia –realmente es el 12– en el sentido de que con posterioridad al 30 de julio de 2001 reanudara la convivencia.

Efectivamente, en este control casacional se verifica la existencia de esos juicios dudosos sobre si se llegó o no a reanudar la convivencia, e incluso en el *factum* se afirma que no se ha esclarecido si en el mes de agosto de 2001 se reanudó la convivencia cuando el auto de alejamiento fue dictado y notificado al recurrente el 31 de julio de 2001.

Esta contradicción, por afectar a la solidez de la existencia de un elemento esencial del tipo de quebrantamiento de la medida, cual es la aceptación, por la propia víctima solicitante de su contenido, va a tener una importancia decisiva en relación al delito de quebrantamiento del que ha sido condenada, lo que ahora sólo se indica y será estudiado con más detalle en el motivo segundo.

En todo caso, procede el éxito del motivo aunque con un alcance distinto del de la devolución de la causa al Tribunal de procedencia.

Pasamos al estudio del motivo que denuncia vulneración del principio de presunción de inocencia en relación a los delitos por los que ha sido condenado.

Toda su argumentación se centra en cuestionar la solidez y consistencia de la declaración de su ex compañera sentimental.

No existe tal vacío probatorio.

Las declaraciones de Yolanda fueron analizadas con minuciosidad por el Tribunal sentenciador, como se comprueba con la lectura del F.J. tercero A). No es preciso reiterar la aptitud que tiene la sola declaración de la víctima para integrar la prueba de cargo suficiente capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia –SSTS núm. 801/99 de 12 de mayo, 1845/2000, 104/2002 de 29 de enero y 519/2005 de 25 de abril, entre otras–. De su examen en este control casacional, verificamos que dicha declaración reviste su solidez desde la triple perspectiva de ausencia de credibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia. El Tribunal verificó su congruencia y contundencia en manifestar «...

la pertinaz actitud del acusado de continuar en su relación no querida ya por ella...» –página 9 de la sentencia–, y ello aún reconociendo algunas imprecisiones que no afectan a la esencia de su relato, pero es que, además, no se está en presencia de la sola declaración de la víctima, se contó también con la declaración de la abuela de Yolanda, siendo ella misma víctima de la violencia del recurrente cuando en la madrugada del día 16 de abril de 2002 se personó el recurrente en él, e intentó asaltando en los términos descritos en el *factum*, que son muy elocuentes del carácter violento y obcecado del recurrente, que llegó a encaramarse a una farola de la calle para desde allá acceder a la terraza del piso ante la negativa de la abuela –Esther– de abrirle el portal.

En el mismo sentido se contó con las declaraciones de los testigos –tres– que presenciaron los hechos y a los que se refiere el Tribunal en el último párrafo del F.J. III A), y finalmente se cuenta con la realidad de los daños causados en los barrotes de la vivienda de Yolanda, que fueron forzados por el recurrente para penetrar –el día 6 de octubre– en el piso de ella, y que habían sido puestos precisamente como seguridad y protección ante la actitud de aquél, con el resultado de que al penetrar él, ella huyó del piso, quedándose el recurrente unas horas que aprovechó para ducharse, comer y dormir. Además de la declaración de la víctima, se contó con suficientes corroboraciones que reforzaron la credibilidad de aquélla.

No hubo vacío probatorio, sino prueba válida, legalmente introducida en el proceso, suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, y que ha sido debidamente motivada por lo que su decisión se sitúa extramuros de toda decisión sospechosa de arbitrariedad.

Procede la desestimación del motivo.

En otro de los motivos, encauzado por la vía del *error iuris* del art. 849-1.º de la LECriminal en el mismo, se denuncia la indebida aplicación de los artículos que justificaron en la instancia todos los delitos por los que ha sido condenado el recurrente, maltrato familiar, quebrantamiento de medida cautelar, amenazas y dos delitos de amenazas.

En la argumentación cuestiona tales delitos porque:

a) El delito de maltrato por no existir parte médico alguno acreditativo de lesión o secuela psicológica.

b) El de quebrantamiento de medida porque después de imponerle el alejamiento convivieron juntos.

c) El de amenazas porque se fundamentó en la exclusiva declaración de la víctima.

d) Los dos delitos de allanamiento de morada porque no consta que existiera oposición del morador de la vivienda.

El recurrente olvida que presupuesto de admisibilidad del motivo es el respeto a los hechos probados, lo que no cumple ya que no sólo los ignora sino que trata de sustituirlos por otros. Por ello ya sólo incurre en motivo de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación en relación a los delitos a), c) y d) de la enumeración anterior.

Además de ello puede decirse que la existencia de tales delitos está acreditada de forma cumplida por las declaraciones de las víctimas, singularmente su excompañera, siendo irrelevante para la existencia del delito de maltrato que no exista parte médico, y lo mismo cabe decir en relación al delito de amenazas que se comete en la soledad generalmente buscada de amenazador y amenazado.

En lo referente a los dos delitos de allanamiento de morada –la de su excompañera, y la de su abuela–, la prueba ha sido contundente tanto en el asalto de que fue objeto la vivienda de Yolanda –forzando los barrotes de protección de una ventana puestos, precisamente, para impedirle su acceso–, como a la vivienda de la abuela –Esther– en la que el recurrente tras encaramarse a la farola del alumbrado público, alcanzó la terraza del piso y desde ella pasó al interior de la vivienda como ya se ha dicho. La declaración de los testigos es contundente, sobre todo ante las sorprendentes explicaciones justificadoras de su proceder dadas por el recurrente.

Mención aparte requiere el delito de quebrantamiento de medida.

El recurrente fue condenado por haber quebrantado la medida de alejamiento dada por el Juez el día 31 de julio de 2001 y que le fue oportunamente notificada al recurrente.

Al respecto se afirma en el propio hecho probado que «... sin que se haya esclarecido si Yolanda y el acusado reanudaron el mes de agosto su relación sentimental, en la madrugada del día 10 de septiembre...».

En idéntico sentido se hace consta en el F.J. III A) Motivación sobre los hechos, en la página 8 de la sentencia «... Es más de lo manifestado por ella al deponer como testigo el juicio (folio 7 del acta) se infiere que después de la denuncia, el acusado y ella habían reanudado su convivencia, no concordando las fechas en las que supuestamente dejaron su relación con lo relatado por Yolanda sobre el bar que exploraron juntos, durante dos meses, desde junio de 2001...».

Es decir, la secuencia de los hechos sería: a) ruptura de la relación y auto de alejamiento dado el 31 de julio de 2001; b) reanudación de la vida en

común con explotación de un bar, ya como hecho cierto o, al menos probable durante el mes de agosto y c) nueva secuencia de ruptura de la convivencia con las amenazas efectuadas por el recurrente a su excompañera con amenazas de muerte colocándole un cuchillo en el cuello, hecho ocurrido el 10 de septiembre y asalto a la vivienda de ella el 6 de octubre de 2001.

No cabe duda de la naturaleza de pena –pena privativa de derechos– que tiene la prohibición de aproximación a la víctima, según el art. 39 del Código Penal, pena que ya tuvo tal carácter a partir de la L.O. 14/99, así como de la naturaleza delictiva de su incumplimiento, según el art. 468 del Código Penal. Tampoco cabe duda de que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado. Las penas se imponen para ser cumplidas y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar. En concreto, la medida que se le impuso al recurrente el 31 de julio tuvo esa naturaleza y la impuesta en el fallo de la sentencia sometida al presente control casacional tiene naturaleza de pena.

No obstante, las reflexiones anteriores ofrecen interrogantes cuando se predican de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación.

En uno y otro caso, la efectividad de la medida depende –y esto es lo característico– de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima –en cuya protección se acuerda– de mantener su vigencia siempre y en todo momento.

¿Qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o exconviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquélla?

Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebranamiento de medida del art. 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a «vivir juntos», como recuerda las SSTEDH de 24 de marzo de 1988 y 9 de junio de 1998, entre otras.

Por otra parte, es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida.

En esta materia parece decisión más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener –en su caso– otra medida de alejamiento.

Podemos concluir diciendo que en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone *de facto* el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante.

Ésta es la especificidad de esta medida/pena dado el específico escenario en el que desarrolla su eficacia.

Una aplicación de lo expuesto al caso de autos lleva a la conclusión de que en el presente caso se ha objetivado una duda en la propia sentencia acerca de si con posterioridad al otorgamiento del auto de prohibición de aproximación, se volvió o no a convivir, lo que proyecta al menos una duda seria y razonable sobre el núcleo del tipo penal: el mantenimiento de la voluntad de la excompañera de que el recurrente no se le acercara, basta y sobra esta situación para estimar que no ha existido quebrantamiento de medida ni por tanto delito del art. 468 del Código Penal.

Procede estimar esta parte del motivo y absolver al recurrente del delito de quebrantamiento, lo que se acordará en la segunda sentencia.

En la segunda sentencia dictada por el Tribunal Supremo se acordó absolver a Santiago del delito de quebrantamiento de medida del que fue con-

denado en la instancia, con declaración de oficio de una quinta parte de las costas de la instancia, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia casada.

CUESTIONES PENALES

El régimen de sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión por uno de los cónyuges de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción (apropiarse del saldo de una cuenta común).

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Andrés Martínez Arrieta

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Simón, en el año 1997, mantenía una cuenta c/ a plazo, abierta en el Banco de Galicia, con un saldo disponible de 12.000.000 de pesetas perteneciente a la sociedad de gananciales que mantenía con su esposa doña Eva.

⊙ Hallándose en trámite de separación conyugal y solicitando el divorcio ante el Tribunal competente de Ginebra, donde ambos cónyuges residían, en 20 de junio de 1997, Simón a fin de hacerse con dicho numerario y como el depósito era indisponible por haberse concertado a plazo fijo, encargó a su madre, María Rosa que, utilizando un poder notarial otorgado por ambos cónyuges en 18 de agosto de 1994, interesase a préstamo de la misma entidad Bancaria un importe igual a la cantidad depositada, lo que así hizo María Rosa, rescindiendo una póliza de préstamo en diecisiete de junio de 1997 y concertando directamente el numerario prestado, del que dispuso, retirándolo de la entidad Bancaria.

⊙ Al propio tiempo, en 24 de junio de 1997 formalizó póliza de pignoración de la imposición a plazo en garantía de devolución del préstamo, que tenía vencimiento en ocho de septiembre de 1997, al igual que la cuenta a plazo, de modo que, el importe del depósito se aplicó directamente a la amortización del préstamo en la fecha de su vencimiento. Los acusados sin dar explicación del destino del numerario prestado que tenía en su poder, bajo pretexto de que le había sido sustraído no lo reintegraron, al haber ganancial, con el consiguiente perjuicio para doña Eva que resultó de esta forma, desposeída del importe de su participación, que ascendía a 6.000.000 de pesetas.

⊙ El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Caldas de Reyes instruyó Procedimiento Abreviado 47/99 contra Simón y María Rosa, por delito de apropiación indebida, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra.

⊙ La AP de Pontevedra dictó Sentencia el 4 de octubre de 2003 con el siguiente fallo: Se condena a Simón y a María Rosa, como autores responsables de un delito de apropiación indebida precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de un año de prisión a cada uno de los acusados, accesorias correspondientes, y a que en concepto de responsabilidad civil indemnicen a doña Eva, de modo conjunto y solidario, en la cantidad de seis millones de pesetas y sus intereses legales desde la comisión del hecho. Así como al pago de las costas procesales por mitad incluidas las de la acusación particular.

⊙ Simón y María Rosa interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien absolvió a María Rosa.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los recurrentes formalizan una impugnación, separada, aunque coincidente en su pretensión, tanto en su denuncia de vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, como por error de derecho por indebida aplicación del art. 252 del Código penal al considerar atípicos los hechos declarados probados. Formalizan un tercer motivo por error de hecho en la valoración de la prueba en el que propician una nueva valoración de la documentación existente y las testificales oídas, motivo que ha de ser analizado conjuntamente con la impugnación por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Aducen, en primer término, la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Es preciso recordar que la presunción de inocencia se integra en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental de toda persona en cuya virtud ha de presumirse su inocencia cuando es acusada en un procedimiento penal. Este derecho supone, entre otros aspectos, que corresponde a la acusación proponer una actividad probatoria ante el tribunal de instancia y que de su práctica resulte la acreditación del hecho del que acusa. El tribunal procederá a su valoración debiendo constatar la regularidad de su obtención y su carácter de prueba de cargo, es decir, con capacidad para alcanzar, a través de un razonamiento lógico, la declaración de un hecho típico, antijurídico, penado por la ley y que pueda atribuido, en sentido objetivo y subjetivo, al acusado, debiendo expresar en la sentencia el relato de convicción y el razonamiento por el que entiende que se ha enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Corresponde al tribunal de casación comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y su práctica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

Desde la perspectiva expuesta, el tribunal de instancia para la acreditación del hecho probado tiene en cuenta la declaración de la denunciante, cotitular de la sociedad de gananciales, perjudicada en el hecho; la documentación de las operaciones realizadas sobre la cuenta de titularidad de los esposos; la existencia del poder a favor de la madre acusada, y recurrente; y la declaración de los empleados de la entidad bancaria quienes ratifican la realidad de la operación y la llamada que realizó el acusado desde su residencia en Suiza, corroborando la operación realizada por su madre. El tribunal tiene en cuenta, desde la inmediación en la práctica de la prueba, la dificultad de una operación financiera como la realizada por parte de una persona, como la madre, carente de los precisos conocimientos sobre la materia. En este sentido, el tribunal ha destacado la dificultad de la operación realizada que fue sugerida por el hermano del recurrente.

Esa actividad probatoria es, desde luego, suficiente para la conformación del hecho probado, en los términos en que son redactados, para conformar la conducta del acusado que, mediante un poder notarial a favor de su madre, le da las instrucciones pertinentes para la realización del apoderamiento y las corrobora con una llamada telefónica a la entidad bancaria. Ahora bien, es insuficiente en lo que concerniente a la recurrente María Rosa respecto a la que el tribunal no realiza valoración alguna respecto al conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. En el hecho probado y en la fundamentación de la sentencia, se limita a describir el hecho realizado, la actuación del mandato encomendado valiéndose del poder que tenía, sin expresar el conocimiento de la ilicitud del acto encomendado. Desde el hecho probado la actuación de la madre, condenada en los hechos, es la de un instrumento que actúa sin dolo, al no resultar probado el conocimiento de la ilicitud realizada

En lo referente a la conducta del acusado Simón la fundamentación de la sentencia es razonable en la expresión de la convicción sobre la base de aspectos documentados de la operación mercantil y las declaraciones de cuantos intervinieron en los hechos, los acusados, la perjudicada y los empleados de la sucursal bancaria que intervinieron en la ejecución de las órdenes bancarias realizadas. La pretensión de este recurrente se concreta a que sobre el material probatorio que el tribunal ha valorado esta Sala realice otra, distinto y más acorde con las posiciones mantenidas por la defensa, con

olvido de que esa función corresponde al tribunal de instancia que con inmediación valora la prueba, en tanto a esta Sala, presupuesta la legalidad y regularidad de la prueba practicada, corresponde la comprobación de la lógica y racionalidad de la convicción, lo que hemos constatado.

Consecuentemente, los dos motivos que analizamos conjuntamente, la vulneración por infracción de ley por error de hecho y la impugnación por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se estima para la acusada María Rosa y se desestima para el acusado Simón.

En el segundo de los motivos denuncian la indebida aplicación del art. 252 del Código penal, arguyendo que la disposición económica se realizó constante en el matrimonio, por lo tanto ejerciendo la administración del capital que pertenecía a su sociedad de gananciales, la cual no había sido ni disuelta, ni liquidada.

El tema planteado ha sido objeto de escasos pronunciamientos de esta Sala y, en ocasiones, la solución no ha sido uniforme. Así, en algún pronunciamiento se ha negado la tipificación en la apropiación indebida entre esposos respecto de dinero o efectos pertenecientes a una sociedad de gananciales, cuando la misma no ha sido liquidada, porque «no se da el supuesto típico de la tradición o entrega, en virtud de alguno de los títulos a los que hace referencia el artículo 252 del Código Penal, por lo que la cuestión debe ser dilucidada en la vía civil». (STS 1216/2003, de 29 de septiembre), o porque, al no estar liquidada, no puede hablarse de propiedad de uno de los cónyuges y no resulta posible hablar de un delito de apropiación indebida desde el momento que el sujeto activo de dicha infracción penal nunca podrá ser quien es titular de la cosa y por tanto no la tiene en su poder por alguno de los títulos que el Código Penal prevé como título que produzca obligación de devolver la cosa. Estos pronunciamientos, y en parecidos términos los de Audiencias provinciales, se han apoyado en una consolidada jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo que tiene establecido, al tratar el tema de las cuentas corrientes indistintas, que «la titularidad indistinta lo único que atribuye a los titulares frente al Banco depositario es facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí sola, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta» (SSTS 8-II-1991, 7-VI-1996, 29-IX-1997, 5-VII-1999 y 29- V-2000, todas de la Sala I del Tribunal Supremo).

Otras Sentencias, STS 111/2005, de 1 de febrero, en sentido contrario, confirman una condena por apropiación indebida, señalando que «plantea [el recurrente] que no se han realizado liquidaciones. La doctrina de esta Sala tiene señalado (véanse sentencias de 27.12.2002 y anteriores que cita) que la incidencia, para la calificación jurídica penal de una conducta, de la inexistencia de una previa liquidación de cuentas entre las partes depende de cada caso particular, tratándose de apropiación indebida. Y, en el supuesto que nos ocupa, la Audiencia ha contado con elementos suficientes, que especifica, para concluir que el resultado de la liquidación implica, de todas maneras, una apropiación o distracción por el acusado, mandatario, de bienes patrimoniales muebles que debía haber reintegrado a Guadalupe; y que la cuantía de esa defraudación excede del mínimo legal».

También en la STS 112/2004, de 5 de febrero, se razona sobre la tipicidad de la disposición de bienes gananciales por el marido, cuando se han revocado los poderes de disposición, en el delito de apropiación indebida. «No obstante, es evidente también que el acusado había vulnerado sus deberes frente a la persona que lo autorizó a cargar gastos en su cuenta y, de esa manera, infringió un deber de confianza mediante una distracción de dinero en el sentido del art. 252 CP. Es decir: debió ser condenado por la comisión de un delito de administración desleal y no por el delito de estafa... Consecuentemente: la subsunción practicada en la sentencia recurrida es errónea, pues no se da ninguno de los elementos del tipo de la estafa. Ello no quiere decir que la conducta del recurrente, que no ha negado en ningún momento haber hecho las compras que fueron cargadas en la cuenta de la perjudicada, sea penalmente irrelevante, toda vez que su acción constituye una distracción del dinero en el sentido del art. 252 CP.

Esta disparidad de soluciones dio lugar a que la Sala encargada del conocimiento del recurso acordara la elevación de la cuestión al Pleno no jurisdiccional de la Sala II para unificar los criterios dispares, reunión que tuvo lugar el pasado día 25 de octubre, que acordó que «el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absolutoria del art. 268 del CP».

La jurisprudencia de esta Sala, desde antes del Código penal de 1995, STS 31.5.93, 15.11.94, 1.7.97, 26.2.98 y otras, que conforman una dirección jurisprudencial consolidada, (SSTS 31.1.2005, 2.11.2004 y las que citan), ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse

y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, como antes hemos expuesto, de manera que «en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron». STS 31.1.2005. Así, en la Sentencia de 12 de mayo de 2000, se declaraba que el artículo 252 del vigente Código penal, sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición actúa. En esta segunda modalidad de apropiación, consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el art. 252 del Código penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad (cfr. STS 16 de septiembre de 2003), sin que sea precisa la incorporación al propio patrimonio de los distraído, aunque normalmente así ocurra.

Esta consideración de la apropiación indebida del art. 252 del Código penal, parte de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, se apropiaren y distrajeren, y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito, de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Señalado lo anterior, analizamos la impugnación desde el hecho probado y su subsunción en el art. 252 CP. En síntesis el relato fáctico declara que el marido, en plena crisis matrimonial, que determinó la presentación de una demanda de separación, ejercitando las funciones de la administración de bienes de la sociedad de gananciales, los desvía de su destino propio y, además, los incorpora a su patrimonio. Para analizar la subsunción hemos de atender al régimen del sistema de gananciales dispuesto en el Código civil. La sociedad de gananciales se integra por los bienes obtenidos por el trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges; sus frutos, rentas o intereses; etc, de cuerdo al art. 1347 del Código civil. Los cónyuges, salvo pacto expreso, ostentan facultades de administración de la sociedad de gananciales (art. 1375 Cc.), necesitando el consentimiento, expreso o tácito, anterior o posterior, del otro cónyuge para la realización de disposiciones sobre esos bienes (art. 1377). Sobre los gananciales existe una expectativa de atribución por mitad de los mismos, al tiempo de la disolución (art. 1344) (STS, Sala I, 12.6.1990). La sociedad de gananciales es la titular de los bienes y los esposos son considerados terceros respecto a esa masa común, disponiendo, los arts. 1362 y ss. del Cc. las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, es decir, las atribuciones a que deben dedicarse los bienes gananciales a través de los administradores. Es decir se trata de una masa patrimonial, ajena a la propiedad de cada esposo, respecto a la que los esposos tienen facultades de administración en los términos dispuestos en el Código civil.

Del relato fáctico observamos que el acusado, a través de su madre como instrumento que actúa sin dolo, conforme hemos expuesto en el anterior fundamento, realiza actos de disposición de los bienes gananciales en dos momentos, tres días antes y tres días después de la presentación de la demanda de divorcio ante los tribunales de residencia del matrimonio en Suiza, por lo tanto sabedor de la inminente disolución de la sociedad de gananciales, en los hechos del 17 de junio, y cuando las facultades de administración habían cesado, por aplicación del art. 102 del Código civil, respecto a los hechos del 24 de junio, pues el día 20 se había presentado la demanda de separación. Los actos de administración han de ser reputados fraudulentos, en todo caso con manifiesta infidelidad respecto a las exigencias de administración de los bienes comunes integrados en la sociedad de gananciales, pues realiza actos, desde la administración que ostenta, que perjudican el patrimonio de la sociedad en un depósito a plazo fijo por un importe de 12 millones de pesetas que hace desaparecer y, al tiempo, las inminentes expectativas de la esposa de atribución de la mitad de los bienes de sociedad. En puridad es la sociedad de gananciales la perjudicada en la apropiación de los bienes por el acusado, pues es a la sociedad a la que se detrae el dinero existente en la cuenta corriente y a ella debería serle reintegrado los 12 millones distraídos, pero la sentencia impugnada, desde la vinculación de los escritos de acusación ha anticipado la disolución de la sociedad atribuyendo por mitad los bienes de la sociedad.

No procede la pretensión de liquidación de la sociedad de gananciales, como premisa previa a la existencia del delito de apropiación, pues desde los hechos probados el contenido de la apropiación

por administración desleal aparece claro en la desviación de la masa ganancial de los 12 millones de pesetas que a ella pertenecían y de la que el acusado se apropió en los términos establecidos. Tal liquidación pudiera ser necesaria si en la instrucción de la causa se alegara, o resultara, unas actuaciones que indicaran una actuación dirigida a la compensación patrimonial, pero nada de esto se ha alegado ni resulta de la causa. Por el contrario, el acusado, que nada alega al respecto que pueda ser considerado como principio de prueba de una causa de justificación de la distracción, el atender cargas de la sociedad, por ejemplo, se limita a negar su intervención en los hechos, que imputa a su madre y a manifestar su creencia sobre la desaparición en un robo.

La conducta del acusado es la de un administrador infiel que abusando de su cargo con respecto a los bienes gananciales que administra los distrae de su destino, en los términos que resultan del Código civil, en perjuicio de la masa ganancial y, a la postre, de la cónyuge. En otros términos, los hechos probados, la disposición fraudulenta de bienes gananciales, son típicos del delito de apropiación indebida en su modalidad de administración desleal, pues las facultades del administrador son empleadas en fraude de la masa ganancial y, a la postre, del otro cónyuge.

Este planteamiento es general para toda administración fraudulenta de bienes gananciales, y afectará tanto a las deslealtades producidas en situaciones de crisis de la convivencia, como a situaciones de normalidad. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que el Código prevé la excusa absolutoria del art. 268 para los supuestos de delitos patrimoniales entre esposos que no estuvieren separados legalmente, o de hecho o en proceso legal de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, por lo que la responsabilidad penal desaparece, pese a la tipicidad de la conducta, en los supuestos de constante matrimonio o de relación de análoga significación, en los términos que fue aprobada en la reunión del Pleno de esta Sala de 1 de marzo de 2005.

Consecuentemente, los hechos que se declaran probados están correctamente subsumidos en el tipo de la apropiación indebida. Además, la conducta descrita en el hecho probado se enmarca en lo que, desde alguna legislación penal moderna, se ha tipificado como delitos de violencia intrafamiliar, en su manifestación de violencia patrimonial, en los supuestos en los que uno de los cónyuges, abusando las competencias de administración de los bienes comunes, los detrae en perjuicio de la masa común, en un primer momento, y del otro cónyuge, en definitiva.

SUCESIONES

Validez de la cláusula testamentaria en virtud de la cual la testadora, separada legalmente de su esposo, instituye heredera a su única hija y nombra administrador de los bienes objeto de la herencia a un hermano de la testadora hasta que la hija alcance la edad de 23 años.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don José Ángel promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Germán, don Luis Pablo y doña Carolina, representada por la defensora judicial doña María José, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: «(...) dicte sentencia por la que se declare la nulidad, o, subsidiariamente, la ineficacia de la cláusula 2.ª del testamento otorgado por doña Esther, en fecha 18 de mayo de 1995 ante el Notario don Gonzalo López Fando Raynaud, con el número 2504 de su protocolo, condenando a los demandantes a estar y pasar por esta declaración, con imposición de costas si se opusieren a la pretensión deducida en la demanda».

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, don Germán y don Luis Pablo se personaron en autos oponiéndose a los pedimentos de la demanda.

⊙ La defensora judicial se personó igualmente en autos y solicitó la desestimación íntegra de la demanda, interponiendo al mismo tiempo demanda reconvencional por la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se declare que don José Ángel es deudor de la menor Carolina por la cantidad de 6.408.556 pesetas más los intereses que se devenguen hasta el completo pago, así como las cantidades que puedan resultar de los frutos de los bienes heredados y que se cuantificarán en todo caso, en el trámite de ejecución de sentencia.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Palma de Mallorca dictó Sentencia el 5 de febrero de 1998 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Baleares dictó Sentencia el 1 de octubre de 1998 dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto por don José Ángel.

⊙ Don José Ángel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión litigiosa se centra principalmente en la determinación de si procede o no declarar la nulidad, o, subsidiariamente, la ineficacia, de una cláusula del testamento de D.ª Esther, quien, cuando falleció el 5 de octubre de 1995, se hallaba separada de su esposo, el actor, y había instituido como su heredera a la hija de ambos, D.ª Carolina, nacida el 2 de febrero de 1986, pero con el nombramiento de un hermano de la testadora como administrador de los bienes objeto de la herencia, hasta que la hija alcanzara los 23 años de edad.

El motivo primero del recurso se basa en la infracción del artículo 154.2 del Código Civil, en relación con el artículo 6.2 del mismo ordenamiento, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada no ha valorado que el contexto de la cláusula testamentaria, cuya nulidad se solicita, atenta contra el derecho y deber de don José Ángel de administrar los bienes de su hija menor de edad con la que convive y a la que cuida y tutela, toda vez que el acto de última voluntad, otorgado, el 18 de mayo de 1995, por la entonces ya ex esposa del actor, instituye heredera a su hija D.ª Carolina y posterga al padre de la administración de los bienes legados a aquélla, del siguiente modo: –Nombra tutor para el supuesto de que fuera necesario y en todo caso nombra albacea-contador-partidor y administrador a don Germán (D.N.I. NÚMooo) y, en su defecto, a su otro hermano, don Luis Pablo (D.N.I. NÚMoo1)– se desestima porque el deber general de administración que se impone a los padres no opera en los tres supuestos señalados en el artículo 164 del Código Civil, referente el primero a los bienes adquiridos a título gratuito (herencia, legado o donación) cuando el disponente así lo ha establecido.

Se trata de respetar la voluntad del causante, que se cumplirá estrictamente sobre la administración y los frutos.

Para que tenga lugar la restricción deberá ser clara la intención de exclusión de la administración de los padres respecto a los bienes de que se trata, y ha de señalarse la persona que, en su lugar, debe realizar dicha actividad, cuyos presupuestos se han producido en el supuesto debatido.

Sobre esta materia, la STS de 16 de abril de 1998 declara lo siguiente: «Cualquiera que sea el encuadre jurídico que se le dé a la administración de los bienes integrantes de la herencia del causante padre de los actores conferida a quienes en la disposición testamentaria fueron designados albaceas, es decir, ya se considere como una ampliación de las facultades que a éstos concede el artículo 902 del Código Civil, constituyendo un albaceazgo de carácter universal, ya se estime que la administración nombrada en el testamento tuvo por finalidad apartar a la madre de los hijos menores de edad del causante de la administración que por ley le correspondería (artículo 164, párrafo 1.º y párrafo 2.º1.º del Código Civil) como expresamente se establece en la cláusula tercera del testamento, no obstante prolongarse esa administración más allá de la minoridad de los hijos hasta los veintitrés años, lo cierto es que tal administración, y salvo lo expresamente establecido por el testador, viene regida por las normas generales a las que están sujetos todos los que por cualquier título administran bienes ajenos; no son aplicables al caso, ni siquiera analógicamente, las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente los artículos 1005 y 1019 que se citan en el fundamento jurídico de la sentencia recurrida que regulan la administración de la herencia en el

juicio de abintestato sometida al control judicial en su ejecución».

Finalmente, por lo dispuesto en el artículo 164.2.º del Código, no es de aplicación al caso lo expresado en el artículo 6.2 del Código Civil.

En el motivo segundo del recurso se alega la aplicación indebida del artículo 164.1.º e inaplicación del artículo 164.2.º, ambos del Código Civil, puesto que, según denuncia, la sentencia de instancia no ha considerado que la excepción del artículo 164.1.º se refiere a bienes adquiridos *inter vivos* o *mortis causa* de un tercero ajeno a la relación paterno filial, pues si no fuere así resultaría superflua la segunda de las exclusiones, dado que bastaría «lo ordenado de forma expresa», sin necesidad de desheredación, para desposeer a la patria potestad de una de las facultades de su función– se desestima porque no cabe interpretar el artículo 164.1.º en el sentido que se efectúa en el motivo, debido a que la ley no precisa que el disponente ha de ser exclusivamente un tercero, y nada empece que uno de los padres en su testamento pueda ordenar de manera expresa la exclusión de que se trata.

Por otra parte, la segunda de las excepciones a la administración de los padres, detallada en el artículo 164.2, se refiere a los bienes adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, la cual no guarda relación con el supuesto que nos ocupa.

El motivo tercero del recurso se basa en la vulneración del artículo 813.2 del Código Civil, en relación con el artículo 6.2 del mismo Cuerpo legal, puesto que, según reprocha, la sentencia de la Audiencia no ha tenido en cuenta que la salvaguarda a favor de la legítima, en este caso correspondiente al único heredero menor de edad, se ve afectada por el nombramiento de un administrador ajeno a quien ejerce la patria potestad sin restricción de clase alguna– se desestima por las razones que se dicen seguidamente.

Con frecuencia, el testador quiere excluir de la administración de bienes, otorgados a título de institución o legado a un heredero o legatario, respectivamente, a su padre o madre, cónyuge, hijos del testador, o al yerno o nuera, en quienes no tiene confianza por uno u otro motivo, por lo cual prevé la administración por otras personas en las que sí se fía.

Las excepciones introducidas en el artículo 164 del Código Civil son determinantes sobre este particular.

Por otra parte, respecto a la cuestión de si estas previsiones pueden alcanzar a los bienes integrantes de la legítima de algún beneficiario de la atribución, procede señalar que autorizada doctrina científica, atañente a la interpretación del artículo 813 del Código Civil, se ha pronunciado afirmativamente sobre este tema, más que por los términos del artículo 164.1, porque en el número 2.º del precepto, que se refiere precisamente a la legítima estricta del desheredado, se atribuye por orden preferencial la administración de los bienes a «la persona designada por el causante», y sólo «en su defecto», al «otro progenitor», es decir, a quien ostenta la administración legal, cuyo planteamiento es aceptado por esta Sala.

SUCESIONES

No se accede al complemento de la partición solicitando la inclusión de los saldos existentes en las cuentas corrientes al fallecimiento del causante al quedar destruida por la documental y la doctrina de los actos propios la presunción de ganancialidad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Carla era hija de don Jesús María, casado con doña María Rosa, ésta viuda y con una hija, doña Gema. Fallecido don Jesús María el día 20 de agosto de 1988, instituye heredera universal a su hija, doña Carla, y a su esposa usufructuaria universal.

⊙ El día 30 de enero de 1989, doña Carla y su madre, suscriben escritura de liquidación de la sociedad de gananciales y manifestación de herencia respecto de su esposo y padre, respectivamente, que complementan con otra de 3 de marzo de 1993, por olvido involuntario de otros bienes.

⊙ Fallecida su madre, doña Carla interpone demanda de menor cuantía frente a su hermana de simple vínculo materno, doña Gema solicitando se dictara sentencia por la que, estimando en su totalidad la presente demandan, se declare, que, del montante de dinero efectivo que figura en las cuentas y depósitos de las que figuran como titular, la fallecida doña María Rosa, la cantidad de 24.765.336 pesetas es de propiedad exclusiva de mi representada doña Carla, y por ello, ha de ser exclusiva tal partida del inventario de la herencia de doña María Rosa, condenando a la demandada, a estar y pasar por tal declaración y con expresa imposición de las cosas de este procedimiento.

⊙ Doña Gema, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo de la misma a mi representada demandada, y se impongan las costas todas del juicio a la demandante.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Vigo dictó Sentencia el 15 de septiembre de 1997 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación la Sec. 1.ª de la AP de Pontevedra dictó Sentencia el 3 de marzo de 1999 desestimando el recurso interpuesto por doña Carla.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Las sentencias de primera y segunda instancia desestimaron la demanda puesto que del conjunto probatorio que una y otra valoran llegan a la conclusión que esa suma de dinero que existía a su muerte, o bien no tenía naturaleza ganancial o bien, teniendo dicho carácter, decidieron excluirla del acervo ganancial para atribuirlas a Doña María Rosa mediante las correspondientes transacciones y compensaciones con los demás bienes, siendo a este aspecto especialmente significativo que ni en la relación de bienes hecha por madre e hija para el pago del impuesto de sucesiones, ni escritura de enero de 1989 y la complementaria de 1993, se incluyeran las partidas de dinero ahora demandadas.

La jurisprudencia de esta Sala ha insistido de forma reiterada en el rigor de la presunción de ganancialidad contenida en el art. 1361 CC. Ahora bien, ello no quiere decir que dicha presunción legal no pueda ceder ante la prueba en contrario, según dispone el artículo 1251 del propio texto legal, y por ello declarado por el Tribunal de instancia, a partir de la valoración de los documentos bancarios que analiza, con el complemento de los actos propios de la recurrente, que la misma refiere, haciendo suya la de instancia, que no aparece acreditado que las sumas inventariadas en la testamentaría de Doña María Rosa proceden de las imposiciones a plazo fijo y cuentas corrientes de ahorro de quien fue su esposo, Don Jesús María, y que aun admitiéndolo, existe un conjunto de elementos de prueba indiciarios, que permiten entender que las sumas de las referidas cuentas no tenían carácter ganancial o de tenerlo, la recurrente y su madre decidieron excluirlas del acervo ganancial y atribuirlas como propiedad exclusiva de la segunda, estos hechos son vinculantes para este Tribunal porque no han sido atacados en forma adecuada (hipotético error en la valoración de la prueba con indicación del precepto probatorio que se estima infringido), razón por la que no se ha cometido la infracción denunciada en el primer motivo formulado al amparo del artículo 1692.4 LEC, por infracción de los artículos 1361, 1249 y 1250, todos ellos del CC, procediendo por ello su desestimación.

La misma suerte debe correr el tercero en que se alega, al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692, la aplicación indebida y errónea de la doctrina jurisprudencial de los actos propios, puesto que tampoco se advierte dicha infracción. Con reite-

ración ha señalado esta Sala que los actos propios tienen su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, lo que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS de 16-IX-2004; 25-X y 28-XI de 2000. SSTC 73 y 1987, 1988), declarando así mismo que sólo pueden merecer esta consideración aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definen de forma inalterable la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho (SSTS de 10-V-1989; 28-I y 9-V-2000; 13-III-2003; 30 enero 2004), lo que no puede predicarse en los supuestos de error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia (SSTS de 22-IX y 10-X-1988), habiendo señalado la sentencia de 16 de marzo de 2001, citando la de 14 de julio de 1997, que en casos de no inclusión de bienes gananciales en las operaciones liquidatorias de los mismos tal circunstancia carece de intensidad jurídica suficiente para destruir la presunción de ganancialidad establecida, ya que ni siquiera constituye acto propio vinculante, pues procede en todo caso su complemento o adición. Y es el caso, también, que al margen de la valoración que merezcan los actos de quien casi ocho años después de liquidar conjuntamente con su madre los bienes existentes al fallecimiento de su padre, viene a reclamar los depósitos bancarios de los que éste era titular y que no fueron objeto de inventario y partición en su día, el motivo prescinde de la base fáctica de la sentencia de instancia, en donde se acude a los actos propios como simple complemento resolutivo, pues no son sólo estos actos los que sirven para destruir la presunción de ganancialidad, sino los demás a los que se ha hecho referencia, en conjunción con otras deducciones sobre la falta de una convincente justificación por parte de la demandante de la omisión en el inventario de una partida tan importante de dinero, como la que reclama.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Se decreta el divorcio aplicando la legislación marroquí, concretamente la causa prevista en la última reforma (3 de febrero de 2004) conforme a la cual es causa de divorcio el comportamiento infamante por parte del esposo, frente a su consorte, y contrario a los buenos modales, con la causación de perjuicio moral a la esposa, que la expone a la imposibilidad de seguir en la vida conyugal.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

A sensu contrario del parecer jurisdiccional del Juzgador *a quo*, entiende este Tribunal *ad quem*, que concurre en el caso de autos la causa de divorcio contenida en el artículo 98 del Estatuto de Familia, Ley Marroquí 7003, promulgada por el Dahir 1.04.22, en fecha 3 de febrero de 2004, que fue publicada en el Boletín Oficial 5184, de 5 de febrero, dado el incumplimiento de las condiciones del acta de matrimonio con remisión al artículo 99 de tal legislación que proclama la justificación del divorcio por comportamiento infamante por parte del esposo, frente a su consorte, y contrario a los buenos modales, con la causación de perjuicio moral a la esposa, que la expone a la imposibilidad de seguir en la vida conyugal. Así se deduce de la incoación de causa criminal al esposo, por la presunta comisión de un delito de lesiones causadas a su esposa, que motivaron asistencia facultativa, habiendo recaído sentencia condenatoria, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Manresa, en fecha 26 de abril de 2005, según se constata por la documental incorporada a las actuaciones propias de la presente alzada procedimiental.

El Juzgador de la primera instancia no tuvo en cuenta la reforma legislativa marroquí, publicada en el Boletín Oficial de fecha 5 de febrero de 2004, y en consecuencia ya vigente en el momento de la presentación de la demanda iniciadora de la relación jurídico procesal, no obstante los intentos de la parte accionante, evidenciados en el acto de la vista del juicio oral, en cuyo acto procesal solicitó la incorporación del Código de Familia de Marruecos, acompañando el fax remitido al Consulado Marroquí, el cual no fue contestado hasta fecha posterior a la celebración de la vista, siendo solicitada en la formalización del recurso de apelación, la incorporación de la documental referida al derecho Marroquí vigente, lo que fue plenamente aceptado por este Tribunal de apelación, por Auto dictado en el rollo en fecha 7 de septiembre de 2005.

La aplicación de la Ley nacional marroquí deviene de las prescripciones de los artículos 9.2 y 107 del Código Civil, siendo de apreciar pues en esta alzada procedimental la concurrencia de la causa de divorcio antes meritada.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Teniendo ambos cónyuges nacionalidad colombiana, ha de aplicarse la legislación colombiana, procediendo decretar el divorcio sobre la acreditación de malos tratos de obra y trato cruel al otro cónyuge.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Julián Collado Nuño

La sentencia de 12 de marzo de 2004 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Mataró, Barcelona, en el curso de los autos de juicio de divorcio n.º 283/2003 acordaba la separación del matrimonio

formado por Concepción y Daniel, y que la menor LAURA quedase al cuidado de la madre con prohibición de salir del territorio nacional con la sola compañía del padre mientras que a cargo de éste, Daniel, se señalaba la obligación de abonar 241 EUR mensuales en concepto de alimentos en favor de su hija que serían anualmente actualizados conforme a las previsiones del IPC. Frente a esta resolución se alza la representación procesal de Concepción al considerar que la sentencia de instancia debería haber acordado el divorcio sobre la acreditación de los malos tratos justificados por la permanencia de la recurrente en una casa de acogida y el resto de la prueba que menciona.

Afrontando la primera cuestión expresada por la recurrente Concepción y relativa a la pretensión de divorcio contenida en su demanda, el Juzgador de instancia realiza una correcta valoración de las normas de conexión que determinan el derecho aplicable a este supuesto, el cual, atendida la nacionalidad de ambas partes y las circunstancias evidenciadas en autos no puede ser sino el colombiano y ello por cuanto, en España, la separación y el divorcio se rigen por la Ley nacional común de los esposos en el momento de la presentación de la demanda y a falta de nacionalidad común, por la Ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tienen su residencia habitual en diferentes Estados, por la Ley española, siempre que los tribunales españoles resulten competentes. De la misma forma, debe tenerse presente que las relaciones paterno filiales se rigen por la Ley personal del hijo y en su defecto, por la de la residencia habitual del hijo. Sobre esta base la justificación del derecho extranjero en España implicara la de su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal español, además, de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

En este supuesto la pretensión incorporada por la demandante era de divorcio contencioso aportando a través de los documentos que menciona la recurrente la justificación de la legislación colombiana en esta materia que incorpora, asimismo, tanto las modificaciones que el Código civil colombiano sufrió tras las Leyes 1.º de 1976 y 25 de 1992 como las provenientes de la doctrina constitucional que allí se menciona. Así aparece que en el art. 154 del Código civil de Colombia resultan causas de divorcio el consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante Juez competente y reconocido por éste mediante sentencia, aparte de la mencionada por la recurrente asentada en el maltrato de obra y trato cruel al otro cónyuge. De este modo apreciamos que el demandado en su contestación reconoció no sólo el contenido normativo que estamos expresando sino su consentimiento a la pretensión de divorcio efectuada de contrario, además hemos de destacar la abundante documentación que acredita no tan sólo el ingreso de la recurrente en un centro de acogida sino las circunstancias que determinaron ésta a través de las denuncias, informes de los servicios sociales y demás que condujeron al MINISTERIO FISCAL, en informe de 20 de febrero de 2004, a entender que de la documentación aportada se infería la existencia de indicios fundados de que la actora se encontrara en situación de riesgo real. De las circunstancias expresadas se deduce la oportunidad de acordar el divorcio interesado con los efectos legales inherentes a esta declaración.

PATRIA POTESTAD

No procede excluir al padre del ejercicio de la patria potestad ya que en su contestación a la demanda no negó ser el padre del menor, sino que albergando alguna duda al respecto, indicó que se sometería a la prueba biológica.

AP BADAJOZ, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Isidoro Sánchez Ugena

En el primer motivo del recurso afirma la apelante que ha debido hacerse aplicación de la previsión que contempla el art. 111 del Código Civil excluyendo al progenitor de la patria potestad y demás medidas que contempla el indicado precepto, en atención a que la filiación ha sido declarada judicialmente contra su oposición.

El Tribunal entiende que el concepto "oposición del progenitor" al que se refiere el art. 111 del Código Civil debe ser valorado atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

En el supuesto que nos ocupa debe tenerse en cuenta que el hoy apelado no ha negado rotunda-

mente que el mismo sea el padre del menor, sino que, más exactamente, que el mismo ha podido albergar algún género de dudas de que pudiese serlo, admitiendo desde el primer momento, al contestar la demandada, que se sometiera a las correspondientes pruebas de investigación genética, de modo tal que su declaración de paternidad no generase inquietud alguna. La postura adoptada por el demandado recurrido, según explica el mismo, viene dada por el hecho de que él nunca entendió que se trataba de un compromiso formal de noviazgo, sino sólo de una relación íntima de amistad mantenida a través de frecuentes encuentros entre dos personas que residían en localidades distanciadas geográficamente por más de 400 Kms. Por esa razón, manifiesta el ahora recurrido, no excluyó la posibilidad de que uno y otro pudiesen simultanear su íntima relación de amistad con otras experiencias sentimentales. Es difícil discernir si esta versión de los hechos es o no la que más se ajusta a la realidad, pero no puede desconocerse que no nos encontramos ante una relación personal de convivencia ininterrumpida y ello se debió al distanciamiento geográfico de los interesados. Por tal razón la postura del demandado puede ser comprensible y por ello, en las actuales circunstancias, no resulta aconsejable hacer aplicación del art. III del Código Civil, que debe ser interpretado "conforme a la realidad social del tiempo" en el que ha de ser aplicado.

GUARDA Y CUSTODIA

Aunque el menor haya manifestado su deseo de vivir con el padre, no procede modificar la guarda y custodia atribuida a favor de éste. El interés del menor ha de extraerse del conjunto de las pruebas existentes en autos, pues los deseos del hijo pueden tener su origen en el conflicto de lealtades en que está inmerso. Criterios para valorar los deseos del hijo en función de su grado de madurez que arrojan las pruebas practicadas.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª Dolores Viñas Maestre

La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: ""FALLO: Que estimando en parte la demanda presentada por Procurador Ricardo Casas en representación de Carlos Antonio contra Verónica referente a la modificación de medidas acordadas en sentencia de divorcio seguido n.º 232/97 de este mismo Juzgado, procede mantener las medidas en su día acordadas, incluida la atribución a la madre de la guarda y custodia del menor Xavier, acordando una ampliación del régimen de visitas del menor con el padre que se fija durante el curso escolar, en fines de semana alternos y festivos ínter semanales que con dicho fin de semana coincidan, desde la salida del colegio o centro de refuerzo al que acuda, o víspera del festivo, hasta las 21 horas del domingo o festivo, así como todos los miércoles lectivos desde la salida del colegio o centro de refuerzo al que acuda hasta la hora de entrada en el centro escolar del día siguiente, debiendo ser recogido y acompañado el hijo, del y hasta el domicilio materno o centro escolar en que corresponda hallarse habitualmente, por parte del padre; en períodos vacacionales, la mitad de la Navidad, la Semana Santa y el verano, correspondiendo al padre elegir los años impares y a la madre los pares.

La parte apelante mantiene en esta alzada la petición de guarda y custodia del hijo común, Xavier, nacido el 22 de junio de 1987, custodia que tiene atribuida la madre en virtud de lo acordado en sentencias anteriores de separación y divorcio, y cuya medida no ha sido modificada por la sentencia que es objeto de apelación. En el recurso se alega error en la apreciación y valoración de las pruebas, que refiere al contenido de la exploración judicial del menor, en la que éste manifestó de forma clara que quiere ir a vivir con el padre, en el contenido del informe del EAT del que se deriva que el ambiente materno es de exigencia escolar y no atiende a lo personal y el paterno mejoraría los sentimientos personales, en la existencia de una sentencia condenatoria de juicio de faltas contra la madre por incumplimiento del régimen de visitas, en la incerteza del contenido del informe del Centro Kuman a tenor de la testifical practicada y en los dos informes psicológico y psiquiátrico aportados por la madre, para concluir que la situación emocional del menor mejoraría bajo la guarda paterna. La Sala no aprecia error en la valoración de la prueba realizada

por la Juez *a quo*. La sentencia valora el contenido de la exploración judicial del menor y hace constar la voluntad clara y el deseo de Xavier de vivir con su padre, pero entiende muy acertadamente, a criterio de la Sala, que la voluntad del menor no es el único indicador o circunstancia que debe tenerse en cuenta y que debe valorarse en qué términos ha manifestado el menor ese deseo o voluntad.

De nuevo, como en otros supuestos, se nos plantea cuál debe ser la relevancia que debe darse a la voluntad manifestada por el hijo menor de edad, en el procedimiento matrimonial de sus padres, en tanto nuestro ordenamiento jurídico, en diferentes preceptos le reconoce el derecho a ser oído. La primera conclusión a la que debemos llegar, es que la ley, cuando reconoce este derecho, no lo equipara al derecho de decidir, de manera que la voluntad manifestada ante el Juez, no vincula ni condiciona la decisión que se adopte al respecto. Para que el Juez pueda determinar la medida exigida por el interés del menor, debe valorar todos los elementos de prueba que se hayan aportado, conjuntamente con la exploración, debiendo cerciorarse de que la voluntad del menor o de la menor, manifestada en la exploración, haya sido correctamente formada, que el menor o la menor no se encuentra condicionado o presionado por uno de sus progenitores o por ambos y valorar sus opiniones dentro del contexto en el que nos encontramos, es decir, en el contexto de un procedimiento contencioso en el que el menor puede y suele encontrarse inmerso en un conflicto de lealtades. En ocasiones incluso se transmite a los niños y niñas la convicción de que pueden decidir sobre la custodia, delegando en ellos la responsabilidad de tomar dicha decisión, cuando, no tienen ni la capacidad, ni la madurez, ni las condiciones ambientales o de entorno familiar adecuadas, para poder pronunciarse al respecto, lo que les genera mayor tensión y repercute negativamente en su formación. Por ello es esencial en algunos casos el informe psicosocial que puede clarificar el estado psicológico del niño o niña.

En el caso de autos la Juez *a quo* para valorar qué es lo que exige el interés del hijo, hace una detallada, precisa y exhaustiva valoración de los demás medios de prueba. Así del informe del Equip d'Assesorament Tecnic destaca la existencia de problemas escolares, dificultades en el aprendizaje, asistencia a un centro de apoyo, y asistencia psicológica y razonamiento infantil que no le permite considerar de forma racional las consecuencias de sus acciones. Analiza los diversos aspectos de la personalidad del menor, que se derivan de dicho informe, como el de desvalorización personal, inseguridad, tendencia a huir de las situaciones de conflicto con elaboraciones que le permiten vivir una realidad menos frustrante y actitud de ambivalencia respecto a la voluntad de vivir en el entorno familiar paterno o materno. La sentencia valora la voluntad manifestada por el menor en la exploración atendiendo al grado de madurez que se deriva del informe, el contexto en el que vive centrado en la problemática de bajo rendimiento escolar, la necesidad de mantener las medidas de refuerzo para mejorar su formación, teniendo en cuenta que el entorno materno es vivido por el menor como un entorno de mayor exigencia y el entorno paterno como de mayor relajación, siendo además que es en los períodos de ocio o vacacionales cuando el menor está con el padre, que por otra parte no se ha involucrado ni interesado por la problemática escolar y formativa de su hijo. En definitiva la sentencia ha dado prioridad a las necesidades formativas del menor en un sentido amplio y primando su interés, ha adoptado una decisión que en principio podría considerarse contraria a la voluntad manifestada por el menor, en el bien entendido que dicha voluntad no resulta tan clara y contundente a la vista de todos los informes. Señalar al respecto que en el informe del Centre de Salut Mental Infantil i Juvenil aportado por la madre de fecha 12 de marzo de 2004 se hace constar que Xavier ha referido que no quiere irse de casa de su padre y que desearía que todo fuera como siempre, derivándose de todo ello y como se afirma en el informe técnico, la actitud ambivalente del menor frente a este tema. La Sala no puede más que hacer suyos los razonamientos contenidos en la sentencia, entendiendo que no ha incurrido en error alguno y que de una valoración conjunta, pero detallada, de todos los medios de prueba, no puede llegarse a otra conclusión que lo mejor para el menor es mantener la situación de custodia materna, sin perjuicio de la conveniencia de que los padres sean capaces de participar ambos conjuntamente en dar solución a la problemática del niño. En el recurso se insiste en que la convivencia en el entorno paterno mejorará la situación emocional del niño que se sentirá mejor atendido en el aspecto personal y en un ambiente de menor exigencia, pero no puede desprenderse de las pruebas aportadas que ello vaya a ser así. Respecto al cambio de centro escolar que se ha puesto en conocimiento en esta alzada, cabe señalar que dicha circunstancia carece de relevancia en este momento para resolver sobre la medida relativa a la custodia y ello porque el cambio de ciclo formativo del menor exige un cambio de centro si en el anterior no se cursa la enseñanza secundaria y por otra parte en el escrito del recurso el padre hace referencia en distintas ocasiones a la necesidad de cambio de centro escolar, no siendo objeto de este proceso si el cambio ha sido o no consensuado. En consecuencia procede denegar la petición formulada por el padre de guarda y custodia de su hijo menor, desestimando el recurso.

GUARDA Y CUSTODIA

No procede modificar la guarda y custodia a favor del padre por el hecho de que la madre haya iniciado una nueva relación sentimental, pues en ningún momento se ha acreditado que ello suponga un descuido en las atenciones de los hijos. Extensa prueba acredita que no son ciertas las desatenciones alegadas por el padre, y frente a ello pretende imponer su criterio en base a la testifical de su actual novia y la de la hermana de la anterior pareja del novio de su ex mujer, de cuyas declaraciones el Juez acuerda su remisión a un Juzgado de Instrucción por si pudieran ser constitutivas de un falso testimonio en causa civil.

AP BURGOS, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Arabela Carmen García Espina

Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora doña Teresa Palacios Sáez en nombre y representación de don José Daniel, contra Doña María Ángeles, representada por el Procurador Don Diego Aller Krahe, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra en la demanda. Firme la presente resolución, dedúzcase testimonio, consistente en copia de la grabación de la vista, al Juzgado de Instrucción de esta ciudad de las declaraciones prestadas por las testigos Carolina y Doña Almudena, obrantes en el espacio 37:59 y 42:41 respectivamente, del soporte digital en el que se ha documentado la vista, por si pudieran ser constitutivas de falso testimonio practicado en causa civil".

Por D. José Daniel formuló demanda dirigida a la modificación de medidas: la guarda y custodia de los hijos, que había sido atribuida a la madre en la sentencia de separación de mutuo acuerdo, y el uso de la vivienda familiar que también había sido atribuida a la madre y los hijos. Fundamentaba la modificación de medidas que pretendía en el cambio de hábitos de vida de la esposa demandada que como consecuencia de haber iniciado una nueva relación sentimental, entendía el actor descuidaba la atención a los hijos, desatención que concretaba en los siguientes puntos: Falta de cuidado y de aseo de los hijos; delegación de la función de cuidado en los abuelos que son quienes los recogen a la salida del colegio por las tardes; desatención porque lleva a los hijos a hacer sus tareas en el bar al que acude en compañía de su nueva relación; y falta de seguimiento de las tareas de los hijos y su disminución en rendimiento académico; y malos tratos que la nueva relación de la madre dispensa a los hijos.

Contra la Sentencia que desestima la demanda formula recurso de apelación el actor, por entender que la sentencia de primera instancia ha valorado erróneamente las pruebas practicadas, pues entiende que las mismas acreditan la modificación de hábitos operada en la madre que tiene una nueva relación sentimental, así como las consecuencias negativas que esta relación tiene para los hijos, tanto por el trato que la pareja de la madre dispensa a los menores como el cambio de actitud de la madre hacia éstos que se resumen en el descuido y desatención de los hijos.

Para que proceda la modificación de las medidas adoptadas en sentencia de separación o divorcio, es preciso que se haya operado una sustancial variación de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas; y además como la normativa reguladora de las medidas relativa a los hijos en los casos de nulidad, separación o divorcio está informada por el criterio fundamental del relevante *favor filii* (arts. 92, 93 y 94 del Código Civil) la modificación de las medidas relativas a éstos sólo procederá si el beneficio de los menores lo exige.

Para que los cambios de custodia de los menores resultan justificados no basta con que se haya producido una alteración de las circunstancias de hechos tenidas en cuenta en el momento de adoptar la medida que se pretende modificar, sino que es preciso, dado que la estabilidad es necesaria para el buen desarrollo de los hijos, que el mantenimiento de la medida resulte perjudicial para los menores, bien por un inadecuado ejercicio de la patria potestad por parte del que la tenga concedida, bien por problemas adaptativos de los hijos cuyo origen o mantenimiento está relacionado con el desempeño parental de quien ejerce la custodia o de su entorno, no bastando, claro está, el legítimo deseo del progenitor no custodio, ni tampoco el simple deseo de los hijos cuando por razón de su edad, como en el caso de autos (6 y 9 años), están en fase de formación, no pudiendo, por su falta de madurez, asumir la decisión de con quién viven.

La parte apelante pretende que, ignorando la prueba pericial practicada en las actuaciones, por psicólogo y trabajador social de designación judicial, y el testimonio de una profesora del Colegio de sus hijos, con base exclusiva en el testimonio de testigos portadores de un determinado interés, dada su relación con los litigantes, D.ª Carolina, es hermana de la anterior novia del compañero actual de la demandada, y D.ª Almudena es la actual compañera del Sr. José Daniel, se considere acreditado que la madre no les presta la atención y cuidados exigibles.

Frente a las afirmaciones de la actual compañera del actor de que los menores cuando son entregados al padre presentan falta de limpieza personal y descuidada vestimenta, se contrapone el testimonio de la profesora del Colegio donde estudian los menores que además fue tutora de Leticia, durante los cursos 2002-2003 y 2003-2004, curso este último, en el que ya estaban bajo la guarda y custodia de la madre, y si tenemos en cuenta la fecha de la demanda iniciadora de esta litis, 30 de julio de 2004, fecha en la que ya se producían según el actor los hechos determinantes de su petición de modificación, resulta que fue durante ese segundo curso de tutoría cuando la higiene y el aspecto de los menores era ya deficiente, la cual declara que los niños acudían impecables al Colegio, lo que ha podido constatar también después porque ha seguido viéndoles en el patio.

El hecho de que los abuelos maternos recojan a los menores a la salida del Colegio por la tarde, en modo alguno constituye un hecho indicativo de desatención por parte de la madre, si tenemos en cuenta que ésta trabaja por la tarde, al igual que también lo hacía durante el matrimonio, lo que necesariamente supone que los menores durante su horario laboral tengan que estar en compañía de terceros, y nada mejor que los abuelos, teniendo en cuenta que ésta es la solución que ya se adoptó durante el matrimonio para las semanas en que por trabajar de tarde el padre, ninguno de los dos progenitores podía hacerse cargo de ellos.

Con relación a la falta de seguimiento de las tareas de los hijos, y su disminución en el rendimiento escolar, debe señalarse que ninguna prueba se aporta de tal hecho, ni siquiera se aportan las calificaciones académicas de los menores que acrediten tal afirmación, sin que pueda deducirse del dato aislado de que un día Leticia, por su mal comportamiento en la piscina, fue castigada sin piscina al día siguiente, o del hecho también aislado de que Fermín no hiciera bien la tarea dos días. Un Bar no es un lugar adecuado para que los menores hagan la tarea, y no hay duda que constituye una práctica a corregir, pero en modo alguno supone signo indicativo de desatención o descuido en el cuidado de los menores.

El hecho de que el acompañante de doña María Ángeles en alguna ocasión haya castigado, o dado "un azote en el culo", a la menor Leticia, cuando ésta se ha portado mal, según la versión de la menor manifestada a la psicóloga judicial, en modo alguno puede considerarse mal trato, pues dada la relación con la madre, debe reconocérsele la capacidad para corregir conductas inadecuadas máxime, cuando denunciada tal situación a los servicios sociales de la Junta de Castilla y León, este Servicio tras la práctica de investigaciones por técnicos concluyó que no había podido comprobar la existencia de malos tratos ni de cualquier otro indicio de riesgo que pudiera evaluarse como una situación de desprotección, acordando el archivo del procedimiento.

Si en todos los informes obrantes en las actuaciones, no sólo del emitido por el Psicólogo de parte, sino también de los realizados por la Sicóloga y Trabajador Social designados judicialmente, en los que se ha practicado entrevistas a los menores, conjuntamente con su madre, en el caso de las realizadas por el trabajador social, pero también en ausencia de ésta, por la Sicóloga adscrita a los juzgados, resulta "que la atención dispensada por la madre destaca por su más absoluta normalidad" "destacando también el interés de ambos padres por la educación de sus respectivos hijos" folio 149 (informe del Trabajador Social); que D.ª María Ángeles no presienta problemas de ajuste psicológico que puedan estar afectando a su desempeño como madre, que no se observan signos del maltrato y/o negligencia descrito por el padre; ni siquiera cambios de hábitos como consecuencia de la nueva relación sentimental que actualmente mantiene la demandada con D. Alfredo, pues los niños acuden al comedor escolar, al igual que ya lo hacían antes del inicio de esta relación, incluso durante la convivencia del matrimonio litigante; de la misma manera que los abuelos recogían a los menores a la salida del Colegio (excepto los miércoles que lo hacía la madre), al igual que ya lo hicieron cuando durante el matrimonio el padre trabajaba de tarde.

Destaca el informe de la sicóloga que la descripción que Leticia hace de la madre es muy negativa y radicalmente opuesta a la que hace del padre, y siendo la descripción que hace del estilo educativo de la madre contradictorio con caracteres incompatibles, junto al hecho de culpabilizar sólo a la madre de la separación, entienda son datos indicativos de la existencia de manipulación paterna de la hija, que sin embargo no se observa en Fermín, que quiere realizar actividades con ambos padres.

Fermín mantiene buena relación con la pareja de D.ª María Ángeles, con el que realiza actividades de ocio y disfruta de ellas, no así Leticia que no tiene una buena relación con el novio de D.ª María Ángeles.

También resulta de todos los informes obrantes en las actuaciones que los niños se encuentran integrados adecuadamente en el entorno escolar y social, desarrollándose con normalidad.

Resultando de las pruebas practicadas que D.ª María Ángeles ni antes ni después de iniciar su nueva relación sentimental ha descuidado las atenciones y cuidados que exigen los menores, que los hábitos siguen siendo los mismos, (así respecto a comer en el colegio y respecto a la recogida de los abuelos por la tarde) existiendo datos indicativos de manipulación paterna de la menor Leticia, una manipulación que cabe evaluar como forma de maltrato, en modo alguno, puede considerarse, existe incumplimiento de las obligaciones parentales, por parte de D.ª María Ángeles, ni una alteración sustancial de las circunstancias existentes en el momento de la adopción de la medida, aun considerando acreditado la existencia de la nueva relación sentimental de D.ª María Ángeles, que ésta no niega, que pueda justificar como más beneficioso para los menores un cambio en la guarda y custodia.

GUARDA Y CUSTODIA

Se otorga al padre la guarda y custodia de las menores por ser más idóneo que la madre, que está reestableciendo su vida después de haber estado en prisión, sin haber alcanzado la necesaria estabilidad. Sólo el beneficio de hijos ha de valorarse para decidir esta cuestión (artículo 92 CC), sin que pueda pretenderse una rehabilitación de la madre a costa de las hijas. No supone un castigo, sino la elección más acorde al interés de los menores, puesta de manifiesto por el informe social. Regulación de las amplias potestades del Juez en materia de menores, habida cuenta la indisponibilidad y carácter público del bien tutelado.

AP MÁLAGA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Torrecillas Cabrera

Por el procurador de los tribunales Sr. Sánchez Díaz, en la representación que ostenta de D.ª Eugenia, se interpone recurso de apelación frente a la sentencia de 12 de mayo de 2003 del Juzgado de Primera Instancia n.º Seis de Málaga por la que admitiendo la demanda formulada en su contra por D. Gabino, se le atribuye la guarda y custodia de las hijas menores de ambos, María Rosa y Consuelo, siendo compartida entre ambos progenitores la patria potestad argumenta la referida sentencia que conforme a la prueba practicada en las actuaciones, y más en concreto del informe social, la guarda y custodia debe de atribuirse al padre de las menores como persona más idónea y adecuada para ello, pues la madre no tiene una vida estable, encontrándose restableciendo su vida después de haber estado ingresada en prisión como consecuencia de un delito de tráfico de estupefacientes, sin que todavía haya alcanzado estabilidad a nivel familiar, laboral, etc., confirmándose con ello la situación en la que actualmente se encuentran ambas menores; como medidas que debe de llevar aparejada dicha atribución se establece el régimen de visitas y el pago de la pensión que se refleja en el fallo de la sentencia.

Fundamenta su recurso la apelante en que el juez no ha decidido en beneficio de los hijos, tal y como exige el art. 159 del CC, pues en el procedimiento ha quedado acreditado que las dos hijas viven con la abuela paterna y no con el padre, aquélla tiene una edad avanzada que hace difícil que pueda seguir ocupándose de ellas, mientras que la recurrente está deseando tener a sus hijas; por otra parte, el informe social le está castigando y sancionando por el hecho de haber estado ingresada en prisión en lugar de facilitarle su integración social, lo que va en contra del art. 25-2 de la C.E.

Dicho recurso es impugnado por el demandante, quien solicita la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos, tal y como se deduce del informe social obrante en las actuaciones, la persona más idónea para el cuidado de las hijas es él, al haber alcanzado una estabilidad de la que la recurrente carece, por otra parte el recurso olvida que a quien se le ha concedido la guarda y custodia ha sido al padre no a la abuela, por lo que dicho argumento no puede ser apreciado, sin que sea cierto que el informe social castigue a la recurrente, puesto que dicho informe recoge la conveniencia en el momento actual, no en el período en el que la

misma estuvo ingresada en prisión, siendo lo cierto que la demandada nunca ha manifestado el más mínimo interés por sus hijas.

Por su parte, el Ministerio Fiscal solicita la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos, pues tal y como se argumenta en la misma el único interés a proteger es el bienestar de las hijas y la estabilidad psíquica y emocional de las mismas, y que la guarda y custodia a quien se otorga es al padre, no a la abuela paterna, así mismo considera que el informe social no castiga a la recurrente simplemente se limita a valorar la situación actual de las menores y los riesgos que supondría un cambio de custodia de las mismas.

El objeto del recurso es la atribución de la guarda y custodia a favor de la recurrente; para resolver sobre dicha cuestión es preciso partir de la base de que la legislación vigente es la que obliga al Tribunal a efectuar un análisis meticuloso y profundo, y conforme a los artículos 90 y 91 del Código Civil en las sentencias de nulidad, separación o divorcio (a las que hay que equiparar aquellas otras rupturas de convivencia de hecho con hijos comunes, como la presente) el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará las medidas que hayan de regir respecto de los hijos en esa situación de ruptura matrimonial o de pareja, por lo tanto se trata de facultad y obligación del Juez establecerlas con independencia de que lo soliciten o no las partes y con independencia de que acoja una de las formas propuesta por alguna de ellas por considerarla lo más beneficioso para los menores, en concordancia con el carácter tuitivo y protector de los menores que posee nuestra legislación civil, que hace que dentro de su concreto ámbito no rijan los principios dispositivos, de aportación de parte y de justicia rogada, rectores de las relaciones jurídico-privadas pero inaplicables a estos supuestos, por eso, la actuación de los Jueces, en desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas para la defensa y protección de los menores (artículos 29 y 124 de la Constitución), se desarrolla *ex officio* a fin de promover cuantas medidas sean necesarias en cada momento destinadas a la salvaguarda y tutela de los derechos de los menores de edad, habida cuenta precisamente de la indisponibilidad y carácter público del bien tutelado, y este carácter de la legislación española se acomoda a la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, en cuyo articulado parte del principio de que en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen, se atenderá como consideración primordial al interés superior del niño –expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto–, y en lo que se refiere en concreto a las relaciones paterno-filiales, en el artículo 18 se reconoce el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes y responsabilidad primordial en lo que se refiere a la crianza y el desarrollo del niño desde la perspectiva de que "su preocupación fundamental será el interés superior del niño", declarando por su parte el artículo 9 que el niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño. Tales criterios se consolidan y desarrollan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual previene expresamente que en su aplicación primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Consiguientemente, como hemos visto anteriormente, el principio general establecido en el art. 92 del Código Civil, es que las medidas judiciales sobre el cuidado de los hijos serán adoptados en beneficio de ellos, y solamente este beneficio es el que ha de valorarse a la hora de acordar con cuál de los progenitores han de permanecer las menores María Rosa y Consuelo, consiguientemente lo que no puede pretenderse es conseguir una posible rehabilitación a costa de las hijas, en tal sentido no es cierto que se le castigue por el hecho de haber permanecido en prisión, sino tal y como ponen de manifiesto tanto el padre de las menores al impugnar el recurso como el Ministerio Fiscal, es que el informe social analizando la situación de cada uno de los progenitores en el momento de efectuarse el estudio es llegar a la conclusión de cuál de dichos progenitores es el más adecuado para que aquellas menores puedan desarrollarse de una forma plena y adecuada, y dicho informe concluye que es más adecuado que queden bajo la guarda y custodia del padre, manteniendo un amplio margen de relación con su madre, que es precisamente lo que acoge la sentencia recurrida en cuanto al régimen de visitas de las menores; así mismo el referido informe indica que "En el ámbito paterno tienen mayores apoyos, seguimiento, respaldo familiar y control en general, por lo que le valora el ámbito familiar más conveniente para las menores; éstas se encuentran bien atendidas en sus necesidades básicas; reflejando la relación muy estrecha que mantienen con la abuela paterna, lo cual evidentemente siempre es positivo para ellas no suponiendo en absoluto que la guarda y custodia se le haya atribuido a ella, sino al padre; mientras que por el contrario, "Si las menores pasaran a vivir con la madre, supondría un riesgo de desajuste personal, respecto de su situación actual y de desarraigo de las relaciones paterno/fraternales, que en la actualidad son muy positivas";

consiguientemente el recurso ha de ser desestimado, pues no es cierto que se atribuya la guarda y custodia a la abuela paterna, sino al padre, pero no obstante ello se valora positivamente la estrecha relación que existe entre la abuela paterna y las hijas de la recurrente, siendo lógico que al haber mantenido más relación con el padre y su familia que con ella se considere más adecuada la opción paterna que la materna en cuanto a la guarda y custodia de las menores, y por último, la recurrente no demuestra que ella sea persona más adecuada para dicho ejercicio que el padre pues ni aporta prueba en dicho sentido ni indica en qué se ha equivocado aquel informe y por ende la sentencia recurrida; consiguientemente el recurso ha de ser desestimado y la sentencia de instancia confirmada en su integridad.

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado por el procurador de los tribunales Sr. Sánchez Díaz, en la representación que ostenta de D.ª Eugenia, frente a la sentencia de 12 de mayo de 2003 del Juzgado de Primera Instancia n.º Seis de Málaga por la que admitiendo la demanda formulada en su contra por D. Gabino, se le atribuye la guarda y custodia de las hijas menores de ambos, María Rosa y Consuelo, siendo compartida entre ambos progenitores la patria potestad; la madre podrá comunicarse libremente con sus hijas y estar con ellas conforme a un régimen de visitas amplio y flexible, conforme al mutuo entendimiento entre los progenitores, y para el caso de desacuerdo, conforme a un régimen de visitas consistente en fines de semana alternos, desde las 17 horas del viernes hasta las 20 del domingo; los períodos vacacionales de verano, Semana Santa, Semana Blanca y Navidad se repartirán por mitad entre ambos progenitores, pudiendo elegir, en caso de desacuerdo, los años pares el padre y los impares la madre.

GUARDA Y CUSTODIA

Si en Medidas Provisionales los cónyuges acordaron otorgar la custodia a la madre y dicho régimen ha venido funcionando correctamente, no procede que en el procedimiento de separación se otorgue la custodia compartida por el mero hecho de la cercanía de las viviendas de los progenitores, y menos aún, cuando ni siquiera han sido oídas las hijas, sobre todo la que cuenta con 15 años de edad.

AP MÁLAGA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Torres Vela

Como motivos de oposición se invocan por el recurrente: Respecto de la guarda y custodia de las hijas entiende que debe ser compartida, dada la cercanía de la vivienda de cada uno de los progenitores y el hecho de que las mismas suelen visitarle a diario en su casa, donde duermen no sólo los fines de semana sino también otros días entre semana.

No hay base que justifique la modificación del régimen de guarda y custodia acordado en medidas provisionales y que la misma sea compartida por ambos cónyuges como ahora se solicita por el recurrente, cuando no sólo las hijas ni siquiera han sido oídas al respecto, sobre todo la que cuenta con 15 años de edad, sino que funcionando correctamente dicho régimen desde la separación, hasta el punto de que como el propio recurrente reconoce participa en todas las decisiones atinentes a las mismas, las cuales le visitan frecuentemente, incluso fuera del régimen de visitas establecido, se estima conveniente el mantenimiento de dicho régimen atendido el interés de las hijas, que en última instancia es el que debe prevalecer.

GUARDA Y CUSTODIA

Aunque no exista una alteración sustancial de circunstancias, procede modificar la guarda y custodia del hijo a favor del padre, ya que el hijo, que cuenta con 13 años, ha manifestado su deseo de vivir con él por proporcionarle mayor estabilidad emocional. El menor manifiesta estar harto de las mudanzas de la madre cada vez que ésta ha tenido una nueva relación sentimental, mientras que con su padre siente tener una familia más estable, al vivir con él otro hermano y tener buena relación con la mujer de su padre. Primacía del interés del menor que permite adoptar cualquier medida incluso de oficio.

AP MÁLAGA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Torrecillas Cabrera

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 24 de noviembre de 2004, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: "Estimando la demanda, debo acordar y acuerdo modificar las medidas vigentes entre las partes, en el sentido de atribuir al padre la guarda y custodia del menor, siendo compartida entre los dos progenitores la patria potestad La madre podrá comunicarse libremente con su hijo y estar con éste conforme a criterios de amplitud y flexibilidad, y al mutuo entendimiento entre madre e hijo, y para el caso de desacuerdo entre los progenitores, conforme a un régimen de visitas consistente en los fines de semana alternos desde la salida del centro escolar el viernes, al lunes al comienzo de las clases, más la tarde de los miércoles de todas las semanas durante dos horas, así como la mitad de los períodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa, Semana Blanca y Navidad.

Fundamenta su recurso la demandada, en primer lugar en la incongruencia del fallo con lo que fue el desarrollo de la vista y con la propia fundamentación de la sentencia, pues del desarrollo del procedimiento no se ha producido modificación alguna que justifique, de acuerdo con lo previsto en el art. 775.1 de la LEC, el cambio en la atribución de la custodia, ya que la madre la ha ejercido adecuadamente y ha posibilitado que se mantenga una adecuada vinculación en las relaciones paternofiliales, circunstancias que se derivaron incluso de la exploración del menor.

Dicho recurso es impugnado por el demandante quien solicita la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos, alegando en primer lugar que no hay incongruencia en la sentencia, pues la misma ha tenido en cuenta todos los factores y circunstancias expuestos por las partes así como el *favor filii*, prescindiendo de los intereses de los progenitores, y del resultado de la exploración del menor se desprende el deseo del hijo de relacionarse de una forma más amplia con su padre, valorando rigurosamente todas las pruebas practicadas. Así mismo la recurrente ha dado cumplimiento de forma voluntaria a la sentencia de instancia y el régimen que actualmente sostiene la misma con su hijo es bien amplio.

Hay que tener en cuenta que tal y como viene sosteniendo esta Sala en cuestiones de menores, la legislación vigente es la que obliga al Tribunal a efectuar un análisis meticuloso y profundo, y así conforme a los artículos 90 y 91 del Código Civil en las sentencias de nulidad, separación o divorcio el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará las medidas que hayan de regir respecto de los hijos en esa situación de ruptura matrimonial, por lo tanto se trata de facultad y obligación del Juez establecerlas con independencia de que lo soliciten o no las partes y con independencia de que acoja una de las formas propuesta por alguna de ellas por considerarla lo más beneficioso para los menores, en concordancia con el carácter tuitivo y protector de los menores que posee nuestra legislación civil, que hace que dentro de su concreto ámbito no rijan los principios dispositivos, de aportación de parte y de justicia rogada, rectores de las relaciones jurídico-privadas pero inaplicables a estos supuestos, por eso, la actuación de los Jueces, en desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas para la defensa y protección de los menores (artículos 29 y 124 de la Constitución), se desarrolla *ex officio* a fin de promover cuantas medidas sean necesarias en cada momento destinadas a la salvaguarda y tutela de los derechos de los menores de edad, habida cuenta precisamente de la indisponibilidad y carácter público del bien tutelado, y este carácter de la legislación española se acomoda a la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la

Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, en cuyo articulado parte del principio de que en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen, se atenderá como consideración primordial al interés superior del niño –expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto–, y en lo que se refiere en concreto a las relaciones paterno-filiales, en el artículo 18 se reconoce el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes y responsabilidad primordial en lo que se refiere a la crianza y el desarrollo del niño desde la perspectiva de que "su preocupación fundamental será el interés superior del niño", declarando por su parte el artículo 9 que el niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño. Tales criterios se consolidan y desarrollan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual previene expresamente que en su aplicación primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Partiendo de aquellos criterios jurisprudenciales, es como ha de analizarse el recurso interpuesto por la madre; en primer lugar y por lo que se refiere a la supuesta incongruencia del fallo con lo que fue el desarrollo de la vista y con la propia fundamentación de la sentencia, pues del desarrollo del procedimiento no se ha producido modificación alguna que justifique, de acuerdo con lo previsto en el art. 775.1 de la LEC, el cambio en la atribución de la custodia, la Sala no encuentra la referida incongruencia, pues la sentencia resuelve sobre lo solicitado en la demanda y se ha resuelto sobre el cambio de guarda y custodia conforme a la prueba practicada en las actuaciones; en tal sentido la sentencia analiza la prueba y aun reconociendo que "no se ha constatado circunstancia que justifique un cambio en la atribución de la custodia", más tarde decide acceder a la modificación de las medidas, basando dicha decisión tanto en el resultado del informe de la psicóloga del juzgado como de la exploración del menor, no se aprecia manipulación por ninguna de las partes y que aunque no se encuentra mal con su madre, sin embargo manifiesta "un deseo real de relacionarse de una forma más amplia con su padre y la familia de su padre"; es cierto que parece existir una contradicción entre ese fundamento de derecho segundo y la decisión definitiva; sin embargo lo que parece deducirse es que la decisión no se adopta porque realmente exista un incumplimiento de la madre respecto de las obligaciones hacia con su hijo y que tampoco haya concurrido un hecho especial que justifique ese cambio; sino simplemente por el deseo del menor manifestado de forma expresa en la exploración de aquél; quien, una vez visionada su exploración, se comprueba que el menor no solamente razona su deseo de vivir con su padre sino que además razona dicho deseo en una mayor estabilidad emocional del padre, en dicho sentido el menor reconoce que su madre ha tenido varias parejas a lo largo del tiempo, así como que está un poco harto de las varias mudanzas que ha tenido con su madre, cada vez que ésta ha iniciado una nueva relación sentimental, así como porque con su padre, al tener una vida familiar más estable, y al contar con un hermano se encuentra mejor; que en definitiva con su padre tiene una familia, mientras que al estar solo con su madre no se siente que tenga una familia, llevándose bien con la esposa de su padre, mientras que cuando menciona al novio de su madre no muestra esa buena relación, refiriéndose a él con más lejanía. En consecuencia, no solamente no existe la incongruencia que se denuncia, sino que existen razones suficientes como para haber adoptado la decisión que se recurre, basada, no en la aparición de nuevas circunstancias que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la adopción de la medida, sino porque éste es el deseo del menor manifestado claramente en su exploración, y dicho cambio no solamente no perjudica al menor, sino que con toda seguridad le beneficiará al hallarse perfectamente integrado en la nueva familia paterna, que además cuenta con un hermano, cumpliéndose por lo tanto con el principio *favor filii* al que se ha hecho mención en el anterior fundamento de derecho; en dicho sentido, el recuso ha de ser desestimado en cuanto al primer motivo, sin que se aprecien motivos suficientes como para establecer una guarda y custodia compartida por ambos progenitores, dado el sentido de la exploración.

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede en la alzada ampliar el régimen de visitas fijado en la instancia donde el padre estuvo en situación de rebeldía, y menos aún cuando ni siquiera propuso prueba en la 2ª instancia: supondría una petición nueva que comporta una *mutatio libeli*. A mayor abundamiento, los cónyuges llevan separados 4 años y el padre nunca ha instado, hasta este momento, un régimen de visitas.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors

La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por el/la Procurador/a D.ª ANNA VILANOVA SIBERTA en nombre y representación de D.ª Plácido contra D. Ángel Jesús debo acordar la separación del matrimonio, adoptando las siguientes medidas: 1.º La separación provisional de los cónyuges Plácido y Ángel Jesús, cesando la presunción de convivencia conyugal y quedando revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. 2.º Se atribuye la guardia y custodia de la menor a su madre, en cuya compañía vivirá, siendo la patria potestad compartida y estableciéndose un régimen de visitas a favor D. Ángel Jesús el de, a falta de acuerdo, fines de semana alternos de 10:00 horas de la mañana del sábado a 20:00 horas del domingo durante todo el año.

1. Frente a los pronunciamientos de la sentencia de instancia, se alza el padre demandando, aduciendo como único motivo de su recurso de apelación, la ampliación del régimen de visitas para con su hija fijado en dicha resolución. Tanto la madre actora, como el Fiscal –actuando éste en interés de la menor– postulan su íntegra ratificación.

2. Planteada así la problemática litigiosa en esta alzada, es de reseñar y constatar, al respecto, que en absoluto puede prosperar la solicitud formulada por el recurrente, pues acorde con una reiterada y pacífica doctrina del Tribunal Supremo, el principio general de derecho *pende apellatione nihil innovetur*, impide que se pueda tomar en consideración, a fin de decidir sobre ellas, las pretensiones formuladas en el recurso que constituyan problemas o cuestiones distintas de las planteadas en la primera instancia (SS del TS 28 de noviembre y 2 de diciembre de 1983, 6 de marzo de 1984 y 7 de julio de 1986, entre otras), pues en la segunda las partes no pueden pretender, ni oponer, más ni distinto de lo solicitado o aducido en la primera, por cuanto la litis queda conformada y configurada con los hechos y peticiones formuladas en el suplico de sus respectivos escritos alegatorios de la instancia, y, por tanto, no pueden introducirse ni resolverse cuestiones nuevas ni distintas de las invocadas y peticionadas entonces, lo contrario, amén de representar y comportar una *mutatio libeli* y venir ello actualmente recogido en el artículo 456.1. de la vigente L.E.C., implicaría una clara vulneración de una serie de principios básicos del proceso civil, como son: el dispositivo, el de rogación, el de contradicción, el de bilateralidad, el de defensa, el de seguridad jurídica y el de preclusión, lo que determina, *per se*, la desestimación de la pretensión deducida como hecho *ex novo* por el hoy apelante.

3. Dicho lo anterior, no puede olvidarse ni ignorarse asimismo que el demandado y aquí recurrente permaneció en situación procesal de rebeldía en la primera instancia, y en esta alzada no ha propuesto medio probatorio alguno, al amparo de lo dispuesto en el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que hace decaer, forzosamente, su tesis revocatoria, pues, aparte de no existir en las actuaciones dato alguno que permita la modificación del régimen de visitas establecido –por cierto, incluso más amplio que el interesado por la madre de la menor–, es de puntualizar que tal progenitor no custodio no ha pedido siquiera –antes de la interposición de la presente apelación– régimen de comunicación y contacto alguno a su favor, cuando se trata, precisamente, de un derecho-deber que debe ser solicitado por quien pretende ostentarlo, y si a ello se añade que los padres de Yosura llevan ya separados desde hace 4 años y nunca se ha llevado a cabo un régimen de visitas padre-hija durante los períodos vacacionales de la menor, es por lo que, sin necesidad de mayores consideraciones y sin perjuicio de que el régimen fijado pueda llegar a ampliarse en ejecución de sentencia, si el órgano jurisdiccional *a quo*, en base al primordial principio del *favor filii*, lo estimara conveniente y beneficioso para la menor, procede la plena y total confirmación de la sentencia impugnada, con desestimación, a su vez, del recurso contra la misma formulado.

RÉGIMEN DE VISITAS

Procede fijar dos días de visitas intersemanales entre padre e hijo, sin que sea atendible la alegación de la madre de que ello supone un trastorno en las actividades cotidianas del menor.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Julián Collado Nuño

Antonieta plantea la impugnación de la sentencia de instancia, en este caso, en referencia al régimen de visitas establecido, en concreto al considerar que los dos días intersemanales suponen un trastorno en la actividad cotidiana del menor interesando su supresión, su limitación a uno o su reducción hasta las 19 horas. Por parte de Jaime se solicita, en cambio, la confirmación de la resolución de instancia.

Examinando de modo ordenado el objeto sometido a resolución en esta alzada, nos hallamos con la petición de limitación del régimen de visitas que la madre asienta en el interés del menor en relación con una ordenada distribución de las tareas que éste tiene asignadas, mientras, la oposición del esposo alude al benéfico efecto que para la relación con su hijo y el desarrollo adecuado de éste supone su contacto habitual. En tales circunstancias y atendiendo al interés del menor y considerando su edad, aparece como adecuado que el régimen de comunicación con su padre sea el más amplio y compatible tanto con sus necesidades escolares como con un régimen diario regular y ordenado, lo que resulta compatible con el establecido en la resolución de instancia sin menoscabo de su modificación responsable por parte de quienes tienen atribuido el deber de velar por su bienestar si así resultare de conformidad de éstos, debiendo ser desestimado el recurso en este aspecto.

RÉGIMEN DE VISITAS

La pernocta de una menor de 11 años en el domicilio paterno durante un día entre semana no es perjudicial ni perturbadora; en un supuesto en el que la relación está exenta de conflictos y se desarrolla de forma normalizada, resulta beneficiosa la presencia del padre en la rutina diaria de la hija, no limitándola a momentos de ocio.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª Dolores Viñas Maestre

La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: “”FALLO: Que debiendo estimar como estimo la demanda interpuesta por D. Romeo representado por el Procurador Sr. Anzizu contra D.ª María Purificación representada por el Procurador Sr. Ramentol debo declarar y declaro disuelto, por divorcio, el matrimonio de los referidos litigantes, acordando la adopción de las siguientes medidas: 1.º) La disolución definitiva del matrimonio de los cónyuges litigantes. 2.º) La atribución de la guarda y custodia de la hija menor de edad a D.ª María Purificación pero ejerciéndose conjuntamente por ambos padres la potestad sobre aquélla. 3.º) Como régimen de visitas para D. Romeo éste podrá estar en compañía de la hija sujeta a la potestad que está bajo la guarda y custodia del otro progenitor en la forma que concierte con éste y, en la coyuntura de desacuerdo, la tendrá consigo un fin de semana de cada dos, de forma alterna, desde la salida del colegio el viernes hasta el lunes a la entrada al mismo, fines de semana que serán ampliables a las fiestas y puentes escolares

que se unan a los mismos, un día intersemanal que en defecto de acuerdo será los jueves desde la salida del colegio hasta la entrada al día siguiente.

Se alega también que la estancia el día intersemanal con pernocta causa perturbaciones a la menor y dificulta la realización de los deberes. En definitiva se afirma que debe mantenerse la rutina de la menor atendida su edad para que siga teniendo un normal desarrollo. Dicha alegación tampoco puede ser compartida atendido el contenido del informe del SATAV, que parte de una situación normalizada de la menor con vínculos afectivos sanos con los dos progenitores, que vive la relación con su padre de una forma gratificante, no pudiendo afirmarse que la pernocta en el domicilio paterno un día entre semana, pueda ser perturbadora y perjudicial, entendiendo por el contrario, que la presencia efectiva del progenitor no custodio en la rutina diaria de la menor y por tanto no limitada a momentos o períodos de ocio, puede ser muy beneficiosa en un caso como el de autos, en que la relación paterno filial está exenta de conflicto y se mantiene y desarrolla de una forma totalmente normalizada. Por último también se afirma en el recurso que el cambio del régimen de visitas no tiene apoyo en el informe del SATAV, apreciación que no es correcta. La Juez *a quo* hace un detallado análisis del contenido del informe del SATAV que resulta relevante para la adopción de la medida objeto de controversia y deriva de su contenido la conclusión que el interés y beneficio de la hija exige la ampliación del régimen de visitas que se estableció en la sentencia de separación, ampliación a la que se opone la madre sin que pueda ofrecer razones que lo justifiquen. El informe del SATAV después de constatar la situación normalizada de la menor y su adecuada adaptación a todos los niveles, así como la existencia de lazos afectivos con sus dos progenitores, afirma que no se aprecia ningún indicio susceptible de producir estrés psicológico y/o sufrimiento para la menor en la ampliación del régimen de visitas paterno filial, considerando que ésta es una oportunidad para la niña de afianzar el vínculo con su padre y esto último es obvio que en ningún caso puede considerarse ni perjudicial ni perturbador. Por todo ello procede desestimar todas estas consideraciones.

RÉGIMEN DE VISITAS

Habiéndose apreciado en la exploración del menor una evidente animadversión y encono hacia el padre, dada la edad del hijo (14 años), la fijación de un régimen de visitas obligatorio con el padre puede ser altamente contraproducente: no se fija régimen a favor del padre, sino que se establece que el hijo podrá relacionarse con él cuantas veces quiera. Regulación legal de las amplias potestades del Juez en materia que afecta al interés de los menores.

AP MÁLAGA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Torrecillas Cabrera

Por la procuradora de los tribunales Sra. Cruz García-Valdecasas, en la representación que ostenta de D. Juan Luis, se formula recurso de apelación frente a la sentencia de 10 de marzo de 2005 del Juzgado de Primera Instancia n.º Cuatro de Torremolinos por la que admitiendo la demanda de Divorcio interpuesta en su contra por su esposa D.ª Maite, declara disuelto el matrimonio celebrado el 22 de julio de 1989, y como medidas que debe de llevar aparejada la sentencia de divorcio acuerda confirmar las medidas que ya venían rigiendo desde la sentencia de separación dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción el día 31 de diciembre de 1998, con excepción del régimen de visitas, el cual no se establece a favor del padre, pudiendo relacionarse el hijo con su progenitor libremente y cuantas veces quiera, sin declaración sobre las costas procesales; argumenta la sentencia de instancia que una vez oído el menor, se considera más apropiado al caso no establecer ningún régimen especial, sino tan sólo cuando lo desee el menor.

Sustenta el recurso el apelante en un error en la valoración de la prueba practicada entiende que debería de mantenerse el régimen acordado en la sentencia de separación y que en vez de quedar al arbitrio de la madre debería de mediar un psicólogo o cualquier otro profesional ajeno a la madre, para fomentar las relaciones paterno-filiales.

Dicho recurso es impugnado por la esposa quien se opone a que se modifique alguna de las medidas acordadas en la sentencia de instancia alega que no es cierto que haya puesto problemas a que el hijo se relacione con su padre y que ha sido aquél el que se niega a relacionarse con el recurrente, debido a las ausencias del padre durante siete años, aparte de que por la edad del menor él ya adopta sus decisiones y piensa de forma independiente.

Hay que partir de la base de que el hecho de que haya habido un anterior procedimiento de separación no obliga ni a mantener ni a modificar las medidas que ya se acordaron en aquél primer procedimiento de familia en el que se vieron envueltos ambos contendientes, pudiéndose modificar las mismas si es que concurren nuevas circunstancias que no pudieron haberse tenido en cuenta en aquel primer procedimiento.

Respecto de la segunda cuestión, es preciso partir de la base de que la legislación vigente es la que obliga al Tribunal a efectuar un análisis meticuloso y profundo, y así conforme a los artículos 90 y 91 del Código Civil en las sentencias de nulidad, separación o divorcio (a las que hay que equiparar aquellas otras rupturas de convivencia de hecho con hijos comunes, como la presente) el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará las medidas que hayan de regir respecto de los hijos en esa situación de ruptura matrimonial, por lo tanto se trata de facultad y obligación del Juez establecerlas con independencia de que lo soliciten o no las partes y con independencia de que acoja una de las formas propuesta por alguna de ellas por considerarla lo más beneficioso para los menores, en concordancia con el carácter tuitivo y protector de los menores que posee nuestra legislación civil, que hace que dentro de su concreto ámbito no rijan los principios dispositivos, de aportación de parte y de justicia rogada, rectores de las relaciones jurídico-privadas pero inaplicables a estos supuestos, por eso, la actuación de los Jueces, en desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas para la defensa y protección de los menores (artículos 29 y 124 de la Constitución), se desarrolla *ex officio* a fin de promover cuantas medidas sean necesarias en cada momento destinadas a la salvaguarda y tutela de los derechos de los menores de edad, habida cuenta precisamente de la indisponibilidad y carácter público del bien tutelado, y este carácter de la legislación española se acomoda a la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, en cuyo articulado parte del principio de que en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen, se atenderá como consideración primordial al interés superior del niño –expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto–, y en lo que se refiere en concreto a las relaciones paterno-filiales, en el artículo 18 se reconoce el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes y responsabilidad primordial en lo que se refiere a la crianza y el desarrollo del niño desde la perspectiva de que "su preocupación fundamental será el interés superior del niño", declarando por su parte el artículo 9 que el niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño. Tales criterios se consolidan y desarrollan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual previene expresamente que en su aplicación primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Partiendo de dichos parámetros y de que siempre es conveniente que la ruptura de los padres no afecte a la relación de los hijos para con aquéllos, es evidente que lo conveniente para la formación de los menores es el establecimiento de un régimen amplio de visitas del progenitor no encargado de la guarda y custodia de los menores, en este caso el recurrente, no obstante hay que tener en cuenta que la juez de instancia apreció en la exploración del menor una evidente animadversión y encono que existe respecto de su progenitor, consiguientemente, tal y como acertadamente pone de manifiesto la sentencia de instancia, dada la edad del menor (14 años en este momento), la fijación de un régimen obligatorio de visitas o remanencia con el padre puede ser altamente contraproducente para el menor, de tal forma que el régimen establecido es el más acertado, sin perjuicio de la obligación que tienen ambos progenitores de limar dichas asperezas y de procurar una normalidad en las relaciones del menor Eduardo hacia su padre; consiguientemente este motivo del recurso también ha de ser desestimado y la sentencia de instancia confirmada en su integridad.

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado por la procuradora de los tribunales Sra. Cruz García-Valdecasas, en la representación que ostenta de D. Juan Luis frente

a la sentencia de 10 de marzo de 2005 del Juzgado de Primera Instancia n.º Cuatro de Torremolinos por la que admitiendo la demanda de Divorcio interpuesta en su contra por su esposa D.ª Maite, declara disuelto el matrimonio celebrado el 22 de julio de 1989, y como medidas que debe de llevar aparejada la sentencia de divorcio acuerda confirmar las medidas que ya venían rigiendo desde la sentencia de separación dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción el día 31 de diciembre de 1998, con excepción del régimen de visitas, el cual no se establece a favor del padre, pudiendo relacionarse el hijo con su progenitor libremente y cuantas veces quiera, sin declaración sobre las costas procesales y consiguientemente debemos de confirmar y confirmamos la referida sentencia.

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede obligar al hijo de 15 años a que en la mitad de los períodos de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano se desplace a Luxemburgo donde reside el padre: la relación desde que se produjo la separación (hace 12 años) ha sido muy escasa, y el hijo ha manifestado su deseo de no trasladarse al domicilio paterno, siendo más adecuado que tales visitas se efectúen en el lugar de residencia del hijo, pues resulta muy difícil su cumplimiento ante la negativa del menor, con las innegables dificultades de idioma, amistades o costumbres que allí puede encontrar.

AP MÁLAGA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Torres Vela

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 13-10-04, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: "Que estimando parcialmente la demanda presentada por la Procuradora Doña Presentación Garrijo Belda en nombre y representación de D. Juan Ignacio y estimando parcialmente la demanda reconvencional presentada por el Procurador D. Luis Mayor Moya, en nombre y representación de Doña Amparo, debo declarar y declaro la disolución por divorcio del matrimonio formado por Don Juan Ignacio y Doña Amparo celebrado en fecha 8 de agosto de 1987, con todos los efectos legales inherentes, ratificado las medidas acordadas en la sentencia de separación de ambos cónyuges de fecha 26 de septiembre de 1996 ...

Como motivos de recurso se impugnan por el recurrente los pronunciamientos contenidos en la sentencia apelada relativos al régimen de visitas establecido, que entiende debe modificarse en el sentido de que el hijo común debe pasar la mitad de los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano en su domicilio en Luxemburgo, siendo de su cargo los gastos de traslado y desplazamiento ...

Los dos primeros motivos de recurso han de ser desestimados, por cuanto, de una parte, estando acreditado la escasa, por no decir nula, relación que ha habido entre el padre y el hijo desde que se produjo la separación matrimonial (hace doce años), unido al deseo manifestado por éste de no trasladarse al domicilio del padre, parece más adecuado y atemperado a las circunstancias concurrentes que el régimen de visitas establecido en favor del padre recurrente se lleve a cabo en el lugar de residencia habitual del hijo, pues resulta ciertamente difícil hacer cumplir el régimen de visitas en la forma propuesta por el padre si el hijo se niega a desplazarse al domicilio de éste, sito en otro país, con las dificultades que en cuanto al idioma, amistades o costumbres se puede éste encontrar, sobre todo atendida la edad del hijo que cuenta con quince años de edad.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se concede autorización para que con el padre pueda colaborar cualquier familiar paterno o persona de confianza designada por éste para realizar las entregas y recogidas de las menores.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José M.ª Morillo-Velarde Pérez

Para la resolución del otro motivo de disconformidad del apelante con la sentencia de instancia, referido a que se le autorice el auxilio de familiares o personas de confianza en la recogida de sus hijas, bien pudiera hacerse la cita del Digesto que hace la apelada en su escrito de oposición al recurso. Es el Derecho el que está a la medida del hombre y no a la inversa.

Denegar una petición tan razonable como ésa, que ningún daño causa a nadie (como tampoco que la madre pueda confiar la entrega o la recepción a cualquier familiar que se encuentre en la vivienda a las horas establecidas), no tiene ningún fundamento legal más allá de que no ha existido cambio de circunstancias. Pero la autorización controvertida es tan accesoria e irrelevante como abusiva la oposición que se ha hecho a ella, y no necesita que cambie nada para que pueda accederse a lo solicitado, pues en definitiva se trata de hacer más flexible para el actor apelante el cumplimiento de sus obligaciones permitiéndole compatibilizarlo con las eventuales exigencias derivadas de su profesión, por ejemplo, o supliendo la imposibilidad de hacer la recogida personalmente por cualquier razón justificada.

De hecho, incluso, no existe motivo alguno para denegarla teniendo presente que en ningún precepto jurídico se establece el carácter personalísimo de la obligación de recoger a sus hijas, pudiendo hacerlo, como es obvio, a través de mandatario en las circunstancias que sea conveniente o necesario establecer.

RÉGIMEN DE VISITAS

No proceden limitaciones en el régimen de visitas materno-filial obligando a que sean tuteladas a través del Punto de Encuentro Familiar, en base a la pasada dependencia tóxica de la madre, que ha acreditado estar en fase de progresiva normalización personal, familiar y laboral; y menos aún cuando la hija cuenta con 15 años y podría detectar cualquier situación de riesgo ante un hipotético retroceso en el proceso de rehabilitación de aquélla. Contenido del derecho de visitas y carácter restrictivo de su suspensión o extinción.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Con fecha 12 de mayo de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de los de Parla se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimando parcialmente la demanda que fue interpuesta por el Procurador de los Tribunales d. Juan José Cebrián Badenes en nombre y representación de D. Gonzalo, debo declarar y declaro la separación legal del matrimonio Se encomienda a D. Gonzalo la guarda y custodia regular sobre los hijos menores José Ramón y María, sujetos a la patria potestad de ambos progenitores. El régimen de visitas y comunicación de los hijos con la progenitora no custodia queda al mutuo entendimiento entre ambos. En defecto de acuerdo, Doña Carmen podrá visitar y tener consigo a los menores según el régimen progresivo: A) Hasta el comienzo del curso escolar 2005/06, tres días laborables entre las 20,00 y las 21,00, así como,

bien el sábado, bien el domingo de cada una de las semanas (a elección de la madre mediante preaviso de tres días), desde las 10,00 hasta las 20,00 horas, además de 10 días consecutivos dentro de las vacaciones estivales (también a elección de la madre). B) A partir del inicio de dicho curso escolar, durante tres días laborables entre las 20 y las 21 horas, además de los fines de semana alternos, desde las 20 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo, así como la mitad de los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano. La elección de tales períodos corresponderá al cónyuge no custodio en los años pares y al otro en los impares. En cualquier caso, las recogidas y entregas de custodia deberán hacerse por la madre en la vivienda que el padre comparte con los hijos.

En dicho procedimiento se dictó, en 3 de julio siguiente, auto cuya parte dispositiva dice así: "Se acuerda proceder a la subsanación del error material padecido en la sentencia de fecha 12 de mayo de 2005 recaída en las presentes actuaciones, en el sentido de sustituir en el fallo la expresión incorrecta "además de los fines de semana alternos, desde las 20'00 horas del sábado hasta las 20,00 horas del domingo", por la expresión correcta "además de los fines de semana alternos, desde las 10,00 horas del sábado hasta las 20,00 horas del domingo".

Asumiendo los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, impugna el apelante el que concierne al régimen de comunicaciones materno-filiales, suplicando de la Sala que las mismas se lleven a cabo en el Punto de Encuentro Familiar más cercano al domicilio paterno, en fines de semana alternos y en las horas habilitadas al efecto, previo concierto con dicho centro, que deberá ir informando al Juzgado acerca de la evolución de dicho régimen, hasta su normalización.

En apoyo de tal *petitum*, la dirección Letrada del recurrente esgrime, en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la pasada adicción de la madre a sustancias estupefacientes, encontrándose en fase de desintoxicación, lo que aconseja que las visitas sean tuteladas y limitadas en el tiempo, informándose por un especialista sobre la evolución de las mismas.

Pretensión que encuentra la frontal oposición de la contraparte y del Ministerio Fiscal, en súplica de íntegra confirmación de la sentencia dictada por Órgano *a quo*.

El derecho que contempla el artículo 94 del Código Civil, dentro la regulación de la crisis matrimonial, tiene por objeto el posibilitar el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, según lo prevenido en el artículo 154 del mismo texto legal, evitando así que tal ruptura convivencial determine el alejamiento o, inclusive, la desvinculación del hijo respecto del progenitor que no ostenta su cuidado cotidiano.

Nos encontramos, en consecuencia, ante un deber del progenitor, en lógica correlación con el prioritario interés del común descendiente que, sin culpa suya, se ha visto privado, en su entorno cotidiano, de la presencia conjunta y armónica de quienes asumieron la responsabilidad de traerle al mundo. De ahí que, a falta de acuerdo de los mismos, deba procurarse, desde la resolución judicial, que los contactos y estancias del menor con el progenitor no custodio sean tan amplios y flexibles como las circunstancias de cada caso permitan o aconsejen, ya que dicha relaciones se erigen en un factor de decisiva importancia en orden al desarrollo y formación equilibrados, en sus diversos aspectos, del sujeto infantil.

Cierto es que, igualmente bajo el prioritario principio del *favor filii*, el precepto examinado contempla la posibilidad de suspender o restringir tales relaciones, pero dicha medida reviste un carácter excepcional, al quedar supeditada, en dicha regulación legal, al incumplimiento, grave o reiterado, de los deberes impuestos por la resolución judicial, o a la concurrencia de graves circunstancias que así lo aconsejen.

En el supuesto que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración, la pasada dependencia tóxica de la madre no puede constituir causa suficiente para acoger las restricciones propuestas por el recurrente, dado que, al tiempo de sustanciarse la litis en la instancia, no existía indicio alguno, ni signo externo, de consumo de tales sustancias, sino, por el contrario, una progresiva estabilización de doña Carmen en los ámbitos personal, familiar y laboral. Así lo admite el otro progenitor, reconociendo que el comportamiento actual de aquélla con los niños es bueno, no oponiéndose a que se los lleve durante los fines de semana, siempre que se demuestre que no consume drogas. Igualmente queda constatado, por las manifestaciones del hoy recurrente, que el hijo menor quiere ir con su madre, a la que echa de menos.

En tal tesitura, y contando ya la hija mayor 15 años de edad, por lo que podrá detectar, poniéndolo en conocimiento del Juzgado, ya directamente ya a través de su padre, cualquier situación de posible peligro al respecto, ante un hipotético retroceso en el proceso rehabilitador de su madre, con la consiguiente adopción inmediata de las adecuadas medidas de protección, ha de concluirse que el pronunciamiento impugnado está perfectamente ajustado a las necesidades afectivas de la prole, así como a los factores que, en la coyuntura evaluada, han de condicionar su relación con la ahora apelada.

VIVIENDA FAMILIAR

Existiendo una sentencia condenatoria para el esposo por amenazar a su esposa con quemar la casa con ella dentro, con orden de alejamiento incluida, no procede acceder a su petición de que la vivienda familiar se divida en dos partes y se acuerde el uso compartido, por mucho que el recurrente quiera hacer ver que se trató de un hecho aislado y que antes eran un matrimonio sin problemas.

AP MÁLAGA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Melchor Antonio Hernández Calvo

Impugna el pronunciamiento de la sentencia que desestima la petición formulada en el sentido de que la vivienda sea divida en dos, al no haber tenido en cuenta la Juzgadora de Instancia la testifical practicada en el acto del juicio ya que las amenazas por las que fue juzgado fue un hecho puntual. Pretensiones a las que se opone Doña Leticia al haber sido condenado el recurrente por amenazarla con quemar la casa con ella dentro.

Circunscrito el recurso de apelación en los términos que anteceden, esta Sala no puede sino compartir la fundamentación contenida en la sentencia recurrida, en orden a la atribución del uso, exclusivamente a favor de la esposa e hija común del matrimonio.

Tampoco es de recibo establecer un uso compartido, ya que valorada la prueba en su conjunto y no existiendo consenso entre los esposos al respecto y habiendo sido condenado el demandado por amenazas proferidas en el sentido de quemar la casa con su esposa dentro, con orden de alejamiento incluida, son hechos lo suficientemente contundentes para no admitir la solicitud, por mucho que se quiera hacer ver en esta condena un hecho aislado y que con anterioridad eran un matrimonio sin ningún problema.

VIVIENDA FAMILIAR

Al ser ambos cónyuges de avanzada edad, y no concurriendo circunstancias que hagan prevalecer a uno sobre el otro para considerarlo el interés más necesitado de protección, se otorga el uso de la vivienda a la esposa en atención a la distinta relación que tienen con el inmueble: para ella no es sólo un bien material, sino un hogar, al ser quien se ha encargado siempre de organizarlo para que la familia lo habitara como tal, mientras que para él es como un hotel. Se revoca el uso alternativo establecido en la instancia: esta medida es indeseable por no ser un bien que pueda cambiarse de manos sin problemas.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª de la Soledad Jurado Rodríguez

El Juzgado de Primera Instancia número Seis de Málaga dictó sentencia de fecha 1 de diciembre de 2004, en el Juicio de Separación n.º 1392/00, del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así: "FALLO.–Debo declarar y declaro haber lugar a la separación del matrimonio entre Dña. Inmaculada y D. Rubén, declarando asimismo como medida inherente a la separación la disolución del régimen económico del matrimonio y la revocación de los consentimientos y poderes de cualquiera de los cónyuges se hubiesen otorgado.

El uso y disfrute de la vivienda familiar, hasta la liquidación del régimen económico matrimonial, corresponderá a los dos cónyuges, que se alternarán anualmente en su uso, comenzando el primer año la esposa, continuando su esposo, y así sucesivamente.

La sentencia de instancia dictada en autos de separación establece el uso alternativo anual entre los ex cónyuges de la vivienda que fue domicilio familiar fundamentando tal medida en que tras la ruptura conyugal se produce una situación igualitaria respecto de ambos que hace que ninguno ostente una mayor situación de preferencia o protección en relación al uso del domicilio familiar, limitándose el recurso formulado a impugnar tal pronunciamiento judicial a fin de que en esta alzada se atribuya el uso y disfrute de dicha vivienda a la esposa. Planteada así la cuestión ante esta Sala, el artículo 91 del Código Civil establece la obligación del juzgador de determinar las medidas complementarias en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas y garantías respectivas, estableciendo las que procedan, teniendo el Juez la obligación de pronunciarse sobre tales extremos, incluso de oficio, sin necesidad de previa petición de parte, porque en esta materia juegan unos elementos de orden público no siempre sometidos al principio dispositivo, debiendo resolverse la cuestión que se somete a esta Sala desde el prisma establecido en al artículo 96 del Código Civil que viene constreñido al inmueble que constituye la sede de la vida familiar como un bien adscrito al servicio del conjunto familiar, siendo el principio del interés más necesitado de protección el que ha de informar la cuestión, siendo parecer de esta Sala que salvo en algún caso en el que concurran circunstancias que admitan el uso alternativo del que fue domicilio familiar, dicha medida resulta indeseable en la mayoría de los casos pues el mismo no puede tratarse meramente como un bien material que pueda cambiarse de manos sin problemas. En el presente caso se dan las circunstancias de que los cónyuges se separan transcurridos más de cuarenta años de matrimonio (actualmente el esposo tiene 73 años y 66 la esposa), cuando los siete hijos habidos en el mismo han alcanzado hace tiempo la mayoría de edad y tienen economía independiente a la de sus padres, no obstante habitando en el domicilio familiar, además de los ex cónyuges, los dos hijos menores: Almudena y Miguel (de 32 y 27 años respectivamente), y sin que ninguno de los esposos esté afectado por dolencia o enfermedad como para poder considerarlo interés más digno de protección pues a estos efectos ha de considerarse irrelevante la diabetes que padece el esposo al no constar que la misma suponga una merma o limitación en su vida superior a la que pueda tener la esposa, dada la edad de ambos. Pues bien, ante estas circunstancias objetivas similares cobra especial relevancia la prueba de interrogatorio del demandado pues a través de ella queda acreditado que la esposa es la única de los dos cónyuges que mantiene y ha mantenido con el inmueble que ha constituido el domicilio familiar una relación de hogar al ser ella la que se encarga de organizar y proveer lo necesario para que dicha casa sea apta para que los miembros de la familia que en él viven lo habiten como un hogar, distinta actitud hacia la casa que la que tiene el marido pues el mismo viene a reconocer que ese domicilio para él es como un hotel y así se deduce de sus declaraciones donde textualmente afirma que allí duerme pero se va por la mañana al campo y no viene hasta por la noche, que la comida que él consume la compra él, se la prepara él y come solo en una habitación y ellos (refiriéndose a su esposa e hijos) en otra, además de esas declaraciones, también manifiesta desconocer los gastos que hay en la casa, lo que cobra la empleada del hogar o el jardinero y si hay alguien encargado de la limpieza de la piscina o si ésta se limpia, limitándose a abonar 250.000 pesetas al mes para los gastos de la casa, debiendo indicarse respecto de esta última afirmación que junto con la demanda se aportó manuscrito de los esposos firmado el 1 de agosto de 1996 (doc. 10, f. 18) donde el marido se compromete, por deseo de su esposa, a entregarle esa cantidad de 250.000 pesetas mensuales. Pues bien, esta distinta relación con el inmueble que tienen ambos cónyuges, pues para la esposa no es sólo un bien material sino un hogar que ha de cuidarse y para el esposo es meramente un lugar de hospedaje, hace que respecto del uso y disfrute de la casa sea el interés de la esposa más digno de protección que el del esposo y de ahí que proceda la estimación del recurso y la revocación de la medida adoptada por la sentencia de instancia, máxime cuando además coincide la medida que adopta este Tribunal con la que los propios cónyuges pactaron en el citado acuerdo de 1 de agosto de 1996 y, posteriormente, en la estipulación 3.ª de la propuesta de convenio regulador aportado precisamente por el esposo con la contestación a la demanda (doc. 8, f. 109 y ss.)

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D.ª Ana de los Ríos Santiago en nombre y representación de D.ª Inmaculada, con revocación parcial de la sentencia dictada el uno de diciembre de 2004 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Málaga en los autos de separación n.º 1392/2000, debemos acordar y acordamos que el uso y disfrute de la vivienda familiar se atribuye a dicha recurrente, confirmándola en el resto de sus pronunciamientos, y sin imposición de las costas causadas en esta alzada.

VIVIENDA FAMILIAR

Viviendo cada progenitor en compañía de hijos comunes, todos mayores de edad, ninguno de los dos núcleos familiares constituye el interés más necesitado de protección: se atribuye el uso de la vivienda familiar alternativamente a ambos esposos, por períodos de un año, hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª del Rosario Hernández Hernández

En orden al uso el domicilio familiar, como quiera que en el momento actual cada progenitor vive en compañía de hijos comunes, y éstos hoy son todos mayores de edad, aun cuando en efecto no sean todavía independientes, si bien una de ellas se encuentra muy próxima a encontrarse en situación de alcanzar meritada autonomía, como luego se verá, estimamos que el interés de ninguno de los núcleos familiares constituye el más necesitado de protección, de donde, como se dijo, con estimación parcial del recurso, se considera procedente atribuir el domicilio familiar alternativamente a ambos esposos, por períodos de un año, hasta la efectiva liquidación de la sociedad legal de gananciales, comenzando por la esposa que lo viene utilizando, sin más que añadir, que por sus características la vivienda es excesiva a satisfacer las necesidades del núcleo que la ocupa, cuando por el contrario, el otro ha de dar cobertura a la propia necesidad de vivienda con una de alquiler, gozando ambos consortes de recursos suficientes y haciéndose cada uno de ellos cargo de hijos comunes.

Que, ESTIMANDO parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Esteban, representado por la Procuradora D.ª M.ª CARMEN ORTIZ CORNAGO, contra la sentencia de fecha 8 de febrero de 2005, del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Majadahonda, en autos de Divorcio número 776/03; seguidos con D.ª Julia, representada por el Procurador D. JORGE LAGUNA ALONSO, debemos ACORDAR Y ACORDAMOS:

– El uso de la vivienda familiar se atribuye a ambos consortes alternativamente por períodos de un año, comenzando por la esposa que lo viene utilizando, hasta la efectiva liquidación de la Sociedad Legal de Gananciales.

VIVIENDA FAMILIAR

Estimación de la demanda de modificación de medidas en la que se solicitaba que se dejase sin efecto la atribución del uso de la vivienda familiar acogiéndose la donación del padre de una vivienda en propiedad para los hijos, inmueble que entrará definitivamente en el patrimonio de las hijas menores y quedará a salvo de los avatares que pudiera sufrir el patrimonio paterno.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José M.ª Morillo-Velarde Pérez

La demanda iniciadora de las presentes actuaciones tiene su fundamento legal en el artículo 91 *in fine* del Código Civil, que permite la modificación de las medidas definitivamente acordadas en los procesos de nulidad, separación o divorcio, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción, determinación que también es aplicable a los supuestos en que, como acontece aquí, no existe propiamente un vínculo matrimonial en crisis, sino una relación de hecho cuyo soporte afectivo se extinguió pero del que fueron fruto dos hijas menores.

En concreto, pretendió el actor y padre en primera instancia, pretensiones que reproduce en

la alzada, que se modifique el pronunciamiento dictado en su día por el que se otorgó el uso de lo que hasta entonces había venido siendo el domicilio familiar a favor de la madre y las hijas, habida cuenta de que ofrece en firme la donación a estas últimas de una vivienda de nueva construcción en sustitución de aquélla, enumerando las ventajas que, según él, dicho cambio reportaría a las menores.

Las partes y la juzgadora de instancia han glosado sucesivamente y a la perfección los requisitos legales y jurisprudenciales aplicables a la acción ejercitada por el actor hoy apelante y que permitirían la modificación de las medidas acordadas en la resolución que ordenó las consecuencias personales y patrimoniales derivadas de la ruptura de la relación afectiva que unió a aquéllas, por lo que se considera absolutamente innecesario incidir en esta cuestión.

En apariencia, pudiera pensarse que la clave del litigio reside en determinar si la adquisición de una vivienda nueva por parte del apelante, su ofrecimiento en firme de donarla a las hijas para que éstas la ocupen en detrimento de la que hoy disfrutan, así como de correr con los gastos fiscales y los derivados del régimen de propiedad horizontal, más los de la mudanza, constituyen o no alteración de aquellas circunstancias, pues así lo planteó en su demanda.

Sin embargo, antes que tal conceptuación, esta Sala considera que, en realidad, se somete a su juicio por vía de recurso la aprobación judicial de una determinación en la que, a lo que se ve, no existe acuerdo entre los dos progenitores y que directamente incide en lo que fue objeto de medida en beneficio de las menores, lo que justificaría la aplicación del trámite seguido, mas este matiz aporta, sin salirse de la *causa petendi*, una perspectiva del problema que obliga a considerarlo de manera distinta a la tenida en cuenta por la juzgadora de instancia, cuya fundamentación técnica puede estimarse irreprochable.

Para entender la postura de la Sala, ha de partirse de que el derecho de uso de la que fue una vivienda familiar, que corresponde indudablemente a los menores y, por irradiación del principio que aboga por su protección integral, al progenitor que los ha de tener permanentemente en su compañía, no se conceptúa en todo caso con referencia a un inmueble en concreto, sino que puede ser cambiante en función de circunstancias diversas, siempre y cuando se garantice la dignidad a que son acreedores, por supuesto, los hijos menores; de aquí que la rigidez de los requisitos que disciplinan el cambio de medidas definitivas no sea predicable absolutamente en este aspecto, pues siempre será posible plantear un cambio de vivienda o domicilio respetando aquel principio superior y con independencia de la valoración de las circunstancias tenidas en cuenta *prima facie*.

Así pues, de lo que se trata es de ver si la solución aportada por el apelante respeta el interés de las menores y sirve, además, para que pueda realizar transacciones económicas legítimas, manteniéndose de esta forma su plena disponibilidad sobre todos y cada uno de los elementos que conforman su patrimonio, facultad que en modo alguno puede verse menoscabada por su actual situación personal y familiar, siempre que quede debidamente garantizado aquel interés.

En definitiva, la Sala contempla el problema prescindiendo de la situación de los contendientes y sus hijos, y mantiene la misma perspectiva que si la petición se hubiera dirigido en el seno de una relación afectiva estable y se tratara de una discrepancia de ambos respecto de una decisión, porque la permanencia de los menores en lo que viene siendo su vivienda familiar no es un derecho en sí mismo sino el resultado de la aplicación del principio de protección, con independencia de la subsistencia del vínculo jurídico o de afecto que unió a sus progenitores, y ello porque el derecho de uso alcanza a la vivienda familiar si no existe otra que satisfaga igualmente el tan repetido interés, de manera que si cabe una solución que, partiendo de su absoluta garantía y protección, armonice sus exigencias con los derechos de los progenitores, a ésta sin duda se acoge la Sala, porque en esta medida se alejará de posturas rayanas en el abuso del derecho.

Razonado de esta manera que se prescinde de la doctrina legal y jurisprudencial sobre la modificación de medidas definitivas, el esfuerzo de argumentación, para decantar la decisión a favor de una u otra de las partes, debe llevar a la determinación de si la solución propuesta por el apelante cumple las condiciones que se acaban de expresar.

Ciertamente, la solución a esta cuestión es más apreciativa, de valoración racional, que derivada estrictamente de la aplicación de normas legales, y en ello ha de contar, por lógica, la evaluación en su conjunto de todos y cada uno de los aspectos a considerar, sin que pueda partirse de la idea de que existiendo alguno de ellos en que las menores empeoren su situación, ya no pueda accederse a lo solicitado en primera instancia, siempre que la totalidad de los beneficios que el cambio pudiera depararles sea superior a los inconvenientes y suponga, al menos el mantenimiento, cuando no un progreso neto, de sus actuales circunstancias.

Sería un error, a juicio de la Sala, entrar en la comparación física de los inmuebles, pues no se trata de determinar cuál de ellos es mejor o

más grande, sino de contemplar exclusivamente si la vivienda propuesta satisface el derecho de las menores a una vivienda digna. Y por supuesto que la ofrecida cumple perfectamente esta condición.

Se trata de un piso de nueva construcción, de 94,50 metros cuadrados de superficie útil (134,63 metros cuadrados de superficie construida), con calidades de lujo y las comodidades normales en ese tipo de vivienda, ubicado en el casco urbano de ... y susceptible de dotar a tres moradores de suficiente espacio vital.

Desde otra perspectiva, tal inmueble, con unas posibilidades de revalorización excelentes, entra definitivamente en el patrimonio de las menores y queda a salvo de los avatares que pudiera sufrir el patrimonio paterno.

Finalmente, no existe en las actuaciones prueba alguna que acredite que el cambio pueda repercutir negativamente en las menores, cuyo derecho a una vivienda digna sigue incólume, conforme se ha dicho, suponiendo una expectativa que sin duda las beneficia el incremento que el patrimonio de su padre pueda experimentar como consecuencia de la operación inmobiliaria sugerida por la parte apelada, por lo que debe estimarse el recurso en este aspecto, pero teniendo presente que el traslado no sólo debe ser sufragado por el padre, como ofreció, sino que consistirá en la total acomodación del inmueble, sin molestia alguna para las menores.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Contando la hija con 26 años, y aun no habiendo terminado sus estudios, procede limitar temporalmente a 2 años el derecho a percibir alimentos, o antes si accediera al mercado laboral. No obstante, si cumplido ese plazo siguiera precisando alimentos, los podrá reclamar a ambos progenitores al margen del procedimiento matrimonial.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª del Rosario Hernández Hernández

Por lo que respecta al segundo motivo de recurso que merece ser estimado, éste es el referido a la pensión alimenticia de la mayor de las hijas comunes, Julia, quien, como antes dijimos, se encuentra muy próxima por su edad, como nacida a 5 de febrero de 1980, a alcanzar la independencia económica, o cuando menos a encontrarse en situación de alcanzarla de mostrar la adecuada actitud para ello, de donde, como quiera que en el curso 2004-2005, todavía figuraba cursando estudios, luego aún en período de formación, dicha situación ha de ser acotada con límites, pues no es de recibo prolongarla indefinidamente y estimamos que en un período de dos años, a computar desde la fecha de la sentencia de instancia, es suficiente a completar la formación, luego en dicha fecha se extinguirá la pensión alimenticia de María Eugenia, salvo que con anterioridad acceda al mercado de trabajo, y ello por cuanto, a su edad ya viene socialmente aceptada la inserción en el mundo laboral, y sin perjuicio de que, si cumplido tal plazo, esta hija necesitara alimentos, los solicite de ambos progenitores, ya en proceso propio que corresponda, al margen del matrimonial de sus padres.

Para concluir en este punto, hemos de añadir que nos encontramos en proceso de divorcio y no de modificación de medidas, de donde la Sala puede entrar a valorar *ex novo* la totalidad de las circunstancias que al momento concurran en el panorama familiar, sin venir vinculados por lo resuelto previamente en el juicio de separación matrimonial, por más que se pueda valorar a tal fin de fijar medidas reguladoras.

Que, ESTIMANDO parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Esteban, representado por la Procuradora D.ª M.ª CARMEN ORTIZ CORNAGO, contra la sentencia de fecha 8 de febrero de 2005, del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Majadahonda, en autos de Divorcio número 776/03; seguidos con D.ª Julia, representada por el Procurador D. JORGE LAGUNA ALONSO, debemos ACORDAR Y ACORDAMOS:

– La pensión alimenticia a favor de la hija común Julia, a cargo del recurrente, se extinguirá automáticamente una vez transcurran dos años desde la fecha de la sentencia de divorcio recaída en la instancia.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se desestima la modificación de medidas para reducir la pensión alimenticia de un hijo extramatrimonial: es ficticia la transmisión de participaciones sociales que el padre realiza a favor de su esposa, que no ha pagado cantidad alguna por tan importante adquisición, y ni siquiera tiene ingresos. De dichas ventas lo que se infiere es la voluntad del actor de sacar bienes para evitar que puedan formar parte de su caudal hereditario en el que participaría su hijo. El hijo extramatrimonial tiene igual derecho que los otros a seguir culminando su formación. Condena en costas al padre por utilizar argumentos inciertos.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Francisco Bote Saavedra

En el escrito inicial del procedimiento se promovió modificación de medidas acordadas en sentencia de paternidad, por alteración sustancial de las circunstancias, toda vez que el actor y obligado a prestar alimentos tiene otros cuatro hijos estudiando habiéndose incrementado sus gastos notablemente, ha vendido sus participaciones sociales en la sociedad Explotaciones Ganaderas Trujillanas, SL de la que percibe un sueldo mensual de 915,66 euros, por lo que su capacidad económica ha sufrido una importante alteración desde que se dictó la sentencia declarando su paternidad respecto al demandado. Asimismo, alega que su hijo Alejandro de 24 años de edad, ha concluido sus estudios de Ingeniería Técnica en Industrias Agrarias y Alimentarias, y por tanto, se encuentra capacitado para trabajar. Dicha pretensión fue desestimada en la sentencia de instancia, y disconforme la parte actora se alza el recurso de apelación, alegando en primer lugar, error en la valoración de las pruebas respecto al cambio sustancial de las circunstancias, aunque la juzgadora afirma que el actor tiene la misma capacidad económica que cuando se dictó la sentencia de paternidad fijando los alimentos. Ello no es cierto, porque cuando se dictó la sentencia en el año 2000 los otros hijos del actor eran menores de edad y estudiaban en Trujillo donde residen, mientras que en el año 2005, tres de los cuatro hijos se encuentran estudiando en Madrid y en Cáceres con el incremento de gastos que ello supone, tal y como acredita con el importe de las matrículas y demás gastos de colegios y pisos de alquiler, por tanto la situación económica no es la misma que en al año 2000, pues sus gastos se han incrementado notablemente. Además, sus ingresos se han reducido de forma muy importante, hasta el punto que cuando se fijó la pensión alimenticia percibía subvenciones de la Comunidad Europea sobre quince millones de pesetas anuales, en la actualidad sólo percibe una nómina de la sociedad Explotaciones Ganaderas Trujillanas, SL por importe mensual de 915,66 euros, tal es su situación económica que se ha visto obligado a vender sus participaciones en la sociedad. Igualmente, la situación del hijo demandado ha experimentado una alteración sustancial, porque en el año 2000, cuando se fijó la pensión alimenticia estudiaba, y ahora ha terminado sus estudios de Ingeniería Técnica en Industrias Agrarias y Alimentarias, encontrándose cualificado para desempeñar una profesión y obtener sus propios ingresos. En segundo lugar, alega infracción de jurisprudencia citando varias sentencias del TS y de Audiencias Provinciales, y en tercer y último lugar, discrepa de la imposición de costas al considerar que tratándose de un procedimiento de familia no deben imponerse a ninguna de las partes. Termina solicitando la revocación de la sentencia y la estimación de la demanda.

La parte contraria se opone al recurso, solicitando la confirmación de la sentencia.

Dicho lo anterior, es necesario partir de la problemática jurídica suscitada, que ha de ser analizada y resuelta a la luz de la doctrina emanada de la interpretación de dichos preceptos, que si bien permiten modificar los efectos complementarios acordados en una antecedente sentencia firme, no implican, sin embargo, la derogación, y tampoco la atenuación, de básicos principios de cosa juzgada y seguridad jurídica en los que se asienta el procedimiento civil, según previenen los artículos 207 y 222 de la LEC.

En efecto, referidos preceptos sustantivos, complementados en el ámbito procedimental por el artículo 775 de LEC, constriñen dicha posibilidad modificativa a la hipótesis de una alteración sustancial de los factores que condicionaron las medidas complementarias que ahora se intentan mutar, en tal modo que las mismas no respondan ya a la realidad subyacente, determinando su incólume mantenimiento una grave e injustificada lesión en los derechos de uno u otro cónyuge o hijos que de ellos dependan. En cualquier caso se hace preciso que el

referido cambio no haya sido provocado voluntariamente por quien, apoyado en el mismo, entabla el nuevo procedimiento.

Pues bien, referidas prescripciones legales han sido irreprochablemente proyectadas sobre las circunstancias concurrentes en el caso por la Juzgadora de instancia en la sentencia apelada, cuyas consideraciones fácticas y jurídicas han de ser íntegramente asumidas por este Tribunal, al responder al panorama ofrecido por los litigantes, según sus alegatos y resultado probatorio incorporados a las actuaciones.

Y en efecto, según la prueba documental, en virtud de sentencia firme de fecha 18 de mayo de 2000 el hoy apelante fue condenado a abonar la cantidad mensual de 130.000 pesetas en concepto de alimentos a favor de su hijo no matrimonial Don Alejandro; cantidad que tras las preceptivas actualizaciones asciende en la actualidad a 900 euros mensuales, y que ahora pretende dejar sin efecto, alegando una alteración sustancial de las circunstancias, pues desde el punto de vista del progenitor su situación económica se ha visto modificada de forma importante, pues al haber vendido las participaciones sociales de la mercantil ya no percibe las importantes subvenciones ganaderas, limitándose sus ingresos al salario que percibe de la sociedad, y los 6.000 euros de renta anual que le proporciona el arrendamiento de la finca de su propiedad.

Pues bien, dicha disminución en los ingresos del actor no es cierta pues, a la vista de la abundante prueba documental practicada, sus ingresos son idénticos a los del año 2000, o mejor dicho muy superiores a los obtenidos en dicho año, pues la venta de las participaciones sociales a favor de su esposa, al igual que la mitad indivisa de la vivienda que ocupan en Trujillo es sólo ficticia y formal, no habiéndose probado que la parte compradora haya abonado ni un solo euro por tan importantes adquisiciones, por más que hayan otorgado una carta de pago totalmente ficticia pues, insistimos no existe prueba alguna que la esposa compradora haya abonado el precio. Es más, carece de sentido renunciar a un plazo de diez años para abonar el precio de las participaciones sociales como inicialmente se fijó a favor de la compradora, como tampoco se acredita que la esposa del actor tuviera capacidad económica para abonar las participaciones e inmueble adquiridos.

Lo único que se infiere de las ventas realizadas por el actor es poner al margen de su patrimonio bienes que son de su exclusiva propiedad, para de esta forma evitar que algún día puedan formar parte de su caudal hereditario y que pueda participar el hijo hoy demandado. Decimos esto, porque si examinamos las notas registrales, el actor hizo todo su patrimonio antes y después de contraer matrimonio, otorgando las correspondientes capitulaciones matrimoniales; constituyó la sociedad limitada a quien le vendió alguna finca de su propiedad y de la que ha sido durante muchos años su administrador único, obtuvo las importantes subvenciones anuales por el ganado de su propiedad etc. mientras que de su esposa no se conoce trabajo de clase alguna, ni que tenga ingresos o patrimonio propio para que pueda abonar el precio de las valiosas adquisiciones. En consecuencia, las transmisiones meramente formales realizadas por el actor, y el sueldo ficticio que dice percibir –nótese que no acompaña sus declaraciones de IRPF de dichos años para probar la disminución de sus ingresos– en absoluto significan que su capacidad económica haya disminuido desde el año 2000, no existiendo alteración sustancial de las circunstancias sobre el patrimonio del actor.

Ciertamente, corresponde a la parte actora acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca y, a la parte demandada, los impeditivos o extintivos del mismo, sin que deba desconocerse, por un lado, que, conforme al apartado 1 del referido precepto, si al tiempo de dictar Sentencia el Tribunal considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión, habrá de desestimar las pretensiones del actor o del reconviniente o del demandado o reconvenido según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones, y, por otro que, a tenor del apartado 6 del tan repetido artículo, para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio.

A la luz de las consideraciones preliminares que se acaban de indicar, como ya hemos adelantado, esta Sala comparte la hermenéutica apreciativa desarrollada por el Juez de instancia en la Sentencia recurrida por cuanto que descansa en una valoración lógica y racional de las pruebas practicadas en el procedimiento, no existiendo el error en la valoración de las pruebas como se dice por el recurrente.

De otra parte, se dice en el recurso, que el actor ha visto incrementados sus gastos pues sus otros cuatro hijos cursan sus estudios fuera de Trujillo que es donde tienen su residencia, y ello supone un importante incremento de gastos como acredita con los contratos de arrendamiento, y gastos de matrícula. Ello es cierto, pues basta comprobar que con el transcurso de cinco años las necesidades de sus hijos se han visto incrementadas notablemente, pero ello no quiere decir, que los ingresos anuales del apelante no se hayan visto también incrementados considerablemente desde aquellas fechas, de hecho alguno de los hijos cursa estudios fuera de Trujillo, pudiendo haber estudiado en dicha ciudad,

y ello es así porque el actor tiene suficiente capacidad económica para que todos sus hijos estudien en otras ciudades. Además, insistimos, no acompaña sus declaraciones del IRPF para acreditar la tan alegada disminución de su capacidad económica, por lo que tampoco podemos estimar probado que el incremento de sus gastos constituya una alteración sustancial de las circunstancias, pues como empresario que ha sido y es, a buen seguro que sus ingresos se han incrementado en mayor proporción que los gastos originados por sus hijos.

Otro de los argumentos que utiliza el apelante para solicitar la extinción de la pensión alimenticia de su hijo no matrimonial es que la situación del mismo ha experimentado una alteración sustancial, porque en el año 2000, cuando se fijó la pensión alimenticia estudiaba, y ahora ha terminado sus estudios de Ingeniería Técnica en Industrias Agrarias y Alimentarias, encontrándose cualificado para desempeñar una profesión y obtener sus propios ingresos.

Ciertamente, según la prueba documental Alejandro ha finalizado sus estudios de Ingeniería Técnica en Industrias Agrarias y Alimentarias, pero al igual que sucede con su hermano mayor –ambos tienen 24 años– desea concluir una carrera de grado superior, y por ello ha iniciado el segundo ciclo. Ciertamente, no sólo el demandado, sino los otros hijos mayores de edad pueden buscar un trabajo y obtener independencia económica, pero respecto de ellos nada dice el padre, antes al contrario, estudian las carreras universitarias que tienen por conveniente, por lo que hacemos nuestros los argumentos de la sentencia recurrida sobre este particular. Además, el propio demandado era mayor de edad cuando se dictó la sentencia que fijó la pensión alimenticia y también pudo haber buscado trabajo en aquellas fechas, siendo su situación idéntica a la actual, porque ni antes no ahora ha concluido su período de formación universitaria, a la que tiene pleno derecho, al igual que el resto de sus hermanos.

El primer motivo se desestima.

Finalmente, decir que no existe infracción de la jurisprudencia citada, porque los supuestos de hecho son totalmente distintos, como tampoco existe infracción del art. 394 LEC, que al desestimar la demanda impone las costas al actor. Es cierto que en materia de familia esta Audiencia Provincial, en sintonía con la mayor parte de las Audiencias Provinciales, habitualmente no impone las costas a ninguna de las partes dada la naturaleza de la materia. Ahora bien, ello no sucede en el presente supuesto, porque el actor ha utilizado unos argumentos inciertos, está enajenando bienes de su propiedad de forma ficticia para descapitalizarse y ha presentado una demanda contra su hijo obligándole a soportar unos gastos procesales que difícilmente puede sufragar con la pensión alimenticia que percibe, por lo que dadas estas excepcionales circunstancias, el motivo examinado tampoco puede prosperar.

En definitiva, no existiendo alteración sustancial de las circunstancias económicas que se tuvieron en cuenta en la sentencia que fijó la pensión alimenticia, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

De conformidad con el art. 398 en relación con el art. 394, ambos LEC las costas de esta alzada se imponen a la parte apelante al ver desestimadas sus pretensiones, según las circunstancias especiales que concurren antes señaladas.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El despido laboral no determina la insolvencia económica del padre y no es motivo para reducir la pensión de alimentos de los hijos, pues percibe una prestación por desempleo y ha recibido también una indemnización por ello que ha de destinarse a la atención de los hijos. Ha de valorarse que el padre tiene aptitud para remediar su situación provisional de paro, así como la capacidad laboral de su nueva esposa. Requisitos necesarios para estimar una modificación de medidas, para evitar la revisión arbitraria de resoluciones firmes.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

Con fecha 12 de julio de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de los de Collado Villalba se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal: "DISPONGO: Estimando en parte la demanda de modificación de medidas de divorcio instada por el Procurador D. Pedro Javier Galán Gárate, en

nombre y representación de D. José, fijar la pensión de alimentos del hijo menor que se estableció en 60.000 pesetas en la suma de 300 euros mensuales, cantidad que será actualizada anualmente a tenor de las variaciones del IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirlo, manteniendo el resto de medidas reguladoras del divorcio aprobadas por Sentencia de seis de noviembre de 2000. No se hace imposición de las costas del presente juicio.

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado que la pensión de alimentos en favor de un hijo se establezca la cuantía de 100 € mensuales, alegando la existencia de un nuevo matrimonio, un nuevo hijo nacido de este último matrimonio, el nuevo gasto de alquiler de vivienda, el despido laboral del recurrente, la disminución de sus ingresos, pues sólo percibe prestación por desempleo, señalando que la indemnización percibida en su momento por razón del despido fue consumida casi totalmente en la reforma de la vivienda que actualmente ocupa con su esposa, mencionando la falta de gastos del hijo, quien cuenta con comedor gratuito en razón de su condición de minusválido.

La parte demandada, también apelante, en el mismo trámite procesal antes indicado, ha solicitado que se mantenga la pensión de alimentos establecida en su momento en el convenio judicialmente aprobado por sentencia de divorcio de fecha 6 de noviembre de 2000, debidamente actualizada, por considerar que no ha variado la situación económica del recurrente, en razón de la indemnización percibida como consecuencia de su despido, la prestación por desempleo que percibe y las posibilidades laborales e inmediatas con las que cuenta, sin olvidar la aptitud profesional de su nueva esposa.

La naturaleza y objeto del procedimiento de modificación de efectos obliga a delimitar las pretensiones que pueden ser traídas a esta clase de procesos, y que deben de estar basadas en circunstancias que tengan su origen en acontecimientos futuros, nuevos, inciertos, imprevisibles y de notoria significación e importancia, siendo necesario efectuar un análisis comparativo entre la situación precedente, concurrente al momento del que se dicta la anterior sentencia, y la posición actual, en el ámbito familiar y económico, o profesional y laboral, del grupo familiar, y en especial del obligado a la prestación, así como también se hace preciso el análisis de las necesidades de los gastos de los hijos, pues si se pretende una disminución de la cuantía de la pensión de alimentos que ya venía establecida con anterioridad se exige acreditar la alteración definitiva, que no circunstancial, en la situación laboral y económica del obligado a la prestación, con una disminución definitiva de sus ingresos o de su capacidad para incorporarse a corto o medio plazo al mercado de trabajo, y no obstante el cambio operado, en un pasado inmediato en su posición laboral.

Conviene recordar que los convenios judicialmente aprobados nacen con vocación de permanencia, por cuanto que ambos cónyuges en su momento pactaron un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, aprobado judicialmente, supone y conlleva eficacia jurídica duradera en el tiempo, y ello por un evidente principio de seguridad jurídica, sin que sea posible la revisión arbitraria de resoluciones firmes, a menos que se acredite la sustancial mutación de los factores concurrentes en su momento, no prevista entonces y ajena a la voluntad de quien insta la referida modificación.

A sensu cosuterio si por contra la solicitud de la modificación de disminución de la cuantía se basa en una nueva posición laboral, familiar y económica, como es el caso, es necesario analizar y valorar en sus justos términos tal alteración, como lo ha hecho la resolución apelada, para dar lugar, también, a una reducción de la cuantía de la pensión de alimentos en su justa medida, con un adecuado criterio de equidad y proporcionalidad, como así lo resuelto el auto apelado.

En efecto, la sentencia apelada ha analizado y valorado el hecho relativo al despido laboral del demandante, si bien no puede dejar de tenerse en cuenta que tal hecho no determina la insolvencia económica de aquél, según se acredita por el percibo de la prestación por desempleo, así como de una indemnización, en la cuantía señalada en el auto apelado.

Se comparte el criterio de dicha resolución cuando se afirma que no es definitivo para acceder a la pretensión que plantea el demandante el hecho de la reforma que se ha podido llevar a cabo en un inmueble que ni tan siquiera es propiedad del actor ni de su nueva esposa, por cuanto que no se ha acreditado el importe total destinado a dicha reforma y, en cualquier caso, ha quedado un remanente que, junto con la prestación por desempleo, dada la fecha reciente en la que se percibe dicha indemnización con respecto a la fecha de interposición de la demanda, debe destinarse a la atención de los hijos. Por lo demás, y teniendo en cuenta la capacidad laboral de la nueva esposa, así como la aptitud del demandante para remediar la provisional situación de paro laboral en la que se encuentra, es por todo ello por lo que no existe motivo alguno para acceder a la pretensión de dicho demandante; cabe advertir, por último, que no se puede decir que el

gasto de alquiler resulte un cargo imprevisible con respecto a lo resuelto y acordado en la sentencia y en el convenio de divorcio, pues, al parecer, no determina un desembolso económico permanente puesto que no se exige dicho pago siempre y durante todos los meses, según lo manifestado por la nueva esposa de aquél, a la sazón, hija de la propietaria del inmueble, advirtiendo aquélla que sólo pagan cuando pueden, todo lo cual sustenta la desestimación de la pretensión planteada.

Sin embargo, no se ven motivos para dejar sin validez el argumento jurídico que se señala en la resolución apelada, en orden a la nueva situación familiar y la existencia de un nuevo hijo, y de nuevos gastos que ello comporta, que aún compartidos, ello no puede dejar de valorarse como lo ha hecho la resolución apelada.

En consonancia, todos los argumentos señalados anteriormente sirven para fundamentar el rechazo de la pretensión planteada por la demandada, por lo que se desestiman sendos recursos, dado que la Sala considera ajustada a criterios de proporcionalidad y equidad la cuantía de la pensión de alimentos señalada en el auto impugnado.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Aunque el padre sólo reciba esporádicamente alguna ayuda o retribución salarial mínima, no supone la desaparición automática de la obligación de abonar una pensión a los hijos. Se fija a su cargo una pensión de alimentos para dos hijos de 140 euros, ya que la esposa carece de toda fuente de ingresos y los hijos dependen económicamente para su sustento de los ingresos paternos.

AP MÁLAGA, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Diego Giner Gutiérrez

En el proceso de referencia el día 27 de mayo de 2005, se dictó Sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente "Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Muñoz Caballero, debo declarar y declaro, con todos sus efectos legales la disolución del matrimonio contraído por D.ª Julia y D. Braulio, el día 26 de enero de 1996, inscrito en el Registro Civil de Melilla, y debo acordar y acuerdo las siguientes medidas: Don Juan Francisco deberá abonar a sus hijos menores de edad una pensión alimenticia, a ingresar en la cuenta n.º NUMooo de la entidad Banco Popular, por importe de ciento cuarenta euros (140 euros), que se actualizará, anualmente, conforme al índice General de Precios al Consumo, o cualquier otro indicador, establecido por Organismo Público, que lo sustituya.

Con respecto al fondo de la cuestión suscitada el recurso interpuesto que tiene por objeto impugnar la pensión alimenticia acordada en la instancia por estimar el recurrente excesiva, debiendo fijarse en 32 € para cada hijo habido en el matrimonio. Pasando a su examen, hay que tener en consideración que el Código Civil, tratándose de alimentos para los hijos adopta un criterio amplio reflejado en los arts. 142 y 146, estableciendo un principio proporcional entre los ingresos de quien ha de prestarlos y las necesidades de quienes los han de recibir, siendo criterio constante de la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales que el simple hecho de recibir esporádicamente alguna ayuda o retribución salarial mínima no supone la desaparición automática de la necesidad de aportar la pensión alimenticia. En el caso de autos ha quedado acreditado, que los ingresos que percibe el demandado, si bien no son amplios deben coadyuvar dentro de sus posibilidades al sustento de los hijos habidos en el matrimonio. En definitiva dada la edad de los hijos, la situación laboral de la ex esposa y careciendo de toda otra fuente de ingresos, dependen económicamente para su sustento de los ingresos paternos, por lo que con arreglo a la doctrina antes reseñada, procede acordar el mantenimiento de la pensión fijada en su favor.

Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador

Sr. Cabo Tuero en nombre y representación de D. Braulio contra la Sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia n.º 2 de Melilla en los autos de juicio de Divorcio n.º 485/04, del que trae causa el presente rollo registrado con n.º 145/05, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución. Sin verificar especial pronunciamiento respecto de las costas vertidas en la alzada.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Procede reducir la pensión compensatoria fijada para el esposo en el proceso de separación, al haberse producido una alteración sustancial consistente en la merma de los ingresos de la esposa al pasar a la situación de pensionista por jubilación especial a los 64 años: la pensión compensatoria no tiene naturaleza de alimentos, sino de equilibrio de la situación económica descompensada a raíz de la ruptura matrimonial.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Alcalá Navarro

El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Torremolinos dictó sentencia de fecha catorce de abril de dos mil cinco, en el Juicio de Modificación de Medidas n.º 559/04, del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así: "FALLO. –Que estimando parcialmente la demanda de modificación de medidas definitivas y ACUERDO las siguientes: Modificar la medida acordada en sentencia de fecha 1.09.93 consistente en la pensión compensatoria que debe abonar Dña. Leonor al demandado D. Clemente, reduciendo la misma de 230 euros a la cantidad de 160 euros mensuales.

Es el único objeto del recurso que a la Sala se le ha planteado, si procede o no la modificación de la pensión compensatoria, que se fijó en 180,30 euros mensuales en la sentencia de separación a favor del marido, y que tras diversas revisiones al alza se encuentra actualmente en 230 euros, habiéndose reducido a instancia de la esposa a 160 euros mensuales en la sentencia que se apela, que estima parcialmente la demanda en que se interesaba su supresión. El marido, que no compareció a la vista del juicio en la anterior instancia, haciéndolo tras serle notificada la sentencia, solicita que se revoque y se dicte otra que desestime su pretensión y mantenga la medida tal y como se acordó, por entender que las circunstancias no han cambiado y la situación que disfruta la actora es mucho mejor que la que disfrutaba en el momento en que se estableció la pensión compensatoria, en tanto que la situación del recurrente ha empeorado, necesitando para sobrevivir de la caridad de sus familiares.

La voluntaria incomparecencia del demandado a la vista del juicio y su no contestación a la demanda de modificación de medidas veta cualquier consideración sobre su situación económica, que hemos de presumir igual a cuando recayó el pronunciamiento sobre las medidas; en cualquier caso, la pensión compensatoria no tiene naturaleza de alimentos, sino de equilibrio de la situación económica descompensada a raíz de la ruptura matrimonial respecto de la que anteriormente gozaba en el matrimonio. La sentencia se fundamenta en causas objetivas, acreditadas debidamente mediante los documentos aportados; en la sentencia de 1 de septiembre de 1993 se afirma que la Sra. Leonor percibe líquido en su nómina 150.000 pesetas y se tiene en cuenta que ocupa la vivienda; en la comunicación del Instituto de la Seguridad Social se le fija una pensión de 641,75 euros líquidos para el año 2004, lo cual supone una sensible merma, sobre todo si se tiene en cuenta que aquel sueldo inicial se revalorizaría desde 1993 en la misma proporción que la pensión compensatoria del marido de 180 a 230 euros. Esto coincide con lo que afirma la apelante en su escrito de recurso, el rendimiento de trabajo de la actora pasa de 24.822,28 euros en el año 2002 a 15.165,50 euros en el año 2003, coincidiendo con su paso a pensionista, que se produce por jubilación especial a los 64 años, habiendo nacido el 15 de junio de 1938, según certificación del acta de matrimonio del Registro Civil, lo que corrobora con pruebas los hechos que sirven de base a la pretensión de la demandante y acredita la variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para el establecimiento de la medida, si bien en la proporción que la juez prudencialmente valoró, no su supresión, sino su reducción que la deja casi en lo que era la cifra inicial sin los incrementos que han producido su elevación en este tiempo.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Al decretar el divorcio, se suprime la obligación del esposo de abonar una cantidad en concepto de levantamiento a las cargas familiares. Si en la sentencia de separación no se fijó una pensión compensatoria para la esposa, no puede pretenderse en la litis de divorcio la transformación de esa cantidad en una pensión compensatoria, y menos aún cuando se ha constatado que no existe desequilibrio alguno.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Salvador Castañeda Bocanegra

La representación procesal de la Doña Almudena se alza contra la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Cáceres, de fecha 14 de octubre de 2005, que en su parte dispositiva estima la demanda de divorcio formulada por Don José Luís y desestima la reconvención formulada por Doña Almudena, acordando la disolución del matrimonio y en orden a las medidas que han de regir el divorcio suprime la obligación de D. José Luis de contribuir al mantenimiento de las cargas matrimoniales, manteniendo el resto de las acordadas en sentencia de separación de 10 de diciembre de 2003. Se invoca como motivo de oposición el de error en la valoración de la prueba y la posibilidad mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de solicitar en sede de divorcio, la pensión compensatoria que no se solicitase en la sentencia de separación.

Acotado en la forma expuesta el tema controvertido que sobre el que esta Sala se ha de pronunciar debemos de partir de que el demandante D. José Luis y la demandada, Doña Almudena contrajeron matrimonio canónico en la localidad de Alcuescar el 5 de mayo de 1949, del que nacieron seis hijos, en la actualidad todos mayores de edad.

El los últimos tiempos, y en concreto y a partir del año 2002, han surgido serias discrepancias que dieron lugar a la separación matrimonial decretada por Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Cáceres, de fecha 10 de diciembre de 2003. En esta sentencia se ratifican las medidas acordadas con carácter provisional en el Auto del mismo Juzgado de fecha 20 de octubre de 2003, donde se adoptan las siguientes medidas:

– La atribución a Doña Almudena del uso y disfrute del hogar familiar, sito en la CALLEooo n.º NUMooo de Alcuescar.

– La obligación por parte de Don José Luis a contribuir a las cargas del matrimonio, con la suma de 150 euros mensuales.

Así las cosas, el 1 de marzo de 2005, la representación procesal del demandante, presenta demanda de divorcio frente a Doña Almudena, que dio lugar la disolución del matrimonio y a la supresión de la obligación por parte del actor de seguir pagando la pensión por cargas del matrimonio impuestas en la sentencia de separación. La representación procesal de la demandada, hoy apelante, Doña Almudena discrepa de las argumentaciones de la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Cáceres, atinente únicamente a la extinción de la obligación del demandado de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares. El motivo de oposición invocado es como anteriormente hemos dicho, error en la valoración de la prueba, alegándose al respecto que los únicos medios de subsistencia de las partes son: el marido con una pensión de jubilación de 471,68 euros y la demandada de otra pensión no contributiva de 133 euros; a estas dos pensiones hay que añadir los ingresos que perciben por igual por el arrendamiento de las tierras que poseen, que la sentencia fija en la suma de 5.000 euros anuales y que siempre se han repartido por igual entre los cónyuges.

Como se puede apreciar la pensión de Jubilación del marido es superior a la no contributiva que percibe la demandada, y ello justifica a juicio de la representación del apelante la clara existencia de un desequilibrio económico para su representada, que queda compensada con la fijación en la sentencia de separación de la obligación del actor a contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales, con la suma de 150 euros mensuales; y concluye que al extinguirse en sede de divorcio la pensión de contribución a las cargas del matrimonio por desaparecer éste, debe ahora convertirse o transformarse en una pensión compensatoria a favor de su patrocinado.

En torno al concepto de "contribución para sostenimiento de las cargas familiares" esta Sala viene estableciendo de forma reiterada que la medida de naturaleza económica que, de ordinario y con carácter general, se establecen en las resoluciones judiciales matrimoniales alcanzan a tres conceptos

que son absolutamente distintos: contribución para el sostenimiento de las cargas del matrimonio, pensión de alimentos a favor de los hijos y la pensión compensatoria a favor del cónyuge a quien la separación o el divorcio ocasionen un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, conceptos que ostentan una naturaleza diferente y que no se deben de confundir por cuanto que responden a necesidades singulares, propias y diferenciadas, de modo que los criterios para fijar tales conceptos serán distintos, así como las causas por las que, en su caso, procedieren a su modificación o extinción.

En el caso que nos ocupa, en la sentencia de separación de los cónyuges, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Cáceres, se establecía, no una pensión compensatoria a favor de Doña Almudena, a cargo del demandado D. José Luis, sino la obligación por parte de éste de contribuir para el sostenimiento de las cargas del matrimonio, con una cantidad de 150 euros mensuales.

Esta contribución se justifica por el hecho de que el marido percibe una pensión de jubilación que es superior a la no contributiva de la demandada, fijada la primera en 461,68 euros y la segunda en 133 euros. Tal desequilibrio económico se suple con la obligación del actor de contribuir a las cargas del matrimonio con una aportación de 150 euros mensuales.

Pues bien, este sistema que se contempla en la sentencia de separación ha sufrido un profundo cambio, no sólo porque el matrimonio se haya extinguido, lo que arrastra también a la atribución establecida para la contribución para las cargas del mismo, sino porque el actor se vio en la necesidad de salir del domicilio conyugal donde permanece la demandada y se ha visto obligado a residir en una "casilla" sita en el campo que el matrimonio tenía, y que si efectivamente el actor no tiene que pagar nada por residir en ella, no podemos obviar que ha tenido la necesidad de realizar una serie de obras para poder hacer habitable tal "casilla" y como quiera que hoy día también han desaparecido las cargas del matrimonio no tiene por qué seguir adelante la medida fijada a este respecto en la sentencia de separación.

Por tanto podemos concluir que cuando el marido solicita la modificación de medidas fijadas en la sentencia de separación ya no existen cargas del matrimonio, sino todo lo contrario, que el perjudicado sería en todo caso el propio actor. En consecuencia no puede tener acogida la posible sustitución de las cargas del matrimonio por otra medida distinta cual es la pensión compensatoria que ahora pretende la representación procesal de Doña Almudena porque se trata de un concepto totalmente diferente que si no se fijó en la sentencia de separación matrimonial sería porque no había un desequilibrio económico que lo pudiera justificar y en este sentido tal desequilibrio tampoco puede ser contemplado en este momento de la sentencia de divorcio. En consecuencia se impone la extinción de la medida que ha sido solicitada por la representación procesal del demandante.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Teniendo la esposa unos ingresos mensuales de unos 300 euros, frente a los 2.500 euros que percibe el esposo, es ajustada a derecho una pensión compensatoria de 500 euros: ha de valorarse que el esposo se encuentra enfermo y ha de afrontar gastos de atención en su domicilio, y además tendrá que abonar los gastos de hipoteca de la vivienda.

AP MÁLAGA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Joaquín Ignacio Delgado Baena

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 17/03/05, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: "Que debiendo estimar como estimo parcialmente la demanda interpuesta por don José Carlos, representada por la procuradora Elena Ramírez Gómez, frente a dona Ariadna,

representada por el procurador D. Rocío Jiménez de la Plata y estimando parcialmente la demanda por ésta interpuesta y acumulada a la primera debo declarar y declaro la separación de dicho matrimonio, aprobando las siguientes medidas:

1.º Se otorga el uso del domicilio sito en Vélez Málaga, urb PLAYA000 n.º NÚM000 a doña Ariadna y el uso de la vivienda sita en Málaga c/ [...]NÚM001 a d. José Carlos.

2.º Se fija como pensión compensatoria para doña Ariadna y de cargo de don José Carlos la cantidad mensual de 500 euros, que se abonarán por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta de la entidad bancaria que al efecto designe la Sra. Ariadna, siendo actualizada anualmente, de conformidad al IPC, publicado por el INE u organismo que lo sustituye.

Por la representación procesal de D.ª Ariadna, que comparece en calidad de apelante, se alega que ha existido error en la valoración de la prueba en cuanto a la fijación de la cuantía de la pensión compensatoria, considerando oportuno que se otorgue la cantidad solicitada en la demanda de 1.000 € mensuales.

Una vez analizadas las alegaciones de la recurrente, habrá que tener en cuenta que la Juez de Primera Instancia pone de manifiesto en el fundamento jurídico segundo de la sentencia que el hecho de constituir pensión compensatoria no es objeto de discusión, existiendo la controversia únicamente respecto de su cuantía. Como es sabido la cuantía de la pensión debe estar relacionada con las necesidades del que la recibe y las posibilidades económicas de quien las paga. Todas estas circunstancias considera la Sala que han sido consideradas adecuadamente por la Juez de Instancia, ya que manifiesta que la recurrente tiene unos ingresos de unos 300 € al mes, y que además se le ha atribuido el uso de la vivienda conyugal. Por otra parte el obligado al pago tiene unos ingresos de 2.500 € mensuales, pero tiene también que hacer frente a otras cargas, acreditando 300 € mensuales en atención en su domicilio, al encontrase enfermo (queda acreditado este gasto mediante prueba documental que no fue impugnada de contrario), y además tendrá que hacerse cargo de los gastos de la hipoteca de la vivienda (425 €). Por todo ello se considera que la cuantía de 500 € mensuales otorgada por la Juez de Instancia, se encuentra ajustada a derecho.

CUESTIONES PROCESALES

Al no haberse formulado la petición de pensión compensatoria como demanda reconvencional no puede ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, siendo significativo que la demandada se haya conformado incluso con la providencia que dio trámite a su escrito de contestación sin hacer referencia a dicha petición.

AP CIUDAD REAL, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Luis Casero Linares

De forma escueta las alegaciones segunda y tercera del recurso solicitan el establecimiento de una pensión compensatoria y que se atienda a lo solicitado en el punto 7 de la contestación a la demanda, que hace referencia a que el demandante abone los créditos que tiene la pareja con Caja Madrid y D.ª Gabriela.

En cuanto a los créditos el demandante ya está abonando el de Caja Madrid y en cuanto al otro parece que todavía no se ha reclamado. En cualquier caso no estamos sino ante lo que parecen, pues no es éste el momento de su calificación, posibles deudas de la sociedad conyugal, por lo que deberá ser en el momento de su liquidación cuando se determine quién y de qué forma debe de asumirlas. Aunque lo que ocurre es que tal petición, así como la del establecimiento de una pensión compensatoria, no forma parte de aquellas medidas que el juez debe fijar de forma necesaria aun de oficio, por lo que en realidad, y como bien se señala en la

sentencia recurrida con apoyo en el art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberían haber sido objeto de la correspondiente demanda reconvencional, que expresamente no ha sido interpuesta por la parte demandada, quien además se ha conformado incluso con la providencia que dio trámite a su escrito de contestación a la demanda, sin hacer mayor referencia a esas otras peticiones.

Tales pretensiones, por tanto, no pueden ser ya objeto de este procedimiento, por lo que no cabe entrar en mayor análisis sobre las mismas.

CUESTIONES PROCESALES

Si por un olvido involuntario se omitió en el fallo de la sentencia el pronunciamiento relativo a la obligación de abono del préstamo hipotecario al 50% (pese a que tal decisión se razonaba en la fundamentación jurídica), puede subsanarse vía aclaración, de oficio o a instancia de parte (artículos 214 LEC y 267 LOPJ), sin que tal subsanación (que no complementación, modificación o rectificación), requiera el trámite de audiencia del artículo 215 LEC.

AP MÁLAGA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Torres Vela

Como motivos de oposición se invocan por el recurrente: 1) La sentencia de instancia vulnera los arts. 214.1 y 215 en relación con el art. 238.3 de la LOPJ al haber sido indebidamente complementada y modificada por Auto de 15.04.05, sin que se le diera traslado para alegaciones del escrito presentado al efecto ...

Ninguno de los motivos, ni, por ende, el recurso pueden ser estimados por cuanto del examen de la sentencia apelada se observa que en su fundamentación jurídica, concretamente en el fundamento jurídico tercero *in fine*, se acordó expresamente que el importe de las cuotas de la hipoteca que grava la vivienda también sería sufragado por ambos cónyuges en tanto no se llevara a efecto la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, si bien, sin duda por olvido involuntario, se omitió dicho pronunciamiento en el fallo de la citada resolución, lo cual perfectamente puede ser subsanado vía aclaración de sentencia, conforme a lo establecido en los arts. 214 de la LEC y 267 de la LOPJ, sin que la subsanación de dicha omisión, que no complementación, modificación o rectificación, requiera el trámite de audiencia que se prevé en el art. 215, ya que, como se ha dicho, la subsanación en la parte dispositiva de una simple omisión involuntaria puede efectuarse de oficio o a instancia de parte, sin necesidad de ningún otro requisito formal.

CUESTIONES PROCESALES

La petición de que se requiera al cónyuge para que rinda cuentas de la cancelación del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar, así como para el otorgamiento de la escritura de cancelación e inscripción en el Registro, es impropia del procedimiento de divorcio, pues no consiste en un acto de administración del patrimonio familiar, debiendo en su caso, plantearse en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª del Rosario Hernández Hernández

Queda finalmente por examinar la pretensión de que se requiera a la contraparte para que rinda cuentas de la cancelación del préstamo hipotecario que gravaba el domicilio familiar, así como se le requiera, en su caso, para el otorgamiento de escritura de cancelación del mismo, e inscripción

correspondiente en el Registro de la Propiedad, ordenando la cancelación registral de la citada hipoteca.

Dicha pretensión no puede tener favorable acogida, en cuanto, como afirma el Juzgador *a quo*, es absolutamente impropia de un proceso que tiene por objeto determinar las medidas reguladoras en el panorama familiar, de los efectos de la crisis del matrimonio, no tratándose de la atribución de la administración del patrimonio familiar, por lo que rebasa la esfera propia del presente proceso por divorcio, debiendo la parte deducir tal pretensión, aquí imprejuzgada, en el proceso correspondiente, sin perjuicio de que se plantee en su caso, en el de liquidación de la sociedad de gananciales de los litigantes.

CUESTIONES PROCESALES

No proceder decretar nulidad de actuaciones por la ausencia de la parte y de su letrado al acto de la vista: sólo una vez notificada la sentencia se presentó un escrito junto a la fotocopia de un informe de un facultativo alusivo a una enfermedad fechado el mismo día de celebración de la vista. Análisis jurisprudencial del triple requisito exigido para decretar la nulidad de actuaciones, al tratarse de un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª del Rosario Hernández Hernández

Con carácter previo, se aduce por la representación procesal de la parte actora en proceso de divorcio contencioso, nulidad de las actuaciones, por infracción de los derechos de asistencia, audiencia y defensa, con cita del artículo 24 de la Constitución Española, que confiere a toda persona el derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses, sin que pueda producirse indefensión.

Dicho ello ha de hacerse referencia al criterio que al respecto se mantiene por la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (SSTC 4 de marzo de 1986 y 12 de mayo de 1987, 4-3-1986 y 12-5-1987), reiterada en señalar que la nulidad de actuaciones procesales constituye un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación, dada la notoria conmoción procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad y economía procesal, que constituye una de las metas a cubrir por la Justicia, como servicio que aspira a satisfacer adecuadamente las pretensiones que en petición de amparo jurisdiccional se hace a los órganos judiciales (SAP Tarragona, sec. 3.ª, 31-3-1998).

En esta línea conviene precisar que no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso y por ello debe exigirse que exista una razonable proporcionalidad entre el grado de importancia del defecto procesal y las consecuencias que se anudan a este efecto (SSTC 23 y 28-10-86, 12-2 y 8-7-1987, entre otras muchas).

En consecuencia la indefensión que se prohíbe en el artículo 24.1 de la Constitución Española, no nace de la sola y simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, pues el quebrantamiento de esa legalidad no provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución sustancial de los derechos que correspondan a las partes en razón de su posición propia en el procedimiento ni, en consecuencia, la indefensión que la Constitución proscribe; no pudiendo mantener una alegación constitucional de indefensión quien, con su propio comportamiento omisivo o falta de la necesaria diligencia, es el causante de la limitación de los medios de defensa en que se haya podido incurrir (SSTC 11-3, 13-5 y 17-6-1987, etc.)

De acuerdo con lo razonado resulta que para que sea procedente la declaración de nulidad de las actuaciones judiciales es precisa la concurrencia conjunta de un triple requisito:

a) La existencia de una infracción procesal sustancial, esto es como señala el propio precepto legal, de una omisión total y absoluta de las normas esenciales del procedimiento, por lo que *a sensu contrario* no cualquier infracción de las normas

procedimentales podrá determinar la nulidad de las actuaciones judiciales.

b) En segundo término, que como consecuencia directa de tal infracción se haya producido indefensión, a cuyo efecto ha señalado el Tribunal Constitucional que la indefensión relevante a efectos de la nulidad de actuaciones no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella (sentencia del Tribunal Constitucional 48/1986 de 23 de abril), por lo tanto dicha indefensión es algo diverso de la indefensión meramente procesal, y debe alcanzar una significación material, produciendo una lesión efectiva en el derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución (STC 118/1983 de 13 de diciembre y 102/1987 de 17 de junio) requiriéndose además que tal indefensión ha de hallar su motivo en la propia postura procesal de quien alega haberla sufrido (STC 68/1986 de 27 de mayo, 54/1987 de 13 de mayo y 34/1988 de 1 de marzo).

En consecuencia, la indefensión relevante comporta la introducción de factores diferentes del mero respeto de las normas procesales, consistiendo sustancialmente en la prohibición del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por la decisión judicial (STC 48/1986 de 23 de abril) si bien esa limitación de los medios de defensa ha de ser producida por una indebida actuación del órgano judicial (STC 86/1986 de 21 de mayo) habiéndose señalado también que no puede invocarse indefensión cuando la razón de la misma se debe de manera relevante a la inactividad por falta de diligencia procesal exigible, del lesionado o se genera por la voluntaria actuación desacertada, equívoca o errónea de dicha parte, diligencias que se refieren no sólo a la personal del recurrente, sino también a la de su representación procesal, por lo que las eventuales lesiones resultantes de las relaciones entre el justiciable y su representación no son amparables constitucionalmente y ello por la razón de que no son atribuibles a un poder público (Sentencias del Tribunal Constitucional 112/1989 de 19 de junio) y

c) Finalmente que la nulidad de actuaciones se haga valer, en todo caso a través de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que se establezcan en las leyes procesales.

En el supuesto enjuiciado no concurren los requisitos enumerados en el fundamento de derecho anterior para acordar la nulidad de actuaciones, habiéndose respetado los principios de igualdad de armas en el proceso, contradicción y defensa que informan nuestro ordenamiento procesal civil, toda vez que el órgano judicial actuó con absoluta corrección al celebrar el acto de la vista el día al efecto previsto para ello, en ausencia de la parte y de su letrado, que en ningún momento previo al desarrollo de la misma interesaron la suspensión del acto por medio alguno, no mediando ningún intento de contacto con el Juzgado a fin de anticipar o poner en conocimiento de éste la causa impeditiva de la asistencia, y no siendo sino a la fecha en que recayó la sentencia definitiva cuando tuvo lugar entrada de escrito suscrito por letrado y procurador del recurrente, solicitando la declaración de nulidad del acto de la vista, con nuevo señalamiento para llevarla otra vez a efecto, acompañando para ello fotocopia de "informe", supuestamente firmado por facultativo, fechado el mismo día fijado para la celebración del juicio, alusivo a gastroenteritis, afección que si bien impide desde luego la asistencia, no así todo intento de comunicación, máxime cuando de hecho, la persona defendida tampoco compareció, sin duda previamente avisado por su dirección letrada.

Por lo demás, como se dijo, no media otra justificación documental de la causa de la inasistencia, que una mera fotocopia de informe, carente de la suficiente seriedad y rigor a efectos de determinarnos a decretar una nulidad de actuaciones por falta de garantías, al amparo del artículo 24 de la Constitución Española, en ausencia de certificados médicos, partes, o recetas de prescripción de fármacos compatibles con el tratamiento de la afección alegada.

No concurren en definitiva los presupuestos que para la pretendida nulidad de actuaciones se vienen estableciendo en los artículos 238 y siguientes de la LOPJ, así como 225 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 de 7 de enero, a cuyo tenor:

"Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1.º–Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2.º–Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.

3.º–Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

4.º–Cuando se realicen sin intervención de Abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria.

5.º–En los demás casos en que esta Ley así lo establezca."

CUESTIONES PROCESALES

Revocación de la sentencia de instancia en cuanto a que la misma fijó una pensión compensatoria cuando la demandada no formuló reconvención de forma expresa sino que se limitó a solicitar, en el suplico de su contestación, una pensión compensatoria a su favor, siendo por tanto una reconvención implícita de la que no se dio traslado a la parte contraria.

AP BALEARES, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña María Rosa Rigo Roselló

Asiste la razón a la parte hoy apelante en su recurso, por los motivos que se expresarán a continuación:

A.– En el proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos por ser un instrumento al servicio del Derecho de Familia, en el que está implicado el interés público.

El artículo 97 del Código Civil exige para la determinación de la pensión compensatoria la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges y el empeoramiento de uno respecto a otro. No se trata de una norma de derecho imperativo, sino dispositivo que puede ser renunciada por las partes (sentencia del Tribunal de 2 de diciembre de 1987).

B.– Venía declarando el Tribunal Supremo, sobre la base de la regulación procesal establecida en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, que cualquier petición de la parte demandada que no fuera la de la simple absolución, debía ser tenida como reconvención, aunque no se formulara sobre la base de singulares hechos y fundamentos de derecho, en cuanto desglosada y a continuación de la contestación a la demanda (Sentencias, entre otras muchas, de 24 de abril de 1982, 11 de julio de 1983 y 5 de febrero de 1990).

En definitiva, y en el antiguo sistema, se admitía tanto la reconvención expresa, esto es la formulada tras la contestación, con la debida separación de la misma y observando las formalidades, requisitos y solemnidades del artículo 524, y la implícita o tácita, que suponía cualquier pretensión del demandado distinta de la de su absolución, prescindiendo de las antedichas formalidades.

En cualquiera de dichas alternativas, era exigencia ineludible el traslado a la parte demandante para su contestación, en aras de la observancia de los principios de audiencia y contradicción imperantes en nuestro ordenamiento jurídico, que omitidos impiden todo pronunciamiento en orden a tal particular (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1983).

La Ley 1/2000, en un intento de clarificación del debate procesal, ha venido a establecer un sistema distinto, pues admitiendo la posibilidad de ejercicio por el, en principio, demandado de nuevas acciones que se pueden acumular a las ya deducidas de contrario, exige, sin embargo, de una manera inequívoca (*vid.* artículo 406.3), que la reconvención se proponga a continuación de la contestación, acomodándose a lo que para la demanda se establece en el artículo 399, habiendo además de expresarse con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor; por si alguna duda aún subsistiera al respecto, el referido artículo, en la rúbrica que lo encabeza, declara la inadmisibilidad de la reconvención implícita.

En tal modo, y para que una nueva pretensión del demandado pueda ser analizada en cuanto al fondo, se hace ineludible el cumplimiento de todas y cada una de las formalidades del escrito de demanda, sin que pueda refundirse en el de contestación por el mero condicionante de contener el suplico de la misma aquel *petitum* respecto de una materia a la que no se refería el escrito del actor.

Tal normativa de carácter general tiene una proyección específica en los procedimientos matrimoniales, el exigir la regla 2.ª del artículo 770 la formulación de demanda reconvencional, expresa en todo caso según los antedichos preceptos, en aquellos supuestos en que se solicite por el demandado, además de la separación, divorcio o nulidad por causas distintas de las invocadas de contrario, la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.

C.– En el supuesto hoy enjuiciado la parte demandada no formuló demanda reconvencional en la forma anteriormente expresada, sino que se limitó a solicitar, en el suplico de su contestación, una pensión compensatoria a su favor; reconvención implícita de la que no se dio traslado a la parte adversa.

CUESTIONES PROCESALES

Ninguna trascendencia tiene respecto a la competencia de los Jugados de Violencia sobre la Mujer para conocer el procedimiento matrimonial, que los hechos enjuiciados penalmente fuesen constitutivos de una falta y no de un delito.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, AUTO DE 14 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Álvaro Castaño Penalva

Por vía de recurso de apelación se plantea ante esta alzada un conflicto negativo de competencia entre el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 (Familia) y el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, ambos de Murcia. Los presupuestos fácticos para su decisión ya se han enumerado en el antecedente segundo, destacando que se inició un proceso penal por violencia de género que instruyó el segundo Juzgado y que finalmente falló el Juzgado de lo Penal, condenando al denunciado (y aquí demandado civil) como autor de una falta de injurias del art. 620.2 del Código penal, imponiéndole medidas de alejamiento y comunicación con la víctima (D.ª Ángeles, demandante en el proceso civil y ahora apelante).

La negativa del Juzgado de Violencia sobre la Mujer se sustenta en que no concurre el requisito previsto en el art. 87 ter.3.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que circunscribe su competencia para conocer de los procesos civiles a los supuestos en que la violencia de género merezca el calificativo de delito, no de falta. El Juzgado de Familia considera que no es eso lo que se desprende de una lectura conjunta de los apartados 3.c) y 1.d) del mismo precepto en relación con el art. 44 ((sic), apartados 3.a) y d), tesis que es la sustentada por la Circular 4/05 de la Fiscalía General del Estado –apartado VI. B.2.a). 1– y el Observatorio de Violencia Doméstica del Consejo General del Poder Judicial.

Sintetizadas las posiciones, la controversia se ciñe a si el Juzgado de Violencia sobre la Mujer asume de modo exclusivo y excluyente la competencia civil sobre la crisis familiar cuando el proceso penal concurrente se siga por falta. No cabe duda de que dicho Juzgado está obligado no sólo a instruir (en el sentido impropio del juicio de faltas) sino a conocer, fallar y ejecutar cuando los hechos denunciados revisten los caracteres de falta. Así se colige del art. 87 ter.1.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con los límites y personas que se establecen en él, esto es, en el caso de las conductas tipificadas, que se trate de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código penal; y en el de los sujetos pasivos, cuando se hayan cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los perpetrados sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

La duda surge cuando se trata de determinar la competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en los supuestos en que lo sea penalmente por alguna de dichas faltas. La confusión viene por la redacción del apartado 3.b) del mismo art. 87 ter, cuando sujeta tal competencia a "Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1.a) del presente artículo", apartado que sólo enumera delitos, nunca faltas, que se contemplan en el apartado 1.d).

Sin embargo, de una lectura conjunta de todo el art. 87 ter, e incluso aisladamente del apartado 3.b), se deduce que no asiste razón ni al apelante ni al Juzgado sobre Violencia. El art. 87 ter.3 delimita la competencia civil mediante dos coordenadas básicas, por razón de la materia y por razón de las personas (además de una temporal). A las personas se refieren los apartados b) y c), el primero desde la perspectiva del sujeto pasivo (que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género), y el segundo, desde la del sujeto activo (que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género), mientras que los otros dos apartados, el a) y el d), se refieren al contenido sustantivo de los procesos, aquél al civil (que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del artículo 87 ter), y éste al penal (la existencia ante el Juez de Violencia sobre la Mujer de actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género).

Por tanto, el límite sustantivo en la faceta penal, que es el que aquí interesa, alude claramente a

delito y a falta, mientras que el apartado en que se apoya el Juzgado de Violencia se refiere a la delimitación personal, de ahí que la remisión al apartado 1 a) que ordena el art. 87 ter 3.b), lo sea a los solos efectos de concretar los sujetos, no los hechos, que vienen establecidos por el apartado d). Por tanto, el supuesto analizado aquí quedaría comprendido dentro de la competencia del Juzgado de Violencia. Además, de no ser así, no tendría sentido alguno la alusión expresa del apartado d) a las faltas.

La conclusión es coherente con toda la regulación de la nueva normativa, que tiende a la protección de las víctimas de violencia de género cualquiera que sea la gravedad de la conducta agresora, con continuas alusiones a delitos y a faltas, que se equiparan, no hallando este Tribunal justificación para amparar *ab initio* del proceso menos a la víctima de género por una falta que por un delito, no debiendo olvidarse que esta suerte de violencia se progresa en escala, comenzando por actos de leve reproche penal como los aquí ejecutados (simples injurias).

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se estima la oposición de la madre a la ejecución del régimen de visitas instada por el padre, pues se ha constatado que si bien el régimen de visitas no se ha cumplido con regularidad, no ha sido por causas imputables de forma exclusiva a la madre, y prueba de ello es que en el proceso de divorcio los cónyuges han pactado un régimen progresivo que era necesario para normalizar la situación. Procede la condena en costas en primera instancia al ejecutante.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 20 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª Dolores Viñas Maestre

En el recurso la parte apelante insiste en imputar a la madre el incumplimiento del régimen de visitas fijado en la sentencia de fecha 11 de julio de 2001, régimen de visitas que contempla los fines de semana alternos y dos o tres tardes a la semana. De las alegaciones de ambas partes, sólo puede derivarse la afirmación contenida en el auto impugnado, que coincide con el informe del Ministerio Fiscal. El régimen de visitas no se ha cumplido con regularidad, pero dicho incumplimiento no puede imputarse de forma exclusiva a la parte ejecutada, siendo la relación entre ambos progenitores escasa y conflictiva, lo que perturba y entorpece el normal cumplimiento del régimen de visitas. Consta por otra parte que se planteó demanda de divorcio en la que ambos progenitores han llegado a un acuerdo sobre el régimen de visitas, estableciendo un régimen progresivo que permitirá normalizar la situación, facilitando la adaptación de la hija a la presencia progresiva de su padre. La sentencia de divorcio que aprueba dicho acuerdo es de fecha 11 de febrero de 2005, es decir, es de fecha anterior a la formalización del presente recurso. Partiendo por tanto de una situación de no cumplimiento no imputable de forma exclusiva a uno de los progenitores, debe estimarse, como ha hecho la Juez *a quo*, la oposición a la ejecución, dejando sin efecto el auto que despacha la misma, lo que conduce a la desestimación del recurso.

Se impugna la condena en costas acordada en primera instancia que debe ser asimismo confirmada, atendidas las circunstancias concretas de este supuesto. De un examen de las actuaciones, concretamente del documento aportado por la parte apelada –la sentencia de divorcio de 11 de febrero de 2005– se desprende que por parte del aquí ejecutante y apelante, se instó demanda de divorcio el 29 de julio de 2004 y encontrándose pendiente de tramitación dicho proceso presentó demanda ejecutiva exigiendo el cumplimiento íntegro del régimen de visitas. Dicho régimen de visitas no se estaba cumpliendo, pero como se ha señalado en el fundamento jurídico anterior, dicho incumplimiento no era imputable a la madre. El acuerdo alcanzado en el proceso de divorcio, pone de manifiesto que la relación entre padre e hija era nulo y que ha sido necesario, en interés de la menor, establecer un régimen progresivo que se inicia con un contacto de unas horas los sábados en presencia de un familiar de la madre. En tales circunstancias la presentación de la demanda ejecutiva carece en absoluto de fundamento por lo que la desestimación a la oposición, debe conllevar necesariamente la condena en costas en primera instancia, al no concurrir dudas de hecho ni de derecho.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC que se remite en caso de desestimación del recurso, en materia de costas, al artículo 394 del mismo cuerpo legal, se hace expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se acuerda en ejecución de sentencia que la madre recoja al menor en el domicilio paterno, sin que pueda salir de Málaga durante los fines de semana, para ser desplazado a Murcia donde aquélla reside: el menor cuenta con año y medio, debiendo evitarse el riesgo que suponen los viajes en autobús entre poblaciones distantes, y más aún cuando fue precisamente el entorno de la madre el que motivó que se otorgara al padre la custodia. Es una concreción de la forma de efectuarse el régimen de visitas, que puede hacerse en ejecución de sentencia, sin que suponga una modificación de medidas.

AP MÁLAGA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Torrecillas Cabrera

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 1 de octubre de 2005, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: "Se desestima el recurso de reposición interpuesto por el Procurador Sr. Lloyd Silbermann Montañez, en nombre y representación de D.ª Antonieta, contra el proveído de fecha 25 de junio de 2004 que se confirma en su integridad.

Por el procurador de los tribunales Sra. Silverman Montañés, en la representación que ostenta de D.ª Antonieta, se interpone recurso de apelación contra el auto de 1 de octubre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Málaga por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto por la misma contra la providencia de 25 de junio de 2004 por el que se confirma la referida providencia y se acuerda que la madre tendrá que ser la que recoja al menor en el domicilio paterno, sin que el mismo pueda salir fuera de Málaga durante los fines de semana, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia; argumenta el auto recurrido que no es procedente que el menor durante el ejercicio del derecho de visita salga de Málaga y sea trasladado a Murcia habida cuenta del riesgo que ello genera dada la distancia existente entre ambas poblaciones, y para ejercer un mayor control del derecho de visita, habida cuenta del entorno de la madre en Murcia que motivó el otorgamiento de la custodia al padre.

El recurso se fundamenta en primer lugar en que la decisión que ahora se recurre se adoptó originariamente por medio de providencia en vez de por auto, privándole de la motivación suficiente; por otra parte hay que tener en cuenta que en la sentencia de la Sección Sexta de 2-XI-2002 no se estableció la limitación que ahora se impone al derecho de visita, pues lo único que se indica es que la madre podrá tener consigo a la menor los fines de semana alternos desde las 19 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, así como la mitad de las vacaciones; que así mismo se está limitando el ejercicio del art. 19 de la CE en cuanto al derecho que tenemos de establecer libremente nuestra residencia y a circular de dicha forma por todo el territorio nacional, y que de acuerdo con los nuevos sistemas de comunicaciones no supone ningún agravante que el menor se traslade dos fines de semana alternos desde Málaga a Murcia; máxime teniendo en cuenta que la recurrente es obrero agrícola y el traslado durante dos fines de semana al mes a Málaga le supone un gran esfuerzo económico, de tal forma que el mantenimiento de dicha medida va a quebrar la relación materno-filial; con la limitación impuesta se están modificando las medidas de la sentencia sin haberse seguido el procedimiento establecido para ello y sin que tampoco concurran los requisitos exigidos jurisprudencialmente.

Dicho recurso es impugnado por D. Blas quien solicita el mantenimiento del auto recurrido por sus propios fundamentos, manteniendo que hasta el presente la recurrente no viene haciendo las visitas con regularidad, sino que quien lo viene haciendo es su madre, lo cual no es sino indicativo de su grado de irresponsabilidad puesto de manifiesto en el informe de los servicios sociales de Murcia que condujo al juez a la determinación de establecer la guarda y custodia en él, sin que tampoco sea de recibo someter a la menor a unos viajes que duran más de seis horas; en cuanto a la indefensión que la madre dice sufrir como consecuencia de esta medida, sostiene que no se produce y que ya ella misma se colocó en dicha situación al no haberse personado en el procedimiento de separación pese a estar correctamente emplazada.

Es preciso tener en cuenta que el auto es recurrido en primer lugar por motivos formales y en segundo lugar por motivos de fondo; respecto de los motivos formales hay que tener en cuenta que, efectivamente, la sentencia que ahora se ejecuta no

establece límite alguno al derecho de visitas que se reconoce a la madre, en el sentido de que dicho régimen no pueda desarrollarse fuera de Málaga, tal y como sostiene la recurrente; no obstante lo anterior, *a sensu contrario*, tampoco se reconoce en la referida sentencia que tal derecho se tenga que desarrollar en Águilas (Murcia), consiguientemente, la Sala no considera que con la adopción de la referida medida o limitación al ejercicio del derecho de visita, se esté modificando las medidas acordadas en el derecho de visita que se reconoce a favor de D.ª Antonieta, sino concretando en ejecución de sentencia la forma de desarrollo de dicho derecho dados los problemas surgidos en ejecución de sentencia, en definitiva se trata de concretar cómo ha de ejercitarse dicho derecho de visita en vez de suponer una modificación de las medidas adoptadas en la sentencia; de hecho, si la recurrente hubiera comparecido a juicio y se hubiera personado dicha cuestión podría haberse resuelto en sentencia; por otra parte, el hecho de que la resolución originaria fuera la de una simple providencia en vez de un auto, no limita los derechos de defensa de la recurrente, puesto que aunque mínima, aquella providencia recoge la justificación de la denegación del traslado a Murcia, cual es la distancia existente hasta Murcia, por lo que al subsanarse el posible defecto de forma al resolverse el recurso y haberse dictado un auto en el que se recoge precisamente dicho motivo como justificación de la negativa a que el menor salga de Málaga, añadiéndose además otro motivo cual es el mayor control de las visitas de la madre al menor, es evidente que éste tampoco puede ser motivo para estimar el recurso, máxime cuando en el suplico del recurso no se solicita la nulidad ni de la providencia ni del auto confirmatorio de la misma, sin que tampoco los tribunales puedan de oficio declarar una nulidad no solicitada en el recurso, de acuerdo con lo previsto en el art. 227-2 párrafo 2.º Por último tampoco se conculca el art. 19 de la C.E. aunque se esté estableciendo una limitación al ejercicio al derecho de visita de la madre en beneficio del menor.

En cuanto a la cuestión de fondo planteada no puede olvidarse que la sentencia de instancia fundamenta la atribución de la guarda y custodia de la hija menor de ambos contendientes en el informe remitido por los Servicios Sociales de Águilas (Murcia), habida cuenta de las numerosas carencias que tiene la madre para el cuidado del niño; si a ello se añade que el menor cuenta con tan sólo año y medio de edad en el momento de la interposición de la demanda (el 16 de abril de 2004), es evidente que la corta edad del menor, junto con las restricciones que se reconocen en la sentencia de instancia, aconsejan no someter al menor a tanto viaje, máxime cuando se pretende hacerlo en un autobús que siempre es más incómodo para el menor; consiguientemente, el referido interés aconseja interpretar el derecho de visitas reconocido en la sentencia a favor de la recurrente en la forma en la que lo ha hecho el auto recurrido; consiguientemente el recurso ha de ser desestimado y aquél confirmado en su integridad.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Aunque el ejecutado haya afrontado otros pagos de importe superior al reclamado, correspondían a partidas no recogidas en el Auto de Medidas Provisionales, por lo que procede seguir adelante la ejecución por las cantidades adeudadas de alimentos y cargas familiares cuyo pago sí le imponía la citada resolución. No puede estimarse como motivo de oposición, ni el pago ni la compensación. Las resoluciones judiciales han de cumplirse en sus propios términos (artículo 18.2.º LOPJ), y no en el modo que pretende el demandado.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 31 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Con fecha 31 de mayo de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de los de Fuenlabrada se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "PARTE DISPOSITIVA: Que estimando la oposición formulada por la representación de Carlos Alberto contra el auto de fecha 17 de febrero de 2005, debo acordar y acuerdo dejar ésta sin efecto mandando alzar los embargos y las medidas de garantía de la afección que se hubieren adoptado, reintegrándose al ejecutado a la situación anterior

al despacho de la ejecución; con expresa condena en costas de la presente a la ejecutante.

La problemática suscitada a través del presente recurso tiene su origen en el auto que, dictado por el Órgano *a quo* en fecha 21 de diciembre de 2004, sancionó las medidas provisionales que habían de regir entre los cónyuges hoy también litigantes en tanto se tramitaba el procedimiento principal de separación matrimonial. En dicha resolución, y entre otros pronunciamientos, se acordó que el Sr. Carlos Alberto había de abonar, en concepto de alimentos para cada uno de sus hijos, la suma de 180 € al mes (360 en total), a lo que se agregaba otra prestación, por "cargas familiares", de 140 €, en tanto se dilucidaba, en dicha litis principal, si procedía o no establecer pensión compensatoria en favor de la esposa. Igualmente se dispuso que los cónyuges sufragarían por mitad tanto el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, como el financiero suscrito para la adquisición de un vehículo BMW.

En la demanda que encabeza el procedimiento de ejecución que ahora se somete a nuestro conocimiento, fechada en 25 de enero de 2005, se alega que el Sr. Carlos Alberto no ha abonado, en dicho mes, las referidas prestaciones alimenticia y por cargas familiares, así como tampoco su parte de los préstamos, lo que determina que, mediante auto de 17 de febrero, se acuerde retener, en lo sucesivo, de los haberes de dicho litigante la suma de 900 € al mes.

Formulada oposición por el ejecutado, alegando haber hecho frente a una serie de obligaciones por importe mensual superior al reclamado, el Órgano *a quo*, tras los oportunos trámites procesales, dicta, en fecha 31 de mayo de 2005, auto en el que, considerando que D. Carlos Alberto ha cumplido con cuanto le venía impuesto, estima la oposición formulada por el mismo y ordena levantar los embargos acordados.

Y contra dicho criterio resolutorio se alza doña Elsa, interesando del Tribunal que, revocando el mismo, acuerde haber lugar a la ejecución planteada en su demanda.

Previene el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Añade el Tribunal Supremo, ya desde antiguas sentencias como la de 28 de junio de 1927, que las resoluciones judiciales dirigidas a llevar a efecto una sentencia firme deben ajustarse exactamente a las declaraciones que ésta contenga, cumpliéndolas puntualmente en toda su integridad, sin ampliar ni reducir sus límites, ni hacer declaraciones contrarias o no comprendidas en ella.

Cierto es que, en el supuesto que examinamos, D. Carlos Alberto ha hecho frente, durante los meses de enero y febrero 2005, a obligaciones económicas que, en su globalidad, exceden de la suma total recogida en el auto de cuya ejecución se trata. Pero ello no puede constituirse, a tenor del antedicho precepto y su jurisprudencia interpretadora, en el pago o cumplimiento que, como motivo de oposición, contempla el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que, como es de ver a través de los documentos al efecto aportados, la mayor parte de los pagos efectuados corresponden a obligaciones distintas de las que recoge la antedicha resolución judicial, sin que, al respecto, exista conformidad de la otra parte, a especie de pacto o transacción, en los términos que, a tal fin, habilita el párrafo segundo del número 1 del citado precepto.

Debe tenerse en cuenta, al respecto, que las posibles acciones que pudieran asistir al Sr. Carlos Alberto para reclamar de su esposa la parte proporcional de las obligaciones económicas que el mismo ha satisfecho, y a las que no hace referencia alguna el auto de medidas provisionales, ni tienen encaje posible en este cauce procesal, por falta de título que en el mismo pudiera ampararlas, ni pueden ser objeto de compensación con las sancionadas judicialmente, pues tal causa de oposición, conforme resulta de la mera lectura del artículo 557, queda limitada a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales, lo que, obviamente, no acaece en el supuesto que nos ocupa.

De las actuaciones remitidas a la Sala y alegatos de la recurrente, tan sólo consta que el ejecutado ha hecho frente al pago de los préstamos antedichos, pero no a las pensiones de alimentos y por cargas familiares, respecto de las que, según los propios alegatos de dicho litigante, tan sólo abonó 100 € en el mes de enero, y ninguna cantidad en el de febrero.

Por lo expuesto, y a fin de dar cumplimiento al auto de medidas provisionales en sus propios términos, y no en el modo que pretende el demandado, procede que la ejecución siga adelante respecto de dichas obligaciones, según se especificará en la parte dispositiva de esta resolución.

En cuanto dicha solución conlleva el acogimiento parcial de la demanda ejecutiva, no ha de hacerse especial condena en las costas procesales originadas en la instancia, a tenor de lo prevenido en el artículo 561, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que se hace extensivo a las devengadas en la alzada, en aplicación del artículo 398.2 del mismo texto legal.

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por doña Elsa contra el auto dictado, en fecha 31 de mayo de 2005, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de los de Fuenlabrada, en procedimiento de ejecución de sentencia seguido, bajo el n.º 96/2005, entre dicha litigante y D. Carlos Alberto, debemos revocar y revocamos

dicha resolución y, en su lugar, acordamos que la ejecución inicialmente despachada siga adelante en lo que concierne a las pensiones por alimentos y cargas familiares.

En consecuencia, el Juzgado *a quo* deberá librar oficio a la entidad empleadora del Sr. Carlos Alberto para que, en lo sucesivo, retenga, de los haberes del mismo, la suma de 500 € al mes, que habrán de ponerse a disposición de la esposa en la cuenta designada por la misma. Y ello sin perjuicio de lo que sobre dichas obligaciones pueda acordarse, o ya se haya acordado, en el pleito principal.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Actualización de las pensiones alimenticia y compensatoria conforme a lo pactado en el convenio regulador y aprobado por una sentencia dictada por un tribunal de Bélgica cuyo índice es el resultante de multiplicar la pensión base por dicho índice correspondiente al mes de noviembre de cada año, dividido por el índice de partida siempre igual, correspondiente al mes de noviembre de 1999. Además se incluye el interés moratorio del 7%, conforme a la normativa de Bélgica.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 3 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

Con fecha 20 de junio de 2005, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de los de Madrid, se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal: "Se desestima la oposición formulada por D. Camila contra el auto de fecha 02-03-05 y en consecuencia, se declara procedente que la ejecución siga adelante por las cantidades despachadas.

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado que se deje sin efecto la ejecución despachada, reiterando todos los argumentos contenidos en el escrito de oposición planteados su momento contra el auto de fecha 2 de marzo de 2005, al respecto de la falta de reclamación de las actualizaciones de la pensión de alimentos, la pluspetición, el incorrecto modo de actualizar planteado por la ejecutante, y acogido por el auto apelado, concluyendo en la aceptación de la deuda por importe de 6.017,48 €, en concepto de actualización de la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, incluyendo el interés moratorio del 7%, conforme a la normativa de Bélgica, y haciendo alusión al la contradicción entre el planteamiento sostenido en esta ejecución por la hoy apelada y aquel otro que sostuvo en el año 2002, en el que planteó la reclamación por actualización, por un importe de 1.675,35 €, reproduciendo ahora la reclamación, por los mismos conceptos, por importe de 18.000 €.

A medio del escrito obrante al folio 303 de los autos ofrece el pago de la cantidad antes indicada.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación de la resolución impugnada.

Se debe partir de la base de la ejecución de las resoluciones y sentencias en sus propios términos, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y artículo 117 de la Constitución Española.

Se pretende la ejecución de la sentencia de divorcio de fecha 2 de junio de 2000, dictada por los Tribunales de Bélgica, que aprobó un convenio entre las partes, y homologada por el Tribunal Supremo, por medio de auto de fecha 6 de noviembre de 2001; en aquella sentencia se establecía la pensión en favor de la esposa por importe de 15.000 francos belgas (371,84 €) y la pensión de alimentos por importe de 50.000 francos belgas (1.239,47 €).

En la citada resolución se establece un concreto criterio de actualización de dichas pensiones, por aplicación del índice de santé, a saber, resultante de multiplicar la pensión base por dicho índice correspondiente al mes de noviembre de cada año, dividido por el índice de partida siempre igual, correspondiente al mes de noviembre de 1999.

Por medio de la presente ejecución se plantea la reclamación de los atrasos por actualización de la pensión de alimentos y la pensión para la esposa,

correspondiente al período que transcurre entre 2001 y 2004.

Ya resulta muy significativo que en la hoja de cálculo ofrecida por la propia parte ejecutante, y unida a los autos, folios 96 y 97, se viene a reclamar, por dicho concepto de actualización de dichas pensiones, el importe de 7.541,28 € (pensión de alimentos) y 2.262 € (pensión en favor de la esposa), lo que arroja un total de 9.803,28 €, de manera que no se explica la reclamación que se plantea, a menos que resulte un claro error contable de la parte ejecutante, que se produce al sumar a la cantidad global, de 9.803,28 € el importe de 7.541,28 €–deuda de actualización de pensión de alimentos–, lo que arroja, ciertamente, el importe de 17.344,56 €, pero sorprende que dicha parte ejecutante mantenga tal reclamación en tan erróneos términos, tanto en la ejecución, vía impugnación a la oposición, como en el trámite de la alzada, vía oposición a la formalización del recurso, no obstante los argumentos expuestos en el escrito de oposición planteados su momento al auto de fecha 2 de marzo de 2005, y en el escrito de formalización del recurso de apelación.

Es lo cierto que, sin fundamento alguno ni razonamiento al respecto, no solamente en el auto inicial sino en la resolución hoy apelada, se ha despachado la ejecución en los términos interesados en el suplico de la demanda inicialmente interpuesta.

Llegados a este punto es obligado establecer las oportunas correcciones, y ello de conformidad con los adecuados criterios de actualización, con ajuste a lo dispuesto en el convenio judicialmente aprobado, y a través de la realización de las correctas operaciones contables para definir, con criterios de justicia y equidad, la deuda que realmente debe afrontar el hoy recurrente.

En lo que se refiere a la pensión de alimentos, para el año 2001 la pensión base es de 1.239,47€ que multiplicado por el índice de sante correspondiente noviembre de 2000 y dividido por el índice correspondiente a noviembre de 1999, arroja una pensión de alimentos para el año 2001 de 1.270,75 € mensuales, de manera que habiendo abonado el recurrente la pensión base, la deuda mensual resulta de 31,28 € mensuales, generándose una deuda anual de 375,36 €.

Para el año 2002, efectuando idénticas operaciones, resultó una pensión de 1.306,31 € mensuales, de modo que habiéndose abonado en dicho año solamente la pensión base, se genera una deuda mensual de 66,84 €, y anual de 802,19 €.

Para el año 2003, repitiendo la misma operación, se genera una pensión de alimentos de 1.318,61 € mensuales, de manera que habiéndose abonado la pensión base, resta una deuda de 79,14 € mensuales, y una deuda anual de 949,74 €.

Para el año 2004, con la misma operación contable obtenemos la pensión de 1.349,65 € mensuales, y habiéndose satisfecho la pensión base, resulta una deuda de 110,18 € mensuales, y una deuda anual de 1.322, 19 € mensuales.

El total de atrasos por actualizaciones de la pensión de alimentos, en el período reclamado, es de 3.449,48 €.

Con relación a la pensión en favor de la esposa, para el año 2001, la correcta actualización se obtiene de multiplicar la pensión base (371,84 €) por el índice de santé de noviembre del 2000, dividido por el índice de noviembre de 1999, obteniéndose el importe de 381,22 € mensuales, y habiéndose abonado solamente la pensión base, se genera una deuda de 93,82 € mensuales, y una deuda anual de 112,59 €.

Para el año 2002, repitiendo la misma operación, la pensión resultante es de 391,89 € mensuales, y habiéndose satisfecho solamente la pensión base, resulta una deuda de 20,05 € mensuales, y una deuda anual de 240,65 €.

Para el año 2003, reiterando la misma operación contable, se genera una pensión de 395,58 € mensuales, y habiéndose pagado la pensión base solamente, resulta una deuda de 23,74 € mensuales, y una deuda anual de 284,92 €.

Para el año 2004, aplicando dichos criterios contables, resultó la pensión de 404,89 € mensuales, de manera que habiéndose abonado solamente la pensión base, se arroja una deuda de 33,05 € mensuales, y una deuda anual de 396,65 €. La deuda total asciende a 1.034,81 €.

Los atrasos por actualización, en concepto de pensión de alimentos y pensión en favor de la esposa, asciende a 4.484,29 € a lo que se ha de añadir el importe de 743,68 €, importe de la prima correspondiente al mes de septiembre de 2004, del curso escolar, lo que arrojaría una deuda total de 5.227,97 €.

Sin embargo, y en razón del planteamiento que honestamente mantiene el hoy recurrente, y en razón de sus propios cálculos, y por aplicación del interés moratorio que él estima oportuno, se fija dicha deuda en el importe de 6.017,48 €.

Sólo resta recordar el error de inicio de la parte ejecutante, en orden al año inicial de actualización, al margen de aquel otro en orden al mantenimiento, absolutamente injustificado y contumaz, por vía de impugnación de la oposición en la instancia y por vía de oposición al recurso formalizado, de la deuda en la cuantía que de manera indebida ha sido despachada en el auto apelado.

Al estimar parcialmente la oposición en el trámite de ejecución, conforme al artículo 561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace declaración sobre condena en las costas de la instancia y de la ejecución.

Al estimar el recurso interpuesto, conforme al artículo 398 del texto legal citado, no se hace declaración sobre condena en las costas de la alzada.

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Teresa Puente Méndez, en nombre y representación de D. Camila contra el Auto dictado en fecha 20 de junio de 2005, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de los de Madrid, en autos de ejecución títulos judiciales n.º 1076/01, seguidos a instancia de Doña Esther contra aquél, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y en su lugar, acordamos que siga adelante la ejecución interesada, en la cuantía de 6.017,48 €, así como el importe de 1.805 € que se calcula en concepto de intereses y costas que se puedan generar en el despacho de la presente ejecución, y con las prevenciones legales y procesales, sobre medidas cautelares, que deben tenerse en cuenta por el juzgado, hasta el efectivo pago de dicha cantidad.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Si en la comparecencia inicial la esposa mostró su conformidad a la partida consistente en el dinero procedente de la resolución de contratos de compraventa de diversos inmuebles, estando únicamente disconforme con su valoración, es extemporáneo que en el acto del juicio sostenga que ha descubierto que dichas resoluciones de contratos no llegaron a efectuarse, y solicite la inclusión de los inmuebles en el inventario. La variación extemporánea de sus peticiones, alterando su inicial propuesta, alteraría la igualdad de armas de las partes litigantes, vulnerando la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE).

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Míriam de la Fuente García

RECURSO DE DOÑA Paula

PARTIDA A-4. En relación con la petición 3 consistente en que se incluyan las PARTIDAS C-2, C-3, C-4, C-5 consistentes en dos apartamentos y dos plazas de garaje sitos en al CALLE001 de Madrid. Pide, por un lado, la exclusión de la partida A-4 consistente en una cantidad de dinero procedente de la resolución de contratos de compraventa de dos apartamentos y dos plazas de garaje, al haber sido acreditado que nunca existió el rescate del que se decía que procedía el dinero objeto de la misma, porque nunca se resolvieron esas compraventas que se celebraron constante el matrimonio. Considera que se ha producido un error de Hecho en la percepción y apreciación de la prueba por parte del Juzgador *a quo* porque no se ha tenido en consideración toda la acordada y practicada en relación con esta partida. Recuerda que al celebrarse la vista del Juicio verbal, por no haber llegado a un acuerdo en el inventario en la procedente comparecencia, esta parte realizó verbalmente y mediante escrito que SS.ª admitió e incorporó a autos, toda una serie de alegaciones sobre las partidas del inventario y se opuso totalmente a la existencia de la partida A-4 alegando que la resolución de los contratos privados de compraventa de los que se decía por el actor que provenía el efectivo en que consistía la partida en sí, nunca se había producido. Y para acreditar su postura aportó y solicitó una serie de pruebas en el acto de la vista que fueron admitidas y practicadas por el Juez, que obran en las actuaciones y demuestran lo alegado a pesar de lo cual no excluye la partida A-4, y coherentemente no incluye las partidas C-2, C-3, C-4, C-5, cuya inclusión en el activo solicita.

La contraparte se opone a ambos motivos (Partidas A-4, C-2, C-3, C-4, C-5). Alega que la demandada, en su escrito de contestación a la propuesta de inventario presentada por el Sr. Leonardo, mostró su conformidad con la existencia del rescate derivado de la resolución por Pryconsa, discrepando respecto de su cuantía "toda vez que la documentación aportada no acredita la cantidad exacta

recibida por el Sr. Leonardo de la citada empresa" (sic). La controversia de esta partida quedó ceñida al importe y a expensas de lo que se acreditara en el juicio. Y por ello la sentencia resuelve que "una vez acreditada la prueba, la única existente acerca de esta cuestión es la aportada por el demandante en su escrito inicial (documentos 4 a 15)". No hace la apelante ahora –ni entonces en la instancia– esfuerzo alguno por combatir la resultancia probatoria impecable por lo que el motivo debe decaer. Pretende ahora discutir, no el importe de la partida, sino la naturaleza de la misma, afirmando ahora que lo que se debe incluir no es el valor del rescate sino los apartamentos por su valor actual, lo cual debe ser rechazado, por extemporánea y porque tales apartamentos fueron adquiridos por el esposo en diciembre de 1994, más de dos años después de la firmeza de su separación y por tanto con carácter privativo y el precio quedó aplazado, siendo abonado íntegramente por el esposo con cargo a sus propios y privativos recursos.

Sentadas las alegaciones de los contendientes, se ha resolver la cuestión debatida partiendo de sus respectivas propuestas de inventario y en base al más elemental principio de congruencia con lo pedido y resuelto en la instancia.

En la propuesta de inventario realizada por D. Leonardo se incluye en la partida A.4 "Efectivo proveniente de rescate derivado de la resolución por PRYCONSA de la venta de los apartamentos NÚM001, NÚM003 y plazas de garaje nºs. NÚM004 y NÚM005 ... 9.766.000 pesetas (58.694,84 €) docs. 4 al 15, ambos inclusive. (folio 6).

En la comparecencia celebrada el 3 de abril de 2002, a presencia del Secretario Judicial, la Dirección Letrada de la esposa manifiesta en relación con la partida A.4 que "Conformes con la existencia del rescate derivado de la resolución por PRYCONSA, si bien no podemos mostrar conformidad con la CUANTÍA de esta partida, toda vez que la documentación aportada no acredita la cantidad exacta recibida por el Sr. Leonardo de la citada empresa"; y así se lee en el escrito que acompaña al acto y en concreto al folio 162 al que se remite en la comparecencia y que incorpora a las actuaciones.

Posteriormente, en el juicio verbal, la Dirección Letrada de D. Miguel Ángel en su exposición, al hablar de la partida A-4 viene a manifestar, en síntesis, que no hay duda alguna sobre esta partida pero sí sobre la cuantía, dudas expresadas por la esposa, pero que se desvanecen con la documental aportada (doc. 4 a 15) que acreditan plenamente la recuperación del dinero. Al llegarle el turno de exposición a la Dirección Letrada de doña Carmen, ésta varía su petición respecto a la partida A-4; explica en esencia que en un primer momento estuvo de acuerdo con el rescate porque era la historia que el esposo siempre le había contado a la esposa, pero hechas las averiguaciones descubre que las compraventas de esos bienes inmuebles no se resolvieron, que el Sr. Leonardo es propietario de esos bienes inmuebles, por lo que deberán tasarse los mismos e incluirse en el inventario, y en consecuencia la partida A.4 que no existe se ha de excluir.

Vemos, por tanto, que se ha producido un cambio de petición, y de planteamiento, en un momento procesal inoportuno y extemporáneo variando la partida A-4 de su propuesta inicial de inventario cuando de la documental (doc. 4 al 15) acompañada desde el principio por el Sr. Leonardo, la contraparte podría perfectamente haber estudiado la cuestión y haber revelado sus diferencias y discordias en cuanto a la naturaleza de esta partida en la comparecencia para la formación de inventario ante el Secretario Judicial a tenor del art. 809.1 de la L.E.C. Por el contrario, no se suscitó controversia sobre esta cuestión y tan sólo sobre su importe. Piénsese que si en ese momento se hubiera llegado a un acuerdo en todo, se habría dado por concluido el acto, se habría levantado acta del inventario y habría precluido la posibilidad de manifestar la discrepancia ahora referida sobre las partidas mencionadas. Sin embargo, no se llegó a un acuerdo en la totalidad de las partidas que habrían de integrar el inventario, y por ello se tuvo que celebrar la vista de conformidad con el art. 809.2. de la L.E.C. cuya finalidad es resolver "todas las cuestiones sobre las que se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas" pero, se insiste, que el objeto del juicio verbal son aquellos puntos en que en la comparecencia previa no existió acuerdo entre los cónyuges sobre la inclusión o exclusión de algún bien, debidamente reseñados en el momento oportuno cual es a presencia del Secretario Judicial. Al no haber procedido así la Dirección Letrada de la Sra. Paula, y apartarse de la ortodoxia forense mínimamente exigible para asegurar la igualdad de armas entre las partes litigantes, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución Española a favor de todas las personas, no se puede sino concluir que su alegación fue extemporánea, varió en contra de su inicial propuesta de inventario las partidas ahora objeto de apelación, por lo que sus pretensiones 1 y 3 han de correr la suerte desestimatoria.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Valoración de las viviendas de protección oficial: ha de estarse al valor real de mercado, y no al valor oficial fijado por la Administración, pues no puede desconocerse la posibilidad de descalificación o de una posterior transmisión, que al margen de la correspondiente sanción administrativa y pérdida de beneficios (que no afectaría a la validez del contrato), conllevaría una quiebra del criterio de igualdad del artículo 1061 CC en las adjudicaciones de los cónyuges. Análisis y evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

AP MADRID, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Vicente Illescas Rus

Por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Madrid, en fecha 12 de mayo de 2005, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO: "Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Bayo Herranz, en nombre y representación de D.ª María Inés, frente a D. Joaquín, representado por el Procurador Sr. Olivares Santiago, debo: 1.– Declarar y declaro disuelto el condominio existente sobre la vivienda situada en Madrid, CALLE000 n.º NÚM000, planta NÚM001, puerta NÚM002, que tiene vinculada la plaza de aparcamiento nº NÚM003 y el cuarto trastero n.º NÚM004. 2.–Acordar la adjudicación al demandado por precio de mercado, indemnizando con la mitad del valor a la actora, salvo que tasado el mismo, en el plazo señalado no lo verifique, ya que en ese caso, se procederá a la venta del bien en pública subasta con admisión de licitadores extraños. 3.–Respecto a costas, no ha lugar a realizar expresa imposición".

A través de la demanda rectora de las actuaciones a que se contrae el presente Rollo, presentada en el Registro General de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid en fecha 7 de mayo de 2004, la representación procesal de Doña María Inés ejercitaba acción constitutiva de división de cosa común frente a D. Joaquín en la que tras invocar los hechos y razonamientos jurídicos que estimaba de aplicación, los cuales se dan aquí por reproducidos en gracia a la economía procesal, terminaba solicitando que se dictase «..., sentencia por la que: –Se declare disuelto el condominio existente sobre la vivienda sita en Madrid, CALLE000, n.º NÚM000, Planta NÚM001.ª, Puerta NÚM002, la cual tiene vinculada la plaza de aparcamiento n.º NÚM003 y el cuarto trastero n.º NÚM004. –Se acuerde proceder a la venta de la citada vivienda en pública subasta, con admisión de licitadores extraños previa tasación del inmueble por el perito tasador que corresponda de entre los que presten servicio en la Administración de Justicia; y decretándose que el precio que se obtenga en la subasta será repartido entre los copropietarios o partícipes, por partes iguales, previo descuento de los gastos que conlleven dichos trámites, que se repartirán en la misma proporción; –Se condene al demandado al pago de las costas de la primera instancia».

Turnado el conocimiento de la demanda al Juzgado de Primera Instancia 17 de los de Madrid este órgano acordó por Auto de 4 de enero de 2005 la admisión a trámite y la comunicación de las copias de la misma y documentos adjuntos a la parte demandada con emplazamiento para que, de convenirles, pudieran comparecer y contestar en tiempo y forma legales.

Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 1 de marzo de 2005 compareció en las actuaciones la representación procesal de D. Joaquín y expresó su «..., conformidad, solicitando que una vez valorada la vivienda y garaje objeto de este procedimiento sean adjudicados a mi representado previo pago a la demandante del 50% de su valor... ».

Por proveído de fecha 3 de marzo de 2005 se acordó convocar a las partes a la celebración de la audiencia previa para el día 29 de marzo de 2005 inmediato siguiente, en el que se celebró con asistencia de ambas partes, y conviniéndose por los litigantes en que la cuestión litigiosa se circunscribe a un punto de derecho, quedaron los autos en estado de ser dictada sentencia.

En fecha 12 de mayo de 2005 la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de los de Madrid dictó sentencia declarando disuelto el condominio y la adjudicación al demandado por precio de mercado sin especial pronunciamiento respecto de las costas.

Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 24 de mayo de 2005 la representación procesal de D. Joaquín interesó del Juzgado

que tuviera por preparado recurso de apelación frente a la sentencia recaída.

La sentencia de primer grado acuerda la disolución del proindiviso recayente sobre la vivienda sita en la CALLE000 núm. NÚM000, planta NÚM001ª, Puerta NÚM002 y sus anejos (una plaza de garaje –la núm. NÚM003–; y un trastero –el núm. NÚM004–), y acogiendo en parte la petición formulada por el demandado, acuerda adjudicarla a dicho demandado al tiempo que dispone el abono por éste a la actora Doña María Inés del importe de la mitad de su valor de mercado, y de no verificarse, la venta en pública subasta.

Frente a dicho pronunciamiento se alza la parte demandada, parcialmente vencida por entender que el valor que ha de tomarse en consideración en la expresada adjudicación no debe ser el valor del mercado, sino que, por el hecho de tratarse de una vivienda de protección oficial, debe atenderse al valor oficial fijado por la Administración para esta clase de inmuebles.

Pues bien, tras el examen de la cuestión debatida, participa la Sala por completo del criterio del juzgador *a quo* y considera, como éste, que ha de atenderse al valor real al tiempo de la división, de acuerdo con un criterio que encuentra sobrado respaldo en la jurisprudencia y en la doctrina de las Audiencias. A este criterio se ha atenido el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 1083/2002, Sala de lo Civil, de 14 noviembre (RC núm. 2153/1997; RJ 2002 \9921): «... SEGUNDO.–Todo el tema a dilucidar en este recurso de casación radica en determinar el valor que ha de asignarse a dos viviendas de protección oficial que forman parte de la sociedad de gananciales, pues según el valor que se les asigne se estimará la demanda y rechazará la reconvención o viceversa. Los órganos de instancia –Juzgado y Audiencia Provincial– han mantenido el criterio de seguir el valor asignado como viviendas de protección oficial, dejando de lado el valor real, cuyo avalúo se ha realizado en la prueba pericial de segunda instancia. Ciertamente la solución adoptada en la instancia, especialmente en la sentencia de apelación se apoyó en la sentencia de este Tribunal, con cita de otras, sentencia núm. 69 de 9 de febrero de 1995 (RJ 1995\1631) en que se sostiene que «la doctrina de esta Sala en orden a la observancia de los precios establecidos por la normativa vigente en materia de Viviendas de Protección Oficial es constante y reiterada...». Pero tal resolución recoge en su mismo fundamento de Derecho quinto apartado e) «que existen sentencias favorables a la validez del contrato en que se pactan intereses superiores (sentencias de 3 de septiembre [RJ 1992\6882] y 14 de octubre de 1992 [RJ 1992\7557]), las mismas vienen referidas, cual se ha indicado en el fundamento tercero, a los supuestos de contratos de compraventa de dichos pisos y con base en una serie de consideraciones aquí no aplicables». Sin embargo, la sentencia del mismo año, pero posterior, en concreto la 710, de 11 de julio de 1995 [RJ 1995\5958], referida precisamente a un tema sobre bienes de sociedad de gananciales y, por tanto, harto semejante al planteado en este recurso, dice en su fundamento jurídico cuarto: «la parte no está conforme con la valoración dada al piso en cuestión que está calificado como vivienda de "protección oficial", sin reparos que, en ocasiones, el valor real de un bien, no coincide con su precio autorizado, en este caso por limitaciones de orden administrativo. La posibilidad, sin embargo, de la descalificación, con las consecuencias legales inherentes a la misma, no puede razonablemente desconocerse y con ello, tampoco puede ignorarse que el precio entonces en el mercado sería notablemente mayor al autorizado. No se incurre, por tanto, en ningún acto o norma imperativa que conduzca a una nulidad de pleno derecho, en tanto que sólo se previenen las consecuencias de una posible descalificación y su repercusión sobre el valor real, y entonces libre del inmueble. La nueva jurisprudencia, además, ha venido a matizar los criterios anteriores respecto de las consecuencias de la venta de una vivienda de protección oficial por encima de la cuantía de los precios máximos de venta que, aunque se traduzcan en la imposición de sanciones administrativas, no afecta a la validez de los contratos celebrados (sentencia del TS de 4 de junio de 1993 [RJ 1993\4478])».

En igual sentido, la sentencia 1073 de 16 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9144), también referida a un supuesto de sociedad de gananciales en su fundamento jurídico quinto señala en el apartado 1.º: «1.º) Que siendo la única discrepancia la relativa a la adjudicación y valoración del inmueble actualmente disfrutado por resolución judicial como vivienda familiar por la esposa, es claro, que la pretensión de ésta según su *petitum* y por las razones que aduce de su actual derecho de uso de la vivienda, de que se le adjudique la propiedad de la misma –apartado E, de su *petitum*–, habiendo de compensar al marido a tenor de la valoración de dicha vivienda en el importe de 1.323.509 pesetas, como valor máximo según el Régimen de Viviendas de Protección Oficial, en el 50% de esta suma, es una petición a todas luces que vulnera el específico módulo de igualdad del citado art. 1061, ya que es evidente se elude crasamente ese mandato con pretendida adjudicación, pues sería hasta superfluo resaltar que, por razones de mercado, el precio y, sobre todo el valor real de la vivienda es muy superior al que postula la actora».

Asimismo, se añade en el apartado siguiente: «2.º) Con independencia de cual sea el tratamiento

de las viviendas sometidas al Régimen Especial y el carácter más o menos vinculantes de sus previsiones, no se ignora –como se especifica en la impugnación del recurso–, que tales sanciones se refieren, entre otras, a tenor de lo dispuesto en los arts. 28 y 29 del RD 2960/1976, a prohibir expresamente el percibo de cualquier sobreprecio sobre el precio máximo fijado (sin que sea menester ahora reflexionar sobre el grado de eficacia sustantiva de esta prohibición, dentro de las relaciones intersubjetivas, al no ser tema *decidendi*), y que, en el caso de autos, no se está, pues, en el supuesto de hecho de que se trate de vender dicha vivienda, sino, estrictamente en el cómputo de su valor a efectos de que las adjudicaciones al esposo y a la esposa reflejen ese criterio legal de igualdad».

Finalmente, la sentencia 977/1996, de 21 de noviembre, que tenía su origen en una demanda que postulaba el derecho del actor a pedir la cesación del proindiviso de la vivienda objeto del litigio, disolviendo dicha comunidad de bienes y acordando su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños y en el reparto de la cantidad obtenida, se recoge en su único fundamento jurídico, impropiamente motejado de primero, con referencia a las viviendas de protección oficial, que «están sometidas a unos precios máximos de adquisición, conforme a lo dispuesto en el Texto refundido aprobado por Real Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre de 1976 (art. 28), Reglamento de 24 de julio de 1968 (arts. 112 y 127 –está modificado por Decreto 477/1972, de fecha 4 de marzo [RCL 1972\422, 519; NDL 30714, nota]–) Real Decreto 31/1978, de 31 de octubre (RCL 1978\2419; ApNDL 14198) y Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre (RCL 1979\126; ApNDL 14199) (art. 11). Si bien el precio de adquisición permanece constante durante un año, a partir de la calificación se autoriza su actualización para las sucesivas transmisiones...» Y más adelante: «La legislación de las Viviendas de Protección Oficial no prohíbe sus transmisiones sucesivas y de producirse, aun rebasando los precios máximos –lo que conviene decir que no conforma precisamente el objeto del debate y así lo entendió pero equivocadamente el Tribunal de instancia–. Estas ventas ulteriores no serían radicalmente nulas, y conforme ha declarado esta Sala de casación civil en sentencias 15-2 (RJ 1991\1442) y 24-6-1991 (RJ 1991\4577), que decretan improcedente la nulidad total del negocio y sí la parcial de la obligación relativa de precio pactado con excesividad, conforme a nueva doctrina (sentencias de 3-9 [RJ 1992\6882] y 14-10-1992 [RJ 1992\7557], 4-6-1993 [RJ 1993\4478], 21-2-1994 [RJ 1994\1106] y 11-7-1995 [RJ 1995\5958] que resucitan la que ya contenían las de 10-2-1966 [RJ 1966\797], 28-4-1971 [RJ 1971\1908], 20-3-1972 [RJ 1972\1463] y 26-5-1974) no afecta a la validez de las compraventas las celebradas con precios superiores a los oficiales, lo que sólo ocasiona infracción administrativa, con sanciones económicas y pérdidas de beneficios».

A toda esta normativa, aún habría que añadir el Decreto de 10 de noviembre de 1978, el Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre (RCL 1992\71, 672), el Real Decreto 726/1993, de 14 de mayo (RCL 1993\1803, 2173), así como las disposiciones dictadas por las respectivas Comunidades Autónomas...».

La doctrina transcrita es, a todas luces, suficiente para justificar la corrección de la resolución recurrida y la procedencia de desestimar el recurso de apelación interpuesto.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No procede incluir en el inventario las cuentas corrientes que aparecen en forma indistinta a favor de varios titulares: el hecho de que figure una cuenta corriente o depósito en forma indistinta a nombre de dos o más personas sólo determina facultad de disposición del saldo, pero no es presunción de condominio, y menos por partes iguales, que sólo vendrá determinado por las relaciones internas entre los titulares bancarios. Imposibilidad de emitir pronunciamiento sobre tal titularidad en el procedimiento de formación de inventario, siendo cuestión de otro proceso con audiencia de los interesados.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez

Sin que, por el contrario, sea factible en el estado presente de cosas, incluir en el inventario las cuentas corrientes que aparecen en las actuaciones en forma indistinta a favor de varios titulares, ya que si bien, en términos generales, se presenta como incuestionable que los denominados "contratos

bancarios", entre los que se encuentran los de cuenta corriente y el de depósito, presentan su problemática a la hora de distinguir entre la disposición o gestión de sus fondos o numerario y la propiedad de los mismos cuando dicha cuenta o depósito figure abierta a nombre de dos o más titulares, es problema que se resuelve por una línea jurisprudencial en el sentido de afirmar que por el solo hecho de figurar como titular indistinto, no propietario, el dinero depositado no pasa a ser propiedad del primero porque en el contrato de depósito la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada y el depositario que la recibe, no modificándose la situación legal en aquél, en cuanto a lo depositado, por la designación de la persona que la puede recibir, en el depósito indistinto, no se presupone comunidad de dominio, sobre los objetos depositados, debiendo estarse a lo que resuelvan los tribunales sobre su propiedad –TS 1.ª S de 24 de marzo de 1971–, y así el mero hecho de la apertura de una cuenta corriente o de depósito a plazo fijo, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, como norma general, lo único que comporta, *prima facie*, en lo referente a las relaciones derivadas del depósito irregular en que toda cuenta corriente bancaria o depósito se apoya, es que cualquiera de dichos titulares tendrá, frente al banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroja la cuenta, pero no determina, por sí solo, la existencia de un condominio, y menos por partes iguales, sobre dicho saldo de los dos o más titulares indistintos de la cuenta, ya que esto sólo habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas que medien entre dichos titulares bancarios, lo que permite que pueda decretarse la exclusión y ajenidad de quien sólo figura como titular bancario y no demostró tener participación personal y directa en la propiedad del dinero depositado, debiendo llegarse a la conclusión de que no cabe presunción ni de titularidad dominical, ni de atribución por mitad o partes iguales, pues ello se relega a la prueba dentro de las relaciones internas entre los titulares bancarios, no siendo posible la atribución de propiedad del saldo por la mera referencia a la repetida cotitularidad, sino que ha de integrarse en la penetración jurídica en las relaciones particulares de los interesados: fondo común, sociedad existente, o bien nexo de parentesco, amistad, gestión conferida, autorización o mandato –TS 1.ª SS de 19 de octubre de 1988, 8 de febrero de 1991, 23 de mayo de 1992, 15 de julio y 15 de diciembre de 1993 y 19 de diciembre de 1995, entre otras muchas–, de lo que se colige, como conclusión a tener en cuenta, que no cabe confundir la titularidad formal en un contrato de cuenta corriente o de depósito bancario en cuanto a las facultades de gestión y requisitos de disposición atribuidas y por las que se han de regir sus titulares, con la titularidad material de los fondos, del metálico obrante en dichas cuentas, lo que comporta la imposibilidad de que pueda emitirse pronunciamiento acerca de si la titularidad de las cuentas reflejadas en forma indistinta en los autos son o no de carácter ganancial, cuestión que procederá abordar en curso de otro proceso judicial con audiencia de otros terceros interesados.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Existiendo una separación de hecho desde al menos 10 años antes de la sentencia de divorcio, con absoluta independencia económica de los cónyuges, no procede incluir en el activo del inventario el saldo de la cuenta existente sólo a nombre del esposo. Análisis de la jurisprudencia del TS en la que se recogen los requisitos para que la separación de hecho libremente consentida excluya el fundamento de la sociedad de gananciales: separación fáctica prolongada y demostrada, y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con el trabajo o industria a partir del cese de la convivencia.

AP MÁLAGA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Torrecillas Cabrera

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 25 de mayo de 2005, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: Que estimando parcialmente las pretensiones formuladas D. Armando, representado por el Procurador D. Guillermo Leal Aragoncillo: Debo aprobar y aprue-

bo el siguiente inventario de la sociedad de gananciales formada en su día por D. Armando y Dña. Amparo: ACTIVO: Vivienda sita en CALLEooo n.º NÚMooo portal NÚMoo1 de Marbella. PASIVO: Recibos de IBI sobre la vivienda hasta el 14 de febrero de 2003

Argumenta la sentencia de instancia que tampoco es procedente incluir en el haber de la sociedad de gananciales el saldo existente en la cuenta corriente del actor, pues tan sólo serían computables en dicho haber las cuentas corrientes conjuntas, debiendo de entenderse por el contrario que las cuentas personales que cada uno de ellos mantenga tienen la consideración de privativas.

La recurrente impugna la sentencia tanto en cuanto al saldo existente en la cuenta corriente del actor, al considerar que de acuerdo con el art. 1397 y 1347 del C.ºc. dicha cuenta ha de ser considerada como bien ganancial, con independencia de que la misma se hallara abierta a nombre exclusivo de uno de los cónyuges.

A dicho recurso se opone el esposo solicitando la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos, manifestando que en ese caso también deberían de haberse incluido el saldo de la cuenta corriente de la recurrente en la que tenía domiciliada su nómina; por lo demás llevan más de 15 años separados y por lo tanto el saldo en la cuenta corriente de cada uno de ellos es de su exclusiva propiedad.

La cuestión litigiosa que ser plantea en esta alzada, es la relativa a si habrá de incluirse en el activo el saldo en la cuenta corriente del demandante Sr. Armando; ninguna de dichas pretensiones puede tener favorable acogida.

En primer lugar y respecto de la cuenta corriente porque tal y como tiene declarado el T.S. en S. de 27-I-1998 "Esta Sala ha sostenido (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1988), con doctrina reiterada que confirmamos, que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986). Rota, pues, la convivencia conyugal, con el consentimiento de la mujer, no cabe que se reclamen derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1987)"; o la de 4-XII-2002 a cuyo tenor "es reiterada la doctrina de esta Sala de que la separación de hecho consentida quiebra la base de la sociedad de gananciales, por lo que desde que se produce dejan de existir bienes comunes sujetos a la normativa de dicha sociedad, sin que ello impida por supuesto de que así se califiquen los habidos hasta la separación (Ss 23/XII/92, 11/IX/99 y 26/IV/00, entre otras); sin embargo, para considerar tal bien como privativo se exige, cuando menos, que esa separación de hecho reúna un mínimo de requisitos. –Así lo determina la S del TS de 27 de enero de 1998 cuando sostiene que "Según se ha expuesto anteriormente, no es el convenio sino la separación de hecho la que determina por exclusión de la convivencia conyugal, que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos, después del cese efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) seria, prolongada y demostrada o acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación, y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia. Obviamente la separación no afecta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto existente, durante toda la convivencia, pues como razona la sentencia de 18 de noviembre de 1997, "si es cierto que la doctrina de esta Sala es la de que "la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales", pues de otro modo, "reclamar los gananciales en tal situación iría contra la buena fe con manifiesto abuso de derecho (sentencia de 23 de diciembre de 1992 y la que cita), no lo es menos que ha de entenderse en el sentido de que no puede pretenderse que en el activo de la sociedad de gananciales figuren los bienes que tendrían carácter ganancial si dicha sociedad hubiese funcionado, pero no priva del mismo a los bienes que lo tuvieran antes del inicio de la separación de hecho, cuando la sociedad estaba fundada en la convivencia". En el caso de autos, las partes reconocen que estaban separadas de hecho por los menos 10 años antes de la sentencia de divorcio (el recurrido mantiene que 15 y la recurrente al fundamentar su recurso en cuanto al derecho de usufructo habla de más de 10 años), y la sentencia de divorcio de 19-III-2001 reconoce de forma expresa que dicha separación se había producido hacía más de 10 años, luego es evidente que la recurrente no puede pretender que la cuenta corriente con la que el Sr. Andrades ha gestionado sus intereses patrimoniales durante todo este tiempo tenga carácter ganancial, cuando precisamente a través de ella aquél ha podido vivir de una forma absolutamente independiente, sin dar la menor cuenta de su gestión a la recurrente, como hay que suponer que la recurrente ha gestionado sus intereses patrimoniales a través de su cuenta corriente, suponiendo en ambos casos precisamente la manifestación de una absoluta independencia el uno del otro, en consecuencia este motivo del recurso ha de ser desestimado.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Los derechos de autor de los cuadros pintados por la esposa tienen carácter privativo, siendo gananciales los rendimientos obtenidos por ellos durante la vigencia del régimen económico matrimonial. En la sentencia de separación no procede adoptar ninguna medida de garantía de los cuadros existentes en la vivienda susceptibles de ser vendidos: es cuestión más propia de la ulterior liquidación, en cuyo proceso habrá de justificar el destino de todos y cada uno de ellos, y más aún cuando consta en autos un inventario de los cuadros existentes en la que fuera vivienda familiar.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez

Ante el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Málaga se siguió proceso especial de separación matrimonial número 1382/2003, del que este Rollo de Apelación dimana, en el que con fecha dieciocho de mayo de dos mil cuatro se dictó sentencia definitiva en la que se acordaba en su parte dispositiva: "FALLO: Debo declarar y declaro haber lugar a la separación del matrimonio entre D. Rosendo y D.ª Sara, declarando asimismo como medida inherente a la separación la disolución del régimen económico del matrimonio y la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges se hubiesen otorgado. Ninguna medida procede acordar en relación a la actividad artística de la actora, y respecto a la posible indemnización que pueda corresponder a la hija menor, sin perjuicio de la obligada rendición de cuentas que pueda afectar a los cónyuges en los casos en que ello proceda ..."

En relación con el segundo de los motivos de apelación referido al período en que resultaba obligada la rendición de cuentas de los cuadros pintados por la demandante y, consecuentemente, a la determinación de los que debían quedar incluidos, el fallo judicial ninguna medida procedía acordar al efecto en relación con la actividad artística de la misma, entendiendo la parte apelante que, conforme a lo establecido en el artículo 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la liquidación del régimen económico matrimonial podía ser judicialmente solicitada por cualquiera de los cónyuges, una vez firme la resolución que declarase disuelto el régimen económico matrimonial y previa formación de inventario, por lo que conforme a los artículos 103 y 106 del Código Civil, y hasta que ello ocurriera, resultaba procedente adoptar medidas de garantía respecto de los cuadros que fuesen susceptibles de ser vendidos, y que por ello hubiesen adquirido carácter patrimonial o económicamente evaluables hasta la efectiva liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales, de común acuerdo o hasta la presentación de demanda de liquidación judicial formulada por cualquiera de los cónyuges en la que se pudieran interesar y adoptarse, en su caso, medidas de garantía, cuadros existentes en la vivienda conyugal y que fueron objeto de diligencia de inventario en fecha seis de febrero de dos mil cuatro, citando en apoyo de su petición el artículo 53.2 del Real Decreto 1/1996, de 12 de abril, en el que se disponía que los derechos de explotación correspondientes al autor no eran embargables, pero sí sus frutos o productos que se considerarían como salarios, de manera que los dos cuadros de la actora vendidos constante la sociedad, tenían carácter ganancial y sobre su producto cabía adoptar medidas judiciales de rendición de cuentas, habiendo adoptado la esposa –decía– una estrategia de venta encubierta, lo que impedía la obligada rendición de cuentas que perjudicaba los legítimos derechos el apelante hasta la liquidación del régimen económico matrimonial, interesando, finalmente, con carácter de petición alternativa fuera requerida la actora a fin de que hasta la fecha de la firmeza de la resolución judicial que acordara la disolución del régimen económico matrimonial, respecto de los cuadros, bocetos o esbozos pintados por la misma y sujetos a derecho de autor, o hasta la liquidación de la sociedad legal de gananciales, de común acuerdo o, en otro caso, hasta la presentación de la demanda judicial formulada por cualquiera de los cónyuges en que se pudiera interesar medidas de garantía, respecto del resto de cuadros que ostentaban la condición de gananciales se recabara autorización judicial previa para cualquier acto de disposición que implicara cesión gratuita a terceros, cesión en pago de deudas y/o venta de los cuadros contenidos en la diligencia de inventario de seis de febrero de dos mil cuatro, apercibiéndola que en caso de no contar con dicha autorización los actos que realizara sobre los mismos, los actos podrían ser declarados nulos.

En el caso debatido en el concreto punto que se somete a deliberación del tribunal de alzada, es conveniente establecer una marcada diferencia-

ción entre la titularidad del derecho de autor de la obra creativa de la esposa y sus rendimientos económicos, a la luz de la regulación de la Ley de Propiedad Intelectual, pareciendo fuera de toda duda que durante la vigencia del régimen económico matrimonial y de comunidad tienen carácter ganancial los rendimientos obtenidos de los derechos de autos, siendo en cambio éstos de carácter privativo, cuestión jurídica más propia de ser discutida en el momento procesal ulterior de liquidación, debiendo entenderse que la respuesta ofrecida por la juzgadora en relación con las medidas de garantías solicitadas por la parte demandada por los cuadros pintados por la esposa fue correcta, ya que en autos consta un inventario practicado de los cuadros existentes en el que fuera domicilio conyugal y, por ende, será en el proceso de constitución del oportuno inventario en donde la esposa habrá de dar razón del destino de todos y cada uno de los cuadros, no pareciendo adecuado establecer ninguna de las medidas pretendidas por la recurrente.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Fijación de una indemnización de 1.400.000 euros en favor de la madre biológica de un menor que fue declarado en su día en desamparo, revocándose dicha resolución por la Audiencia Provincial, y siendo imposible ejecutar la medida de reintegro con la misma.

AP SEVILLA, SEC. 6.ª, AUTO DE 30 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ruperto Molina Vázquez

Las presentes actuaciones traen causa de dos resoluciones de esta Sala, la una, del año 2000, por la que se declara la inexistencia de situación legal de desamparo, se deja sin efecto el acogimiento de dos menores, se declara la recuperación de su guarda y custodia por parte de la madre y, en consecuencia, se ordena a la Administración que había asumido una función tutelar sobre ellos, la Junta de Andalucía, que proceda a la devolución de los mismos; esta devolución no tuvo lugar, y, como consecuencia de un recurso y subsiguiente Sentencia dictada en Amparo por el Tribunal Constitucional, esta Sala hubo de dictar una segunda resolución, en el año 2002, en la que nuevamente se vuelve a declarar que no ha existido situación legal de desamparo por parte de la madre respecto de sus dos hijos apartados, se vuelve a denegar el acogimiento preadoptivo interesado y se vuelve a acordar que los referidos menores vuelvan a convivir con su indicada madre bajo cuya guarda y custodia quedarían; sucedió que a la vez, y por las circunstancias y hechos hasta entonces acaecidos, que después resumiremos, en la propia resolución se declaraba la imposibilidad de ejecución de cuanto quedaba acordado y a la vez se ordenaba la incoación de "incidente" para la determinación de indemnización sustitutoria. De manera que en las presentes actuaciones la cuestión que se suscita viene determinada por una obligación de hacer a la que fue condenada la Junta de Andalucía, y cuya ejecución y cumplimiento devino imposible, imposibilidad, que ya podemos avanzar, que permanece con escasa variante, pese a que uno de los menores haya regresado por su sola voluntad pues dadas las circunstancias en que tal nueva situación se ha producido y el tiempo transcurrido, en poco afecta a la indemnización sustitutoria, pues se trataría de una ejecución meramente formal o material, pero no jurídica, y afirmar lo contrario supondría tanto como no ver las cosas tal y como están sucediendo, y desconocer que no se trata de cualquier ejecución de resolución judicial, que se trata de dar efectividad a derechos tan fundamentales y primarios que son objeto de reconocimiento en las más elevadas instancias jurídicas como son los ordenamientos internacionales, y más aún en la Declaraciones Universales, los derechos de los niños, algunos que transcienden el ámbito jurídico y se convierten en derechos naturales como el de la afectividad, convivencia, proximidad, cobertura, en definitiva la ligación natural de un hijo con su madre, que en el curso de las distintas fases de este largo proceso han sido ignorados y pisoteados. No obstante esto, no podemos olvidar que el objeto del proceso actual, y de esta apelación, no son los referidos menores, sino la madre de los mismos: lo que se va a indemnizar es precisamente la frustración del derecho reconocido a la madre a recuperar la guarda y custodia de sus hijos. Y como la parte obligada a hacer posible esa recuperación era la condenada en el proceso, la Junta de

Andalucía, es esa parte la que, *ex* art. 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, debe responder del pago de la indemnización sustitutoria, responsabilidad que, por otra parte, dicha Administración viene a reconocer en la medida en que no recurre su propia condena sino que expresamente ha manifestado tanto en el recurso como en la vista oral del mismo que el objeto de aquél era la reducción de la cuantía indemnizatoria fijada por el juez *a quo*, de manera que, aunque no fuera más que por razones de congruencia y en función de los actos propios, no se discute la responsabilidad de la Junta de Andalucía en el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutoria y el ámbito del recurso ha de quedar ceñido a la determinación de la cuantía, puesto que sobre el particular es la única parte recurrente, además de la propia madre que persigue el mismo objetivo pero al alza, ya que el recurso del Ministerio Fiscal va sólo referido a la situación legal en que el otro menor ha de quedar, cuestión que, por ser cualitativamente distinta de la que venimos tratando, sólo incluida indebidamente en el mismo incidente por la voluntad del juez *a quo*, hemos de resolver de forma separada y mediante resolución distinta.

Hemos delimitado el ámbito de este incidente, y es bien claro, y en virtud de los dos recursos interpuestos frente a la resolución que lo resuelve, hemos de analizar tal resolución para conocer si es conforme o contraria, en todo o parte, a ley. Y al respecto observamos que pese a su extensión, sólo dedica un razonamiento en poco más de dos hojas a la determinación del *quantum*, y para hacerlo lleva a cabo unas inadmisibles valoraciones, cuando no censuras encubiertas, de lo resuelto por esta Sala, hasta el punto de llegar a resolver en su contra cuando al final viene a reducir el *quantum* indemnizatorio en un diez por ciento en atención a una declaración que *ex novo*, y al margen de toda actuación procesal y legal, hace de imputación de responsabilidad a la madre en la situación actual precisamente en relación con los hechos por los que los menores habían sido declarados en situación legal de desamparo y pese a que este Tribunal de Apelación declarara lo contrario, a saber que no había tal situación, y si no la había es que ninguna responsabilidad le era atribuible a la madre, y el juez *a quo* carece de competencia para hacer ahora una afirmación en contra de lo resuelto por este Tribunal, constituyendo tal actuación un exceso de atribuciones. Finalmente, y sin que un supuesto tan específico y humano como el presente guarde relación alguna con los supuestos de accidentes de tráfico, decide, para cuantificar la indemnización, acudir al baremo indemnizatorio establecido para las compañías aseguradoras en la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, decisión que sólo tiene de acierto el eliminar en algún porcentaje una discrecionalidad que fácilmente podría desembocar en arbitrariedad. En efecto, por donde quiera que se mire, ningún parangón es posible establecer entre unas lesiones o un fallecimiento por accidente de tráfico con la ilegítima privación de unos hijos a su madre desde hace casi diez años, con numerosas y muy graves circunstancias que rodearon tal privación y que agravaron hasta extremos de difícil narración el sufrimiento, podemos ya avanzar que muy superior al de la muerte. Por tanto no vale como referente el indicado baremo, que, por otra parte, también se ha aplicado con criterios sumamente restrictivos en un ejercicio irracional de la prudencia y ponderación debidas.

No es éste el momento procesal, ya los ha habido, de exponer las circunstancias que determinaron tal situación, ni el análisis de las actuaciones antijurídicas que tuvieron lugar ni tampoco los responsables de las mismas, pero sí que alguna referencia es obligada a fin de encuadrar el ámbito de afectación de la solicitante y por tanto la proporcionalidad entre el perjuicio sufrido por la misma y la indemnización que en alguna medida haya de serle compensado. Sara fue apartada de sus hijos Marcelina y Álvaro cuando éstos tenían cinco y cuatro años de edad respectivamente. A partir de ahí vino sufriendo un largo y tortuoso calvario. Tampoco se trata aquí de encauzar otro tipo de responsabilidades, las del Estado, por fin dejado al margen en este proceso, las de los propios titulares de los órganos judiciales intervinientes, profesional o personalmente, si a ellas hubiere lugar, pues serían objeto de otra modalidad procesal a la que en su caso podría acudir la parte perjudicada, las de la familia de acogimiento si en alguna hubiere incurrido, etc. Aquí y ahora la referencia que a las actuaciones de unos y otros vayamos a hacer tiene como única meta encuadrar, como ya queda dicho, el alcance del perjuicio moral sufrido por la promotora del incidente y objetivar al máximo la cuantía indemnizatoria solicitada.

En este sentido, y aún a riesgo de ser reiterativos con nuestras anteriores resoluciones, pero también coherentes, volvemos a recordar que en la primera resolución del juez *a quo*, la de 8 de septiembre de 1998, ya se reconocía que la situación de dichos menores no se debía a un "deliberado y consciente abandono y desatención por parte de su madre", y la única imputación que se le hace es la situación de pérdida del Autocontrol como consecuencia de la ingesta alcohólica en la que fue hallada cierto día, uno solo, sin prestar, por tal causa, el cuidado y atención a sus dos hijos; en la propia resolución se reconocía además por el mismo juez *a quo* que dicha madre se encontraba sometiéndose "a un severo plan de rehabilitación" de su adicción alcohólica, "existiendo informe médico de fecha 16 de abril de 1998 que indica la abstinencia de

la misma y el pronóstico favorable de su recuperación", lo que además aparecía ratificado por informe médico forense de 13 del mismo mes y año; pese a ello, y por la existencia de un informe del equipo psicosocial acerca de poseer una personalidad neurótica, propensa a depresiones, algo, por desgracia, bastante extendido en la sociedad actual e imputable a muchos hogares respecto de los que nadie se plantearía una actuación de protección a cargo de los poderes públicos, se desestima la oposición planteada por dicha madre y se valida la declaración de situación legal de desamparo y se bendice el acogimiento preadoptivo que de manera precipitada y sin dar prioridad a otras medidas asistenciales que contempla la Ley de Protección del Menor de 1996 había acordado ya la Administración demandada, y no sólo se hace así, sino que además, y limitándose a consagrar la situación fáctica creada por dicha Administración, y por tanto con dejación de la función de control judicial de las decisiones de aquélla al aceptar sin más esa situación y resolver conforme a la misma y acomodándose a ella, resolvió también suprimir las visitas y los contactos entre madre e hijos. Se trae aquí este relato para comprender cómo el daño y perjuicio que se le ocasiona a la promotora, con escaso ropaje jurídico, del que incluso quedaría después desprovisto a virtud del recurso de apelación, arranca sin paliativos ya desde el principio de forma contundente. A partir de aquí el tiempo iría jugando en contra de Sara, porque dada la corta edad de los menores, y su inserción en una familia de acogida, los lazos con la misma lógicamente irían en aumento, y además era lo que se pretendía, con lo que desde entonces ya se estaba fraguando la dificultad, que devendría en imposibilidad, de ejecución de cualquier futuro fallo judicial que fuese adverso a tal situación, y sólo cabrían esperar dos situaciones: o un fallo favorable o un fallo de imposible ejecución, con lo que aparecía de todo punto distorsionada la institución judicial y la función tuteladora a través del juego de los recursos al presentarse ya *ab initio* mermada en su libre y soberana capacidad de decidir... así fue, pues a través del juego de los recursos, con intervención incluso del Tribunal Constitucional, que a la postre sólo vino a dilatar la efectividad de la primera decisión de esta Sala al ser reiterada en todo su pronunciamiento, pero también a través de una actuación procesal del juez *a quo* contraria al art. 117 de la Constitución en relación con el 24 en la medida en que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión comprende la función de juzgar, sí, pero también ejecutar lo juzgado, y pese al pronunciamiento de este Tribunal dictado después de haber explorado a ambos menores con un resultado que ya entonces calificábamos como muy positivo al apreciar cómo la menor Marcelina afirmaba que el único problema que tenía con su madre era su alcoholismo y que si lo superase le gustaría volver con ella, sin que en tal afirmación se apreciase confusión mental alguna, se concluye que no se observa trastorno alguno si se acordase la reinserción con su familia de origen, y se añadía que no se podía penalizar a los menores apartándolos de su madre por lo que sólo había sido una enfermedad, además ya superada; pues bien, pese a todo ello, y que precisamente por ello se acordaba la inmediata devolución de los menores con su madre, ello no se llevó a efecto por el juez *a quo* quien realizó una distinta valoración sobre la situación de dichos menores, y entendió que, contrariamente a lo apreciado por este Tribunal, era perjudicial la inmediata entrega, con lo que fue acordando otras medidas que en la práctica suponían la perpetuación de la inicialmente acordada por la Administración, y de nuevo el tiempo corría en contra de Sara, no debiendo ser olvidado que a todo ello se unía la circunstancia de la supresión de las visitas y contactos que ya venía acordada, porque aunque se acordó un régimen de visitas guiadas, la realidad de la continuidad de la convivencia con la familia de acogida y una ilusoria hipótesis de colaboración de la misma, posiblemente coartada por los lazos de afectividad que se habían ido generando con el paso del tiempo, condujeron al fracaso. Se relata también este episodio para poner de manifiesto la evolución del sufrimiento de Sara quien va constatando poco a poco como pese a ostentar a su favor el reconocimiento judicial, los hechos y la realidad, propiciados por las circunstancias ya expuestas, se mostraban con toda su terquedad, e iba contemplando cómo paulatinamente la perspectiva de recuperación de sus hijos se alejaba más y más, recreando un dolor que forzosamente iba *in crescendo* cual si a un cuerpo se le van arrancando de forma lenta pero progresiva los distintos miembros. Esa resolución fue recurrida en apelación, por lo que esta Sala dicta una nueva con fecha 2002, por la que se deja sin efecto y se reitera el íntegro cumplimiento de la anterior del año 2000, y en la que se afirma que "los acogedores utilizaron todos los medios a su alcance para confundir a los menores", que por su edad son fácilmente manipulables, "manipulaciones que se observan también en las visitas que hacen los niños a su madre en el Punto de Encuentro Familiar"; se seguía afirmando en esta resolución que el primer encuentro tuvo un resultado aceptable, el segundo fue a peor y el tercero fue muy desagradable "llegando a decir los menores a su madre frases impropias totalmente de un niño, por lo que viendo sufrir D.ª Sara a sus hijos, concluyó que era inútil continuar con estas visitas". Aún abunda la repetida resolución afirmando que "el cambio observado en los menores desde que esta Sala tuvo la oportunidad de explorarlos a la actualidad, pone de manifiesto una actuación dudosa de los acogedores,

quienes enarbolando la bandera del beneficio de los menores, actúan sólo en su propio beneficio, defendiendo lo que consideran que es de su propiedad, no dudando en ningún momento en utilizar cuantos medios encuentran a su alcance"; concluía la resolución afirmando que "el origen de todo lo ocurrido es no haber dado cumplimiento efectivo en tiempo y forma a la Sentencia de esta Sala".

Posteriormente recayó la Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en amparo de los derechos de los padres acogedores a ser parte en el procedimiento, y procede a anular todo lo actuado desde la primera resolución que declaraba la inexistencia de situación legal de desamparo, pero, claro está, ello por sí no podía hacer nacer algo de la nada, y así se confirmó cuando se dicta la nueva resolución ya en el año 2002. En esta, además de reiterar tanto el fundamento como la resolución adoptada en el año 2000, es decir que no existía situación legal de desamparo, vino a constatar que el paso del tiempo y ciertas circunstancias acaecidas mostraban ya una realidad muy diferente a la enjuiciada la anterior vez, y así en la nueva resolución se llega a afirmar que se sucedieron una serie de aconteceres "que fueron provocando confusión en los menores que se percataron de que tanto por el juez *a quo* como por sus acogedores y por la Administración no se consideraba definitivo lo que con este carácter había resuelto este Tribunal, inyectándoles a los menores un mar de dudas y vacilaciones acerca del regreso ya acordado, propiciando su inseguridad y desconcierto, haciéndoles especialmente vulnerables dada su corta edad, y cayendo en un desequilibrio emocional y psíquico que desde luego vino a desvirtuar todo el resultado positivo de la exploración ante este Tribunal"; continúa afirmando que el programa de acercamiento entre los menores y su madre resultó un fracaso "y coadyuvó decisivamente en el mismo, no sólo la inejecución por el juzgado a quo de la Sentencia de esta Sala, sino de forma importante la falta de interés y colaboración de los acogedores en el plan de acercamiento, como así han destacado los informes aportados..."; por ello y las restantes circunstancias que valora y expone dicha resolución, finalmente concluye que no será posible la ejecución y acuerda el recurso al art. 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en cuyo trámite nos encontramos.

Lo expuesto pone de manifiesto la índole y gravedad, cualitativa y cuantitativa del sufrimiento de la solicitante, sufrimiento que se ha traducido en el actual padecimiento de dos graves enfermedades, como lo acreditan los informes médicos aportados tanto con el recurso como ya en sede de apelación incorporados al rollo por guardar directa relación con el objeto del debate y ser algunos de fecha posterior y, en fin, encontrarnos en un proceso de familia donde la rigidez procedimental ha de dejar paso al conocimiento de la verdad material: uno de naturaleza psíquico caracterizado por un cuadro depresivo reactivo, que tuvo manifestaciones tan graves como el intento de suicidio, y otro de naturaleza física u orgánico a resultas del cual se halla actualmente en tratamiento oncológico presentando plena afectación de un pulmón: a la vista de tal documental, y dados todos los antecedentes fácticos expuestos, la Sala llega al convencimiento de que tales padecimientos son consecuencia directa o indirecta del sufrimiento soportado durante casi diez años por la solicitante en la modalidad, intensidad y gravedad que queda expuesto. De ahí que, rechazando una vez más el referente del baremo indemnizatorio de los accidentes de circulación, y no existiendo ninguno otro conocido al que acudir para reducir al máximo el grado de discrecionalidad del Tribunal, parece de todo punto correcto en términos de razonabilidad, prudencia y ponderación, la utilización del referente indemnizatorio empleado por la solicitante respecto de las indemnizaciones otorgadas por el Tribunal Supremo en los supuestos de personas indebidamente privadas de libertad, debiéndose tener presente que el criterio utilizado por el Alto Tribual es progresivamente creciente, es decir que estima que el sufrimiento va en aumento no de forma igualitaria según transcurre el tiempo de tal manera que un segundo período de idéntica duración que el anterior no se indemniza en el mismo porcentaje, por ser progresivo. Centrando al máximo el ejercicio de ponderación, podemos fijar el *quantum* indemnizatorio atendiendo fundamentalmente a dos criterios: el de la enfermedad padecida por la solicitante a causa del sufrimiento, y el de la pérdida de los hijos, y este segundo criterio a su vez ha de tener en cuenta por una parte el tiempo que ha estado apartada de los mismos que se puede hacer equivalente a una privación de libertad indebida a los solos efectos indemnizatorios, claro está; por otra el específico sufrimiento como consecuencia de la razonable expectativa que tenía de recuperación de los mismos como consecuencia de la sucesivas resoluciones a su favor; y finalmente la definitiva pérdida de toda esperanza y expectativa cuando recae nuestra resolución del año 2002 en la que se acuerda la inejecutividad.

Con tales parámetros, procede aceptar íntegramente, por este concepto, e incluso calificarlo de moderado, el importe de algo más de un millón de euros pedido: en efecto, la STS de 20-02-1999 de la Sala de lo Contencioso, establece un criterio, seguido de manera uniforme hasta la actualidad, conforme al cual la valoración cuantitativa del daño moral a indemnizar por privación indebida de libertad, en los supuestos de prisión preventiva seguida de absolución, concurriendo naturalmente las circunstancias y requisitos del art. 294 de

la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha de hacerse en términos progresivos y no proporcionales, y así se estableció el criterio de efectuar incrementos del 50% cada quince días añadidos de privación de libertad, aunque en algún supuesto reciente lo ha hecho sobre períodos mensuales, y de esa forma en el supuesto que resolvió la citada Sentencia, para una privación de libertad de 85 días, y por ese solo concepto de privación, se indemnizó en 60.000 pesetas los quince primeros días, pero los quince siguientes lo fueron por importe de 90.000, los otras quince lo fue por 135.000, los siguientes por 202.500, y los siguientes por 303.750, y los últimos diez días por una cantidad coincidente con esta última, importes correspondientes a un salario del año 1982 de 4.000 pesetas diarias; respecto de los importes globales, las cantidades que ha venido reconociendo el Tribunal Supremo han sido muy oscilante, pero porque particulares eran también las distintas circunstancias de cada caso, y así, sólo a título de ejemplo, vemos cómo en la STS de 03/02/1989 para una privación de libertad de veinte meses, se ha concedido sólo por daño moral derivado de la privación de libertad, la suma de 23.360.000 pesetas, teniendo en cuenta que son cifras referidas al año 1989, a la que en ese supuesto se añadió 15 millones más por pérdida de participación en una sociedad y otros 3 millones por ingresos dejados de percibir; en la STS de 30-04-1990 por 15 meses de privación de libertad se indemnizó 6.773.000 pesetas referido al año 1990; en la STS por una privación de libertad de un mes y cinco días se indemnizó por importe de 2 millones de pesetas pero referido al año 1984; en el supuesto abordado por la STS de 04-12-1990 por un mes de privación de libertad se indemnizó en 10.500.000 de pesetas, aunque concurriendo graves circunstancias personales como la publicidad del hecho de la prisión ostentando un alto cargo en la Seguridad Social, y finalmente la muerte por infarto poco antes de recibir la Sentencia absolutoria en la causa penal. Trasladando tales supuestos, al aquí enjuiciado, debe tenerse en cuenta que todas las cifras han de multiplicarse por dos, por dos han sido las privaciones de la solicitante, dos hijos, tenerse en cuenta que los hechos datan de 1996, y que por tanto las cuantías han de ser actualizadas, y que la privación ha durado casi diez años, y que, finalmente, el hecho no es del todo equiparable, pues parece mucho más grave la privación de unos hijos que la que pueda sufrir uno mismo, y si los hijos lo son en edades como la de Autos, desde cuatro y cinco años respectivamente, el perjuicio moral por sufrimiento entendemos que aún es mayor. Pero decíamos que constituye un elemento específico de sufrimiento la expectativa de recuperación que le conferían las resoluciones judiciales favorables a sus pretensiones y que finalmente se ven truncadas de manera definitiva por la declaración de inejecutividad, concepto que entiende la Sala que resulta razonable indemnizar incrementando la suma anterior en un treinta por ciento. Finalmente, y en cuanto a este capítulo, ha de ser objeto de indemnización diferenciado el sufrimiento asimilable a la muerte física que representa el fin de aquella expectativa, la pérdida definitiva de los hijos, y por tal concepto acordamos una suma de 250.000 euros, en lugar de los 500.000 solicitado por la recurrente porque computa dos hijos, en tanto que es aquí donde hemos de hacer cierto trato diferenciador en atención a la singularidad de la situación producida con respecto a la menor Marcelina, porque para ésta no puede predicarse una situación equivalente a la muerte física dado que voluntariamente ha vuelto a convivir con su madre, y aunque las circunstancias en que se ha producido tal retorno no pueden permitir calificarlo como de cumplimiento parcial de la ejecutoria, sí que al menos impiden que dicho supuesto se considere idéntico al de su hermano que continúa bajo acogimiento, por lo que no puede ser objeto de indemnización por este concepto: en efecto, el retorno tan tardío de la menor, y la situación de desequilibrio y grave trastorno psíquico de que ha venido aquejada no permite considerar que se ha producido la recuperación de la hija, de entrada porque la relación con la madre nunca podrá ser idéntica después de haber perdido toda la niñez e infancia, y segundo porque el estado de salud con que ha retornado hace presagiar todo un calvario en el desarrollo y tratamiento de la personalidad de dicha menor, lo que justifica su consideración a la hora de integrar los anteriores conceptos indemnizatorios exclusión hecha del último.

El último concepto de indemnización que procede acordar, como veníamos diciendo, es el relativo a la enfermedad actual de la solicitante, situación que sí que puede ser conceptuada como de secuelas a consecuencia de un daño o lesión sufrido de manera ilegítima, y aquí, desprovistos ya de todos los antecedentes, ya considerados, y atendiendo en exclusiva a las secuelas, podría establecerse cierto parangón con las secuelas producidas en accidente de circulación, y tomando como referente el baremo indemnizatorio de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, pero en su máximo exponente en atención a la particularidad del caso, parece ponderada la determinación por este concepto de una suma de 200.000 euros, dado que los padecimientos son irreversibles e incurables. Sumados los conceptos referidos en las cuantías señaladas, nos pone en presencia de una indemnización ascendente a 1.450.000 euros, la que devengará el interés legal.

Cuanto queda razonado conduce pues a la estimación parcial del recurso de la promotora del incidente y a la desestimación del recurso inter-

puesto por la Junta de Andalucía, debiéndose dejar para su resolución aparte el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal que versa sobre la situación del menor que permanece con la familia de acogida.

Vistas las especialidades que concurren en el supuesto de Autos, la naturaleza del asunto, y el carácter especialmente dudoso de la cuestión debatida, el *quantum* indemnizatorio, de conformidad con el art. 398 en relación con el art. 394, ambos de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no procederá hacer especial pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se desestima la oposición a la declaración de desamparo por hallarse incursos los padres adoptivos en causa de privación de la patria potestad con respecto al menor, tanto antes, como después de su separación. El momento al que ha de remitirse la valoración de la prueba no es al actual, sino en el que entidad pública decretó el desamparo: el padre se limitaba a abonar una pensión, y la madre no ha velado por su interés: no estaba escolarizado, las condiciones del hogar eran deplorables, alimentación y vestimenta inadecuadas, existiendo un déficit en la estimulación sensorial-física-social del menor.

AP MÁLAGA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Hipólito Hernández Barea

El Juzgado de Primera Instancia número Seis de Málaga dictó sentencia de fecha 17 de junio de 2004 en el juicio de oposición a la declaración de desamparo del que este Rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así:

"Desestimando la oposición formulada a la declaración de desamparo del menor Jesús María dictada por la Delegación Provincial de Asuntos Sociales se declara ajustada a derecho dicha resolución administrativa, manteniéndose en consecuencia sobre ésta la tutela administrativa del ente público."

Considerando que por la representación de la apelante se pidió la revocación de la sentencia recurrida y el dictado de otra que dejase sin efecto la declaración de desamparo acordada por la autoridad administrativa y confirmada por la resolución ahora revisada. En su opinión el propio expediente no se inicia como suele ser habitual, sino que el seguimiento se produce por una llamada anónima sin causa objetiva que justifique la declaración ahora cuestionada. Por otra parte no debe tenerse en cuenta la declaración del padre adoptivo que, tras la separación y tras la resolución administrativa, y sin haberse preocupado antes del menor, solicitó enseguida la supresión de la pensión alimenticia que en la separación venía acordada a favor del hijo adoptivo de la pareja. Combatió además los argumentos de la sentencia referidos a la falta de afectividad, a la situación económica de la apelante al momento del expediente, al ejercicio del deber de protección al menor, y en definitiva a lo señalado respecto del domicilio familiar y del absentismo escolar. Reprodujo en síntesis los argumentos esgrimidos en la instancia, concluyendo que se le priva a la madre adoptiva de la patria potestad dejando de reconocer todos los esfuerzos que ha realizado para colocarse en una posición apta para la educación y sostenimiento del hijo y que actualmente tiene modo de vida suficiente para poder dispensarle los cuidados que requiere, incluso de futuro dada su enfermedad que le impide regir su persona como si fuese mayor de edad. La representación letrada de la Junta de Andalucía, interesa la confirmación de la sentencia recurrida, dado que el interés del menor exige que el único momento que puede ser objeto de examen a la hora de determinar la posibilidad de que un padre o una madre recuperen a su hijo es aquel en el que se produjo la intervención de los servicios sociales, y en el presente caso se acredita que entonces el comportamiento de la hoy recurrente respecto del menor dejaba mucho que desear. El Ministerio Fiscal interesó la confirmación de la sentencia recurrida, señalando previamente que, al haber alcanzado la mayoría de edad Jesús María, carece de objeto este proceso.

Considerando que, con carácter previo a estudiar el caso concreto sometido ahora a examen,

debe señalarse, que el principio *favor minoris* ha presidido toda la evolución legislativa en la materia, produciéndose su consagración definitiva en nuestro derecho ya en el artículo 39 de la Constitución Española, tras haber sido sancionado en convenios internacionales, como el de Nueva York, y en la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución de 20 de noviembre de 1989. Añadir que el interés superior del menor es también una constante plenamente afianzada, convertida en norma expresa, en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor. Por tanto es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una situación estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego. En el supuesto que nos ocupa, la sentencia recaída en la instancia declara que fue correcta y ajustada a derecho la resolución administrativa que, en fecha 2 de julio de 2002, decretó el desamparo del entonces menor Jesús María por hallarse incursos en causa de privación de patria potestad respecto del mismo, tanto la hoy apelante que ejercía su guarda y custodia, como el padre también adoptivo que –separado de la Sra. Gabriela– se limitaba a pasar una pensión alimenticia; y ello en base a los argumentos fácticos y jurídicos consignados en la resolución administrativa. Es evidente, y así lo tiene declarado esta Sala con anterioridad en muchas resoluciones, que el momento al que ha de remitirse la valoración de la prueba realizada no es el actual, sino el momento en que la Entidad Pública retira al menor de la familia biológica o adoptiva al decretar el desamparo. Y en este sentido de la documental obrante en autos se concluye que los padres incurrieron en incumplimiento general de velar por el menor. Esta argumentación no ha sido combatida por el Sr. Jesús María, al admitirse por el propio padre adoptivo en su inicial declaración la falta de atención en general hacia el niño pese a la enfermedad que sufre. Tras iniciarse el expediente en el año 1998 por una denuncia, se hizo un seguimiento por los servicios sociales desde mayo de 2001, del que se desprende que no estaba escolarizado habitualmente sin que esto fuese aconsejado por dictamen de facultativo; la dejación de sus deberes por los padres antes y después de su separación; el hogar con condiciones higiénico-sanitarias deplorables, incidiendo los informes en la alimentación y vestimenta inadecuadas; déficit en su estimulación sensorial, física y social, con permanencia durante mucho tiempo en soledad; y contradicciones entre lo alegado por la madre respecto a su trabajo –esgrimido como causa de la desatención– y la realidad constatada de que no acudía al mismo. Por el Organismo competente se dio la posibilidad a la Sra. Gabriela de rebatir tales informes, y no presentó ni la documentación comprometida ni a los testigos que refirió. Todo ello se recoge en la sentencia ahora revisada en cuanto acreditado, mientras que se alega en el recurso que no se pudo practicar prueba alguna de la propuesta ya en el marco judicial, habiéndose pronunciado el auto de esta Sala de fecha 21 de noviembre pasado –dictado en el trámite de esta apelación y cuya fundamentación jurídica se tiene ahora por reproducida para evitar repeticiones innecesarias– sobre la inoportunidad de las pruebas ahora solicitadas por extemporáneas, en tanto la declaración de la Directora del Centro de Huelva se había ofrecido por la Sra. Gabriela y no se practicó por incomparecencia de la testigo, y en tanto el oficio al Ayuntamiento de Zaragoza, referido a la actual situación afectiva y económica de la Sra. Gabriela, no puede acreditar su relación con el menor al tiempo de la declaración de desamparo. Todo ello cuando desde el principio ya del expediente administrativo se dio a la hoy apelante la oportunidad de rebatir, como se ha dicho, las pruebas acumuladas en su contra, sin que lo hiciera tampoco en la primera instancia de este proceso. Incumplidos pues los deberes inherentes a la patria potestad, no sólo en el orden material sino también en el orden moral –nuevamente ha de hacerse remisión a los informes obrantes en autos– y siendo los padres los que, con su conducta dieron lugar al desamparo del menor, casi desde el inicio de su relación tras la adopción en abril de 1992, no estando éste integrado en un ambiente familiar propicio, y acreditándose sólo una mejoría en la situación material actual de la madre, se está en el caso de concluir que los padres se encontraban incursos en causa de privación de la patria potestad a los efectos de ratificar la declaración de desamparo y de sus efectos legales cuestionada por la apelante, y, en consecuencia, de confirmar la sentencia recurrida.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No procede la declaración de desamparo, ni la constitución de acogimiento solicitada por la entidad pública, al no constar que a la fecha de la resolución administrativa el menor se encontrara en situación de desamparo. No existe un informe concreto donde se expresen datos objetivos sobre la situación de la madre que pueda abocar al alejamiento de su hijo, sino sólo apreciaciones subjetivas del padre biológico y tía paterna. No obstante, se realizará un seguimiento por los Servicios Sociales para confirmar la realidad de la relación normalizada, o en su caso, para adoptar medidas de protección si fueran necesarias.

AP MÁLAGA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª José Torres Cuellar

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 20 de octubre de 2004, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: "Que estimando la oposición formulada a la declaración de desamparo del menor José María dictada por la Delegación Provincial de Asuntos Sociales con fecha de 10 de marzo de dos mil tres, dejándola sin efecto, y no habiendo lugar a la constitución del acogimiento solicitado por la Entidad Pública.

Ello, sin perjuicio, del adecuado control o seguimiento que deberá realizarse por los Servicios Sociales correspondientes al domicilio de los menores, al que deberá remitirse el correspondiente oficio, a fin de que si se constata una situación de riesgo para los menores, se dé cuenta a la Entidad Pública encargada de la protección de menores para que provea la medida de protección que pueda ser más adecuada".

Alega la Letrada de la Delegación de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, apelante en relación a la cuestión de fondo suscitada, en cuanto que no se acuerda declarar en situación de desamparo al menor, que no es ajustada a derecho y que están suficientemente acreditados los hechos que conducen a la desestimación de la demanda de oposición, especialmente tras los nuevos hechos acontecidos con posterioridad a la sentencia recurrida, acreditativos de que la madre del menor se encuentra incursa en la causa de desamparo del art. 23.1.f), h) e i) de la Ley 1/98, motivo respecto del cual, y atendiendo a las alegaciones, que se efectúan en el escrito de interposición del recurso, así como en el de impugnación del Ministerio Público se ha de señalar lo siguiente: A) que si bien son orientadores a efectos de valorar la situación concreta del menor que se cuestiona por las partes los antecedentes existentes en relación con la conducta anterior de los padres y, en concreto, resoluciones previas dictadas y extremos que los motivaron, los hechos realmente relevantes son los acaecidos y concurrentes al momento en que fue dictada la resolución, 10 de marzo de 2003, apreciando el desamparo con los consiguientes efectos, a la que se opone la demanda; y no circunstancias posteriores y por tanto objeto de debate en esta alzada. Con carácter previo cabe señalar que esta Sala atenderá en su fundamentación a la situación existente cuando se decretó la medida es decir, a la fecha de la resolución por la que se declara al menor en situación de desamparo. Igualmente debe de tenerse en cuenta que la propia exposición de motivos de la Ley distingue entre dos clases de situaciones de protección social de un menor, situación de riesgo y de desamparo, dependiendo de la gravedad y con mayor grado de intervención de la entidad publica en este supuesto. B) que, efectivamente, según la información obrante en el expediente de protección la madre ha venido reconociendo la existencia de graves conflictos con el padre, y con su propia madre, a causa de éste, así como la falta de madurez de la Sra. Marí José para determinadas relaciones interpersonales, pero no obra en el mismo, examinadas detenidamente las actuaciones, y como bien se razona detalladamente en la sentencia de instancia, un informe concreto, según requieren estos casos, donde se expresen datos objetivos de la situación de la demandante, que pueda abocar al alejamiento de su hijo, más que las apreciaciones y calificaciones subjetivas vertidas por el padre biológico y la tía paterna del menor, con las connotaciones que al efecto se advierten por la Juzgadora *a quo*, y que no están contrastadas, ni prueba de manera contundente lo consignado en el mismo, sino que, además, está en contradicción con el notorio deseo de la madre de convivir con su hijo, y con el Informe emitido por los Servicios Sociales. Consecuentemente con lo ya expuesto en la resolución apelada, que se da por reproducido, ha de estimarse que no ha quedado acreditado que el menor a la fecha de la resolución administrativa se encontrase en una situación de desamparo que

hiciera procedente las medidas entonces adoptadas en aquélla, atendiendo al contenido del expediente en su conjunto y sin obviar el conflicto existente entre adultos y el estrés intrafamiliar acontecido, que llevan a que no puede sostenerse con la necesaria consistencia y rotundidad que el menor se hallase entonces en la situación descrita en el art. 172 CC y meridianamente interpretada por la doctrina Constitucional, y menos aún que la sentencia recurrida haya incurrido en infracción de preceptos legales, ni errado en la valoración de las pruebas, por lo que debe ser íntegramente confirmada, sin perjuicio, como se dice, del seguimiento y control directo y muy concreto que los Servicios Sociales competentes hagan del caso a fin de confirmarse la realidad de una existencia normalizada de los menores con su madre, o en su caso, se adopten las medidas de protección pertinentes de producirse una situación de riesgo para aquéllos.

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Delegación Provincial de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía y la impugnación formulada por el Ministerio Público contra la sentencia de 20 de octubre de 2004, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Seis de Málaga, en procedimiento de oposición a medidas de protección de menores número 639/03 al que se refiere el presente rollo de apelación, e igualmente impugnada por la Fiscalía de Menores, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la expresada sentencia, imponiendo las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

CUESTIONES PENALES

Una denuncia por impago de pensión de divorcio no constituye en sí misma un acto de violencia de género si no lleva aparejado o en conexión un hecho encuadrable como tal e imputable al denunciado, por lo que la competencia para su investigación será del Juzgado de Instrucción y no del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

AP SEVILLA, SEC. 1.ª, AUTO DE 23 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Jesús Sánchez Parra

La cuestión de competencia planteada por el Magistrado del Juzgado de Instrucción en relación con el Juzgado de Violencia sobre la mujer de esta ciudad tiene como origen, las diligencias practicadas en su día por dicho Juzgado Instructor a consecuencia de la denuncia por impago de pensión acordada en Sentencia de divorcio, que formula la Sra. ... frente al que fuera su marido, Sr ... Basa esencialmente el titular del Juzgado de Instrucción de nuestra capital la cuestión de competencia planteada mediante Auto de 29 de noviembre de 2005, en el hecho de que en este supuesto nos encontramos ante un posible delito contra los derechos y deberes familiares, tipificado en el artículo 227 de nuestro Código Penal y que por tanto en aplicación del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial adicionado por el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, corresponde objetivamente la competencia de la instrucción del mismo al Juzgado de Violencia Sobre la Mujer, mientras que por su parte este último rechaza su competencia por entender que no estamos ante un acto de violencia de género amparándose en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004.

No existe en la actualidad un acervo jurisprudencial consolidado y constante, dada la juventud de la Ley Orgánica 1/2004, que nos ofrezca meridianamente una solución clara y diáfana a la cuestión competencial planteada. Sin embargo, sí se ha pronunciado al respecto, la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de julio de 2005, relativa a "los criterios de aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género". Así, en el apartado VI.A.1.a) relativo a la "competencia por razón de la materia", tras alertarse de que "el criterio seguido por la ley para la determinación de la competencia *ratione materiae* se corresponde con un sistema mixto que comprende junto a un catálogo de infracciones penales, una cláusula genérica de cierre y determinadas competencias por conexión, que conviene delimitar para no perjudicar el principio de seguridad jurídica", se establecen en su número 3 (delitos contra los derechos y deberes familiares) las siguien-

tes precisiones en relación a la atribución competencial de estos delitos a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: "el delito de impago de pensiones puede tener como sujeto pasivo a la mujer que es o ha sido cónyuge, a los hijos, o ambos. En aquellos casos en que la prestación económica que resulte desatendida tenga por objeto exclusivamente alimentar a los hijos éstos serán los sujetos pasivos, en cuanto titulares de las pensiones alimenticias y del bien jurídico protegido (el derecho familiar a percibir una pensión alimenticia por decisión judicial) aun cuando la madre pueda resultar perjudicada –como perjudicada civil– si ha subvenido con sus propios recursos económicos al mantenimiento de aquéllos y aunque conforme al artículo 228 del Código Penal resulte legitimada para denunciar el delito mientras los hijos no adquieran la mayoría de edad (SAP Segovia 18/2003, de 18 de junio, SAP Madrid, Sec. 6.ª, 412/2003, de 30 de septiembre, SAP Guipúzcoa, Sec. 2.ª, 2208/2004, de 18 de noviembre y SAP Tarragona, Sec. 2.ª, de 21 de diciembre de 2004). En estos casos, la imputación de un delito de impago de pensiones respecto de los hijos determinará la competencia del Juzgado de Instrucción ordinario, salvo que también se haya producido un acto de violencia de género, en cuyo caso el Juzgado especializado atraerá la competencia para conocer ambos".

El artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004 señala que "la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad".

Por su parte, el artículo 87 ter.l apartado b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su redacción otorgada por el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004 establece las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en relación con "la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior". En dicha letra anterior (a) se enumeran los delitos relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, que puestos en relación con el contenido del artículo 1.3 anteriormente mencionado que definía qué conductas podían entenderse encuadradas en la violencia de género a efectos de la Ley, nos lleva a la lógica conclusión de que tales tipos delictivos se encuentran en el ámbito de la violencia de género.

De este iter descriptivo llegamos a la conclusión de que cuando el apartado b) del artículo 87 ter. para determinar la competencia de la instrucción a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en relación a los delitos contra los derechos y deberes familiares señala expresamente "cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior", se está refiriendo a víctimas de la violencia de género, por lo que el engarce competencial vendrá determinado inexcusablemente por la existencia de un acto de esta naturaleza. Por lo tanto, la esencia del debate de la cuestión de competencia objeto de la presente resolución radica básicamente en el hecho de si se pueden considerar los impagos de prestaciones tipificados en el artículo 227 del Código Penal, como un "acto de violencia de género".

La Real Academia española, en su informe sobre la expresión violencia de género, de 19 de mayo de 2004, realizado con motivo del anuncio en su día por el Gobierno de la presentación del Proyecto de la Ley integral contra la violencia de género, puso de manifiesto que "la expresión violencia de género es la traducción del inglés *gender-based violence o gender violence*, expresión difundida a raíz del Congreso sobre la Mujer celebrado en Pekín en 1995 bajo los auspicios de la ONU. Con ella se identifica la violencia, tanto física como psicológica, que se ejerce contra las mujeres por razón de su sexo, como consecuencia de su tradicional situación de sometimiento al varón en las sociedades de estructura patriarcal".

Partiendo de todo lo anteriormente señalado y analizando el contenido de la Exposición de Motivos de la Ley, así como, el propio artículo 1 de la misma no estima la Sala que el caso que nos ocupa en el que se trata de un presunto delito de impago de pensión de divorcio constituya en sí mismo un acto de violencia de género en el sentido anteriormente referido de "violencia física o psicológica que se ejerce sobre las mujeres por razón de su sexo", no compartiendo la Sala el criterio de distinción competencial que establece la Fiscalía General del Estado en el sentido de que sólo cuando se trate de impagos de prestaciones exclusivas de los hijos será competente el Juzgado instructor, salvo que dicho impago esté en conexión con un acto de violencia de género. A juicio de la Sala, no hay por qué realizar dicha distinción desde el momento en que consideramos que la comisión de un impago de las prestaciones a las que se refiere el artículo 227 del Código Penal, con independencia de quien sea su beneficiario, no puede considerarse por sí solo un acto de violencia de género, ni siquiera en su vertiente psicológica. Por tanto, tan sólo cuando dichos impagos lleven aparejado un acto de violencia de género en el sentido anteriormente definido podrá ser competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

En el caso que nos ocupa, se manifiesta por la (Sra. ...) en la denuncia que "se encuentra divorciada del denunciado por el Juzgado de familia n.º ... de Sevilla en Autos 624/99 y el mismo tiene que pagarle mensualmente la cantidad de ... euros, que concretamente el mes de septiembre no le ha pagado. Que por tal motivo desde hace nueve viene denunciándolo por impago de la pensión". A la vista de lo manifestado por la denunciante podemos concluir con los datos existentes hasta el momento que se trata de una denuncia por impago de pensión de divorcio que no constituye en sí misma un acto de violencia de género ni ha llevado aparejada o en conexión un hecho encuadrable como tal e imputable al denunciado en este caso, lo que conlleva, por los razonamientos expuestos, la competencia para su investigación por parte del Juzgado de Instrucción n.º... de nuestra capital, siendo procedente en consecuencia, la remisión de las diligencias al Juzgado de Instrucción n.º de Sevilla, acordada en su día por Auto de 14 de octubre de 2005 del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer.

CUESTIONES PENALES

Condena por delito de impago de pensiones: el acusado pese a tener capacidad económica no abona la totalidad de la pensión de alimentos, haciendo sólo pagos parciales a su capricho: ha trabajado, es propietario de un terreno rústico, un BMW y una moto y ha cambiado recientemente de coche. Análisis jurisprudencial de los requisitos del artículo 227 del Código Penal.

AP VALLADOLID, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Ruiz Romero

La Sra. Juez del JDO. DE LO PENAL n.º Dos de VALLADOLID, con fecha 21.10.05, dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este recurso declarando probados los siguientes hechos:

"ÚNICO.– Son hechos que se declaran probados que el acusado por sentencia dictada en fecha 3 de julio de 2002 por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valladolid, en su procedimiento de separación contenciosa número 816/2001-A fue decretada la separación del matrimonio formado por el ahora acusado José María, nacido el día 20 de mayo de 1961 y carente de antecedentes penales, y Esther, estableciéndose además, entre otras medidas, que aquél debería abonar a ésta, en concepto de pensión alimenticia para los hijos menores de edad Miguel Ángel y Tábatha, la cantidad mensual de 300 euros, suma que el acusado habría de abonar dentro de los cinco primeros días en cada mes en la cuenta que designara la esposa y que se actualizaría anualmente según la evolución del IPC publicado por INE.

Desde entonces el acusado ha hecho los siguientes abonos:

En el año 2002 abonó 150 euros en el mes de agosto, 100 euros en el mes de septiembre, 200 euros en el mes de octubre, 200 euros en el mes de noviembre y 200 euros en el mes de diciembre.

En el año 2003 abonó 100 euros en el mes de enero, 300 euros en el mes de febrero, 300 euros en el mes de marzo, 300 euros en el mes de abril, 300 euros en el mes de mayo, 250 euros en el mes de junio, 150 euros en el mes de julio, 150 euros en el mes de agosto, 110 euros en el mes de septiembre, 120 euros en el mes de octubre, 100 euros en el mes de noviembre y 120 en el mes de diciembre.

En el año 2004 no abonó ninguna cantidad.

Tampoco ha abonado la mensualidad correspondiente a enero de 2005, pues formulada denuncia por la perjudicada en fecha 24 de enero de 2005 aún entonces no había sido percibida por ésta dicha suma.

El acusado dejó de satisfacer dichas cantidades a pesar de contar con recursos suficientes para ello, pues ha trabajado para la mercantil "Musical Temperado SL" en lo que aquí interesa del 17 de septiembre de 2001 al 21 de junio de 2002, del 20 de septiembre de 2002 al 20 de junio de 2003 y del 15 de enero de 2004 al 22 de junio de 2004, habiendo percibido prestaciones por desempleo del 22 de junio de 2002 al 19 de septiembre de 2002 y del 21 de junio de 2003 al 22 de septiembre de 2003.

Es titular además de una finca rústica de secano con una superficie de 0,0532 Ha en el denominado "Paraje de Santiago" de Olmedillo de Roa (Burgos), de un turismo marca BMW 324 matrícula QI-.-OQ y de una motocicleta marca Bultaco matrícula YE-.-Y, habiendo cambiado de coche recientemente".

SEGUNDO.- La expresada sentencia en su parte dispositiva dice así:

"Que debo condenar y condeno a José María como autor responsable de un delito de abandono de familia a la pena de multa de diez meses con una cuota diaria de dos euros, a que indemnice a Esther en la cifra de 2.250 euros, con el oportuno interés legal, y al pago de las costas de este Juicio".

El recurso de apelación que se formula contra la sentencia dictada en la presente causa, no puede alcanzar una acogida favorable.

Debemos indicar como lo hace la sentencia del Tribunal Supremo 185/2001 de 13 de febrero que "el delito del artículo 227.1 del Código Penal se configura como un delito de omisión que exige como elementos esenciales:

A) La existencia de una resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos, que establezca la obligación de abonar una prestación económica en favor del cónyuge o de sus hijos; sin que sea preciso que a tal derecho de crédito acompañe una situación de necesidad vital por parte del beneficiario de la prestación.

B) La conducta omisiva consistente en el impago reiterado de esa prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal, es decir, dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos –frente a los tres y seis meses respectivamente que establecía el art. 487 bis CP/73; conducta esta de omisión cuya realización consuma el delito por serlo de mera actividad sin necesidad de que de ello derive ningún resultado perjudicial complementario del que ya es inherente a la falta misma de percepción de la prestación establecida.

C) La necesaria culpabilidad del sujeto dentro de los inexcusables principios culpabilísticos del artículo 5 del Código Penal, con la concurrencia, en este caso de omisión dolosa (art. 12 CP), del conocimiento de la obligación de pagar y de la voluntariedad en el impago; voluntariedad que resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida. En tal sentido esta Sala ya declaró en Sentencia de 28 de julio de 1999 que el precepto penal aplicado (art. 227 CP/95) ha sido doctrinalmente criticado desde diversas perspectivas. La más relevante, porque podría determinar su inconstitucionalidad, es la de que supusiese una forma encubierta de "prisión por deudas". Ahora bien la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 (BOE 30 de abril de 1977), que dispone que "nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual", precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución Española. Esta norma obliga a excluir de la sanción penal aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento ("no poder cumplir"), solución a la que ha de llegarse igualmente desde la perspectiva de la cláusula general de salvaguardia propia de los comportamientos omisivos, conforme a la cual el delito únicamente se comete cuando se omite la conducta debida pudiendo hacerla".

Y continúa indicando dicha resolución: "Lo anteriormente expuesto ha de completarse en un doble sentido:

A) En los casos de cumplimiento parcial del débito económico debe rechazarse cualquier formal automatismo que convierta en acción típica todo lo que no sea un íntegro y total cumplimiento de la prestación económica. La antijuridicidad material de la conducta –y no sólo la antijuridicidad formal de su subsunción típica– exige la sustancial lesión del bien jurídico protegido. De ahí que ni todo abono parcial de la deuda conduce a la atipicidad de la conducta, ni ésta se convierte en delictiva cuando lo insatisfecho es de tan escasa importancia en relación con lo pagado que resulta irrelevante para integrar el delito del artículo 227.1 del Código Penal. Tal cuestión habrá de determinarse en caso concreto en función de las circunstancias concurrentes, excluyendo interpretaciones que supongan la consagración de la prisión por deudas con olvido de que en definitiva se trata de una modalidad típica del "abandono" de familia.

B) En segundo lugar, de la inexistencia del delito en los casos de imposibilidad de pago no se sigue que la acusación deba probar, además de la resolución judicial y de la conducta omisiva, la disponibilidad de medios bastantes por el acusado para pagar, pues siendo este dato uno de los factores a valorar en la resolución que establezca la prestación, y siendo susceptible de actualización o alteración por modificación de las circunstancias, el hecho mismo de que se haya establecido judicialmente y se mantenga su importe permite inicialmente inferir de manera razonable la posibilidad de pago por el deudor y por lo mismo la voluntariedad de su omisión. Ahora bien: esto no obsta la posibilidad de que por el acusado se pruebe la concurrencia de circunstancias que hayan hecho imposible el pago, acreditándose así la ausencia de dolo en el impago de la prestación debida".

Aplicando la anterior doctrina al presente caso, nos encontramos con un supuesto claro de incumplimiento parcial, pero incumplimiento al fin y al cabo, que no tiene otra justificación que la caprichosa voluntad del acusado.

En efecto, partiendo del respeto más absoluto al relato de hechos admitido por el recurrente, se pone en evidencia la capacidad económica del mismo para poder hacer frente a sus obligaciones derivadas del procedimiento de separación matrimonial y no lo ha hecho. No ha solicitado la modificación de las medidas establecidas, o cuando lo ha hecho no se han atendido sus peticiones por no estar debidamente acreditadas. Así las cosas el acusado debía haber procedido al pago de las sumas establecidas, haciendo de manera parcial pero incumpliendo con su obligación de forma global y de manera voluntaria, por lo que la sentencia debe ser confirmada.

CUESTIONES PENALES

Procede el sobreseimiento provisional en fase de Diligencias Previas, por no constar acreditada, tras la práctica de una extensa prueba, la existencia de una agresión sexual de un padre hacia su hijo menor. Se ha de valorar la existencia de conflictividad entre los progenitores con motivo de su separación y el régimen de visitas, así como que hay una sentencia que condena a la madre por denuncia falsa contra el padre. No se admite la prueba de careo entre peritos, sólo prevista entre testigos y procesados.

AP VALLADOLID, SEC. 2.ª, AUTO DE 30 DE DICIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Feliciano Trebolle Fernández

El Juzgado de Instrucción número tres de Valladolid tramita Previas 3438/2004, sobre posible agresión sexual de un padre a su hijo menor de tres años, hechos iniciados en virtud de parte médico y denuncia de la madre de la menor. Se ha practicado abundante prueba y el Juzgado de Instrucción dicta auto de sobreseimiento provisional, al estimar que no se han acreditado los hechos denunciados. Por la representación procesal de la parte denunciante, Virginia, se interpone recurso de apelación, en el que se interesa se deje sin efecto el sobreseimiento provisional, y en su lugar se practique prueba testifical de la Directora de Aprome y careo entre los Peritos que han informado en las diligencias. Se admite a trámite el recurso, con remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial, para su resolución.

1.º– Es evidente que los Jueces o Magistrados no estamos presentes en el momento en que se dicen producidos los hechos denunciados y nuestras resoluciones, deben ser dictadas valorando la prueba que se practica, prueba que habrá de reunir los requisitos y garantías legales. En tal valoración tenemos en cuenta las alegaciones efectuadas por las partes, el resultado de la actividad probatoria, el principio de inmediación, merced al cual el Juez o Tribunal escucha personalmente las declaraciones o pericias y observa la seguridad y forma en que se realizan, y principios lógicos y racionales, cuyo uso nos puede permitir inferir la realidad o no de los hechos denunciados. Con todos estos datos, hemos de dictar la resolución que estimamos más conforme a derecho y al resultado de la prueba practicada. En esta jurisdicción penal, si finalmente nos surgen dudas de cómo realmente se han producido los hechos, hemos de hacer aplicación del principio *in dubio pro reo,* esto es en caso de duda, ésta favorece al denunciado o acusado.

2.º– Partiendo de tal párrafo 1.º, en el que tratamos de explicar, como funcionamos los Juzgados o Tribunales, que no somos parte interesada, sino que actuamos de forma objetiva, e imparcial, pasamos ya, a dar contestación a los motivos del recurso de apelación.

El sobreseimiento provisional, pese a lo manifestado por la parte apelante en su recurso, sí cabe en fase de Diligencias Previas.

El actual artículo 779.1.º.1.º, establece que el Juez de Instrucción, practicadas las diligencias que estima oportunas en orden a la investigación de los hechos y autor o autores de los mismos,

"si estimase que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda". Es indudable que el Sobreseimiento será libre, si el hecho no es constitutivo de infracción penal, y que será provisional, si no aparecen debidamente justificados los hechos denunciados, todo ello en correcta adecuación con lo establecido en los artículos 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tal motivo del recurso de apelación no puede prosperar.

3.º– En el caso que nos ocupa, la práctica de la declaración testifical de la Directora de Aprome y el careo entre peritos, a la vista de la abundante actividad probatoria practicada, la estimamos innecesaria e inútil, en nada va a contribuir al esclarecimiento de los hechos. La testifical citada no cabe, en cuanto obran en las actuaciones, las declaraciones de las Psicólogas, Psicopedagoga y Trabajadora social de Aprome, que han sido testigos directos, como controladoras del régimen de visitas del denunciado a su hijo, de la evolución de éstas, condición que no concurre en la Directora, la cual por otra parte como testigo no puede efectuar valoración alguna propia de un perito. En cuanto a la diligencia de careo entre peritos, debemos recordar que la diligencia de careo es un medio extraordinario de investigación, facultad que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal y la Juez de Instrucción, ya resolvió, no de forma arbitraria, sino motivada la denegación del careo. Visto el posicionamiento y contenido de los informes periciales obrantes en la causa, tal careo resulta innecesario, pues no va a contribuir al esclarecimiento de los hechos. Además no podemos olvidar que cuando la Ley procesal penal regula el careo, lo hace exclusivamente respecto a testigos y procesados, y no en lo relativo a peritos y tampoco regula tal diligencia al tratar del informe pericial.

4.º– La actividad probatoria, realizada por la Juez de Instrucción, ha sido abundante, en su papel de tratar de descubrir si los hechos denunciados eran constitutivos de infracción penal y en caso positivo su autor. La causa suma ya 955 folios, y los hechos denunciados eran posible agresión sexual del padre a su hijo de tres años, al haberse aparecido a éste una irritación perianal, sentir según la madre denunciante rechazo a estar el menor con su padre y presentar irritabilidad y abstracción. A todo ello se une que el niño manifieste que su papá le mete el dedo gordo en el culo. Ha sido múltiple la actividad probatoria desplegada por la Juez de Instrucción, en orden a indagar si tales hechos son reales y existe una agresión sexual.

No podemos olvidar que los hechos que nos ocupan, se sitúan dentro de una clara conflictividad entre denunciante y denunciado, a causa de su separación y régimen de visitas del padre para con el hijo. En la investigación, aparecen condenas al padre por malos tratos a la madre, pero también sentencia condenatoria contra la madre por denuncia falsa realizada contra el cónyuge denunciado. La situación de enfrentamiento entre los padres del menor es evidente, y con tal panorama las declaraciones de Cristina deben ser valoradas con la necesaria prudencia, pues pueden ser interesadas y subjetivas, dentro de la situación ya comentada. El padre del menor niega los hechos denunciados. En el estudio de su personalidad, efectuada por el Médico Forense, no se ha observado ningún tipo de desviación sexual, que hubiera supuesto un indicio de la realidad de comisión de los hechos. Al folio 449, el Forense indica que Silvio no presenta signos de fabulación, mitomanía y pseudología, teniendo una personalidad dentro de los límites convencionales de la normalidad.

5.º– La testifical obrante en las actuaciones, salvo las declaraciones de los trabajadores de Aprome, que controlaron las visitas del padre al niño, poco aporta para estimar acreditados los hechos. Así, Elsa declara que en la piscina el niño se tocaba continuamente los genitales. Igual declaran Nieves, que añade que en una ocasión el niño se colocó encima de ella, y empezó a jadear, diciéndola que estaba haciendo lo que hacía con él su padre. Amparo manifiesta que el niño se tocaba en la piscina los genitales y decía que es lo que hacía su papa. Julieta declara que el niño le decía que su padre era malo, malo, muy malo, y que le metía un cepillo de los dientes en el culito, haciéndole daño. Asistimos con tales testificales a la introducción de nuevos datos, no recogidos en la denuncia ni comentados por los Peritos en sus informes, lo que por ello, no motiva necesidad de mayor motivación, independientemente de que el tocamiento de genitales por el menor, es propio de la edad del mismo, conforme indican varios Peritos en su informe, y nada tiene que ver con el eritema perianal, ni con los hechos expuestos como denuncia.

La testifical de las trabajadoras de Aprome, lo que acredita es una relación normal, fluida y cariñosa entre padre e hijo. Así, debemos destacar entre sus declaraciones, que el niño se encontraba con su padre con alegría y pasaba el rato que duraba la visita, jugando. No observaron nada extraño. El niño mostraba alegría cuando veía al padre, han presenciado una relación fluida y buena. Jugaban al escondite, a la pelota, y a los coches. A la despedida se besaban recíprocamente. El niño estaba bien con su padre, y se relacionaba bien con él con espontaneidad. El niño mostraba cariño hacia su padre, nunca rechazo. Cuando el niño vio a su padre en la entrega lo recibió con cariño, en la recogida se des-

pidió dándole un beso. La madre no les dijo nada de abusos al niño, sólo dijo que ella era víctima de malos tratos. Nunca han notado signos de rechazo y agresividad del niño al padre. Sólo ha observado cariño y amor recíproco. No ha observado que el niño tenga ningún tipo de temor hacia su padre. El niño acepta y reconoce a todos los miembros de la familia paterna y su relación es buena con todos. El niño en numerosas ocasiones pide a su padre estar más horas con él. Tales manifestaciones de las trabajadores de Aprome que controlaron el régimen de visitas entre padre e hijo, obran al folio 691 y siguientes, 726 y siguientes y 729 y siguientes de las actuaciones. Principios lógicos y racionales, nos llevan a la convicción, a la vista de las mismas, de la dificultad de poder dar como probados los hechos denunciados y que el padre sea malo con el hijo y le haya metido el dedo gordo en el culo, causándole dolor.

En este mismo sentido, debemos destacar las declaraciones de Camila, tutora del menor, que cuando la madre le cuenta las sospechas de abusos sexuales del padre al niño, le contesta que en lo relativo al Colegio, no había percibido en el niño cambios, ni conductas extrañas o preocupantes que demostraran conflictos a nivel emocional o físico, llamativos para tal profesora.

6.º– La prueba pericial obrante en las actuaciones, no puede ser más numerosa ni contradictoria, y a la vista de su resultado, y del ya comentado resto de actividad probatoria, no podemos sino compartir, la motivación del auto de Sobreseimiento Provisional dictado por el Juzgado de Instrucción, pues efectivamente, no han sido debidamente acreditados los hechos denunciados.

Así, con fecha 27-6-2004, el Hospital del Río Ortega (folio 3) informa que Óscar de tres años, no presenta signos clínicos de abusos sexuales. En fecha 24-5-2004, (folio 11) el doctor Felipe que exploró al menor, le diagnostica otitis e irritación perianal, mas añade y ello es de gran importancia, que en alguna ocasión, la madre le había comentado, que al niño se le irritaba bastante el culillo, habiéndole recomendado tal doctor, que cuando esto sucediese, además de la higiene habitual, le diese cremas en las zonas irritadas. Es pues evidente que tales irritaciones databan ya de bastante anterioridad. El 30-5-2004 acude la madre con el niño al Hospital del Río Ortega, indicando que tiene sospechas de posible abuso sexual y lo único que se aprecia al menor es irritabilidad perianal. En julio de 2004, acude la denunciante al Cemco ante tales sospechas de abuso sexual y tal Institución le da recomendaciones y orientaciones, tanto si son ciertas, como si no lo son las sospechas de la madre.

El 23-8-2004, la Doctora del Hospital del Río Ortega, María Virtudes, emite informe de que parecen existir claros síntomas de abuso sexual, que basa en las manifestaciones de la madre, existencia de irritación perianal, en lo que el niño verbaliza y en lo que costaba realizar la exploración anal y genital. Llama la atención, tan contundente conclusión, a la vista además del informe del Hospital del Río Ortega de 27-6-2004. Las contradicciones son evidentes.

El Médico Forense (folio 61) concluye que no se puede asegurar que haya habido abusos sexuales. A los folios 201 y siguientes, llama la atención los comentarios que Virginia, denunciante, refiere en Aprome, la dijo a ella el niño, con referencia a su padre "papa es de ETA, porque es malo", "cómprame en el Corte Inglés un papa bueno".

El informe pericial-psicosocial del Equipo del Juzgado de Familia, conformado por Psicóloga y Trabajadora Social, es contundente y avala el Sobreseimiento Provisional. Respecto a la figura paterna, informa, que observan en el niño un discurso aprendido que reproduce de forma automática el menor, mediatizado por la influencia de adultos cercanos a él. Aboga tal Equipo por el régimen de visitas entre padre e hijos. Totalmente contradictorio con este informe está el de la Psicóloga Sandra, que concluye que el niño dice la verdad cuando describe la presunta conducta sexual anómala de su padre hacia él "mi papá me mete el dedo gordo en el culo".

Con todos los datos expuestos, no puede sino, llegarse a dictar el auto de sobreseimiento Provisional dictado por el Juzgado de Instrucción. No aparecen debidamente acreditados los hechos denunciados. Todo ello motiva, en esta Jurisdicción Penal, se deje sin efecto las medidas cautelares acordadas por esta misma Sección, en su auto 74/2005 de 17-2-2005, aclarado por auto de 28-2-2005, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la Jurisdicción Civil.

CUESTIONES PENALES

No procede la orden de protección al autor de una falta del artículo 620.2.º CP al tratarse de un hecho aislado: tras estar separados de hecho durante años, el padre en una ocasión insulta y amenaza a la madre telefónicamente por no poder ver a la hija después de haberse desplazado expresamente para ello. No existen razones que justifiquen la adopción de tal medida.

AP VALLADOLID, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Santiago Martínez García

El Juez de Instrucción n.º 2 de Valladolid, con fecha 04.05.05 dictó sentencia en el Juicio de Faltas de que dimana este recurso, en la que se declararon como hechos probados los siguientes: "ÚNICO.– El día 28 de abril del presente año, sobre las 19:30 horas Álvaro llamó por teléfono a la casa de la denunciante, de la que se encuentra separado de hecho desde hace años, hablando con la hija común de ambos y diciendo que se iba a acercar al domicilio para verla. La niña dijo que estaba estudiando y ya era tarde por lo que el denunciado dijo que o la veía o mataría a su madre, repitiendo tal expresión a la denunciante, a la que llamó puta, cuando ésta cogió el teléfono".

La expresada sentencia en su parte dispositiva dice así: "Condenar a Álvaro, como autor responsable de una falta prevista y penada en el artículo 620.2 del Código Penal a la pena de localización permanente de 8 días, a ejecutar en el modo en que se fija en el art. 620.2 *in fine*, así como al pago de las costas causadas".

En contra de lo que se alega en el recurso, y como ya puso de manifiesto el Instructor en su Auto de 28 de abril de 2005 en el que denegó la orden de protección, los hechos enjuiciados aparecen como unos hechos aislados; a pesar de llevar separados de hecho ya cierto tiempo, hasta ahora no habían surgido problemas, tratándose de un suceso debido a que el denunciado (que vive en Lugo) se encontraba en Tordesillas y quiso ver a su hija sin haber avisado con anterioridad, y quizá debido a cierto estado de embriaguez, pero sin que el denunciado haya hecho después nada contra su hija ni contra la denunciante que justifique las medidas que se solicitan en el recurso.

Revista de Derecho de familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

ADOPCIONES INTERNACIONALES

Reconocimiento e inscripción en el Registro Civil.

RESOLUCIÓN-CIRCULAR DE 15 DE JULIO DE 2006

I. Introducción y marco jurídico español

1. Vistos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, los artículos 14 y 39 de la Constitución, 3, 4, 25 y disposición adicional 2.ª de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 22 n 3.º de La Ley Orgánica del Poder Judicial, 9 n.º 4 y 5, modificado por la Ley 18/1999, de 18 de mayo, 10, 12, 20, 108, 154, 162, 176, 178 y 180 del Código Civil; 1, 15, 16, modificado por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad.

2. La adopción da lugar en el Registro Civil español a una inscripción marginal en la inscripción de nacimiento del adoptado –o la anotación soporte del artículo 154.1.º del Reglamento cuando la institución extranjera no se pueda calificar como de adopción, pero sí de prohijamiento o acogimiento familiar– (*cfr.* artículo 46 de la Ley del Registro Civil). Cuando falten las correspondientes certificaciones de nacimiento del Registro Civil local extranjero, cuya presentación permitiría la inscripción sin necesidad de expediente (*cfr.* arts. 23 LRC y 85 RRC), cabe tramitar, para suplir la falta de tal documentación, un expediente de inscripción fuera de plazo del nacimiento, de acuerdo con los trámites al efecto previstos (*cfr.* arts. 95 LRC y 311 a 316 RRC y Resolución de 28 de abril de 1994).

Cuando la adopción se ha constituido ante una autoridad extranjera, o presenta otros elementos de extranjería, la inscripción registral mencionada presenta una serie de dificultades prácticas y teóricas que al ser objeto de frecuentes consultas ante este Centro Directivo resulta conveniente aclarar con carácter general.

3. Ya la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 1999, y la más reciente Resolución-Circular de este Centro directivo de fecha 31 de octubre de 2005 (BOE núm. 308 de 26 diciembre 2005), han resuelto algunos de estos problemas suscitados por la inscripción de las adopciones internacionales, tales como la restricción a la publicidad de la filiación adoptiva, y la determinación registral del lugar de nacimiento del adoptado en estos casos. Sin embargo, parece oportuno arrojar más luz en torno al régimen jurídico general, cada vez más complejo, de las inscripciones en el Registro Civil español, de adopciones constituidas ante autoridades extranjeras.

4. En primer lugar, resulta preciso señalar que para lograr que una adopción constituida ante autoridad extranjera surta efectos legales en España, –ya deba o no acceder al Registro Civil español–, no puede acudirse al procedimiento de exequátur regulado en los todavía vigentes artículos 952 a 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. La razón de tal imposibilidad radica en la circunstancia de que las adopciones son «actos de jurisdicción voluntaria» y el procedimiento de exequátur no es aplicable a los actos de jurisdicción voluntaria, como ha señalado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado (*vid.* Resoluciones de 28 junio 1996, 16.1.ª de septiembre 2000, 23.1.ª febrero 2001, entre otras). De esta regla general hay que dejar a salvo lo que puedan disponer los Convenios internacionales al respecto, que en algunos casos requieren la superación de un procedimiento de *exequátur* para el reconocimiento extraterritorial de resoluciones de jurisdicción voluntaria y, entre ellas, las resoluciones relativas a la constitución de adopciones internacionales, como sucede, por ejemplo, en el caso del Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992, o el Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria hecho en Sofía el 23 de mayo de 1993.

5. En defecto de exequátur la adopción constituida ante autoridad extranjera podrá surtir efectos legales en España mediante tres vías jurídicas: bien a través de los Convenios bilaterales firmados por España con otros países; bien a través del régimen legal específico contenido en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción

Internacional; o bien a través de las normas de producción interna contenidas en los artículos 9 n.º 4 y 9 n.º 5 del Código Civil.

II. Inscripción en el Registro Civil español con arreglo al artículo 9 n.º 5 del Código Civil

1. Eficacia en España de las adopciones internacionales. Determinación del Registro Civil competente.

1.1 En defecto de todo instrumento internacional aplicable, las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras surten efectos legales en España en la forma prevista por el párrafo cuarto del artículo 9 n.º 5 del Código Civil, conforme al cual «En la adopción constituida por la competente autoridad extranjera, la Ley del adoptando regirá en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios. Los consentimientos exigidos por tal Ley podrán prestarse ante una autoridad del país en que se inició la constitución o, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente. En su caso, para la adopción de un español será necesario el consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España».

Se trata de una norma que fija los requisitos necesarios para que una adopción constituida por una autoridad extranjera surta efectos legales en España, incluyendo la determinación de la ley aplicable a la capacidad y consentimientos necesarios. Es, por tanto, una norma relativa a la «validez extraterritorial de resoluciones extranjeras», que regula, en consecuencia, la eficacia en España de las adopciones constituidas por autoridad extranjera, y sólo parcialmente una norma relativa a la determinación de la ley aplicable a algunos de tales requisitos. Por tanto, la autoridad pública española ante la que se suscite la cuestión de la validez de una adopción constituida ante autoridad extranjera controlará, incidentalmente, la validez de dicha adopción en España a través del artículo 9 n.º 5.IV del Código Civil, como ha sido señalado.

Esto es precisamente lo que ha de hacer el Encargado del Registro Civil español al que se le solicita la inscripción de una adopción internacional, que al calificar positivamente la documentación que se le presenta con la solicitud de inscripción realiza un reconocimiento incidental de la adopción internacional (*vid.* Consulta de la DGRN de 22 de diciembre de 2004), denegando la inscripción en caso de falta de la concurrencia de tales requisitos en aplicación de la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 enero, de protección jurídica del menor, conforme a la cual «para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero, el Encargado del Registro apreciará la concurrencia de los requisitos del artículo 9 n.º 5 del Código Civil».

1.2 Por lo que se refiere a la determinación del Registro Civil español competente para llevar a cabo la calificación y, en su caso, inscripción de las adopciones constituidas ante autoridad extranjera conviene clarificar ciertas dudas que han surgido en torno a esta cuestión, particularmente en relación con la competencia de los Registros Civiles Consulares, en aras de garantizar la máxima seguridad jurídica posible en la materia:

a) La Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, ha modificado mediante sus Disposiciones adicionales séptima y octava los artículos 16 y 18 de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil. En cuanto al primero, la reforma ha consistido en la adición de tres nuevos párrafos, conforme a los cuales en los casos de adopción internacional, el adoptante o adoptantes, podrán de común acuerdo solicitar directamente en el Registro Civil de su domicilio que se extienda la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, así como la extensión en el folio que entonces corresponda, de una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos, la oportuna referencia al matrimonio de estos y la constancia de su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado. La interpretación y determinación del alcance práctico de esta reforma ha sido objeto de la reciente Instrucción de 28 de febrero de 2006, de esta Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre competencia de los Registros Civiles Municipales en materia de adquisición de nacionalidad española y adopciones internacionales.

b) Las adopciones internacionales constituyen actos jurídicos relativos al estado civil de las personas afectadas que, siempre que afecten a españoles, deben ser inscritos en el Registro Civil español, correspondiendo la competencia para su calificación e inscripción, conforme a las reglas hasta ahora vigentes en la materia (*cfr.* arts. 15 LRC y 68 RRC) al Registro Civil Central o a los Registros Civiles Consulares, según los casos. La regla general de competencia en materia registral civil se contiene en el artículo 16, apartado primero, de la Ley del Registro Civil al disponer que «la inscripción de nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del lugar en que acaecen». En el supuesto de tratarse de hechos ocurridos en España no se plantea problema alguno. Aplicándose el principio de competencia territorial que se desprende del trascrito precepto, el hecho deberá inscribirse en el Registro Municipal, principal o delegado, en cuya circunscripción territorial acaece.

Para el supuesto de hechos ocurridos en el extranjero, inscribibles por afectar a un español, el artículo 12 de la Ley dispone que «Los Cónsules extenderán por duplicado las inscripciones que abren folio en el Registro de su cargo, uno de cuyos ejemplares será remitido al Registro Central para su debida incorporación. En uno y otro Registro

se extenderán en virtud de parte, todas las inscripciones marginales que se practiquen en cualquiera de ellos». En la Ley del Registro Civil no existe ningún otro precepto que determine o aclare la competencia concreta del Registro Central para practicar las inscripciones que abren folio.

Existe un tercer grupo de hechos, los ocurridos fuera de España cuyos asientos deban servir de base a inscripciones marginales exigidas por el Derecho español, en los supuestos de adquisición de la nacionalidad española por vía de adopción o de adquisición sobrevenida de la misma, respecto de los cuales tampoco está definido en la Ley registral el papel que juega el Registro Civil Central. De las normas hasta ahora mencionadas se desprende que tales hechos de estado civil deberían ser objeto de inscripción principal por los Registros Consulares de los correspondientes lugares de nacimiento, y sólo habría constancia en el Registro Central de las mismas a través de los duplicados recibidos.

El planteamiento anterior no varía por el hecho de que el artículo 18 de la Ley atribuya al Registro Civil Central una competencia residual para los supuestos en que el lugar de acaecimiento del hecho inscribible no corresponda a la demarcación de ningún Registro Municipal ni Consular, o cuando el Registro competente por razones extraordinarias no pueda funcionar.

En definitiva, las dos finalidades a que tiende el Registro Central son la de servir de Registro supletorio para ciertos supuestos de excepcionalidad y, en segundo lugar, permitir agrupar o concentrar en un único Registro los hechos inscritos en los Registros Consulares y dar publicidad a las situaciones jurídicas que de los mismos se deriven.

c) Es preciso acudir a las normas de competencia contenidas en el Reglamento del Registro Civil, para encontrar una determinación más concreta y específica de la competencia del Registro Civil Central en los supuestos antes indicados. En efecto, en el apartado segundo del artículo 68, tras reiterar en el apartado primero la regla general de competencia, se dice que «Cuando sea competente un Registro Consular, si el promotor estuviere domiciliado en España, deberá practicar antes la inscripción en el Registro Central y después, por traslado, en el Consular correspondiente». Por tanto, el Registro Central surge inicialmente como un Registro supletorio y de centralización de los asientos de los Registros Consulares, pero tal caracterización queda en parte modificada en el sentido de configurarse simultáneamente como un Registro Civil ordinario en virtud de lo dispuesto en el artículo 68 del Reglamento, con la particularidad, por otro lado, de que a partir de la reforma de este precepto por el Real Decreto 3455/1977, de 1 de diciembre, se rompe además, el criterio general de competencia del artículo 16 de la Ley para la práctica de la inscripción respecto de los hechos ocurridos en el extranjero, criterio que ya no va a ser el lugar de acaecimiento del hecho, sino la circunstancia de que el promotor esté domiciliado en España.

d) En los casos de adopciones internacionales constituidas por adoptante/s español/es a favor de menores extranjeros y ante autoridades extranjeras, cuando el adoptante/s tenga su domicilio fijado en España al tiempo de la adopción podría dudarse del fundamento de la eventual competencia del Registro Civil Consular en cuya demarcación se haya producido la constitución de la adopción o el nacimiento del adoptado, en el caso de que no coincidan (no ha de olvidarse que las adopciones dan lugar a inscripciones marginales cuya competencia viene determinada por el criterio de «conexión» del art. 46 LRC, de forma que han de extenderse al margen de la inscripción principal de nacimiento, siendo pues Registro competente para extender aquélla el que lo sea para practicar ésta). La duda surge del hecho de que generalmente se entiende que el promotor de la inscripción no es el adoptado sino los padres adoptantes, los cuales en el supuesto mencionado están domiciliados en España, lo que en aplicación del párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil debería determinar la fijación de la competencia en el Registro Civil Central, y no en el Consular. Así parece desprenderse *a sensu contrario*, por ejemplo, de la Resolución de este Centro Directivo de 30 de marzo de 1999 en cuyo Fundamento Jurídico VIII se afirma que «No es cierta la afirmación del Cónsul Encargado en el sentido de que carece de competencia para la práctica de la inscripción solicitada, correspondiendo ésta al Registro Civil Central, ya que eso sería así en el supuesto de que la adoptante tuviera su domicilio en España, por lo que acreditado en las actuaciones que ésta reside en Bruselas desde 1986, la competencia para la práctica de la inscripción solicitada es del Registro Civil Consular».

e) Frente a ello, la extendida práctica registral de inscribirse las adopciones internacionales en los Registros Civiles Consulares ha sido avalada por este mismo Centro Directivo en base al amplio y flexible concepto de «promotor» que acoge el artículo 24 de la Ley del Registro Civil, y que incluye en el mismo no sólo a las personas especialmente designados por la Ley en cada caso como obligados a promover la inscripción (en el caso del nacimiento todos los mencionados en el art. 43 LRC), sino también a «aquellos a quienes se refiere el hecho inscribible» (n.º 2), esto es, en el caso del nacimiento y de la adopción, el nacido y el adoptado. En base a esta amplitud, la Consulta de este Centro Directivo de 29 de abril de 1999 afirmó que «2.º En el supuesto contemplado, en el que el adoptante o adoptantes están domiciliados en España, no debe olvidarse que el adoptado está domiciliado en el extranjero, de modo que el promotor, al solici-

tar las inscripciones de nacimiento y de adopción actúa no tanto en su nombre propio, sino como representante legal del adoptado. 3.º Siendo esto así, no deja de ser promotor de las inscripciones el adoptado, por más que por su menor edad no pueda actuar por sí mismo. 4.º En consecuencia, no se infringe el párrafo 2.º del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil cuando estando el adoptado domiciliado en el extranjero se practican las inscripciones de nacimiento y de adopción en el Registro Consular correspondiente».

Este criterio lo hemos de ratificar ahora. No debe olvidarse que el rango reglamentario de la norma interpretada no permite ninguna interpretación que se traduzca en un mandato contrario a lo dispuesto por el precepto desarrollado, esto es, el artículo 16 de la ley registral civil conforme al cual los nacimientos se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del lugar en que acaecen. De hecho una parte de nuestra doctrina científica ya alertó acerca de la posible ilegalidad del párrafo 2.º del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil entendiendo que contenía un desarrollo incompatible con el expresado mandato legal, por más que la práctica registral y la propia doctrina de esta Dirección General hayan admitido la validez del precepto reglamentario. Pero por ello mismo se ha de entender que, aunque la literalidad del artículo 68 parece dar carácter imperativo a la inversión del orden de intervención de los órganos registrales consular y central para los casos a que se refiere cuando el interesado tiene su domicilio en España, ninguna objeción cabe oponer cuando aquél inste la inscripción directamente en el Registro Civil Consular por concurrir un interés particular en ello. Se puede afirmar en este sentido que existe en estos casos una suerte de fuero registral electivo que ha venido permitiendo al particular solicitar la inscripción de la adopción bien en el Registro Civil Central, bien, concurriendo cualquier interés legítimo para ello, en el Registro Civil Consular del lugar de constitución de la adopción o de nacimiento del adoptado. Por tanto, ninguna duda debe caber respecto de la base legal en que se asienta la competencia de los Registros Civiles Consulares en esta materia, tal y como ha venido siendo ejercitada en la práctica a lo largo de estos últimos años.

f) Sin embargo, no puede dejar de señalarse que la reforma introducida por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, al dar nueva redacción a los artículos 16 y 18 de la Ley del Registro Civil, a que se ha aludido en la letra a) de este apartado, supone un cierto giro en la cuestión tratada, ya que se aparta del criterio de la territorialidad del lugar de acaecimiento del hecho inscribible, como elemento preferente para determinar qué órgano registral es el competente, ahora ya a través de norma de rango legal, acogiendo como elemento referente el del domicilio del interesado para atribuir la competencia. Así resulta de la directriz tercera de la Instrucción de 28 de febrero de 2006 antes mencionada, conforme a la cual «Si bien el apartado 3 del artículo 16 de la Ley del Registro Civil alude a la posibilidad de los interesados de "solicitar directamente en el Registro Civil de su domicilio" las inscripciones correspondientes, ello no se debe entender en el sentido de mero auxilio registral, como se desprendería de la simple literalidad de la norma, pues en tal caso ésta sería superflua al coincidir sustancialmente con el artículo 2 del Reglamento del Registro Civil, sino en el sentido de fijar la competencia del Registro Civil en función, no del criterio territorial de acaecimiento del hecho inscribible, sino del domicilio de los interesados» (*cfr.* punto 1.º). No quiere ello decir que se haya suprimido radicalmente la competencia en esta materia de los Registros Consulares, pero sí que se observa una evolución que permite afirmar, por la interpretación conjunta de los artículos 16 n.º 3 de la Ley del Registro Civil, redacción dada por la Ley 24/2005, y 68.II del Reglamento del Registro Civil y de la Instrucción de 28 de febrero de 2006, que existe un «fuero registral preferente» a favor del Registro Civil Municipal del domicilio para practicar las inscripciones de las adopciones internacionales constituidas por adoptante/s español/es domiciliados en España, que no es sino manifestación de la finalidad que inspira la reforma legal citada de lograr una más plena equiparación entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza (*cfr.* arts. 14 y 39 de la Constitución y 108 del Código Civil), acercando el régimen registral de las adopciones internacionales al previsto para la inscripción del nacimiento de los hijos naturales por el artículo 16 n.º 1 de la ley registral civil, por mucho que el citado fuero registral a favor de los Registros Municipales del domicilio del adoptante/s no sea exclusivo, según se ha razonado, sino concurrente, al menos en el estadio normativo actual, con el de los Registros Consulares.

2. Los requisitos exigidos por el Código Civil español para el reconocimiento de las adopciones internacionales.

1. Los requisitos exigidos por el artículo 9 n.º 5.IV del Código Civil para que las adopciones internacionales puedan acceder al Registro Civil español, son los siguientes: 1.º Competencia de la autoridad extranjera; 2.º Control de la Ley estatal aplicada; 3.º Equivalencia de efectos entre la adopción extranjera y la adopción regulada en España; 4.º Exigencia del certificado de idoneidad español para ciertos adoptantes; 5.º Consentimiento de la entidad pública correspondiente en caso de adopción de un español; y, finalmente, 6.º Regularidad formal del documento donde consta la adopción.

Todos estos requisitos deben aplicarse e interpretarse, en todo caso, siempre, con arreglo al principio del «interés superior de los menores», tal

y como prescribe el artículo 3 n.º 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 al señalar que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

2. En cuanto a la competencia de la autoridad extranjera, el artículo 9 n.º 5.IV del Código Civil exige controlar que la adopción haya sido constituida por una autoridad extranjera «competente». Ello implica que deben acreditarse varios extremos.

Primero.–La adopción extranjera debe haber sido constituida por una «autoridad pública». No es necesario que se trate de una autoridad «judicial», siendo admisibles las inscripciones en el Registro Civil español de las adopciones constituidas por «autoridades administrativas extranjeras», como ha sido señalado este Centro Directivo (*vid.* Resolución de 5 de octubre de 1993). Por el contrario, no cabe admitir una adopción constituida por mero contrato entre las partes afectadas, y ello aunque sea válida en el país extranjero donde la adopción se constituyó.

Segundo.–La autoridad extranjera que constituye la adopción debe ser «internacionalmente competente» al efecto. El artículo 9 n.º 5.IV del Código Civil nada dice sobre cuáles sean los criterios con arreglo a los cuales se haya de verificar la competencia internacional de la autoridad extranjera. Para cubrir esta laguna este Centro Directivo ha venido entendiendo que procede aplicar los criterios derivados del propio Derecho Internacional Privado del Estado cuya autoridad constituyó la adopción, de forma que se entenderá que concurre este requisito cuando dicha autoridad se ajustó a los foros de competencia internacional previstos en sus propias normas de Derecho Internacional Privado (*cfr.* Resoluciones de 9 de febrero de 1989, 28 de abril de 1994, 6 de marzo de 1997). Se trata de un enfoque cuyos resultados prácticos se asemejan del método propuesto por parte de nuestra doctrina científica consistente en la denominada «bilateralización» de la norma contenida en el artículo 22 n.º 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que supone considerar competente la autoridad siempre que adoptante o adoptando estén vinculados al Estado de la autoridad de constitución por su nacionalidad o por su residencia habitual, ya que en ausencia de dichas conexiones, con arreglo al primer criterio indicado, debería intervenir el orden público internacional español al faltar una vinculación razonable entre la adopción y el país de la autoridad que la ha constituido («foro exorbitante»), como también ha indicado la Resolución de 16.1.ª de septiembre de 2000 de este Centro Directivo.

3. Por lo que se refiere al control de la Ley estatal aplicada, se centra en el mandato contenido en el artículo 9 n.º 5.IV del Código Civil que exige la aplicación de la «Ley del adoptando» a los «consentimientos y a la capacidad». Se trata de un requisito que busca el objetivo de asegurar la continuidad de la adopción internacional entre el «Estado de origen» y el «Estado receptor». De este modo, la adopción válidamente constituida en un Estado extranjero (Estado de origen) será también considerada válida y eficaz en España (Estado receptor). Los consentimientos exigidos por tal Ley podrán prestarse ante una autoridad del país en que se inició la constitución o, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente.

Ahora bien, la falta de precisión técnica del precepto ha generado diversas dificultades de interpretación que, por evidentes razones de seguridad jurídica, conviene aclarar:

Primero.–El precepto no concreta si se refiere a los consentimientos y a la capacidad sólo del «adoptando» y/o de los «adoptantes». Pues bien, debe entenderse que el artículo 9 n.º 5.IV del Código Civil se refiere a todos los «consentimientos» necesarios, esto es, los consentimientos del adoptando y los consentimientos de los adoptantes. Además, se ha de extender la misma regla también a los «asentimientos» y a las «audiencias» requeridas para una válida constitución de la adopción, como ha señalado esta Dirección General (*vid.* Resoluciones de 6 de mayo de 1999, 20 de mayo de 2000 y 9.9.ª de septiembre de 2002). Finalmente también el control de la Ley aplicable a la «capacidad» comprende el control de las «prohibiciones de adoptar», por ejemplo, a los descendientes o a ciertos mayores de edad (*vid.* Resolución de 12.6.ª de septiembre de 2002).

Sin embargo, se considera contraria al orden público internacional español la aplicación de la Ley nacional del adoptando que no exige el consentimiento y/o la audiencia del adoptando mayor de doce años. En tal caso, la adopción, aunque haya sido constituida por autoridad extranjera con arreglo a la correspondiente Ley estatal, no surtirá efectos legales en España (art. 12.3 Código Civil).

Segundo.–El precepto no concreta si la Ley cuya aplicación debe ser controlada por la autoridad española es la «Ley nacional del adoptando» o la «Ley de su residencia habitual» o la «Ley de su domicilio». La cuestión se resuelve entendiendo que la ley aplicada ha de haber sido la Ley estatal a la que remiten las propias normas de conflicto del país extranjero de constitución que, generalmente, será la «Ley nacional del adoptando» que coincidirá además con la Ley del domicilio y/o residencia habitual del adoptando y con la Ley del país al que pertenece la autoridad que constituyó la adopción (*cfr.* Resoluciones de 4 de julio de 1994, 6 de marzo de 1997, 20 de mayo de 2000, 6.2.ª de mayo de 2000, 9.9.ª de septiembre de 2002, 9.3.ª de abril de 2003,

9.4.ª de abril de 2003, y 4 de julio de 2005). En definitiva, el control de la Ley aplicada debe referirse a la Ley estatal, sea ésta cual fuere, que la autoridad extranjera debió aplicar a la adopción con arreglo a su propio sistema de conflicto de Leyes.

Tercero.–Debe controlarse la legalidad de la «forma de la adopción» constituida por la competente autoridad extranjera, de modo que deben haberse respetado los requisitos formales exigidos por alguna de las Leyes contempladas en el artículo 11 Código Civil, que favorece la validez formal de los actos, en este caso de las adopciones, al admitir alternativamente su conformidad formal bien con la legislación del país de constitución, bien con la ley aplicable al contenido, bien con la ley personal del otorgante (*cfr.* Resoluciones de 6 de marzo de 1997, 6.2.ª de mayo de 2000, 28.1.ª de abril de 1998).

4. El art. 9.5.IV Código Civil indica con claridad que no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española. Sobre esta exigencia han recaído ya diversos pronunciamientos de esta Dirección General que, dado su valor interpretativo, resulta conveniente sistematizar:

Primero.–La «correspondencia de efectos» no debe ser absoluta o total, pero sí «fundamental», y en este sentido resulta más apropiado hablar de «equivalencia» que de «igualdad» de efectos (*cfr.* Resoluciones de 9.9.ª de septiembre de 2002, 24-3.ª de septiembre 2002 y Consulta DGRN de 2 de diciembre de 2004).

Segundo.–Los «concretos efectos» de la adopción extranjera que se deben corresponder con los previstos por la Ley española son los siguientes:

1.º Extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art. 178 Código Civil), como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado (*cfr.* Resoluciones de 19 de mayo de 2001, 5.2.ª de abril de 2000, 30 de marzo de 1999, 9.9.ª de septiembre de 2002, y 4 de julio de 2005);

2.º Establecimiento del mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza. Se trata de un efecto absolutamente fundamental. La adopción debe ser en este sentido «una institución que procura el desarrollo integral del niño en el seno de una familia estableciendo el mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza» (*cfr.* Resoluciones de 4.3.ª de octubre de 1996, 30 de marzo de 1999, 9.9.ª de septiembre de 2002, y 24.3.ª de septiembre de 2002); se trata de un efecto paralelo al anterior basado en la idea de que la filiación es indivisible y no compartida entre dos familias.

En este sentido hay que recordar que en el Derecho español la adopción ha sido definida como el acto judicial por el que se hace efectiva la voluntad de una persona o pareja de que legalmente sea hijo suyo quien por naturaleza no lo es. Ello supone que el título de atribución del estado civil de filiación no es sólo el hecho de la generación, filiación que tiene lugar por naturaleza, sino también por un acto jurídico, y no hecho natural, a través de la adopción (art. 108 CC). La naturaleza de esta materia (relación de filiación) exige que no quepan otras modalidades que las estrictamente previstas en la ley. Se trata, por tanto, de una materia sujeta a un régimen jurídico de *ius cogens*. En concreto desde la reforma del Código Civil de 1987 en el Derecho español tan sólo existe una única modalidad de adopción, que incluso supera en efectos a la antiguamente denominada adopción plena, pues dicha reforma implantó el principio de la equiparación plena entre la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva. De hecho la filiación adoptiva no crea un simple *status filii* (o relación paterno-filial entre adoptante y adoptado), sino un *status familiae* (esto es, una relación no sólo respecto del adoptante, sino también respecto de la familia de éste).

3.º Carácter irrevocable de la adopción. Así lo proclama con claridad el artículo 180 del Código Civil en su n.º 1 conforme al cual «La adopción es irrevocable», y así lo ha venido interpretando la doctrina oficial de este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones de 1-2.ª de septiembre 1995, 9.9.ª de septiembre de 2002, y Consulta DGRN de 22 de diciembre de 2004, entre otras). Una adopción revocable por los particulares no podrá acceder a los Registros españoles. Ahora bien, el mismo artículo 9 n.º 5.IV del Código Civil indica que los adoptantes pueden renunciar a la revocabilidad en documento público o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil, con lo que la adopción extranjera en tales casos puede inscribirse en los Registros españoles y surte efectos en España (*vid.* Resolución de 6.2.ª de mayo de 2000). En el caso de las revocaciones judiciales o decretadas por la autoridad judicial, es necesario un estudio caso por caso en función de las causas a que pueda responder dicha revocación, partiendo en todo caso del dato de referencia de que incluso los supuestos de extinción judicial de la adopción presenta en nuestro Derecho un carácter excepcionalísimo, limitado a los casos en que el padre o la madre, sin culpa suya, no hubieren tenido la intervención en el expediente de adopción que prevé el Código Civil –art. 180.2 CC– (*cfr.* Resoluciones de 11.1.ª de marzo de 1997, 30 de marzo de 1999, y Consulta DGRN de 2 de diciembre de 2004).

Además, como elemento distinto al de la revocabilidad, el acto a través del cual se constituye la adopción por autoridad extranjera debe ser «firme» por haber precluido los plazos previstos, en su caso, para su impugnación, o por haber sido desestimados los recursos que contra la misma se

hayan podido interponer (Consulta DGRN de 22 de diciembre de 2004).

Tercero.–Obsérvese, sin embargo, que el artículo 9 n.º 5.IV del Código Civil exige esta igualdad o equivalencia de efectos exclusivamente respecto de las adopciones en las que el adoptante es español. El fundamento de esta delimitación del supuesto de hecho se ha encontrado en una razón de «Derecho registral conflictual», dado que a falta de tal condición las adopciones, en principio, no acceden al Registro Civil español por falta de competencia, pues cuando la adopción se ha constituido en el extranjero por un adoptante extranjero y respecto de un adoptando extranjero, que no adquiere por la adopción la nacionalidad española (art. 19.1 Código Civil), no existe punto de conexión con nuestro Derecho que habilite tal competencia (*cfr.* art. 15 LRC y 68 RRC). Sin embargo, sería razonable exigir, dada la identidad de razón del supuesto con el previsto por el artículo 9 n.º 5 del Código Civil, esta «igualdad de efectos» también a las adopciones constituidas en el extranjero que deben acceder al Registro Civil español, sea español o extranjero el adoptante, como sucede cuando el adoptante es extranjero pero el adoptando es español y conserva su nacionalidad española. Con esta interpretación, no acceden al Registro Civil español las «adopciones simples», sino sólo «adopciones plenas».

Cuarto.– Existen «adopciones extranjeras» cuyos efectos no son equiparables a los que produce la adopción regulada en España y que, por tanto, no surten efectos en España como «adopciones». Dentro de este grupo deben distinguirse dos supuestos.

En primer término, la *kafala* del Derecho musulmán. La *kafala* del Derecho de los países de inspiración coránica es una institución que no crea un vínculo de filiación entre el *kafils* o persona que asume la *kafala* del menor y este último, y que se limita a fijar una obligación personal por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptando y se obligan a atender su manutención y educación, de forma similar a la situación de acogimiento o prohijamiento del Derecho español (*cfr.* Resoluciones de 14 mayo 1992, 18 octubre 1993, 14 mayo 1992, 13 octubre 1995, 25 abril 1995, y 27.5.ª de febrero y 21 de marzo de 2006). En efecto, el Derecho islámico clásico no regula ninguna institución como la adopción plena del Derecho español, esto es, equiparando la posición jurídica del hijo adoptivo con la propia de la filiación natural en cuanto a la creación de vínculos de parentesco y cambio subsiguiente en el estado civil de las personas. Ello se debe a que el Corán prohíbe que el hijo adoptivo se integre en la familia con los mismos apellidos y los mismos derechos sucesorios que los hijos naturales (*vid.* versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII), tan sólo se admite que el niño acogido, que no adoptado, se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona la nueva familia de acogida. No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio (*cfr.* arts. 121 a 123 del Código de Familia argelino, y arts. 83.3 de la *Mudawana* marroquí y arts. 2 y 17 del *Dahir* n.º 1-02-172 de 13 de junio de 2002 relativo a la promulgación de la Ley n.º 15.01 relativa a la toma a cargo –*kafala*– de niños abandonados).

En segundo término, se hallan las «adopciones simples» o «menos plenas». Estas adopciones sí crean vínculos de filiación entre adoptando y adoptantes, pero no rompen los vínculos con la familia de origen, ni suelen surtir los mismos efectos que la adopción plena en lo que se refiere al «contenido de la filiación» y, además, suelen ser revocables. Es el caso de la «adopción ordinaria» de la Ley de la República Dominicana (*cfr.* Resolución de 12 de julio de 1996, 29.1.ª de mayo de 1998), de la «adopción simple» del Derecho de El Salvador (Resolución de 1.2.ª de septiembre de 1995, 27 de enero de 1996, 29 de febrero de 1996), de la adopción prevista en el Derecho de México (Resolución de 1 de abril de 1996, 22 de abril de 1996, 16 de septiembre de 1996, 24 de enero de 1997), de la «adopción simple» del Derecho paraguayo (Resolución de 24 de junio de 1995, 1.1.ª de septiembre de 1995, 30.1.ª de octubre de 1996), de la adopción del Derecho brasileño (4-3.ª de octubre de 1996), de la adopción simple del Derecho de Guatemala (5.2.ª de abril de 2000, 19 de mayo de 2001, 3 de abril de 2002, 7 de diciembre de 2002, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de marzo de 2001), de la adopción del Derecho libanés (Resolución de 23.4.ª de enero de 2004), de la adopción simple argentina (Resolución de 4 de julio de 2005), de la adopción de Haití (Resolución de 19 de noviembre de 2005) y de la adopción de Etiopía a favor de menores de padres conocidos y no desamparados (Resolución de 6.1.ª de abril de 2006). Por el contrario, las adopciones de Etiopía respecto de menores abandonados, o en situación legal de desamparo por fallecimiento, ausencia o incapacidad de sus progenitores y en aquellos otros casos de menores cuyos padres son desconocidos o respecto de los cuales no se ha podido determinar legalmente su relación de filiación se consideran plenas (*vid.* Consulta DGRN de 11 de julio de 2006). Países como Francia, Mónaco, Portugal, Bulgaria y Polonia admiten en su Derecho las «adopciones simples».

No obstante, hay que advertir inmediatamente, a fin de evitar toda confusión sobre el particular, que las Resoluciones que se acaban de citar adoptan el criterio de la falta de equivalencia de efectos con la adopción española de las adopciones constituidas por las respectivas autoridades públicas de los países mencionados con arreglo a

la legislación vigente en tales países en las fechas en que tales Resoluciones se dictaron (en rigor, en la fecha en que se dictó la calificación cuyo recurso fue resuelto por las citadas Resoluciones), sin que, en consecuencia, la lista de los países que se menciona prejuzgue en modo alguno cuál sería la decisión en caso de que la adopción se constituyese en la actualidad, en función de los posibles cambios que hayan tenido lugar en el Derecho interno de tales países, o la evolución futura que los mismos puedan presentar. La constatación anterior lleva a la idea de la conveniencia de elaborar un estudio completo, sistemático y permanentemente actualizado, con objeto de su difusión pública, de la legislación interna sobre adopciones de aquellos países de procedencia de los menores adoptados por ciudadanos españoles, objetivo que por exceder de las competencias exclusivas de este Centro Directivo no puede abordarse en el marco de la presente Resolución-Circular, sin perjuicio de su obligada participación en tales estudios y publicaciones por razón de sus atribuciones en materia de Registro Civil, órgano en que finalmente reside la función de otorgar el reconocimiento de las adopciones internacionales por medio de la práctica de las correspondientes inscripciones registrales.

Quinto.–Ni la *kafala* ni las «adopciones simples» serán reconocidas en España como propias adopciones. Pero ello no significa que tales instituciones, si han sido válidamente constituidas en el extranjero, no surtan ningún efecto legal en España. A este respecto, es conveniente distinguir nuevamente los dos supuestos anteriores:

a) La *kafala* musulmana y otras instituciones de prohijamiento de menores que no crean vínculos de filiación entre los *kafils* –o persona que asume la *kafala* del menor– y este último, pueden ser reconocidas en España si han sido válidamente constituidas por autoridad extranjera, siempre que no vulneran el orden público internacional español y si los documentos en los que constan se presentan debidamente legalizados y traducidos a idioma oficial español (arts. 323 y 144 LEC 1/2000). Ahora bien, nunca podrán ser reconocidas en España «como adopciones», sino que, a través de la técnica jurídica propia del Derecho Internacional Privado de la «calificación por la función», puede entenderse que tales instituciones, desconocidas para el Ordenamiento jurídico español, desarrollan en el Derecho extranjero una función similar a la que despliega, en Derecho español, el «acogimiento familiar» que produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, bien con carácter transitorio –acogimiento familiar simple–, bien con carácter permanente –acogimiento familiar permanente–, pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres (*cfr*. arts. 173 y 173 bis CC y Resoluciones de 14 de mayo de 1992, 18 de octubre de 1993, 13 de octubre de 1995 y 1 de febrero de 1996). Por tanto, dada su similitud funcional, la *kafala* puede considerase en España como un «acogimiento familiar».

b) Las adopciones simples o menos plenas, a diferencia de la *kafala*, generan un «vínculo de filiación» con la nueva familia, pero, por el contrario, no establece el efecto paralelo de romper o extinguir la relación de filiación con la familia natural, cuyos vínculos se conservan, ni, en general, el contenido de la nueva filiación creada se equipara plenamente en cuanto a sus efectos y régimen de derechos, obligaciones y causas de extinción con la filiación natural y adoptiva plena.

No obstante, cabe siempre «convertir» la «adopción simple» en «adopción plena» en el Estado extranjero donde se constituyó la adopción simple, si así lo prevé su legislación, lo que facilitará en gran medida la inscripción en los Registros españoles de la adopción válidamente constituida en el extranjero. Por tanto, los problemas más agudos surgen cuando la «adopción simple» de un menor por parte de adoptantes españoles ante la competente autoridad extranjera se presenta, posteriormente, ante las autoridades españolas sin haber sido convertida en «adopción plena» en el país de origen y sin que sea aplicable al caso ningún instrumento internacional, y en particular, el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Por ello se ha abogado a favor de que el Ordenamiento Jurídico español dispusiera de un mecanismo legal para facilitar la «conversión» en adopciones plenas de las adopciones simples válidamente constituidas en el extranjero y no convertidas en el país de origen. Sin embargo, tal mecanismo legal no ha sido previsto por el legislador (de hecho en el Proyecto de Ley de reforma del art. 9 n.º 5 del Código Civil que dio lugar a la nueva redacción del mismo por Ley 18/1999, de 18 mayo, se contemplaba expresamente la posibilidad de convertir una adopción simple en adopción plena, pero dicha posibilidad desapareció durante la tramitación parlamentaria de la ley). Además, ningún Convenio internacional obliga a España a disponer de este «cauce de conversión» (*vid*. Resoluciones de 19 de mayo de 2001, 4 de julio de 2005 y de 19 de noviembre de 2005).

En tales casos se producen las siguientes consecuencias jurídicas:

1.ª) La adopción simple válidamente constituida en país extranjero no podrá inscribirse en los Registros españoles. Cabe simplemente, una anotación de la misma en el Registro Civil español a través del artículo 38.3 Reglamento del Registro Civil; como ha puesto recientemente de manifiesto la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 6.1.ª de abril de 2006 las

adopciones simples no guardan puntos de contacto con la adopción del Código Civil español y no pueden considerarse incluidas en la lista de actos inscribibles que contiene el artículo 1.º de la Ley del Registro Civil, so pena de producir graves equívocos en cuanto a la eficacia de la adopción inscrita.

2.ª) El adoptado no adquiere la nacionalidad española en virtud de esta adopción simple (*cfr.* art. 19.1 del Código Civil, y Consulta DGRN de 3 de septiembre de 1992, 19 de febrero de 1992, 14 de mayo de 1992, 4.3.ª de octubre de 1996, etc.).

3.ª) El hecho de que estas adopciones simples no sean inscribibles en los Registros españoles no significa, sin embargo, que no produzcan ningún efecto legal en España. Tampoco los matrimonios poligámicos son inscribibles en España por ser contrarios a nuestro orden público internacional (*cfr.* Resoluciones de 22.1.ª de octubre de 2004, 10-4.ª de diciembre de 2004, Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, entre otras) y, sin embargo, tanto la doctrina oficial de esta Dirección General de los Registros y del Notariado como la jurisprudencia admiten que tales matrimonios pueden producir «ciertos efectos legales» en España, los llamados «efectos legales periféricos» que el matrimonio poligámico surte en otros órdenes jurídicos distintos del propio del estado civil, por razones de seguridad jurídica internacional. Así, como ha destacado la mejor doctrina científica, un matrimonio poligámico puede ser considerado en España como institución jurídica válida a ciertos efectos, por ejemplo, a efectos sucesorios, de solicitud de alimentos por parte de la segunda esposa, o a los efectos de la determinación de la pensión de viudedad de la segunda esposa (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 29 julio 2002, Sentencia del Juzgado de lo Social de A Coruña de 13 de julio de 1998), entre otros efectos.

El mismo planteamiento es defendible en relación con las adopciones simples legalmente constituidas ante competente autoridad extranjera, máxime considerando que en el caso de las adopciones simples estamos en presencia de una institución que no puede ser considerada funcionalmente equivalente a la adopción única prevista por nuestro Derecho pero sin por ello entrar en contradicción con nuestro orden público internacional.

Llegados a este punto la cuestión que se plantea es la de concretar los «efectos legales periféricos» que sí surten estas adopciones simples. Pues bien, a tal fin se ha de partir de lo dispuesto por el artículo 9 n.º 4 del Código Civil, precepto que fija la ley aplicable en materia de filiación, dado que las adopciones simples sí crean un vínculo de filiación. La Ley nacional del menor, distinta de la española pues, como se indicó, el adoptado en tales casos no adquiere la nacionalidad española del adoptante o adoptantes, determinará, conforme al citado precepto, la existencia, validez y efectos de tales adopciones simples, incluyendo la cuestión de saber a quién corresponde la patria potestad;

4.ª) Debe recurrirse a la técnica de la «calificación por la función» cuando ello potencie el interés del menor. Así, debe estimarse que, a efectos de la conversión de la adopción simple en adopción plena, las «adopciones simples» pueden servir de plataforma legal para una adopción plena del menor en España con arreglo al Derecho español (art. 9.5 del Código Civil), tal y como opera el «acogimiento familiar» (*cfr.* Resoluciones de 14 de mayo de 1992, 18 de octubre de 1993, 13 de octubre de 1995 y 1 de febrero de 1996). Por tanto, la adopción simple válidamente constituida en el extranjero será tratada jurídicamente en España como un «acogimiento familiar» a los exclusivos efectos de la constitución posterior y *ex novo*, de una adopción plena en España, adopción que se constituirá con arreglo al Derecho material español (art. 9 n.º 5 Código Civil que para las adopciones constituidas ante autoridad judicial española parte del principio *Lex fori in foro proprio)* y que será sencilla, pues no es precisa la «propuesta previa de la Entidad Pública» al presuponer la adopción simple una situación funcionalmente equiparable al acogimiento familiar, en presencia del cual el artículo 176 n.º 2.3.ª del Código Civil excepciona la exigencia de la citada propuesta (*cfr.* Resoluciones de 18 de octubre 1993, 23.4.ª de enero de 2004, 19 de noviembre de 2005).

5.ª) Los problemas derivados de la eficacia en España de las adopciones simples legalmente constituidas ante autoridad extranjera se han visto fuertemente mitigados en la actualidad por el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, que aborda satisfactoriamente esta problemática. El cada vez más alto número de Estados partes en este Convenio internacional reduce sustancialmente la incidencia práctica de los efectos en España de adopciones simples constituidas por autoridad extranjera, toda vez que el artículo 17 del Convenio, asumiendo una técnica de seguridad jurídica preventiva, se anticipa al problema prescribiendo que el Estado de origen sólo podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si «c) Las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción», lo que permite a las Autoridades Centrales españolas denegar su conformidad a la constitución de las adopciones simples que no puedan ser objeto de conversión en plena. Así resulta con claridad del documento de trabajo número 162, presentado por el grupo que examinó entre otros el artículo 17, explicando de la siguiente manera el principio que inspira el apartado c): «si una adopción prevista se considera aceptable en el Estado de origen, pero existen dificultades jurídicas en el Estado de recepción, en relación a la edad del niño, o a la diferencia de edad

entre el niño y los futuros padres adoptivos, o a la no posibilidad de conversión de la adopción simple en plena, o la posible revocación de la misma, el Estado de recepción puede intervenir en este momento y manifestar su oposición a que se siga el procedimiento».

5. El artículo 9 n.º 5.IV del Código Civil exige para el reconocimiento en España de la adopción constituida ante autoridad extranjera en los casos en que el adoptante es español y está domiciliado en España al tiempo de la adopción, la intervención de la Entidad pública competente al requerir un certificado de idoneidad del adoptante o adoptantes (*cfr.* Resolución de 24.3.ª de septiembre de 2002). El certificado de idoneidad debe acreditar la capacidad jurídica del solicitante, siempre con arreglo a la Ley material española (art. 9 n.º 1 y n.º 5.I CC).

El objetivo de este requisito es el de evitar que personas no idóneas para ser adoptantes acudan a países que no controlan con rigor la idoneidad de los adoptantes e insten en tales países una adopción que, posteriormente, intentan que sea reconocida en España. En ausencia de este requisito esta Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que se debe denegar el reconocimiento y, en consecuencia, la inscripción en el Registro civil español (Resoluciones de 16.2.ª de febrero de 1998 y 16.3.ª de febrero de 1998).

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha sido estricta con la exigencia rigurosa de este requisito, aplicándolo incluso respecto de adopciones constituidas antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, pero cuya inscripción se solicitaba después de su vigencia (*vid.* Resoluciones de 25.3.ª de junio de 1999 y 21.1.ª de diciembre de 2001). No obstante, este rigor queda atenuado por el reconocimiento de la posibilidad de que el certificado de idoneidad se obtenga después de constituida la adopción en el extranjero, no siendo necesario que sea previo (*cfr.* Resolución de 25.3.ª de junio de 1999). El certificado de idoneidad lo expide la entidad pública de la Comunidad Autónoma correspondiente a la residencia habitual de los solicitantes. Si tal certificado es denegado, puede recurrirse ante los tribunales en la vía civil (Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 23 de marzo de 2004).

La regla general enunciada presenta, no obstante, alguna excepción importante. Así, aunque el adoptante sea español y resida habitualmente en España, no debe exigirse este «certificado de idoneidad» si se trata de una adopción que, de haberse constituido en España, no hubiera requerido tal certificado, ya que el fundamento de la exención en este caso no varía por el hecho de que la adopción tenga carácter internacional. Es el caso del adoptante que es cónyuge del progenitor del adoptando (*vid.* Resolución de 12 de junio de 2002), y del adoptando mayor de edad (Resolución de 12-6.ª de septiembre de 2002). Finalmente, no por tratarse de una excepción, sino por no constituir un supuesto subsumible en el tipo legal enunciado por la norma, no se precisa certificado de idoneidad en los casos en que el adoptante no esté domiciliado en España en el tiempo de la adopción (*cfr.* art. 9 n.º 5.IV CC), debiendo entenderse por domicilio a estos efectos el que a efectos de ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones civiles prevé el artículo 40 del Código Civil, esto es, el lugar de la residencia habitual del adoptante. Como puso de manifiesto esta Dirección General de los Registros y del Notariado en su Consulta de 2 de febrero de 1999 «la declaración de idoneidad no es exigible cuando el adoptante español es residente en el extranjero, lo que significa que ha de ser el extranjero el lugar de su residencia habitual (artículo 40 del Código Civil); sin que pueda excluirse algún caso en que sea claro el propósito del adoptante de fijar su domicilio en el extranjero, es razonable entender que la residencia habitual en el extranjero se manifiesta por ser residente legal en el país de que se trate» (*ibidem* Orden-Circular de la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares número 3230, de 26 de febrero de 1999).

6. El artículo 9 n.º 5.IV del Código Civil exige un requisito complementario en caso de adopción de un español. Para la adopción de un español es necesario el consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España. Ello sólo se exigirá si el adoptando ha residido en España en algún momento. El objetivo de este requisito, de escasa aplicación práctica en la actualidad por ser España esencialmente un «Estado de recepción» en materia de adopción (*vid.* Resolución de 5 de octubre de 1993), es evitar el fraude que podría consistir en trasladar el domicilio o residencia del adoptando español al extranjero para evitar la necesidad de una propuesta previa por parte de la Entidad Pública española.

7. Según la legislación registral, el documento en el que consta la adopción llevada a cabo ante autoridad extranjera debe contener la legalización, exigida por el artículo 88 del Reglamento del Registro Civil, si bien se eximen de la misma los documentos cuya autenticidad le consta directamente al Encargado del Registro o si los documentos le han llegado por vía oficial o por diligencia bastante a dicho Encargado (*cfr.* Resolución de 28 de abril de 1994). La legalización debe realizarse por el Cónsul español del lugar en que se expidan los documentos o por el Cónsul del país extranjero en España. La ausencia de este requisito constituye un defecto que impide la inscripción registral (Resolución de 22.1.ª de enero de 1998). No obstante, se ha de recordar que la exigencia de legalización se sustituye por el trámite de la apostilla en aquellos supuestos en que los documentos hayan sido expedidos por funcionarios de Estados parte del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, así como en aque-

llos casos en que resulte aplicable el Convenio de Atenas de 15 de septiembre de 1977 de la Comisión Internacional del Estado Civil (en vigor para España desde el 1 de mayo de 1981), del que deben subrayarse las siguientes ideas:

1.ª Se entiende por «legalización» la formalidad destinada a comprobar la autenticidad de la firma puesta en un documento, la calidad en que ha obrado el firmante del mismo y, en su caso, la identidad del sello que lleve el mismo documento.

2.ª El ámbito de aplicación de este Convenio se refiere a los documentos relativos al estado civil, a la capacidad o a la situación familiar de las personas físicas, a su nacionalidad, domicilio o residencia, cualquiera que sea el uso al que estén destinados, así como los documentos relativos a la celebración del matrimonio o a la formalización de un acto del estado civil.

3.ª La dispensa de legalización no implica la sustitución de la misma por trámite o formalidad alguna. En este sentido el Convenio de Atenas va más allá de lo contemplado en el Convenio de La Haya. Ahora bien, no por ello la dispensa tiene carácter automático y forzoso en todo caso, sino que se establece la previsión de que, no habiendo sido transmitido el documento por vía diplomática o por otra vía oficial, en caso de duda grave relativa a la autenticidad de la firma, a la identidad del sello o a la competencia del firmante, la autoridad a la que se presente procederá a su comprobación a través de la propia autoridad que lo haya expedido. Esta comprobación se facilita tanto por poder reclamarse directamente a través de la autoridad de origen, como por el mecanismo formal previsto al efecto, consistente en una fórmula homogénea, que se adjunta en modelo normalizado como Anexo al propio Convenio.

La dispensa de legalización de las certificaciones de las actas del Registro Civil y otros documentos a que se refiere el mencionado Convenio actúa en el ámbito de los requisitos de forma, permitiendo su consideración de documentos auténticos y conformes con la Ley aplicable a las formalidades y solemnidades documentales establecidas por el país de origen del documento, pero, como ha indicado la reciente Instrucción de 20 de marzo de 2006 sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, no ampara ninguna presunción de legalidad del contenido del documento o de la realidad de los hechos reflejados en el mismo, cuyo enjuiciamiento y valoración quedan sujetas a la apreciación del funcionario o autoridad española ante la que se pretendan hacer valer los efectos derivados de tales documentos, y cuya apreciación habrá de atenerse a los criterios de la Ley que resulte aplicable al fondo del asunto o materia de que se trate, que se vienen analizando en la presente Resolución-Circular.

Finalmente, el documento en el que consta la adopción constituida válidamente en el extranjero debe presentarse igualmente, traducido a idioma oficial español. Así lo exige el artículo 86 del Reglamento del Registro Civil, precepto que, no obstante, permite que el Encargado del Registro prescinda de la traducción si al mismo le consta el contenido del documento extranjero. En su defecto, la traducción puede realizarse por Notario, Cónsul, Traductor u otro órgano o funcionario competente.

III. Inscripción en los registros españoles de las adopciones certificadas «en conformidad» con el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional

1. Los objetivos del Convenio de La Haya de 1993.–Especial atención debe prestarse al régimen jurídico de la validez y de la inscripción registral de las adopciones certificadas de conformidad con el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. El Convenio entró en vigor para España el 1 noviembre 1995. Se trata de un instrumento internacional de gran relieve en la regulación de las adopciones internacionales. Es un Convenio *inter partes* que actualmente está en vigor en más de 50 Estados (el listado actualizado se puede consultar en la página web de la propia Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: www.hcch.net), que engloban tanto «países de origen» de los menores, como «países de recepción».

El Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 persigue los siguientes objetivos:

1.º Establecer garantías para que las adopciones internacionales se realicen en atención al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que les reconoce el Derecho internacional. En este sentido, el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 desarrolla, en lo relativo a la adopción internacional, los derechos del niño enunciados en la Convención (ONU) sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989, en vigor para España desde el 5 enero 1991.

2.º Fijar un sistema de colaboración entre las Autoridades de los Estados partes para evitar el tráfico, la venta y la sustracción de los menores.

3.º Asegurar el reconocimiento de pleno derecho en los Estados partes de las adopciones realizadas con arreglo a lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, aspecto que es el que más interesa a los efectos de la presente Resolución-Circular, al afectar al régimen jurídico de la inscripción en los Registros españoles de las adopciones internacionales certificadas «en conformidad con el Convenio».

2. El Ámbito de aplicación del Convenio de La Haya.– El ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 viene definido por las siguientes reglas:

Este Convenio sólo se aplica entre los Estados partes en el mismo, es un Convenio *inter partes*, por lo que ninguno de los Estados contratantes queda vinculado frente a Estados que no sean parte del Convenio.

Además, el Convenio sólo se aplica a las «adopciones que establecen un vínculo de filiación» aunque no implique ruptura con la familia de origen del menor, lo cual significa que el Convenio se aplica a las adopciones plenas y también a las adopciones simples o menos plenas, esto es, adopciones que no suponen la ruptura de vínculos entre el adoptando y su familia de origen, pues ambas adopciones, plenas y simples, comportan un «vínculo de filiación». No se aplica, sin embargo, a ciertas figuras jurídicas que, aunque son conocidas en ciertos países con el *nomen iuris* de «adopciones», no crean vínculos de filiación entre adoptado y adoptantes. Por el mismo motivo la *kafala* musulmana está excluida del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993.

El Convenio se aplica a toda adopción, sea revocable o irrevocable.

El Convenio se aplica exclusivamente a las «adopciones transnacionales», esto es, a las adopciones que comportan un desplazamiento del menor entre dos Estados partes, el Estado de recepción en el que debe tener su residencia habitual el adoptante al tiempo de formular su solicitud, y el Estado de origen, en que debe residir el adoptando cuando la Autoridad Central emite el informe previsto por el artículo 16 del Convenio (*vid.* art. 2 Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993).

El Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, sin embargo, no regula la «competencia judicial internacional» para constituir la adopción internacional, ni tampoco la «Ley aplicable» a la misma. Por ello, el artículo 22 n.º 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que regula la competencia judicial internacional en materia de adopción, y el artículo 9 n.º 5.I del Código Civil, que fija la Ley reguladora de las adopciones internacionales, son plenamente aplicables a las adopciones cubiertas por el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993.

El Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 se aplica cualquiera que sea el adoptante: aunque el artículo 2 n.º 1 del Convenio sólo se refiere expresamente a las adopciones solicitadas bien por cónyuges, bien por una persona sola, el «Informe explicativo» oficial anejo al Convenio aclara que esta redacción no responde al propósito de excluir las adopciones solicitadas por otras personas, por lo que este aspecto de la capacidad de los adoptantes se habrá de regir por la ley aplicable a dicha capacidad conforme a las correspondientes normas de conflicto del Derecho Internacional Privado del Estado de recepción del menor. Lo cual implica que en el caso español cabe la adopción por matrimonios del mismo o distinto sexo (*vid.* art. 44 del Código Civil modificado por la Ley 13/2005, de 1 de julio), o por parejas de hecho unidas de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal (Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de diciembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción), con las particularidades establecidas por la legislación civil de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.

Finalmente, en cuanto al adoptando, el Convenio sólo se refiere a las adopciones de menores, de forma que el trámite de aceptación por parte de las Autoridades Centrales a que se refiere el artículo 17.c) del Convenio tiene que haberse producido antes de que el niño alcance la edad de 18 años (*cfr.* art. 3 del Convenio).

3. Reconocimiento de pleno derecho.–La parte más relevante del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, a los efectos de la presente Resolución-Circular, es la relativa al efecto del «reconocimiento de pleno derecho» de la adopción en los Estados partes del Convenio. El artículo 23 n.º 1 del Convenio indica que «una adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes». La autoridad del Estado donde se ha constituido la adopción expide una certificación en la que se indica que la adopción se ha constituido «conforme al Convenio». Cada Estado parte designa cuál es esa concreta «autoridad».

Esta disposición implica que toda adopción certificada como «conforme al Convenio» será considerada como existente y válida en todos los Estados partes del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993. El Informe oficial anejo al Convenio aclara que la expresión «de pleno derecho» supone que el reconocimiento «ha de tener lugar automáticamente, es decir, sin un procedimiento de reconocimiento, ejecución o registro», esto es, sin necesidad de exequátur, o el registro de la adopción, o de la reconstitución *ex novo* de la adopción, por ejemplo. En definitiva el reconocimiento comporta atribuir efectos en el Ordenamiento jurídico español al acto jurídico extranjero de constitución de la adopción haciendo valer los efectos jurídicos de la misma ante la autoridad del Estado receptor, bastando para ello la verificación de la regularidad formal (legalización y traducción) del título de la adopción y del certificado de conformidad extendido en la forma prescrita por el Convenio.

Ello no impide, sin embargo, la existencia de un «control incidental» sobre tales adopciones. En efecto, la autoridad –judicial, registral, administrativa o cualquiera otra–, ante la que se invoque la existencia y validez de la adopción, valorará por

sí misma, incidentalmente, si la adopción ha sido «certificada como conforme al Convenio». Si no concurre ningún motivo de denegación del reconocimiento de pleno derecho de la adopción, la autoridad debe considerar que la adopción existe, es válida y surte efectos jurídicos en su Estado parte.

En el sistema español el «control incidental» esencial es el que realiza el Registro Civil, a través de la calificación de su Encargado, que en caso de ser favorable da lugar a la inscripción de la citada adopción (*cfr.* Disposición Adicional Segunda de la Ley 1/1996, de 15 de enero). No se trata de un supuesto de inscripción constitutiva, ya que la constitutividad en esta materia se residencia en el acto judicial de aprobación o constitución de la adopción, pero en tanto dicha inscripción no tenga lugar no se podrá predicar un reconocimiento pleno de la adopción internacional a los efectos de nuestro Ordenamiento jurídico. Ahora bien, una vez producida la inscripción, y obtenido en consecuencia dicho reconocimiento pleno, hay que entender que dicho reconocimiento operará de forma retroactiva en congruencia con la previsión contenida en el artículo 112 del Código Civil conforme al cual «La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no dispusiera lo contrario». Si la determinación legal de la filiación produce efectos retroactivos, no se pueden negar tales efectos al mero reconocimiento de una filiación adoptiva ya determinada *ab initio* por el propio título judicial de su constitución. Así, por ejemplo, si bien la nacionalidad española no se le podrá reconocer al adoptado menor hasta que la adopción no se inscriba en el Registro Civil español (art. 19 n.º 1 CC), una vez inscrita ésta hay que entender que la nacionalidad española de origen se adquirió en la fecha en que la adopción quedó constituida con arreglo al Derecho extranjero aplicable.

Los únicos motivos para denegar el reconocimiento de pleno derecho de la resolución en la que consta la adopción certificada como «conforme al Convenio» son los siguientes:

1.º) Adopción no certificada como «conforme al Convenio». Esta certificación debe acompañarse de traducción y legalización. El contenido mínimo necesario de esta certificación viene recogido en el citado artículo 23 del Convenio: «la certificación especificará cuándo y por quién han sido otorgadas las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c)» del propio Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, evitando así que un Estado contratante expida la certificación de conformidad sin que el Estado de recepción haya manifestado su acuerdo a la continuación del proceso de adopción.

2.º) Adopción manifiestamente contraria al orden público del Estado parte, teniendo en cuenta el interés superior del niño. Se trata de una previsión muy poco probable en la práctica debido al intercambio de exhaustivos informes, y al consenso de autoridades previsto en el art. 17.c) Convenio. Pero el orden público tiene mayores probabilidades de actuación cuando se trate del reconocimiento de una adopción en un Estado parte que no sea ni el Estado de origen ni el Estado de recepción, pues ese «tercer Estado parte» no participó en el procedimiento de adopción. Podrá intervenir la cláusula del orden público en España en relación con siguientes supuestos: 1.º adopciones de descendientes (*vid.* Resolución de 22 de junio de 1991); 2.º cuando se ha prescindido de consentimientos o audiencias absolutamente indispensables para garantizar el interés del menor, como el consentimiento o audiencia del adoptando mayor de doce años; y 3.º cuando se constate que el consentimiento se obtuvo mediante pago monetario.

3.º) Motivos previstos en «acuerdos preferenciales». Los Estados partes en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 pueden declarar que no están obligados a reconocer las adopciones llevadas a cabo en virtud de ciertos «acuerdos preferenciales» que se aplican con preferencia al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 (arts. 25, 39 y 48 del Convenio).

4.º) Junto con ello se ha de tener en cuenta que como puso de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5 del propio Código Civil, incluso en el caso de que la adopción constituida por españoles en el extranjero se haya ajustado a las directrices del Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho el 29 de mayo de 1993, no puede evitarse que existan diferencias entre los efectos de la adopción extranjera y los que produce esta institución en España. Incluso cuando la adopción haya sido certificada conforme al Convenio (artículo 23), su reconocimiento obligado en España no puede llegar a transformar automáticamente una adopción simple en una adopción con plenitud de efectos como es la española. Así lo admite el mismo Convenio de La Haya en su artículo 27 al prever la conversión de la adopción en el Estado de recepción.

4. Eficacia del reconocimiento de pleno derecho.–El reconocimiento de la adopción en España con arreglo al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 comporta varios efectos jurídicos. Algunos están regulados por el propio Convenio. Los demás efectos no previstos por el Convenio los fijan las normas de Derecho internacional privado del Estado en el que se hace valer la adopción.

Los «efectos mínimos» de toda adopción certificada como «conforme al Convenio» son los siguientes:

1.º) Existencia y validez del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos. No obstante, los derechos y obligaciones que derivan del vínculo de filiación son los establecidos por la Ley que regula, en cada Estado, los efectos de la filiación. En España se aplicará la Ley nacional del hijo adoptado (art. 9 n.º 4 Código Civil). Si no surge «vínculo de filiación» según la Ley aplicada a la adopción, el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, como ya hemos visto, no es aplicable.

2.º) Responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo. Los padres asumen, en virtud del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, una «responsabilidad frente al hijo». No obstante, el contenido de esta responsabilidad de los padres adoptivos forma parte de las relaciones paterno-filiales. Por tanto, se rige por la Ley que regula los efectos de la filiación adoptiva. En España se aplicará la Ley nacional del hijo adoptado (art. 9 n.º 4 CC) que será la española sólo si el hijo adquiere por consecuencia de la adopción la nacionalidad española (art. 19 n.º 1 CC).

3.º) Ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre. Ello se produce si la adopción, por ser plena, surte tal efecto con arreglo a la Ley designada por las normas de conflicto que, en el Estado donde se constituyó la adopción, regulan la misma constitución de la adopción.

En caso de que la adopción no produzca tal efecto por haberse constituido inicialmente como adopción simple, es posible «convertir» tal adopción en adopción plena en los Estados partes generando con ello el efecto de ruptura del vínculo filial preexistente. Pero para ello es necesario, de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 27 del Convenio, que se satisfagan los siguientes requisitos: 1.º Que coincidan el Estado de origen del menor con el Estado donde se ha constituido la adopción y que coincida el Estado de recepción con el Estado requerido; 2.º Que la Ley material del Estado de recepción lo permita a través de un procedimiento específico; 4.º Que se hayan otorgado los consentimientos exigidos en el artículo 4, apartados c) y d), del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, esto es, que se haya previsto la posibilidad de que la adopción rompa los vínculos de filiación preexistentes. La adopción «convertida en plena» se beneficia del «reconocimiento de pleno derecho» recogido en el artículo 23 Convenio. En España la doctrina científica ha polemizado sobre la posibilidad de convertir una adopción internacional simple en una adopción plena conforme al modelo acogido por nuestro Código Civil. Esta Dirección General ha negado de forma reiterada la posibilidad de practicar esta conversión dada la falta de previsión expresa en nuestra legislación procesal y el rechazo explícito que dicho procedimiento sufrió durante la tramitación parlamentaria de la Ley 18/1999 (*cfr.* Resoluciones de 14 de mayo de 1992, 18 de octubre de 1993, 25 de octubre de 1995, 29 de mayo de 1998 y 19 de mayo de 2001).

Los «demás efectos de la adopción internacional» no contemplados en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 se rigen por la Ley aplicable a los «efectos de la adopción», Ley que se determina con arreglo a las normas de conflicto del Estado en el que se hace valer la adopción. En relación con el Ordenamiento Jurídico español cabe afirmar lo siguiente:

1.º En general, la Ley nacional del hijo determina los efectos de las adopciones plenas y simples reconocidas en España a través del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 (art. 9 n.º 4 CC).

2.º El nombre y apellidos del adoptado se rige por su Ley nacional (art. 1.1 del Convenio relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Munich el 5 septiembre 1980), ya se trate de adopción plena o simple, lo que supone aplicar la ley española cuando se produce la adquisición de la nacionalidad española por parte del adoptado. En este sentido hay que tener en cuenta que la adopción produce un efecto jurídico de cambio de la filiación del menor, de forma que los apellidos del adoptado pasarán a ser los del adoptante o adoptantes, conforme a las reglas generales que responden al mandato del artículo 109 del Código Civil al disponer que «la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley».

3.º Los alimentos que puede reclamar el adoptado se rigen por la Ley designada por el Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre la Ley aplicable a la obligación de alimentos.

4.º Los efectos sucesorios se rigen por el artículo 9 n.º 8 Código Civil y en consecuencia, por la Ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento.

5.º Los requisitos para la inscripción de la adopción en el Registro Civil español son los contenidos en el artículo 9 n.º 5.IV Código Civil, por remisión de la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 enero, de protección jurídica del menor. Una adopción válida con arreglo al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 puede no reunir los requisitos para su inscripción en el Registro Civil español, por ejemplo por falta de competencia del Registro Civil español. Por ejemplo, en el caso de adoptantes británico e irlandés y adoptando colombiano (Consulta DGRN de 2 de diciembre de 2004): ninguno de los sujetos es español y la adopción no tiene lugar en España, por lo que la adopción puede ser válida pero no accede al Registro Civil español. Tampoco se inscribirá en el Registro Civil español una adopción certificada como «conforme al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993» pero sin haber obtenido el certifi-

cado español de idoneidad de los adoptantes españoles domiciliados en España (Consulta DGRN de 22 de marzo de 2004). Finalmente, una adopción simple válida y existente en España de conformidad con el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 podrá, naturalmente, si procede (art. 15 LRC) ser anotada en el Registro Civil español a través del artículo 38.3 Reglamento del Registro Civil, aunque no pueda ser inscrita por no ser sus efectos equivalentes a los previstos por la Ley española, lo que impide que se beneficie la adopción del valor probatorio y de legitimación que proporciona la inscripción registral, al tener la anotación simple valor informativo (*cfr.* arts. 2, 3 y 38 LRC).

6.º Finalmente, debe quedar claro que la posible atribución al menor de la nacionalidad española se decide con arreglo al artículo 19 n.º 1 del Código Civil, de modo que una adopción simple válida y existente en España de conformidad con el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, no produce la adquisición de la nacionalidad española, al no tratarse de una «adopción plena».

5. La llamada «imperatividad» del Convenio de La Haya.–La doctrina tradicional viene entendiendo que el régimen jurídico derivado del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 es imperativo, lo que supone que no puede ser reconocida, en ningún Estado contratante, una adopción incluida en el ámbito de aplicación del Convenio, pero constituida con infracción del mismo o al margen de sus previsiones, aunque cumpla los requisitos de reconocimiento establecidos en la legislación interna del país concernido. En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina oficial de este Centro Directivo (*vid.* Resolución de 23 de julio de 1998). Se argumenta en este sentido que la finalidad fundamental a que obedece este Convenio es la de evitar que las adopciones internacionales se realicen en ámbitos privados, con los graves peligros de abusos y de desprotección de los menores tantas veces denunciados, en suerte que se ha establecido un sistema, claramente imperativo, por el que tales adopciones requieren su intervención y colaboración estrechas entre las autoridades centrales de cada país implicado o, en su caso, de los organismos acreditados legalmente. Dentro del marco de Convenio los que deseen adoptar a un menor residente en otro país deben dirigirse a la autoridad central del Estado de residencia de aquellos y es esta autoridad la que canaliza la tramitación y transmite la petición con su informe a la autoridad central del país de residencia del menor. Sólo cuando ambas autoridades, tras las garantías que especifica el Convenio, están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción, es cuando ésta puede constituirse en el Estado de origen del adoptado o, incluso, en el Estado de recepción de éste (*cfr.* arts. 14 a 22).

Ello significa que cuando una adopción está comprendida en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, la adopción transnacional debe sujetarse al mismo, y en caso contrario se considera no inscribible por vulneración del Convenio (*cfr.* Resoluciones de 6 de febrero de 1998, 23.1.ª de febrero de 1999, 23 de julio de 1998 y 25.1.ª de mayo de 1998). En todo caso es evidente que en los supuestos indicados la adopción no se beneficia del reconocimiento de pleno derecho previsto por el Convenio, por lo que su validez, en el caso de que, conforme al criterio de otro sector de nuestra doctrina científica, no se viese comprometida por el mismo hecho de su desviación de las previsiones del Convenio, se habría de acreditar a través de un examen completo de los requisitos analizados en el apartado II de esta Resolución-Circular a la luz de lo dispuesto en el artículo 9 n.º 5 del Código Civil y del principio del interés superior del menor.

IV. Inscripción en los Registros españoles de adopciones constituidas por competente autoridad extranjera y válidas en España a través de convenios internacionales bilaterales

1. Convenios bilaterales en materia de adopciones internacionales.–En relación con la inscripción registral en España de las adopciones constituidas ante autoridad extranjera a través de Convenios internacionales bilaterales, debe recordarse el texto del artículo 39 del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 conforme al cual «1. El Convenio no derogará los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio, salvo declaración en contrario de los Estados vinculados por dichos instrumentos. 2. Todo Estado contratante podrá concluir con uno o más Estados contratantes acuerdos para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas. Estos acuerdos sólo podrán derogar las disposiciones contenidas en los artículos 14 a 16 y 18 a 21. Los Estados que concluyan tales acuerdos transmitirán una copia de los mismos al depositario del presente Convenio».

Por tanto, los Convenios bilaterales vigentes para España siguen siendo aplicables para regular los efectos en España de las resoluciones extranjeras a través de las cuales se constituyen adopciones. Tales Convenios no regulan, sin embargo, los «efectos constitutivos» de dichas adopciones. Para que tales efectos se produzcan es precisa la inscripción registral si la adopción afecta a un sujeto de nacionalidad española. En definitiva, estos Convenios bilaterales siguen siendo aplicables a esta materia «salvo declaración en contrario de los Estados vinculados por dichos instrumentos», circunstancia que no se ha producido hasta la fecha presente.

En consecuencia, cabe recordar que ciertos Convenios internacionales bilaterales son aplicables para regular la validez y efectos en España las adopciones internacionales. Tales Convenios someten a trámite de «reconocimiento» las resoluciones extranjeras por las que se constituye la adopción. Es el caso del Convenio hispano-alemán de 14 noviembre 1983 (art. 29.2), Convenio hispano-austríaco de 17 febrero 1984 (art. 23.2), Convenio hispano-italiano de 22 marzo 1973, Convenio hispano-francés de 28 mayo 1969 (Auto del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1981 y Resolución de 11 de mayo de 1999), Convenio hispano-brasileño de 13 abril 1989, Convenio hispano-uruguayo de 4 noviembre 1987 y Convenio hispano-tunecino de 24 septiembre 2001 (art. 17).

Estos Convenios exigen un «control» de la Ley que se aplicó a la adopción por parte de la autoridad extranjera que constituyó la adopción. La autoridad extranjera debió aplicar la misma Ley que hubiera aplicado al mismo supuesto un juez español. Sin embargo, si el resultado de aplicar dicha Ley es equivalente al que se hubiera alcanzado de haberse observado las normas españolas de Derecho internacional privado, el reconocimiento será posible («teoría de las equivalencias»). Estos Convenios suelen exigir, igualmente, el control, mediante criterios específicos, de la «competencia judicial internacional del juez de origen». La autoridad extranjera ante la que se constituyó la adopción debe haber sido una autoridad «internacionalmente competente».

Estos Convenios exigen que el reconocimiento de la resolución extranjera de adopción no vulnere el «orden público internacional» español.

Los Convenios firmados con Alemania y Austria permiten la aplicación de la normativa de producción interna (art. 9.5 Código Civil) si el reconocimiento es más sencillo a través de dicha normativa que mediante el régimen de tales Convenios.

2. El acuerdo bilateral entre España y Bolivia en materia de adopciones.–Son precisas, finalmente, algunas consideraciones en relación con el Acuerdo bilateral entre el Reino de España y la República de Bolivia en materia de adopciones, hecho en Madrid el 29 octubre 2001, y que entró en vigor para España el 29 octubre 2001. Este Acuerdo regula aspectos de procedimiento de las adopciones internacionales, pero no establece criterios de competencia judicial para la constitución de las mismas ni criterios sobre la Ley aplicable a la adopción internacional, ni tampoco regula los efectos jurídicos en España de las adopciones constituidas en Bolivia ni viceversa. Por ello, la repercusión de dicho Acuerdo en la práctica registral española es escasa. Además, debe tenerse presente que Bolivia es ya Estado parte en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, lo que implica la «activación» de la Disposición Final primera del Acuerdo hispano-boliviano, cuyo texto indica que: «Una vez que Bolivia haya ratificado la Convención de La Haya relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, y existiendo común acuerdo entre las Partes contratantes, los principios y preceptos de dicha Convención, regirán para la mejor aplicación del presente Acuerdo».

3. El protocolo sobre adopciones internacionales entre España y Filipinas.–También procede indicar, ahora en relación con el Protocolo sobre adopción internacional entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 12 noviembre de 2002 (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2003), cuya entrada en vigor provisional se produjo el 12 diciembre 2002 y entrada en vigor definitiva el 14 de octubre de 2003, que entre las finalidades de dicho Protocolo se encuentra la de «conseguir el reconocimiento recíproco de las adopciones plenas realizadas en el marco del presente Protocolo, de conformidad con las legislaciones de ambos países» (art. 1).

Sin embargo, el Protocolo no instaura ningún sistema o mecanismo legal para el reconocimiento recíproco de adopciones entre ambos países. En efecto, el artículo 7 del Protocolo afirma que «la Autoridad Central del Estado de recepción garantizará, de acuerdo con su legislación, el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para el reconocimiento de la plena adopción, e informará de ello a la Autoridad Central del Estado de origen, enviándole la documentación pertinente». Igualmente, el artículo 8 del Protocolo citado se limita a afirmar que «cuando, en el curso del procedimiento de adopción, se compruebe la existencia de cualquier impedimento, como por ejemplo que, en consideración al interés superior del niño, no resulte apropiado reconocer la adopción, la Autoridad Central que aprecie dicho impedimento lo comunicará inmediatamente a la Autoridad Central del otro Estado con objeto de determinar de mutuo acuerdo las medidas más adecuadas para salvaguardar los derechos del niño».

Pero en todo caso, los requisitos para el reconocimiento de adopciones serán los fijados en «las legislaciones de ambos países» (art. 1). Siendo tanto España como Filipinas, Estados partes en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, éste es el instrumento legal aplicable para el reconocimiento recíproco de adopciones en ambos países, cuyo régimen jurídico ha sido ya expuesto en relación con la inscripción en los Registros públicos españoles de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras.

Madrid, 15 de julio de 2006.-La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.

FILIACIÓN

El Registro Civil Central carece de competencia para extender inscripciones al amparo de la Instrucción de 1 de julio de 2004, en la que conste como lugar de nacimiento no el real, sino el del domicilio de los adoptantes, en los casos de adopciones internacionales.

RESOLUCIÓN DE 1 DE DICIEMBRE DE 2005

Se plantea en este expediente cuestión de competencia para inscribir el nacimiento de una hija adoptiva, respecto de la cual los padres adoptantes habían solicitado que constara en la inscripción como lugar de nacimiento, no el real –Ucrania–, sino el de su domicilio en España; ello, acogiéndose a la Instrucción de esta Dirección General de 1 de julio de 2004, que modificaba la de 15 de febrero de 1999, mediante la adición de un apartado a la regla primera. El auto dictado por el Juez Encargado del Registro Civil C. acordó practicar la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, pero no la nueva inscripción, prevista en la regla primera de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, en su redacción modificada, por entender que carecía de competencia para ello en cuanto a la modificación del lugar de nacimiento del inscrito.

La cuestión suscitada por el presente recurso plantea dificultades de interpretación centradas, como se verá, en el período de vigencia de la Instrucción de 1 de julio de 2004 (publicada en el BOE del 5 de julio de 2004) anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio (publicada en el BOE del 9 de julio de 2005 y que entró en vigor el día 10 del mismo mes, conforme a su disposición final cuarta), y tiene por objeto dilucidar si la aplicación de la citada Instrucción es compatible con los criterios legales de competencia para la inscripción de las adopciones internacionales que, en virtud del principio de la territorialidad, corresponde, atendido al lugar del nacimiento, al Registro Civil C. o a los Registros Consulares o si, por el contrario, la aplicación de la Instrucción exige un previo traslado de la inscripción al Registro Civil municipal competente.

Hay que comenzar indicando que se trata de un tema que ha dado lugar a una importante controversia jurídica ya residenciada en este Centro Directivo en vía de numerosos recursos similares al presente entablados contra diversas resoluciones del Registro Civil C. que viene declinando su competencia en casos de adopciones internacionales para practicar nuevas inscripciones, una vez extendida la principal de nacimiento y la marginal de adopción, modificando el lugar de nacimiento del inscrito por el correspondiente al domicilio de los padres. Tales denegaciones se fundamentan en el principio citado de territorialidad, en razón del lugar de acaecimiento del hecho inscribible, en este caso del nacimiento –igual regla rige también para el matrimonio y la defunción–, con arreglo al cual se ordena la competencia de los Registros Civiles municipales y consulares el artículo 16 de la Ley del Registro Civil. Este precepto aparece, a su vez, desarrollado por el artículo 68 del Reglamento del Registro Civil que establece, como excepción o regla especial, la atribución de la competencia al Registro Civil C. en aquellos casos en que siendo competente conforme a la norma general un Registro Civil Consular, el promotor de la inscripción esté domiciliado en España.

El silogismo jurídico que subyace en tal fundamentación denegatoria consiste en que si la competencia del Registro Civil C., que es concurrente, requiere la existencia de un Registro Consular competente por razón del lugar del acaecimiento del nacimiento en el extranjero, siendo así que dicha competencia no existe cuando el lugar en que se produce el alumbramiento forma parte del territorio español (*cfr.* arts. 15 y 16 LRC), ello supone que por definición el Registro Civil C. en ningún caso puede ser competente para practicar la inscripción de nacimientos cuyo lugar de nacimiento sea un municipio español, lugar de nacimiento que, real o ficticio, sería el que vendría a proclamar la inscripción resultante de la aplicación de la Instrucción de

1 de julio de 2004. Se refuerza este silogismo observando que el Preámbulo de la citada Instrucción alude a la atribución a los adoptantes de una facultad similar a la que el apartado 2 del artículo 16 de la Ley otorga a los padres biológicos al permitirles solicitar la inscripción del nacimiento del hijo en el Registro Civil municipal correspondiente a su domicilio, toda vez que para tales hipótesis el párrafo final del citado precepto dispone que en las inscripciones de nacimiento extendidas en su virtud «se considerará a todos los efectos legales que el lugar del nacimiento del inscrito es el municipio en el que se haya practicado el asiento», entre cuyos efectos legales se debe incluir el de determinar la competencia del Registro Civil.

Frente a tal argumentación se puede oponer de contrario que la ficción creada por la Instrucción de 1 de julio de 2004 en cuanto al lugar de nacimiento del inscrito responde a una finalidad protectora y tiende a evitar la publicidad de la filiación adoptiva y de aquellas circunstancias que pudieran revelarla con el fin de proteger la intimidad personal, familiar y el interés del menor, siendo así que uno de tales datos reveladores puede ser el lugar real del nacimiento, pero que tal ficción legal no altera en nada la competencia del Registro Civil C. para extender la nueva inscripción haciendo constar como lugar de nacimiento el del domicilio de los padres adoptantes en lugar del real. Tal competencia, desde esta perspectiva, seguiría recayendo en el Registro Civil C. ya que la nueva inscripción tiene su origen en un asiento principal y en una marginal de adopción, que atraen por conexidad la competencia para practicar el asiento subsiguiente conforme al artículo 46 de la Ley del Registro Civil.

Pero esta posición de contrario no puede sostenerse ya que una atenta observación de tal hipótesis revela que sería precisamente la citada finalidad de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, en su redacción modificada de 1 de julio de 2004, la que se vería no sólo frustrada, sino flagrantemente violentada toda vez de que practicarse las pretendidas inscripciones en el Registro Civil C. haciendo constar como lugar de nacimiento el del domicilio de los padres en España (siendo así que el único supuesto legal en que cabría tal circunstancia sería el amparado por la misma Instrucción), resultaría que la propia inscripción estaría proclamando el carácter adoptivo de la filiación inscrita. Por lo tanto, no es que el mecanismo previsto por la Instrucción resultase inútil para el logro de la finalidad perseguida, sino que de forma contraproducente se produciría el efecto inverso. Y repárese que el dato del lugar de nacimiento en E. no tendría la categoría de potencialmente revelador de la adopción (como eventualmente podría suceder por la constancia registral del lugar de nacimiento en un país remoto), sino que resultaría determinante y concluyente, sin ambigüedad ni anfibología alguna, en tal sentido. En consecuencia es obvio que, al margen del silencio de la Instrucción sobre el tema de la competencia y sobre los efectos que de negarla al Registro Civil C. se siguen, la interpretación finalista de la misma no permite otra opción conclusiva que la apuntada, lo que conduce a la desestimación del recurso formulado.

Todo lo anterior conduciría al absurdo si se entendiese que la única vía para aplicar la Instrucción de 1 de julio de 2004 es la que tiene por resultado el apuntado de vulnerar su propio espíritu y finalidad. Pero es que la legislación registral, integrando las lagunas de aquélla, permite dar adecuada respuesta a las situaciones planteadas, armonizando la finalidad perseguida con las normas de competencia y con la voluntad y deseos de los interesados, por medio del traslado de los asientos registrales, de forma que, una vez practicada la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción en el Registro Civil C., los adoptantes podrán solicitar el traslado de tales asientos al Registro Civil municipal correspondiente a su domicilio y, una vez trasladado el historial registral del adoptado a dicho Registro, solicitar que en aplicación de las Instrucciones de constante cita se extienda una nueva inscripción referida tan sólo a la filiación adoptiva y al nuevo lugar de nacimiento.

Finalmente no se puede omitir que la conclusión alcanzada es precisamente la que ha adquirido carta de naturaleza normativa por medio de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha dado nueva redacción al ordinal 1.º del artículo 20 de la Ley del Registro Civil, y del Real Decreto 820/2005, de la misma fecha, que ha hecho lo propio con el artículo 77 del Reglamento del Registro Civil, disposiciones que presuponen la existencia de un traslado de las inscripciones principal y marginal de adopción para que los padres adoptantes puedan solicitar que en la nueva inscripción, que conforme al principio de economía procedimental se ha previsto que sea única, esto es, integrada por la propia inscripción del traslado, se haga constar junto con los datos exclusivos de la filiación adoptiva y demás datos del nacido, como lugar de nacimiento el del domicilio de los padres, según antes se expuso.

FILIACIÓN

Se inscribe la filiación paterna del marido de la madre ya que no se estima que haya sido destruida la presunción de filiación matrimonial establecida por el artículo 116 CC, porque el nacimiento tuvo lugar a los 301 días después del matrimonio. La mera declaración de la madre y de los testigos sobre que no hubo convivencia desde el mismo día de la celebración del matrimonio no puede considerarse suficiente ni tampoco la alegación del marido en cuanto a que no tiene intención de reclamar la paternidad de dicha menor y que desea que ejerzan como sus verdaderos padres la madre y su compañero sentimental.

RESOLUCIÓN DE 9 DE DICIEMBRE DE 2005

La cuestión básica que se discute en las presentes actuaciones de inscripción de nacimiento dentro de plazo es la filiación que debe figurar en el asiento. A estos efectos hay que tener en cuenta que, si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (*cfr.* art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código civil y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (*cfr.* arts. 386 LEC). Desde el momento en que se solicita la inscripción de una filiación está cumplido el requisito exigido para admitir como prueba la presunción de paternidad del marido (*cfr.* arts. 113 CC y 2 LRC).

En el caso presente, la resolución del Juez encargado ha sido recurrida por el marido de la madre y por el que dice ser padre biológico de la nacida. En relación con la cuestión debatida, se coincide con el criterio que se hace constar en el auto apelado y, consecuentemente, no se estima que haya sido destruida la presunción de filiación matrimonial establecida por el artículo 116 CC, porque el matrimonio se celebró el 9 de julio de 2003 y el nacimiento tuvo lugar en mayo de 2004, es decir, 301 días después del matrimonio, pero la mera declaración de la madre y de los testigos sobre que no hubo convivencia desde el mismo día de la celebración del matrimonio no puede considerarse suficiente para que deba computarse el plazo desde dicho día. Tampoco con el acta de manifestaciones del marido, se aportan hechos o alegaciones a las que atribuir rigor suficiente para destruir la mencionada presunción, sino más bien para mantenerla, especialmente cuando declara «que no tiene intención de reclamar la paternidad de dicha menor y que desea que ejerzan como sus verdaderos padres los citados», manifestación que repite en la segunda acta de manifestaciones aportada y que, en consecuencia, no permite formar un grado de certeza moral la conclusión de que la hija no fue engendrada por el marido de la madre, prueba que corresponde a los promotores por el desplazamiento del *onus probandi* que produce la reiterada presunción legal del art. 116 del Código civil que entra en juego al no haberse probado la fecha de la separación de hecho de los cónyuges con trescientos días de antelación respecto de la fecha de nacimiento de la hija.

MATRIMONIO

Se acuerda la inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero entre español y cubana se conocieron por una agencia de Internet un año antes de la boda y personalmente pocos días antes de la celebración del enlace, ya que no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.

RESOLUCIÓN DE 5 DE DICIEMBRE DE 2005

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 (art. 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 (art. 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 España, el Encargado debe calificar, a través de las declaraciones complementarias oportunas que integran el título inscribible (*cfr.* art. 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.* art. 386 LEC).

En el caso actual 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 han revelado que el conocimiento de los contrayentes respecto de sus circunstancias personales y familiares alcanza un grado que puede considerarse suficiente. Así se deduce de las respuestas dadas, en las que no se aprecian contradicciones ni revelan desconocimiento de datos que pudieran considerarse de importancia a los efectos de poder deducir una utilización fraudulenta de la institución matrimonial, sin que el escaso tiempo de conocimiento personal anterior a la celebración del matrimonio –se conocieron por una agencia de internet un año antes de la boda y personalmente pocos días antes de la celebración del enlace– pueda considerarse bastante para fundamentar la denegación, si, como en el presente caso, se aportan fotografía del enlace, recibos de trasferencias y de facturas telefónicas junto al escrito de recurso que justifican la relación.

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.* art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto.

MATRIMONIO

Se concede autorización para contraer matrimonio civil a un español de 79 años y a una cubana de 60 años ya que los hechos comprobados no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación aunque en las audiencias reservadas hayan incurrido en diversas contradicciones.

RESOLUCIÓN DE 9 DE DICIEMBRE DE 2005

Dentro de la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio civil existe un trámite esencial e imprescindible (*cfr.* Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 3.ª), como es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (*cfr.* art. 246 RRC).

La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos –especialmente en los matri-

monios entre español y extranjero– en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (*cfr.* arts. 45 y 73.1.º CC).

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.* art. 386 LEC).

En el caso actual de un matrimonio entre una española y una cubana, los hechos comprobados no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Es cierto que, de las audiencias reservadas practicadas, ha resultado alguna contradicción, aunque las únicas verdaderamente sobresaliente son que mientras él manifiesta que hace dos o tres años que viven juntos ella dice que se inició la relación en septiembre o marzo pasado. En una relación de esta naturaleza hay tres momentos diferentes que son: el momento en que los dos se conocen, el momento en que inician la relación y el momento en que empiezan a convivir. Entre estos tres momentos puede haber o no una gran distancia temporal e incluso no existir una fecha para alguno de ellos o ser la misma relativamente imprecisa. Todo lo cual permite que pueda darse en las audiencias reservadas cierta confusión acerca de a cuál de las tres fechas se está refiriendo la pregunta formulada durante la audiencia. Por lo tanto, una contradicción del tipo de la apreciada en este caso, por sí sola, no puede tenerse por determinante para alcanzar la conclusión de que no existe verdadero y propio consentimiento matrimonial. La otra contradicción es que él dice que ella tiene estudios primarios cuando ella manifiesta que son estudios universitarios de economía. Sin embargo son muchas las coincidencias existentes como se desprende de las audiencias practicadas y todo ello unido a las pruebas aportadas son determinantes para pensar que estamos ante un propio y verdadero consentimiento matrimonial sin que dichas contradicciones junto con la diferencia de edad puedan ser concluyentes para decidir en sentido contrario.

Si se tienen 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 el matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en casos de duda, no poner trabas a la celebración del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9.2.ª de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa».

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Denegación de la inscripción en el Registro Civil de la escritura en la que los cónyuges determinaban y confirmaban el régimen de separación de bienes.

RESOLUCIÓN DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2005

Se ha intentado por estas actuaciones que tenga acceso al Registro Civil una escritura de manifestaciones, calificada de «capitulaciones matrimoniales», otorgada por unos esposos que contrajeron matrimonio en Barcelona el 11 de febrero de 1978, sin haber otorgado capítulos matrimoniales, en la que declaran que su régimen económico es el de separación de bienes regulado por la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, por cuanto el esposo, por su residencia continuada en Cataluña de diez años, acababa de adquirir la regionalidad catalana. Tras esta constatación agregan la manifestación de que «habiendo surgido a veces algunas dudas acerca de su régimen económico matrimonial, que siempre han manifestado era el de separación de bienes, han decidido confirmar su régimen económico conyugal lo que llevan a efecto conforme a los siguientes pactos», incluyéndose a

continuación diversas cláusulas propias del citado régimen de separación de bienes (en materia de titularidad de bienes, administración, disposición, deudas y responsabilidad).

Tal y como señala el Juez Encargado la publicidad de estas manifestaciones es ajena al Registro Civil, pues no determinan en rigor ni la constitución formal de un régimen económico de sociedad conyugal (*cfr.* arts. 1315 CC y 10 del Código de Familia de Cataluña), ni de una modificación del régimen económico-matrimonial anteriormente existente entre los cónyuges (*cfr.* arts. 77 LRC y 1333 CC). Repárese en que todo cambio de régimen económico-matrimonial supone la disolución del anterior, en la medida en que no pueden coexistir dos distintos a un mismo tiempo, y que en el presente caso, precisamente porque no hay cambio de régimen, no se procede a formalizar disolución alguna del régimen económico conyugal existente.

Las capitulaciones matrimoniales son un contrato accesorio del matrimonio que tiene por fin fijar un régimen económico del consorcio conyugal distinto del legal, siendo aquél y no éste el objeto de la publicidad que brinda el Registro Civil. Si se tiene en cuenta que el documento calificado no entra, según lo indicado, en el concepto de capitulaciones matrimoniales, y que la única finalidad del mismo es determinar o confirmar el régimen económico matrimonial legalmente aplicable por razón del juego de los puntos de conexión establecidos en el artículo 9, n.º 2 y 3 del Código civil (en su redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, vigente a la fecha de celebración del matrimonio) entre las distintas legislaciones territoriales concurrentes, se ha de llegar a la conclusión, con independencia de las posibles utilidades prácticas de la publicidad de lo pretendido en términos de salvaguardia de la seguridad jurídica de las relaciones económicas entre los cónyuges y de éstos con terceros, que sólo es posible plantear de *lege ferenda*, de que procede, por ser conforme a Derecho, ratificar la calificación recurrida.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se deniega la anotación de embargo sobre bienes adquiridos por el ex esposo después de decretarse la separación judicial y dimanante de deudas que la esposa adquirió constante el matrimonio.

RESOLUCIÓN DE 29 DE DICIEMBRE DE 2005

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes: 1. Con fecha 29 de diciembre de 2000, el titular registral, don Manuel LC, adquiere las fincas objeto de las anotaciones de embargo, en estado de separado judicialmente, figurando así inscritas en el Registro de la Propiedad; 2. Con fecha 7 de julio de 2003 se dicta por la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social, providencia de embargo de los bienes del deudor, doña María A G, por débitos a la Seguridad Social, en la que se hace constar que su esposo, don Manuel L C, titular de los inmuebles embargados, es responsable conjuntamente, al corresponder los débitos al período 1/96 a 9/97 en el Régimen de Recursos Diversos de la Seguridad Social, estando vigente la sociedad de gananciales.

2. Ha de empezar por señalarse el distinto ámbito en el que se desenvuelve la calificación registral del que es propio del proceso judicial.

En el ámbito de la calificación registral no existe propiamente un proceso, en sentido judicial, en el que las diversas partes contienden entre sí.

Tampoco existe en el procedimiento registral una fase probatoria, como puede ocurrir en el proceso, por cuanto, como determina el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, la calificación registral se caracteriza por su carácter limitado, siendo los medios de la calificación registral los documentos presentados y el contenido del registro, a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial en que se dispone de amplios medios de prueba (*Cfr.* artículo 299 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil).

Por último debe señalarse que conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Consecuentemente con lo expuesto, gran parte de la argumentación formulada por la recurrente debe ser alegada en el correspondiente proceso judicial.

3. Se alega por la recurrente que, puesto que las deudas que motivan el embargo que se pretende anotar se devengaron durante la vigencia de la sociedad conyugal, responden de ellas los bienes gananciales y los privativos al no haberse realizado debidamente inventario, incluso después de la liquidación del consorcio, de conformidad con lo establecido en los artículos 1362, 1365, 1401 y 1417 del Código Civil.

Pero lo que ocurre es que la sola afirmación por el Recaudador de que la deuda que motiva el embargo cuestionado es deuda de la sociedad de gananciales no es suficiente para hacer posible la anotación. Es necesario para ello que exista una previa declaración judicial de ganancialidad de la deuda, pues, no existiendo en nuestro Código Civil una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales (*cfr.* artículos 1362 y 1365 del Código Civil), ninguna deuda contraída por un solo cónyuge puede ser reputada ganancial y tratada jurídicamente como tal mientras no recaiga la pertinente declaración judicial en juicio declarativo entablado contra ambos cónyuges, pues a ambos corresponde, conjuntamente, la gestión de la sociedad de gananciales (*cfr.* artículo 1375 del Código Civil).

Lo mismo cabe decir respecto de la afirmación de que el inventario de bienes gananciales sea incorrecto y, en consecuencia, deban responder también los bienes privativos conforme al artículo 1401 del Código Civil o que los bienes embargados tengan carácter ganancial y no privativo. Son afirmaciones que deben ser confirmadas por resolución judicial firme y acreditadas al Registrador de la Propiedad al objeto de que sean debidamente calificadas conforme a lo expuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Entender lo contrario supondría la indefensión del titular registral, que goza de las presunciones derivadas de la legislación hipotecaria, al no poder alegar ni probar nada en contra de dicha ganancialidad de la deuda, o de la incorrecta confección del inventario, o de la naturaleza ganancial y no privativa de los bienes embargados, con menoscabo de su derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 24 de la Constitución.

El Registrador no puede practicar la anotación pues se lo impiden los principios registrales de tracto sucesivo y salvaguarda judicial de los asientos (*cfr.* artículos 1.3 y 20 de la Ley Hipotecaria), que tratan de evitar que afecten al titular registral los actos emanados de procedimientos judiciales o administrativos que le son ajenos, o que dicho titular sufra en el mismo Registro las consecuencias de una indefensión.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Admisibilidad de que en un convenio regulador de la separación de un matrimonio que se regía por el régimen de separación de bienes pueda un cónyuge disponer en favor de otro y en concepto de pago parcial de la pensión compensatoria, de un inmueble de su exclusiva propiedad sin que sea necesario que dicha transmisión conste en documento distinto ni en escritura pública.

RESOLUCIÓN DE 2 DE ENERO DE 2006

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes: Se presenta a inscripción en el Registro un convenio regulador, como consecuencia de una separación matrimonial. Dicho convenio regulador contiene las particularidades siguientes: El matrimonio estaba regido por el régimen de separación de bienes; Se adjudican a la esposa «ante la expectativa de perder una pensión de viudedad ... y en concepto legal de pensión compensatoria» una vivienda y una plaza de garaje pertenecientes al marido; El Registrador deniega la inscripción por entender que el convenio no contiene una verdadera liquidación de sociedad conyugal, por lo que es necesaria la escritura pública, y porque la transmisión no ha sido liquidada, pues sólo se acredita la presentación a liquidación del convenio, que se declara exento. El Presidente del Tribunal Superior estima el recurso, recurriendo el Registrador el Auto presidencial.

2. Admitido por este Centro Directivo (*cfr.* Resoluciones citadas en el «vistos») que el Convenio Regulador, como consecuencia de una separación o

divorcio, una vez aprobado judicialmente, es directamente inscribible, es preciso entrar en el tema de si, en el presente caso, el negocio traslativo que en el convenio presentado se realiza, es propio de tal convenio o, si, por exceder de su ámbito, debe contenerse en un documento distinto, como es la escritura pública.

3. El artículo 97 del Código Civil establece que el cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico tiene derecho a una pensión, que se fijará, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, la de la pérdida eventual de un derecho de pensión. Y el artículo 99 del mismo texto legal establece que dicha pensión podrá ser sustituida por la entrega de un capital en bienes o en dinero. Por ello, la transmisión patrimonial calificada es contenido propio del Convenio Regulador, y su causa viene constituida por la sustitución del derecho a la pensión compensatoria, siendo, por tanto, perfectamente inscribible dicha transmisión patrimonial, una vez que el convenio que la contiene ha sido aprobado judicialmente.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La liquidación que de un régimen económico matrimonial de separación de bienes que se hace en un convenio regulador aprobado judicialmente no precisa de ulterior otorgamiento de escritura pública para acceder a los libros del Registro de la Propiedad.

RESOLUCIÓN DE 21 DE ENERO DE 2006

1. La única cuestión que se plantea en este recurso es si la liquidación que de un régimen económico matrimonial de separación de bienes se hace en un convenio regulador aprobado judicialmente precisa de ulterior otorgamiento de escritura pública para acceder a los libros del Registro de la Propiedad.

2. La calificación del Registrador parte de que en un supuesto semejante no existen bienes gananciales sino meramente unos bienes en comunidad romana cuya disolución excede del contenido ordinario de un convenio regulador de separación lo que lleva a la necesidad del otorgamiento de escritura pública.

3. Dichas afirmaciones no pueden mantenerse. Ciertamente la redacción del convenio regulador que nos ocupa no es muy afortunada al referirse repetidamente a la existencia de una sociedad conyugal, pero no es menos cierto que el propio convenio hace referencia a que el régimen económico matrimonial era el de separación de bienes al haberse pactado así en escritura de capítulos y que las adquisiciones se habían realizado por mitad y pro indiviso. El Registrador no cuestiona ni la existencia del régimen de separación de bienes ni la titularidad por mitades.

4. Ciertamente el régimen de separación de bienes está basado en la comunidad romana pero ello no autoriza a identificar ambas regulaciones. Nuestro ordenamiento acepta esta diferenciación como resulta del hecho de que el régimen económico matrimonial de separación de bienes sólo pueda existir entre cónyuges, de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro o de la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge o en las limitaciones que para disponer resultan del destino a vivienda habitual de un inmueble. Nada de esto sucede en una comunidad romana en la que en ningún momento existen consecuencias patrimoniales derivadas de las circunstancias personales de los titulares pues ni los bienes así ostentados se sujetan a afectación especial alguna ni sufren especiales limitaciones a su disposición.

5. Tampoco es aceptable el argumento de que se excede del contenido ordinario de un convenio regulador. Como acertadamente pone de manifiesto la recurrente la regulación que del convenio de separación y divorcio hace nuestro ordenamiento no limita su contenido a la liquidación del régimen de gananciales sino que se refiere, sin más, a la liquidación del régimen económico-matrimonial. Ciertamente en el régimen de separación es posible que dicha liquidación sea innecesaria (por no existir deudas pendientes o por su conversión en una comunidad ordinaria) pero puede ocurrir lo contrario cuando existe un patrimonio activo común que no se desea seguir compartiendo o deudas de las que no se desea seguir respondiendo. En el supuesto que nos ocupa los cónyuges inventarían dos bienes inmuebles y una deuda hipotecaria que

grava uno de ellos y adjudican el pleno dominio de uno de los bienes, junto con la deuda hipotecaria, al marido y el pleno dominio del otro inmueble a la esposa, operaciones de evidente contenido liquidacional que alteran la titularidad y que deben tener su reflejo en los libros registrales. No debemos olvidar en fin, que el régimen de separación de bienes es de primer grado en buena parte del territorio nacional y que los convenios de separación y divorcio que a ellos se refieren son tan ordinarios como aquellos que se refieren a cónyuges casados en régimen de gananciales en territorio común. En consonancia con este carácter, convenios relativos al régimen de separación de bienes son pactados y aprobados judicialmente todos los días sin que se cuestione si son contenido normal del convenio regulador.

6. A las anteriores consideraciones se une la doctrina de este Centro Directivo relativa a la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad de las sentencias por las que se aprueban los convenios reguladores en los procedimientos de separación y divorcio sin necesidad del otorgamiento de una ulterior escritura pública.

SUCESIONES

Denegación de inscripción de una partición hereditaria al no haberse procedido previamente a practicar la preceptiva liquidación de la sociedad de gananciales.

RESOLUCIÓN DE 30 DE ENERO DE 2006

Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

Doña Adela falleció bajo la vigencia de testamento en el que legó a su sobrino nieto, don Amador, su mitad de gananciales en la vivienda sita en la calle San Leonardo 19 de la ciudad de Almería.

Dicha vivienda está inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 de Almería, a favor de los esposos don Antonio y doña Adela, titulares del 100% en pleno dominio, con carácter ganancial.

A instancia del recurrente, don Amador, se instó procedimiento de división judicial de herencia de doña Adela y adjudicación de su parte, procedimiento que se ha tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Almería, número de autos 62/2003.

En dicho procedimiento por el contador partidor se hizo inventario de bienes y adjudicación de los mismos a sus herederos correspondiendo al recurrente según el legado la mitad de la vivienda descrita. Por el Juzgado se dictó auto aprobando las operaciones particionales y ordenando su protocolización en la Notaría.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 1 de Almería acta de protocolización de dichas operaciones, el Registrador suspende la inscripción por constar la finca a que se refiere el documento presentado inscrita sin atribución de cuotas a favor de don Antonio y esposa, doña Adela, faltando la previa liquidación de la sociedad conyugal.

El defecto alegado por el Registrador de la Propiedad debe ser confirmado: como ya estableció la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 2 de febrero de 1983, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la doctrina de esta Dirección General, configuran la sociedad legal de gananciales, al igual que la generalidad de la doctrina, como una comunidad de tipo germánico, en la que el derecho que ostentan ambos cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas, ni facultad de pedir la división material, mientras dura la sociedad, a diferencia de lo que sucede con el condominio romano, con cuotas definidas, y en donde cabe el ejercicio de la división de cosa común. Y por eso, en la sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos esposos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial.

En este supuesto, disuelta la sociedad de gananciales, como igualmente ha tenido ocasión de manifestar esta Dirección General (*cfr.* entre otras Resolución de 9 de octubre de 1998), pero no liquidada, en tal situación, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que lo integran, y de la que pueda disponerse separadamente; sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganan-

cial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o, como en este caso, de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esa cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.

Consecuentemente, se precisa la liquidación de la sociedad de gananciales de don Antonio y doña Adela.

Revista de Derecho de familia

SECCIÓN PRÁCTICA

Problemática en la preparación e interposición del recurso de casación

Es frecuente ver en la práctica cómo de forma reiterada son inadmitidos numerosos recursos de casación contra las resoluciones dictadas en procedimientos de familia. En muchos de ellos, es cierto que la causa de inadmisión es clara y evidente: se intenta utilizar el recurso de casación como una tercera instancia para intentar reducir o aumentar la pensión alimenticia o compensatoria. Sin embargo, otros recursos, tiene una base sólida pero los defectos en la preparación y en la interposición del recurso impiden que el Tribunal Supremo entre a conocer del fondo del mismo. Para evitar estas situaciones es conveniente tener en cuenta las siguientes cuestiones.

1. Resoluciones recurribles en casación.

Sólo cabe interponer recurso de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales. Por tanto, no cabe recurso de casación contra los autos dictados por las Audiencias Provinciales, ni tampoco cuando se haya dictado sentencia pero la resolución debió adoptar la forma de auto. Un ejemplo de esta última previsión han sido las sentencias dictadas en procedimientos de modificación de medidas durante el tiempo en que ha estado en vigor la redacción originaria del artículo 775 de la LEC ya que aunque la Audiencia Provincial dictó Sentencia entiende el Tribunal Supremo que debió dictar Auto. Lógicamente, tras la modificación del citado precepto operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, la resolución que ponga fin al procedimiento de modificación de medidas adoptará la forma de sentencia. Por tanto, el Tribunal Supremo distingue entre sentencia de apelación y sentencia de segunda instancia, y sólo esta última es la que permite acceder al recurso de casación. En este sentido hay que tener en cuenta el Acuerdo de 12 de diciembre de 2000 adoptado por la Junta Magistrados, Sala 1.ª, Tribunal Supremo «Son susceptibles de acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (artículo 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la resolución dictada sea un auto o cuando debió adoptar esa forma, en función de la recaída en la primera instancia (artículo 456.1 de la LEC), siendo equiparables a aquéllas las resoluciones de recursos en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al amparo del Convenio de Bruselas de 27 de diciembre de 1968 y del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 (artículos 37.2 y 41)».

Junto al requisito de que se trate de una sentencia dictada en segunda instancia por una Audiencia Provincial el legislador también impone otros requisitos para permitir el acceso a casación. En efecto, no todas las sentencia dictadas por las Audiencias Provinciales tiene abierta la vía casacional, sino sólo las enumeradas en el 477.2 de la LEC y que seguidamente analizaremos, si bien con carácter previo se impone aclarar que, como ha señalado la Junta de Magistrados del Tri-

bunal Supremo a la que antes hemos hecho referencia las resoluciones recurribles son las dictadas en los casos taxativamente previstos en los tres ordinales del artículo 477.2 de la LEC, que constituyen supuestos distintos y excluyentes, por lo que sólo cabrá solicitar la preparación al amparo de uno de ellos y el tribunal no podrá reconducir a otro distinto del invocado por la parte. Analicemos los tres supuestos previstos para el acceso a casación:

A) Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución que deben impugnarse por vía del recurso por infracción procesal. En la Junta indicada anteriormente los Magistrados del Tribunal Supremo aclararon que el núm. 1 de del artículo 477.2 de la LEC ha de ponerse en relación con el artículo 249.1.2.º LEC, de manera que este caso se contrae a las sentencias recaídas en el juicio ordinario relativo a la tutela civil de cualquier derecho fundamental, salvo el de rectificación.

B) Cuando la cuantía del asunto excediere de 150.000 euros. Hay que tener en cuenta que los procedimientos matrimoniales, aunque la cuantía de los mismos supere esta cifra no tendrán acceso a casación por esta vía sino por la que se expondrá seguidamente, es decir, que hay que atender a la tramitación del procedimiento por razón de la materia y no de la cuantía, dado que esta última posibilidad sólo se da cuando se ha tramitado un procedimiento ordinario y se haya determinado previamente la cuantía del litigio y la misma supere los 150.000 euros. Como en el caso anterior, los Magistrados del Tribunal Supremo han efectuado la pertinente aclaración: «el núm. 2 del artículo 477.2 de la LEC debe enlazarse con los artículos 249.2 y 250.2 LEC, por lo que serán recurribles las sentencias recaídas en juicio ordinario, en relación con demandas cuya cuantía exceda de veinticinco millones de pesetas, quedando excluidas las dictadas en juicio ordinario de cuantía inferior o indeterminada, así como en el verbal».

C) Cuando la resolución del recurso presente interés casacional. Respecto a esta vía, señalan los Magistrados del Tribunal Supremo en la Junta celebrada el 12 de diciembre de 2000 que «el núm. 3 del artículo 477.2 de la LEC ha de concordarse con los artículos 249.1 (excepto su núm. 2) y 250.1 de la LEC, de manera que las sentencias recaídas en juicio ordinario, por razón de la materia, excepto los de tutela civil de los derechos fundamentales, y en juicio verbal, igualmente en atención a la materia, así como las sentencias dictadas en los procesos especiales regulados en el Libro IV de la LEC, en otros procedimientos especiales de la propia LEC y en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al amparo de los Convenios de Bruselas y Lugano, habrán de ser recurridas por la vía de este ordinal tercero, lo que hace preciso que la resolución del recurso de casación presente interés casacional».

Se considerará que un recurso presenta interés casacional:

– Cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Ya han sido numerosos los autos dictados por nuestro más alto tribunal en torno a la concurrencia del interés casacional habiendo sentado la siguiente jurisprudencia: que la existencia de interés casacional habrá que acreditarlo en la preparación del recurso y que no basta la simple enumeración de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre la cuestión ya que se exige que se indique su contenido y que razone cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la jurisprudencia del Tribunal Supremo por la sentencia recurrida. Igualmente se ha precisado que será nece-

sario citar dos más sentencias del Tribunal Supremo.

– Cuando resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Señalan los Magistrados del Tribunal Supremo por jurisprudencia contradictoria debe entenderse la relativa a un punto o cuestión jurídica, sobre el que exista un criterio dispar entre Audiencias Provinciales o Secciones orgánicas de la misma o diferentes Audiencias, exigiéndose dos sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales, decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias, también firmes, de diferente tribunal de apelación, por lo cual la diversidad de respuestas judiciales, en razón a fundamentos de derecho contrapuestos, debe producirse en controversias sustancialmente iguales, lo que requiere expresar la materia en que existe la contradicción y de qué modo se produce ésta, así como exponer la identidad entre cada punto resuelto en la sentencia que se pretende recurrir y aquel sobre el que existe la jurisprudencia contradictoria que se invoca.

– Cuando aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. A estos efectos, como *dies a quo* para el cómputo del plazo deberá tenerse en cuenta la fecha de su entrada en vigor, mientras que el *dies ad quem* será la fecha en que se dicte la sentencia recurrida.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Sólo pueden acceder al recurso de casación en los procedimientos matrimoniales tramitados por razón de la materia por la vía del interés casacional. Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 20 de diciembre de 2005.

2. Motivos de casación.

Según previene el artículo 477 de la LEC, el único motivo en que puede fundarse el recurso de casación es la infracción de normas sustantivas civiles aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. La infracción puede haberse debido por inaplicación de una norma o por aplicación errónea.

A diferencia de la legislación anterior en la que se hacía una expresa mención a ello, nada se dice en el texto legal si cabe interponer un recurso de casación por infracción de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Habrá que entender que, dado que en la interpretación de las normas sustantivas debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la infracción de norma sustantiva incluirá también la infracción de la jurisprudencia que interpreta el precepto que se considera infringido.

Es importante tener en cuenta que el recurso de casación no podrá fundamentarse en la infracción de normas procesales, ya que este motivo de impugnación debe canalizarse a través del recurso por infracción procesal.

Inadmisión del recurso de casación contra Sentencia recaída en juicio de divorcio, por cuanto que a través del recurso de casación se plantea una cuestión procesal propia del recurso extraordinario por infracción procesal cual es la doctrina sobre la congruencia de la sentencia. Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 29 de noviembre de 2005.

Recurso de casación por interés casacional contra Sentencia dictada en juicio de

separación matrimonial. Preparación defectuosa por citarse normas infringidas que corresponden al ámbito del recurso por infracción procesal (406.3 y 770 LEC) y por falta de acreditación del interés casacional, que se traducen en inexistencia de interés casacional. Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 15 de noviembre de 2005.

Desestimación del recurso de queja interpuesto contra la inadmisión del recurso de casación contra la sentencia de divorcio, ya que el objeto del recurso era únicamente la condena en costas, cuestión que excede del ámbito del recurso de casación para fundar el interés casacional. Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 15 de noviembre de 2005.

3. Tramitación del recurso ante la Audiencia Provincial.

3.a) Preparación del recurso.

Señala el artículo 479.1 de la LEC que el recurso de casación se preparará mediante escrito presentado ante el tribunal que hubiere dictado la sentencia, dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

Teniendo en cuenta que, como antes hemos indicado sólo puede interponerse recurso de casación frente a las sentencias dictadas en grado de apelación por las Audiencias Provinciales por la vía del núm. 3 del apartado 2 del artículo 477 de la LEC, dispone el artículo 479.4 de mismo cuerpo legal que el escrito de preparación deberá expresar, además de la infracción legal que se considere cometida, las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria en que se funde el interés casacional que se alegue.

Es importante tener en cuenta que el interés casacional debe acreditarse en el escrito de preparación del recurso y no en el de interposición, puesto que al tiempo de la preparación del recurso debe quedar justificada la recurribilidad de la sentencia que es requisito legal necesario para poder tener por preparado el recurso. Precisamente por ello son numerosos los autos que ha dictado el Tribunal Supremo inadmitiendo el recurso de casación.

También es fundamental que en el escrito de preparación del recurso se cite la infracción legal que el recurrente considera que ha sido cometida. Esta exigencia legal, además de permitir que el Tribunal Supremo conozca la razón de ser del recurso, también determinará la competencia para la resolución del recurso habida cuenta que cuando la infracción es de una ley foral o autonómica la competencia la tendrán los respectivos Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad autónoma.

Desestimación del recurso de casación habida cuenta que no se denuncia la violación de una norma sustantiva concreta, sino una valoración diferente de la mantenida por el Juzgador de instancia de las circunstancias concurrentes en el caso concreto para aprobar el régimen de visitas y estancias del padre con su hija menor. Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2005.

Inadmisión del recurso de casación ya que el recurrente lo prepara sin cita expresa de la infracción legal que considera cometida por la resolución recurrida. Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 2 de noviembre de 2005.

¿Qué sucede si se prepara el recurso sin citar la norma infringida y sin acreditar el interés casacional? Ha señalado en innumerables Autos el Tribunal Supremo que la falta de cumplimiento de estos requisitos no puede ser subsanada y por tanto, procede la inadmisión del recurso. Ante esta inadmisión se ha entendido que podría vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva en su

vertiente de acceso a los recursos, cuestión que ha sido debidamente resuelta por el Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 46/2004, de 23 de marzo, indicado que «la técnica procesal de la subsanación sólo resulta de aplicación respecto de los requisitos que no se configuren como presupuestos procesales de indeclinable cumplimiento en tiempo y forma, por lo que, siendo ello así, el criterio de insubsanabilidad del defecto procesal apreciado no menoscaba el derecho a la tutela judicial efectiva».

Una vez que se ha presentado el escrito de preparación del recurso, la Audiencia Provincial podrá dictar alguna de las siguientes resoluciones:

– Providencia teniendo por preparado el recurso cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 479 de la LEC y emplazando al recurrente para que en el plazo de veinte días presente escrito de interposición del recurso de casación. Contra la providencia admitiendo a trámite el recurso la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno sin perjuicio de que se oponga a su admisión cuando comparezca ante el Tribunal Supremo.

– Auto inadmitiendo el recurso por no cumplirse los requisitos legales. En este último caso, la parte que ha visto inadmitido su recurso podrá interponer recurso de queja que se tramitará conforme previene el artículo 495 de la LEC.

Inadmisión del recurso de casación por interés casacional contra Sentencia recaída en un juicio de separación ya que en el escrito preparatorio no se citan dos resoluciones de un mismo tribunal y otras dos de otro distinto, por lo que no queda debidamente acreditada la contradicción jurisprudencial. No basta la mera contradicción entre la sentencia que se pretende recurrir y otras de diferentes órganos jurisdiccionales. Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 20 de diciembre de 2005.

Inadmisión del recurso de casación contra una sentencia de divorcio contencioso que atribuyó el uso de la vivienda familiar a la esposa e hijos cuando en la propuesta de convenio regulador no se hizo atribución alguna, al no acreditarse el interés casacional porque en el escrito de preparación se limita a enumerar cuatro Sentencias de esta Sala, de las que extrae un párrafo literal de cada una con un criterio que se dice coincidente, sin llegar a razonar cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada por la Sentencia recurrida. Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 2 de noviembre de 2005.

Inadmisión del recurso de casación contra una sentencia de divorcio al no haberse justificado el interés casacional, habida cuenta que en el escrito de preparación del recurso se limita a enumerar cuatro resoluciones de la Sala con un criterio que se dice coincidente, sin razonar por tanto, cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada por la sentencia recurrida la doctrina del Tribunal Supremo denunciada. Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 2 de noviembre de 2005.

Recurso de casación por interés casacional contra Sentencia dictada en juicio de divorcio: preparación defectuosa por falta de acreditación del interés casacional que se traduce en inexistencia de interés casacional, toda vez que no se justifica debidamente el interés casacional fundamentado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales que se invoca, ya que el recurrente se limita únicamente a citar siete sentencias de otros tantos distintos órganos jurisdiccionales. Además en el escrito de interposición se citan otras sentencias que no se contenían en el escrito de preparación. Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 2 de noviembre de 2005.

Inadmisión del recurso de casación contra una sentencia dictada en procedimiento de juicio verbal sobre régimen de visitas por preparación defectuosa ya que en la fase ini-

cial de preparación debe quedar constancia de que existen dos sentencias firmes de una Audiencia Provincial o Sección de la misma, decidiendo en sentido contrario a otras dos sentencias firmes de otra Sección o Audiencia distinta, en razón a fundamentos de derecho contrapuestos, pero resolviendo controversias sustancialmente iguales. Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 23 de noviembre de 2004.

Los requisitos que justifican el interés casacional han de observarse ya en el propio escrito de preparación, sin que exista posibilidad de subsanar la falta de acreditación del interés casacional en la fase preparatoria. Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 23 de noviembre de 2004.

3.b) Interposición del recurso.

Preceptúa el artículo 481 de la LEC que en el plazo de los veinte días siguientes a aquel en que se tenga por preparado el recurso de casación, habrá de presentarse, ante el tribunal que hubiese dictado la sentencia recurrida, escrito de interposición, en el que se expondrán, con la necesaria extensión, sus fundamentos y se podrá pedir la celebración de vista.

Lógicamente, el escrito de interposición del recurso vendrá determinado por el contenido del escrito de preparación, es decir, que ahora, con la extensión que sea necesaria, lo que se trata es de fundamentar las infracciones que se anunciaron en el escrito de preparación.

Al escrito de interposición se acompañarán certificación de la sentencia impugnada y, cuando sea procedente, texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional. Cuando se trata de sentencias dictadas por el propio Tribunal Supremo no será necesario acompañar el texto y bastará sólo su cita. En cambio cuando el recurso de casación se haya fundado en la doctrina contradictoria de la Audiencias Provinciales, su texto habrá de aportarse mediante certificación expedida por el Secretario de la Sección o de la Audiencia, si es sección única, que dictó la sentencia, ya que aunque en las innumerables bases de datos que manejan los juristas está el texto íntegro de la sentencia, la autenticidad sólo puede lograrse con la certificación. No obstante, habría que cuestionarse si, para evitar demoras y complicaciones en la obtención de los certificados de las sentencias, sería suficiente con el certificado expedido por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), organismo dependiente del Consejo General del Poder Judicial y que está encargado, entre otras funciones, de distribuir las resoluciones judiciales que se dictan en nuestro país.

Si el recurrente no dispusiere de las certificaciones, deberá hacer constar expresamente que se han solicitado y acompañar al escrito copia de los distintos escritos utilizados para la solicitud de los certificados.

3.c) Falta de presentación del escrito de interposición del recurso o presentación fuera de plazo.

Según previene el artículo 481.4 de la LEC, finalizado el plazo para interponer el recurso de casación sin haber presentado el escrito de interposición, el recurso se declarará desierto y se impondrán al recurrente las costas causadas, si las hubiere.

3.d) Remisión de los autos al Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia competente.

Si el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal, la Audiencia Provincial remitirá los autos originales al Tribunal competente para la resolución del recurso de casación con emplazamiento de las partes por término de treinta días para que se personen ante dicho tribunal.

Como es perfectamente posible que la parte recurrente no haya podido obtener

todas o algunas de las certificaciones de las sentencias de las Audiencia Provinciales que sustenta el recurso de casación por existencia de doctrina contradictoria, el legislador expresamente ha previsto que esta circunstancia no sea motivo para dilatar la tramitación del recurso. En efecto, señala el artículo 482.2 de la LEC que «Si el recurrente no hubiere podido obtener la certificación de sentencia a que se refiere el artículo 481, se efectuará no obstante la remisión de los autos dispuesta en el apartado anterior. La negativa o resistencia a expedir la certificación será corregida disciplinariamente y, si fuere necesario, la Sala de casación las reclamará del tribunal o tribunales que deba expedirla». Por consiguiente, lo único que se puede exigir a la parte es que solicite las certificaciones dentro del plazo establecido, no siendo de su responsabilidad las dilaciones en las obtención y entregas de las certificaciones.

4. Tramitación del recurso ante el Tribunal Supremo o TSJ.

4.a) Admisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo

Recibidos los autos en el Tribunal Supremo, con carácter previo deberá examinar su competencia, y declinar la misma si resulta competente algún Tribunal Superior de Justicia. Si no se considerare competente, acordará, previa audiencia de las partes por plazo de diez días, la remisión de las actuaciones y emplazamiento de las partes para que comparezcan ante el TSJ que considere competente.

Aceptada la competencia, conforme indica el artículo 483 de la LEC, se pasarán las actuaciones al Magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación.

En la Junta de Magistrados del Tribunal Supremo celebrada el 12 de diciembre de 2000 se acordó lo siguiente en relación con las causas de no admisión del recurso de casación:

A) Que la sentencia no sea recurrible en casación (artículo 483.2.1, inciso primero de la LEC), lo que hace preciso examinar si la sentencia se encuentra en alguno de los casos del artículo 477.2 de la LEC, según los criterios que ya quedaron expuestos.

B) Que en la preparación se hubiera incurrido en defecto de forma (artículo 483.2.1, segundo inciso de la LEC), cuales son:

– La presentación del escrito fuera de plazo (artículo 479.1 de la LEC).

– Falta de expresión de la vulneración del derecho fundamental que se considere cometida (artículo 479.2 de la LEC).

– Falta de indicación de la infracción legal que se considere cometida (artículo 479.3 y 4 de la LEC).

– Por lo que respecta al «interés casacional», cuando se alegue oposición a jurisprudencia del Tribunal Supremo, la preparación defectuosa será apreciable al omitirse la expresión de las sentencias de la Sala Primera, y también cuando se mencionen éstas y su contenido, pero no se razone la vulneración de su doctrina por la resolución recurrida, lo que resulta imprescindible para que la Audiencia pueda examinar el supuesto de recurribilidad invocado y decidir sobre la preparación del recurso de casación (artículo 479.4 de la LEC).

– Si se funda el «interés casacional» en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, sobre puntos y cuestiones jurídicas resueltas por la sentencia que se pretende recurrir en casación, la preparación defectuosa concurrirá cuando se prescinda de mencionar las sentencias firmes de Audiencias Provincia-

les, que deberán ser dos de un mismo órgano jurisdiccional y otras dos de otro órgano diferente (no tienen por qué ser de la misma Audiencia Provincial que ha dictado la sentencia frente a la que se interpone el recurso de casación), siendo rechazable la enumeración masiva de resoluciones, que habrán de limitarse a cuatro por cada punto de cuestión o contradicción (dos en cada sentido) y, en el caso de citarse más, se estará a las de fecha más reciente; asimismo será necesario recoger el contenido de las sentencias, su *ratio decidendi*, con expresión de la específica materia en que se suscita la contraposición jurisprudencial y de qué modo se produce, siendo preciso razonar sobre la identidad de supuestos entre la sentencia recurrida y las que se invoquen como contradictorias entre sí, lo que igualmente resulta imprescindible para que la Audiencia efectúe el control de recurribilidad que le corresponde en la fase preparatoria (artículo 479.4 de la LEC).

– Si el «interés casacional» se refiere a normas con vigencia inferior a cinco años, deberá el recurrente identificar la disposición legal, y comprobarse en fase de preparación el plazo de cinco años entre la entrada en vigor de la norma y la fecha de la sentencia recurrida.

– Incumplimiento de los presupuestos para recurrir en casos especiales (artículo 449 de la LEC).

C) Que el escrito de interposición incumpla los requisitos establecidos (artículo 483.2.2 de la LEC), constituyendo supuestos de interposición defectuosa:

– La presentación del escrito fuera de plazo (artículo 481.1 de la LEC).

– Que no se expongan con la necesaria extensión los fundamentos del recurso, en orden a la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (artículo 481.1 en relación con el artículo 477.1 de la LEC).

– Que no se acompañe la certificación de la sentencia impugnada, salvo que no se haya podido obtener (artículo 481.2 en relación con el 482.2 de la LEC).

– Que no se presente el texto completo de las sentencias de las Audiencias Provinciales que se aduzcan como fundamento del interés casacional, mediante certificación íntegra de las mismas expedida por secretario judicial, con expresión de su firmeza (artículo 481.2 de la LEC).

– Que no se manifieste razonadamente cuanto se refiere al tiempo de vigencia de la norma, inferior a cinco años, y la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estime infringida (artículo 481.3 de la LEC).

D) Que la cuantía del asunto no supere la cifra de veinticinco millones de pesetas (artículo 483.2.3 de la LEC).

E) Que no exista interés casacional (artículo 483.2.3 de la LEC), lo que determinará la inadmisión cuando:

– La resolución no sea de las que puedan presentar interés casacional, exclusivamente limitadas al caso 3.º del artículo 477.2 de la LEC.

– La sentencia no se oponga a doctrina jurisprudencial del TS.

– No exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias sobre puntos y cuestiones resueltos en la sentencia recurrida.

– La norma lleve vigente más de cinco años o exista jurisprudencia del TS sobre la misma u otra de contenido igual o similar.

– Que sean planteadas a través del recurso de casación cuestiones propias del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal previsto en el artículo 469 de la LEC.

– Que el recurrente no se halle legitimado, por no afectarle desfavorablemente la resolución impugnada (artículo 448 de la LEC).

4.b) Oposición al recurso por la parte recurrida.

Como hemos podido comprobar, al igual que sucede en el caso del recurso de apelación, la parte recurrida aún no ha intervenido en la sustanciación del recurso. Ahora, una vez admitido a trámite, conforme a lo indicado en el artículo 485 de la LEC, se le dará traslado del escrito de interposición y de los documentos presentados para que formalice la oposición por escrito en el plazo de veinte días.

La parte recurrida podrá alegar en el escrito de oposición lo que considere conveniente respecto a las causas de inadmisibilidad del recurso de casación. Aunque el traslado que se le ha conferido significa que el recurso ha pasado la fase de admisión en el Tribunal Supremo, expresamente el legislador ha admitido la posibilidad de que la parte recurrida pueda alegar la concurrencia de alguna causa de inadmisión del recurso.

Como puede comprobarse, a diferencia de lo que sucedía con el recurso de apelación, en el recurso de casación la parte recurrida no puede aprovechar el trámite de oposición al recurso para interponer recurso de casación contra la sentencia.

4.c) Vista.

Una vez que la parte recurrida ha presentado el escrito de oposición o ha dejado transcurrir el plazo mediante providencia señalará día y hora para la celebración de la vista si la misma la han pedido todas las partes o el tribunal «lo considere conveniente para la mejor impartición de justicia».

La vista comenzará con el informe de la parte recurrente, para después proceder al de la parte recurrida. Si fueren varias las partes recurrentes, se estará al orden de interposición de los recursos, y siendo varias las partes recurridas, al orden de las comparecencias.

4.d) Resolución del recurso de casación.

Celebrada la vista o en su caso, se haya prescindido de ella, el Tribunal Supremo dictará providencia señalando día para la votación y el fallo.

Por disponerlo el artículo 487.1 de la LEC, la sentencia se dictará dentro de los veinte días siguientes al de finalización de la vista, o al señalado para la votación y fallo.

Cuando el recurso de casación sea de los previstos en el número 3.º del apartado 2 del artículo 477 –es decir la vía mediante la cual tienen acceso a casación los procedimientos matrimoniales– si la sentencia considerara fundado el recurso, casará la resolución impugnada y resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia. Los pronunciamientos de la sentencia que se dicte en casación en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieren invocado.

Casos Prácticos

I CUESTIONES PROCESALES

Para la admisión a trámite de la demanda de separación de mutuo acuerdo de dos argentinos con residencia en nuestro país, ¿es determinante que el artículo 107 del CC establezca que, en todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España si la demanda presentada ante tribunal español de separación o de divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro?

El artículo 107 del Código Civil es un precepto que está destinado a determinar la ley aplicable al fondo del asunto. Es decir, no es una regla de competencia. Para conocer si los tribunales españoles tienen competencia para tramitar el procedimiento matrimonial hay que acudir al Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre, de la Unión Europea que efectivamente atribuye la competencia a los tribunales españoles.

2 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Los cónyuges otorgaron hace más de tres años una escritura pública de separación de hecho ¿pueden iniciar directamente los trámites de liquidación de la sociedad de gananciales?

Para que puedan iniciarse los trámites liquidatorios es necesario que la sociedad de gananciales esté disuelta legalmente, y si bien es cierto que en el artículo 1393.3.º del CC se indica que es causa de disolución de la sociedad de gananciales «llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar», también lo es que las causas de disolución que se contemplan en dicho artículo necesitan siempre una declaración judicial tal y como aparece con claridad al inicio de dicho precepto: «También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes...»

3 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

¿Existe algún límite temporal para solicitar la ampliación de la ejecución por impago de nuevas pensiones?

En teoría, hasta que no finalice la ejecución podría presentarse el escrito de ampliación. Por tanto, teniendo en cuenta que hasta que el ejecutante no haya percibido el importe de todas las

cantidades por las que se ha despachado ejecución, ésta no ha finalizado, deben admitirse cuantas ampliaciones se soliciten por el ejecutante.

4 CUESTIONES PROCESALES

Después de dictarse sentencia de separación, los cónyuges se reconciliaron y volvieron a convivir juntos pero sin poner en conocimiento del juzgado dicha reconciliación. Pasados unos años la crisis vuelve a surgir. ¿Qué procedimiento deberá tramitarse para regular las consecuencias de esta nueva crisis?

Siendo firme la sentencia de separación, lo que no cabe es interponer una nueva demanda de separación. En consecuencia, la opción que tienen los cónyuges es presentar una demanda de divorcio o solicitar la modificación de medidas. No obstante, si no han cambiado las circunstancias, también se admite que presente la correspondiente demanda de ejecución para el cumplimiento de las medidas que se acordaron en la sentencia de separación. Si se han alterado sustancialmente las circunstancias, los tribunales están considerando que existe abuso de derecho al solicitar la ejecución.

5 UNIONES DE HECHO

Si los convivientes en unión de los hijos tuvieron su domicilio familiar en Madrid y tras la crisis de pareja, la mujer y los hijos se trasladan a vivir a Sevilla y el progenitor fija su residencia en Valencia, ¿qué juzgado será competente para tramitar la demanda en la que se fije la atribución de la guarda y custodia y los alimentos para los hijos menores de edad?

Será de aplicación la regla contenida en el artículo 769.3 de la LEC, si bien, con la interpretación que están dando los tribunales en los casos en los que los progenitores residen en partidos judiciales distintos. Por tanto, si la madre es la que va a interponer la demanda puede optar entre los Juzgados de Valencia (donde tiene su domicilio el demandado) o los de Sevilla (donde tienen su residencia los hijos).

6 SUCESIONES

¿Puede ejercitarse la acción de petición de herencia frente a uno solo de los herederos?

Si una persona considera que tiene derecho a la herencia, la demanda deberá dirigirse frente a todos los herederos conocidos del causante, ya que en caso contrario concurriría la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

7 CUESTIONES PROCESALES

Dos españoles se trasladaron a Francia donde posteriormente contrajeron matrimonio, naciendo fruto del mismo dos hijos que actualmente son menores de edad. Tras la crisis de la pareja, la esposa en unión de los hijos se ha trasladado a Madrid y quiere interponer una demanda de divorcio. Teniendo en cuenta que

el último domicilio familiar se encontraba en Francia, ¿tendrán competencia los tribunales españoles para conocer del procedimiento?

Los tribunales españoles tendrán competencia para tramitar el procedimiento de divorcio al venirle atribuida por el artículo 3.1.b) del Reglamento 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, según el cual en los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nacionalidad de ambos cónyuges.

8 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Habiéndose dictado sentencia de divorcio en el año 2004, la esposa interpuso recurso de apelación al entender que no concurría causa de divorcio, dictándose posteriormente sentencia por la Audiencia Provincial confirmando la sentencia de instancia. Ahora, iniciado el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, surge el problema de determinar la fecha en que quedó disuelta la sociedad de gananciales. Al haberse estimado la causa de divorcio del antiguo artículo 83.3 del CC (cese efectivo de la convivencia durante dos años desde la separación de hecho) el esposo pretende que los efectos de la disolución de la sociedad se retrotraigan a la fecha en que cesó la convivencia, sin embargo, la esposa entiende que la disolución tuvo lugar con la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. ¿Qué tesis procede acoger?

Es reiterado el criterio jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2002, 26 de abril de 2000, 11 de septiembre de 1999 y 23 de diciembre de 1992, entre otras) que señala que la separación de hecho consentida quiebra la base de la sociedad de gananciales, por lo que desde que se produce dejan de existir bienes comunes sujetos a la normativa de dicha sociedad, sin que ello impida por supuesto de que así se califiquen los habidos hasta la separación. Pero esta doctrina es aplicable a supuestos en los que se ha producido una separación de hecho prolongada, pero no cuando la separación no ha llegado ni siquiera a tres años. Por tanto, habrá que considerar como fecha para la disolución de la sociedad de gananciales la de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, dado que formó parte de los pronunciamientos del recurso de apelación la causa de divorcio. Si no hubiese sido así, esto es, si sólo se hubiese apelado la sentencia por el contenido de una determinada medida, la fecha de disolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 774.5 de la LEC, sería la de la sentencia dictada por el Juzgado de Familia.

9 SEPARACIÓN

Surgida una crisis matrimonial entre dos marroquíes residentes en Málaga, la esposa ha solicitado la separación judicial. Teniendo en cuenta que la legislación marroquí no contempla la separación, ¿podrá estimarse la demanda?

Para supuestos como el presente se adicionó al artículo 107 del CC un segundo párrafo con el objeto de permitir que una persona de nacionalidad marroquí pudiera separarse en nuestro país aplicando la legislación española a pesar

de que en Marruecos no se contemple esta institución.

Evidentemente otra cuestión distinta son los efectos que esta sentencia de separación pueda tener en Marruecos, puesto que previamente a su reconocimiento será necesario que obtenga el exequátur. Precisamente por ello y dado que actualmente se han equiparado las causas de separación y divorcio, lo más práctico es que la esposa hubiese presentado directamente la demanda de divorcio que posiblemente tendría menos obstáculos para ser homologada por los tribunales de Marruecos.

10 CONVENIO REGULADOR

Habiendo suscrito las partes un convenio regulador de divorcio en el que incluían la liquidación de la sociedad de gananciales y habiéndose dictado la correspondiente sentencia que aprobaba íntegramente el convenio regulador, ¿puede uno de los cónyuges ejercitar la acción de rescisión por lesión de la liquidación de la sociedad de gananciales?

La jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo es reiterada en el sentido de que procede la acción de rescisión por lesión cuando la liquidación de la sociedad de gananciales se contiene en el convenio regulador aprobado judicialmente, sin que sea óbice alguno tal aprobación, que no lo despoja en absoluto de su naturaleza de convención privada (Sentencias de 26 de enero de 1993, 8 de marzo de 1995 y 4 de noviembre de 2002).

11 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Vigente la sociedad de gananciales, el esposo suscribió un contrato privado de compraventa respecto a una parcela, si bien, posteriormente no se hizo frente al pago del precio aplazado lo que motivó que no se otorgase la correspondiente escritura pública figurando por tanto como titular registral el propietario originario de dicha parcela. Llegado el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales la esposa pretende incluir en el activo la citada parcela a lo que se opone el esposo alegando que el contrato quedó resuelto por falta de pago del precio. ¿Procederá la inclusión de la parcela en el activo de la sociedad?

Teniendo en cuenta que formalmente el titular de la parcela es un tercero y que no se sabe con exactitud si el contrato se resolvió por falta de pago del precio, lo único que podría incluirse en el activo serían los derechos que pueda tener la sociedad de gananciales en dicha parcela. Ahora bien, el problema surgirá en el momento de valorar dichos derechos puesto que si el contrato se ha resuelto por falta de pago posiblemente no tengan valor alguno. Por ello, lo procedente será no incluirlos en el activo de la sociedad sin perjuicio de que, tras el ejercicio de las acciones oportunas frente al vendedor de la parcela, pueda efectuarse una adición a la partición si finalmente aquellos derechos tienen algún valor.

Hay que tener en cuenta que debiendo tramitarse el procedimiento de liquidación exclusivamente entre los cónyuges, no puede darse entrada al tercero para dilucidar la cuestión en el procedimiento de liquidación, debiendo tramitarse un procedimiento declarativo independiente.

12 CUESTIONES PROCESALES

Surgida la crisis en un matrimonio de españoles que residen en Alemania desde hace más de diez años, la esposa se ha trasladado a Valencia donde el matrimonio poseía una vivienda. El esposo presentó en Alemania demanda de divorcio y días antes de ser emplazada la esposa, ésta presentó ante los Juzgados de Valencia demanda de divorcio. ¿Qué juzgados y tribunales tendrán preferencia para tramitar el divorcio?

Hay que tener presente que en el apartado 1.a) del artículo 3 del Reglamento 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea se establece una relación de reglas de competencia para conocer del procedimiento matrimonial en función del domicilio familiar y de la residencia de los cónyuges y en el apartado 1.b) se atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nacionalidad de ambos cónyuges. Por ello, en principio, tanto los tribunales alemanes como los españoles tendrían competencia para tramitar el procedimiento. Ahora bien, en estos casos será de aplicación lo establecido en el artículo 19 del Reglamento: «1. Cuando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera». Por tanto, al haberse iniciado en Alemania el procedimiento de divorcio éstos serán los tribunales que tengan preferencia para la sustanciación del litigio matrimonial.

13 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Frente al auto que acuerda la ampliación de la ejecución a las nuevas mensualidades impagadas, ¿cabe oposición o recurso de apelación?

Debe admitirse la oposición dentro del plazo de diez días, ya que en caso contrario se está impidiendo al ejecutado la alegación de las causas previstas en el artículo 556 de la LEC.

14 UNIONES DE HECHO

Si el padre solicita unas medidas cautelares previas a la demanda para regular las relaciones paterno-filiales y presenta dicha solicitud en el juzgado donde tiene su domicilio, dándose la circunstancia de que tanto la madre como el menor tienen su domicilio en otra ciudad, ¿qué juzgado será competente para conocer de las medidas cautelares previas?

Es importante partir de un dato: el legislador no regula medidas previas a la interposición de las demandas de uniones de hecho, si bien, expresamente hace referencia a que se podrán adoptar medidas cautelares tanto antes de presentar la demanda como después de su admisión a trámite y que habrá que seguir los procedimientos regulados en los artículos 771 y 773 para la adopción de las medidas. Pues bien, si ello es así, la norma competencial no será la establecida en el artículo 771 de la LEC que atribuye la competencia al juzgado del domicilio del solicitante, sino la que se fija en el artículo 723 de la LEC que dispone que «será tribunal competente para conocer de las solici-

tudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal». Por tanto, si la competencia para conocer del procedimiento principal, a falta de un domicilio común, viene determinada por el domicilio del menor, será competente para tramitar las medidas cautelares previas el juzgado donde aquél resida.

I5 LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

En la fase de formación de inventario de la sociedad de gananciales se cuestiona por uno de los cónyuges la titularidad de un inmueble que aparece inscrito en el Registro de la Propiedad a favor de un tercero y pretende su inclusión en el activo de la sociedad. ¿Puede hacerse en el procedimiento de liquidación un pronunciamiento respecto al carácter ganancial del inmueble?

En el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales sólo pueden hacerse pronunciamientos declarativos respecto a que bienes son gananciales o privativos de los cónyuges, pero nunca podrá dictarse ningún pronunciamiento declarativo respecto de un bien que, al menos registralmente, figura inscrito a nombre de una tercera persona que no puede ser parte en el procedimiento de liquidación. Por tanto, habrá que excluir el bien del inventario sin perjuicio de que posteriormente, una vez acreditada en forma la pertenencia del bien, pueda ejercitarse una acción de adición o complemento de la liquidación.

I6 CUESTIONES PROCESALES

Un español y una argentina contrajeron matrimonio en nuestro país trasladándose posteriormente el matrimonio a residir a Argentina donde fijaron el domicilio familiar. El esposo, que pretende regresar a nuestro país, ha solicitado a un letrado que le interponga ante los tribunales españoles la demanda de divorcio. ¿Tendrán competencia los juzgados y tribunales españoles para tramitarla?

Al no residir ninguno de los cónyuges dentro del territorio de la Unión Europea no será de aplicación el Reglamento 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea y por tanto habrá que estar a lo que dispone el artículo 22.3 de la LOPJ: «En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro».

En consecuencia, al no existir ninguna norma de conexión, la demanda de divorcio no podrá presentarse ante los juzgados y tribunales españoles al carecer de jurisdicción o competencia internacional.

17 LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

¿Puede acumularse a la acción de liquidación de la sociedad de gananciales la acción de rescisión de la venta de un inmueble que realizó fraudulentamente uno de los cónyuges?

Es prácticamente unánime la jurisprudencia que sostiene que no procede seguir los trámites contenidos en los artículos 806 y siguientes de la LEC en supuestos en los que se pretende anular o rescindir determinadas transmisiones de bienes gananciales a terceras personas. Por consiguiente, sin perjuicio de que se liquiden los bienes de la sociedad de gananciales respecto a los que no exista controversia, la acción de rescisión deberá ejercitarse en el procedimiento declarativo que corresponda según su cuantía. Posteriormente, dependiendo del resultado, podrá ejercitarse una acción de adición o complemento de la liquidación.

18 UNIONES DE HECHO

¿Qué vigencia tendrán las medidas cautelares previas que se adopten para regular las relaciones paterno-filiales?

Hay que tener en cuenta que si nos atenemos estrictamente a lo que indica el legislador en el artículo 770.6 de la LEC, sólo se aplicará lo dispuesto en el artículo 771 de la LEC para la adopción de las medidas cautelares y por lo tanto, para el resto de cuestiones habrá que estar a lo que se indica en los artículos 730 y siguientes de la LEC, y concretamente en el artículo 730 de la Lec «Las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción». Sin embargo, en la práctica hemos comprobado cómo en las resoluciones judiciales que fijan las medidas cautelares o previas de las uniones de hecho se establece el plazo de 30 días de vigencia. No obstante, a fin de evitar perjuicios al cliente, es conveniente comprobar si en el auto se contiene alguna referencia al plazo de vigencia, y si ello no es así, es mejor no agotar el plazo de los 20 días para la interposición de la demanda principal.

19 UNIONES DE HECHO

¿Puede acordarse en el juicio verbal en el que se regulan las relaciones paterno-filiales que el progenitor no custodio abone el importe del préstamo hipotecario que pesa sobre la vivienda familiar?

Si bien el criterio mayoritario entre la doctrina y la jurisprudencia es que, a pesar de la dicción del artículo 748.4.º de la LEC, dentro del procedimiento para regular las relaciones paterno filiales puede también acordarse el establecimiento de un régimen de visitas y la atribución del uso de la vivienda familiar, en lo que respecta al pago de la hipoteca la respuesta es negativa, dado que se entiende que es una cuestión que debe ventilarse en el procedimiento en el que se regulen las relaciones patrimoniales entre convivientes.

20 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

¿Es posible la extinción de la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad o la pensión compensatoria en ejecución de sentencia o habrá que acudir al correspondiente procedimiento de modificación de medidas?

Aunque existe un sector jurisprudencial que tiene en cuenta el cambio de circunstancias para desestimar la ejecución despachada, la realidad es que la extinción de una medida sólo puede hacerse en el correspondiente procedimiento de modificación de medidas.

Revista de Derecho de

familia

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Aspectos civiles del tráfico de menores con fines de adopción internacional

SANDRA GARCÍA CANO

Profesora de Derecho Internacional Privado. Universidad de Córdoba

I. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DE LA FIGURA

II. MARCO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA

III. RESPUESTA JURÍDICA VÍA CIVIL A LAS ADOPCIONES-NEGOCIO

III.1. La prohibición de obtener beneficios indebidos derivados de una adopción internacional.

A) Formulación. B) Alcance: especial referencia a las «adopciones independientes».

III.2. Garantías imprescindibles en el marco de un proceso de adopción internacional.

A) Principio de subsidiaridad. B) Adoptabilidad previa. C) La idoneidad de los solicitantes. D) La asignación.

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS SOBRE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE LA OBTENCIÓN DE BENEFICIOS INDEBIDOS

V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DE LA FIGURA

El fenómeno del **tráfico o trata de personas *in genere*** supone la cara más negativa y cruel de la actual sociedad internacionalizada, globalizada y multicultural del siglo XXI[1]. Según

1. El concepto de «trata de personas» es definido por primera vez en el *Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* (15 de noviembre de 2000), único instrumento universal que aborda todos los aspectos del fenómeno, como: «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación» [artículo 3.a)]. Debe matizarse que generalmente se utiliza el término de «trata de personas»

datos recientes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el número de «personas traficadas» mundialmente al año alcanza cuatro millones, y genera unos beneficios económicos superiores incluso al tráfico de drogas y al tráfico de armas (aproximadamente 12.000 millones de dólares al año). La mayoría de las víctimas del tráfico o trata de personas son precisamente aquellas que por su especial condición se encuentran en posición de mayor vulnerabilidad: mujeres y, con el doble de posibilidades, niños. Según el último Informe de UNICEF aproximadamente un millón doscientos mil niños son cada año y en diversos grados víctimas de las múltiples formas de **tráfico de menores**[2]. El negocio deja unos diez mil millones de dólares en ganancias, va en progresivo aumento, y diversificando sus fines: *explotación sexual*: en sus tres variantes interrelacionadas, esto es, prostitución, pornografía y comercio de niños con propósitos sexuales; *explotación laboral; adopción; tráfico de órganos; niños soldados; utilización para el tráfico de drogas*, *mendicidad*, *empleos domésticos*, etc. En el caso de los varones, el motivo principal del tráfico es la explotación laboral, en el de las niñas, la explotación sexual, y en el caso de los bebés, con unas connotaciones socio-jurídicas especiales, la adopción internacional. El objeto de este trabajo se sitúa precisamente en torno a esta última dicotomía, esto es, **tráfico internacional de menores *versus* adopción internacional,** y más en concreto, en una de sus zonas de intersección: **tráfico de menores con fines adoptivos**.

En efecto, *a priori*, cuando se colocan los términos de adopción internacional y de tráfico internacional de menores se enfrentan dos polos diametralmente opuestos. La adopción internacional es una institución de protección del menor que, por esencia, procura garantizar ante todo el interés superior del menor[3], y el tráfico de menores, en cualquiera de sus modalidades, sitúa al menor en una situación de explotación, objeto de un comercio. La realidad demuestra, sin embargo, que existen zonas de intersección entre los dos conceptos, y básicamente dos formas de confluencia: de un lado, tráfico de menores con fines delictivos bajo la simulación de una adopción y, de otro lado, tráfico de niños con fines de adopción[4]. En el primer supuesto, **tráfico de niños con fines delictivos,** la institución de la adopción internacional se utiliza fraudulentamente como cobertura o tapadera de una finalidad delictiva. Son conductas mafiosas que se sirven de cualquier método para conseguir el despla-

cuando concurre una finalidad de explotación, mientras que se emplea el de «tráfico» haciendo referencia genéricamente al transporte fraudulento de personas de un país a otro.

2. El problema viene preocupando a la Comunidad internacional desde hace décadas, aunque el alarmante aumento del número de casos unido a la alarma social desatada por la opinión pública ha llevado a adoptar medidas específicas [*vid.* principalmente, *Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (ambos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000, entraron en vigor el 18 de enero de 2002, y han sido firmados por más de 100 países, entre ellos, España, *BOE*, núm. 27 de 31 de enero de 2002)].

3. En efecto, la actual configuración jurídica de la adopción internacional en nuestros días no sólo supera la tradicional consideración de la adopción como un contrato eminentemente privado sino que, ya situada en la órbita del Derecho de familia, se define por tratarse de una institución de protección del menor orientada principalmente a la realización del interés superior del menor en detrimento de los demás intereses que puedan concurrir [*vid.* S. Adroher Biosca, «La adopción internacional: una aproximación general» en J. Rodríguez Torrente (ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Madrid, 1998, pp. 229-304; S. Álvarez González, «Adopción internacional y sociedad multicultural», *Cursos de Derecho Internacional Vitoria-Gasteiz*, 1998, pp. 175-211; B.L. Carrillo Carrillo, «Adopción internacional: condicionantes sociales y jurídicos», en A.L. Calvo Caravaca y P. Blanco-Morales Limones (dirs.), *Globalización y Derecho*, Colex, 2003, pp. 73-86; *id.*, «Adopción internacional» en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, 6.ª ed., 2005, pp. 125-170; en la doctrina extranjera, AAVV, *L'adoption des enfants étrangers (Actes du séminaire Nathalie-Masse 25/27 mai 1992, Centre Internationale de l'Enfance*, París, 1993; J. H.A. van Loon, «International Cooperation and Protection of Children with regard to Intercountry Adoption», *R. des C.*, t. 244, 1993, pp. 191-456; M. Jasper, *International Adoption*, Oceana Pub., 2003].

4. Para una visión general del problema, *vid.* J.H.A. van Loon, «Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'etranger», *Actes et documents de la Dix-septième session de la Conference de La Haye de droit international privé*, t. II, *Adoption-coóperation*, La Haya, 1994, pp. 50-54.

zamiento del niño con fines de explotación: prostitución, tráfico de órganos, explotación laboral, etc. En el segundo supuesto, en cambio, **tráfico de menores con fines de adopción,** el desplazamiento ilícito del niño tiene lugar únicamente con objeto de constituir una relación de adopción[5]. El fenómeno, conocido también como «venta de niños», «adopciones-negocio», «adopciones encubiertas» o «adopciones fraudulentas», puede tener lugar tanto en la adopción interna como en la adopción internacional, aunque la propia configuración actual de la institución de la adopción internacional justifica que sea precisamente en los casos de adopciones internacionales cuando el riesgo del negocio aumenta[6]. En efecto, el tráfico de menores con fines adoptivos se explica desde las propias causas que justifican el aumento progresivo en las últimas décadas del número de adopciones internacionales junto con la complejidad inherente a la propia institución de la adopción internacional. Las *profundas diferencias socioeconómicas* entre los Estados de origen (o en términos rudos, países exportadores de niños) y los Estados de recepción (países importadores) unido a *las desproporciones demográficas* entre ambos (mientras que en los países más desarrollados destaca el alarmante descenso de la natalidad, en los países pobres se mantienen altos niveles de natalidad), explican la proliferación del fenómeno de las adopciones internacionales, favorecido por el desarrollo de los medios de comunicación, información y transportes. Junto a ello, *la complejidad jurídica del proceso de adopción internacional*, generalmente un proceso extremadamente lento, costoso y necesario de intermediarios, explica la proliferación de supuestos en que potenciales adoptantes intentan satisfacer sus deseos de adoptar al margen de las garantías legales establecidas, y que paralelamente surjan quienes, generalmente en el contexto de organizaciones delictivas encubiertas bajo la forma de agencias internacionales de adopción, estén dispuestos a proporcionar dicho menor a cambio de un precio. Los medios detectados para llevar a cabo la situación por parte de los traficantes son diversos: *ad exemplum*, secuestro del menor, información errónea a la madre sobre su bebé comunicándole su falso fallecimiento, entrega a la madre biológica de una ridícula suma de dinero bajo la esperanza de una vida digna para su hijo, etc.[7]. Igualmente, los métodos empleados para encubrir la situación real del menor en el proceso de adopción ilegal son también variados: *ad exemplum*, falsificaciones de actas de nacimiento, de manera que donde debían aparecer los padres biológicos se inscribe en su lugar a los padres adoptivos; firma de una declaración de abandono por parte de una supuesta madre, tras el reconocimiento del menor como hijo suyo, con el fin de que los futuros padres adoptivos puedan iniciar el procedimiento de adopción; reconocimiento del menor por el padre, que en realidad es el «cliente», para ser adoptado posteriormente por la futura madre adoptiva, etc.[8]. Tanto en el caso del tráfico de

5. Debe reconocerse, no obstante, que no siempre es posible trazar una línea de separación clara entre ambos fenómenos (*ad exemplum*, puede garantizarse a los padres biológicos que el menor será adoptado en el extranjero, cuando en realidad va a ser obligado a la prostitución).

6. Sobre las adopciones-negocio, en general, *vid.* A. Marina Hernando, «Adopción internacional y tráfico de menores», *Infancia y Sociedad*, núm. 33, 1995, pp. 203-218; M.V. Cuartero Rubio, «Adopción internacional y tráfico de niños», M. T. Martín López (coord.), *Justicia con menores infractores y menores víctimas*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2000, pp. 27-56; M. Herranz Ballesteros, «Problemas actuales en torno a la adopción internacional. Adopciones encubiertas y tráfico de niños», M.D. Adam Muñoz y S. García Cano (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, 2004, pp. 213-228.

7. J. H. A van Loon señala tres métodos a los que básicamente pueden reconducirse todas las situaciones: venta, fraude y secuestro («Rapport...», *cit.*, p. 50).

8. E. Poisson-Drocourt, adoptando una postura casuística con relación al fenómeno, sostiene que existe tráfico de menores con fines adoptivos cuando se emplean sustitutos jurídicos de cobertura de la adopción (*ad exemplum*, reconocimiento de una falsa paternidad), el abandono o el consentimiento se obtienen mediante dolo, violencia o fraude, o cuando intervienen intermediarios que reciben una remuneración abusiva (*vid. id.*, «L'adoption internationale», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1987, pp. 673-710, esp., pp. 707-708).

menores con fines delictivos como en el caso de tráfico de menores con fines de adopción, la regulación jurídica que los Estados proporcionen al fenómeno de la adopción internacional, bien a través de la conclusión de Convenios internacionales bien vía interna, se convierte en sede idónea para combatir indirectamente el tráfico internacional de menores. Ahora bien, el tratamiento jurídico de ambas modalidades requiere incidir en medidas e intervenciones de distinta naturaleza. Mientras en el primer supuesto, el tráfico de menores tiene como objeto o fin una conducta delictiva *per se*[9], y el peso de la protección jurídica cae básicamente en el ámbito del Derecho Penal, en el segundo caso, tráfico de niños con fines de adopción, las medidas contra el tráfico en sede de regulación civil de la adopción internacional están llamadas a tener un protagonismo decisivo, fundamentalmente, de manera indirecta y en el marco preventivo. Ello no implica desconocer, sin embargo, que fracasadas las garantías y medidas civiles, le corresponde al Derecho penal intervenir, sancionando, en su caso, la conducta delictiva. En nuestro Derecho interno, concretamente, el legislador español ha creado el delito del artículo 221 del Código Penal, con objeto de castigar el tráfico de niños con fines de adopción[10]. La perspectiva desde la que se aborda el presente trabajo se centra en analizar los aspectos civiles del tráfico internacional de menores con fines de adopción internacional, objetivo o fin que en cuanto relación privada internacional reclama la intervención de las normas de Derecho internacional privado en sede de adopción. De ahí que, en primer lugar, se pasará a realizar una presentación sumaria del actual marco jurídico de la adopción internacional en España (II); conocido éste, se abordará el tratamiento que vía civil se suministra al fenómeno de las adopciones-negocio (III) y la sanción que se prevé en caso de incumplimiento de la prohibición de tráfico (IV), para concluir con una referencia a los mecanismos existentes y/o necesarios para combatir el tráfico de menores con fines de adopción.

II. MARCO JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA

La regulación de la adopción internacional en España se ha modificado y actualizado en los últimos años de manera sustancial y acelerada como consecuencia de la eclosión de adopciones internacionales que comenzaron a tener lugar en nuestro país a partir de los años 90. Sólo un dato: España, actualmente, es el primer país de la UE y el segundo del mundo –sólo por detrás de EEUU– donde más adopciones internacionales se realizan. En el año 2004 se materializaron un total de 5.541 adopciones internacionales, incrementándose un 40% respecto del año anterior[11]. El legislador español ha respondido a este nuevo fenómeno social con una auténtica «batería» normativa que procura regular la institución de la manera más satisfactoria y acorde con el principio rector que la preside: el interés superior del menor.

9. En el caso de nuestro Derecho interno se encuadraría, concretamente, en el delito de tráfico ilegal de personas (artículo 318 bis CP) con la agravante contemplada en su párrafo 3.º, relativa a la minoría de edad de la víctima (artículo recientemente modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, *vid.* C. Villacampa Estiarte, «El "nuevo" delito de tráfico de personas», *Diario La Ley*, núm. 5963, 26 de febrero de 2004, pp. 1-8).

10. «Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación, serán castigados con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por el tiempo de diez años (...)». Sobre el mismo, *vid. amplius*, M. E. Torres Fernández, *El tráfico de niños para su* «adopción» *ilegal. El delito del artículo 221 del Código Penal español*, Dykinson, 2003.

11. *Diario El Mundo*, 28 de abril de 2005.

Las características de esta nueva regulación, aparte de su complejidad, se reúnen en tres ideas: 1.º) *Inflación normativa*: actualmente coexisten en el ordenamiento jurídico español una multiplicidad de normas que regulan o afectan a la adopción internacional; 2.º) *Dispersión normativa:* no existe una regulación unitaria de la institución, sino que a un proceso de adopción internacional le son aplicadas varias normas de diferente procedencia (normas internacionales, normas estatales y de los legisladores autonómicos); 3.º) *Deficiencias técnicas*: algunas normas son imprecisas, mientras que otras resultan extremadamente detalladas.

La evolución normativa se verifica fundamentalmente en el marco convencional. En 1991 entra en vigor en España la norma convencional suprema y cúspide de todo el sistema en materia de protección de menores: esto es, la **Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño** (CDN)[12]. La CDN consagra «el interés superior del menor» como el criterio rector de las actuaciones de los poderes públicos en todas las instituciones y medidas que afecten a los menores[13]. Y con relación a la institución de la adopción internacional, concretamente, la CDN posee una gran relevancia pues consagra básicamente en su artículo 21 de manera universal y programática una serie de principios que concretan el interés superior del menor en los procesos de adopción internacional, y que deben informar y ser respetados por cualquier reglamentación convencional o autónoma que afecte a la institución. En segundo lugar, como Convenio multilateral de DIPr. específico en sede de adopción internacional, se halla el **Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional**[14]. Este Convenio se encuentra en vigor para nuestro país desde el 1 de noviembre de 1995 (España fue el primer país europeo de recepción de niños en firmarlo) y actualmente es la pieza clave en el panorama internacional en materia de adopción internacional[15]. Se trata de un texto de carácter eminentemente pragmático, que gravita en torno a la idea de la cooperación internacional entre autoridades, pretendiendo así obtener el mayor número de ratificaciones posibles a base de un importante esfuerzo conciliador. Su regulación se centra en tres frentes: 1.º) Reglamenta el procedimiento de instrucción previo a la constitución de la adopción mediante un sistema de cooperación entre las autoridades del Estado de origen y las autoridades del Estado de recepción, estableciendo un conjunto de garantías para que

12. *BOE* núm. 313 de 31 de diciembre de 1990. La Convención, norma positiva mínima, reúne por primera vez en un solo texto un amplio conjunto de derechos a favor del niño que antes se encontraban dispersos en diversas declaraciones y recomendaciones de escaso valor jurídico, reflejando una nueva concepción en torno al niño, como sujeto digno de especial protección jurídica (*vid.* P. Rodríguez Mateos, «La protección jurídica del menor en la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989», *REDI*, vol. XLIV, 1992, 2, pp. 465-468; M. Benounna, «La Convention des Nations Unies relative aux droit de l'enfant», *AFDI*, 1989, pp. 433-445). Actualmente, uno de los principales méritos obtenidos por la Convención es su alcance cuasi universal, pues vincula a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas excepto a Somalia.

13. El interés del menor, como afirma la doctrina, se encuadra dentro de la categoría de «conceptos jurídicos indeterminados» y debe ser siempre apreciado *in casu* (*vid.* A. Borrás Rodríguez, «El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado», *RJC*, 1994, pp. 919-970).

14. *BOE*, núm. 182 de 1 de agosto de 1995. Son Estados parte, Albania, Alemania, Andorra, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bolivia, Brasil, Burkina-Faso, Burundi, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Guinea, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Madagascar, Mauricio, México, Mónaco, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumanía, República Checa, República de Moldavia, Sri-Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Uruguay y Venezuela (para una información actualizada del estado de firmas y otras informaciones relativas al Convenio, *vid.* http://www.hcch.net).

15. *Vid.* N. Meyer-Fabre, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la cooperation en matière d'adoption internationale», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, 2, pp. 259-295; H. Muir Watt, «La Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1994, pp. 49-62; G. Parra Aranguren «La Convención de La Haya de 1993 sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 6, 1994, pp. 155-169; B. L. Carrillo Carrillo, *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 1993*, Comares, 2003.

las adopciones internacionales tengan lugar en interés superior del niño; 2.º) Establece los requisitos mínimos del marco institucional de los mediadores privados en los procesos de adopción internacional; 3.º) Regula un régimen privilegiado de circulación de las decisiones relativas a la adopción entre los Estados contratantes. La eficacia de este instrumento va siendo mayor a medida que es ratificado por mayor número de Estados (principalmente interesa que sea ratificado por los Estados de origen), aunque desde la perspectiva española el panorama es todavía algo desalentador, pues incluso asumiendo con optimismo que ratificarlo es aplicarlo adecuadamente[16], únicamente el 20% de las adopciones internacionales que tienen lugar en España se llevan a cabo en el marco del Convenio de La Haya. El panorama normativo convencional en la materia se completa con un conjunto de protocolos administrativos bilaterales o Convenios bilaterales que España ha venido concluyendo con «Estados de origen» de menores para los que nuestro país es «Estado de recepción»[17]. Aun siendo suspicaces con su contenido y correcta aplicación (sobre todo desde el punto de vista de las garantías a satisfacer en el procedimiento de adopción internacional), al menos implican un compromiso entre las Partes en orden a exigir la intervención de las respectivas administraciones públicas de los países[18]. La normativa convencional fue acompañada en nuestro sistema con una revisión de la normativa interna en sede de adopción internacional. En este ámbito se distinguen entre normas promulgadas por el legislador estatal y normas procedentes de los legisladores autonómicos en virtud de la competencia de las CCAA en materia de protección de menores o asistencia social (artículo 148.1.20 CE)[19]. Entre las primeras, normas de carácter estatal, aparte de los artículos 22.2 LOPJ, 9.5 y 9.4 CC[20], el Convenio de La Haya de 1993 se completa principalmente con la regulación contenida sobre esta materia en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)[21]. Esta norma, concretamente en su artículo 25 y Disposición Final 22.ª, sienta las bases del marco institucional de la adopción internacional en España, distinguiendo entre las funciones que

16. Hay que tener en cuenta que el Convenio es un instrumento de carácter marco, es decir, que se limita a trazar las líneas generales de actuación y de organización institucional, requiriendo para su correcta aplicación y funcionamiento la adopción de medidas de desarrollo (tanto relativas a autoridades como legislativas) por parte de los Estados que lo vayan ratificando (*vid*. C. González Beilfuss, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional», *RJC*, 1996, pp. 313-344).

17. En concreto, actualmente, se hayan en vigor: Protocolo entre el Ministerio de Asuntos Sociales de España y el Ministerio de la Presidencia del Perú en materia de adopción internacional de 21 de noviembre de 1994; Acuerdo interinstitucional entre el Ministerio de Asuntos Sociales de España y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de 13 de noviembre de 1995; Protocolo entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España y el Ministerio de Bienestar Social del Ecuador en materia de adopción internacional de 18 de mayo de 1997; Acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España y el Ministerio de Desarrollo Humano de Bolivia de 21 de mayo de 1997; Acuerdo bilateral entre España y la República de Bolivia en materia de adopciones de 29 de octubre de 2001; Protocolo entre España y la República de Filipinas de 12 de noviembre de 2002.

18. Sobre estos acuerdos bilaterales, *vid*. C. Espulgues Mota, «Conclusión por parte de España de cuatro Protocolos sobre adopción internacional», *REDI*, vol. XLVIII, 1996-2, pp. 336-340; F. Calvo Babío, «Naturaleza y alcance de los Protocolos de adopción suscritos entre España y Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 455-464. También se encuentran en trámite los Protocolos con Honduras, Costa Rica, Chile, y China.

19. No debe olvidarse que el Derecho civil y administrativo sustantivo relativo a la adopción tanto español como el del país de origen del niño también juegan un papel fundamental en la regulación de muchas adopciones. Igualmente, la adopción internacional queda afectada por otras muchas normas del Ordenamiento jurídico español tales como las de la nacionalidad, extranjería, legislación del Registro civil, normativa sobre protección de datos, etc.

20. Se trata de preceptos de nuestro DIPr. autónomo: el artículo 22.3 prevé los foros de competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles para constituir las adopciones internacionales, el 9.5 CC se refiere a la ley o leyes aplicables a la constitución de las adopciones internacionales, establece la competencia de los cónsules españoles acreditados en el extranjero para constituir adopciones internacionales, y fija el régimen de condiciones específicas que deben superar las adopciones constituidas ante autoridad extranjera para que sean eficaces en España (en defecto de Convenio internacional) y, en su caso, puedan acceder al Registro civil español; y el 9.4 CC se refiere a la ley aplicable a los efectos de la filiación adoptiva.

21. *BOE* núm. 15 de 17 de enero de 1996.

necesariamente deben ser llevadas a cabo por las Entidades Públicas competentes en cada Comunidad Autónoma y aquellas otras que pueden ser delegadas a las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAIS). Igualmente, regula los requisitos mínimos que deben observar las ECAIS para poder ser acreditadas y conservar dicha acreditación, así como los principios que deben regir su funcionamiento y actuación. Las segundas, normas de origen autonómico en materia de adopción internacional, se refieren básicamente a tres cuestiones: 1.º) Requisitos de idoneidad de los adoptantes; 2.º) Condiciones de acreditación, control, y actuación de las ECAIS; 3.º) Funcionamiento de los Entes Públicos autonómicos competentes en materia de adopción.

De todo este conjunto normativo debe destacarse una idea clave: el principio superior que inspira y sistematiza todas y cada una de las normas que integran el sistema es el criterio del «interés superior del niño». La adopción sólo puede constituirse si es la medida de protección más adecuada al interés del menor *in casu*, y nunca en atención a las necesidades de unos potenciales adoptantes (no existe un derecho a adoptar).

III. RESPUESTA JURÍDICA VÍA CIVIL A LAS ADOPCIONES-NEGOCIO

Conocido el complejo marco jurídico de la adopción internacional en España, interesa analizar el tratamiento o la solución jurídica que se ofrece al fenómeno de las adopciones fraudulentas o al tráfico de niños con fines de adopción. En este sentido, debe partirse de que la respuesta que suministra nuestro Ordenamiento jurídico vía civil es una solución de carácter indirecto y preventivo, articulada en un doble sentido acumulativo. De un lado, se formula de manera unánime la prohibición general de convertir la adopción internacional en un negocio. Esta formulación se traduce normativamente en «prohibición de obtener beneficios indebidos derivados de una adopción internacional» o, en otros términos, prohibición absoluta de ánimo de lucro en cualquiera de los intervinientes en el proceso de adopción internacional. De otro lado, la prohibición general de tráfico se completa con la regulación de una serie de garantías que deben respetarse en cualquier procedimiento de adopción internacional, y que directa o indirectamente contribuyen a su prevención.

III.1. La prohibición de obtener beneficios indebidos derivados de una adopción internacional

A) Formulación

Con relación a la respuesta general de prohibición de beneficios financieros indebidos se observa que se incorpora de modo unánime en la diversa normativa, tanto de origen internacional como de origen estatal. Así, la Carta Magna de los Derechos del Niño, Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, sanciona en su artículo 21, entre los principios informadores de la adopción internacional, la prohibición de obtener beneficios financieros indebidos para quienes participan en un proceso de adopción internacional [artículo 25.e)][22]. En este punto, España, con el fin de

22. De igual modo, genéricamente, en el artículo 35 CDN los Estados parte se obligan a adoptar «todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma». En realidad, como ha puesto de relieve la doctrina, el objetivo de evitar el tráfico de niños mediante adopciones fraudulentas ha condicionado de manera decisiva el tratamiento jurídico de la institución en un doble sentido: metodológico, pues ha provocado que el centro de gravedad de las soluciones de DIPr. en la materia se sitúe en torno al prin-

evitar interpretaciones inadecuadas, formuló una declaración completando cuáles son los beneficios debidos, de modo que los beneficios que se pueden obtener por una adopción se correspondan con aquellos precisos gastos para cubrir los trámites necesarios. Igualmente, en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional se comprueba que la normativa contiene numerosas alusiones a lo largo de su articulado que reafirman la prohibición de tráfico como requisito inexcusable para la constitución de una adopción internacional en su ámbito. Dicha prohibición se positiviza tanto con carácter general como en la regulación de aspectos específicos. En el primer sentido, el Preámbulo del Convenio destaca que se adopta «para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños», y su artículo 1 reitera dicha finalidad con relación a los objetivos de la Norma convencional [artículo 1.b)]. De nuevo, entre las disposiciones generales del Convenio recogidas en su Capítulo VI, específicamente entre aquellas que se refieren a la institución de la adopción internacional, los negociadores del Convenio desearon dejar constancia que uno de los objetivos de toda la reglamentación es prevenir indirectamente las conductas irregulares alrededor de la institución. De este modo y, más explícitamente, el artículo 32 recoge: «1. Nadie puede obtener beneficios financieros indebidos, como consecuencia de una intervención relativa a una adopción internacional; 2. Sólo se podrán reclamar y pagar los costes directos, incluyendo los honorarios profesionales razonables de las personas que han intervenido en la adopción. 3. Los directores, administradores y empleados de organismos que intervengan en la adopción no podrán recibir remuneraciones desproporcionadas en relación a los servicios prestados»[23]. En el segundo sentido, con carácter más específico, se encuentran las matizaciones contenidas en los artículos 4 y 8 del texto. En el artículo 4, entre las condiciones que han de verificar las autoridades del Estado de origen del menor, se contienen dos referencias a la prevención del tráfico en relación concretamente a los consentimientos requeridos para que la adopción pueda tener lugar, y que se justifican por tratarse de un aspecto especialmente delicado donde las presiones económicas resultan notables. De este modo, las Autoridades competentes del Estado de origen han de asegurarse de que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento *se requiera para la adopción no han dado su consentimiento mediante pago o compensación de clase alguna* [artículo 4.c).3] y se hayan asegurado de que el consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario y teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, *no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna* [artículo 4.d).4]. Por su parte, el artículo 8 resulta también significativo, pues atribuye a las Autoridades Centrales (AACC)[24], directamente o con la cooperación de autoridades públicas, la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas *para prevenir beneficios materiales en relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del*

cipio de la cooperación internacional; y sustancial, ya que la prohibición de tráfico se convierte en una traducción del interés superior del menor en la regulación de la adopción (M. V. Cuartero Rubio, «Adopción internacional y tráfico de niños», *cit.*, pp. 322-334).

23. Sobre los avatares en la redacción de esta disposición hasta llegar al texto definitivo, insistiendo siempre en el carácter preventivo e indirecto de la prohibición general, *vid.* G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif», *Actes et documents de la Dix-septième session de la Conference de La Haye de droit international privé*, t. II, *Adoption-coóperation*, La Haya, 1994, pp. 633-635.

24. Las AACC son las piezas claves en el funcionamiento del Convenio, pues todo el procedimiento convencional es ejecutado y controlado bajo la directa responsabilidad de las respectivas AACC de los Estados de origen y de recepción, y se funda en una estrecha y constante cooperación entre las mismas (*vid.* S. García Cano, *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Colex, 2003, pp. 172-182). Cada Estado contratante designa una Autoridad central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone (artículo 6.1), aunque en los supuestos de Estados con organización jurídica compleja también se prevé la posibilidad de designación de varias AACC. En España, concretamente, como las competencias en materia de adopción las tienen las Comunidades Autónomas (CCAA), en el propio instrumento de ratificación se designaron como AACC a las Direcciones Generales competentes en materia de adopción de las CCAA y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, si bien en algunas Comunidades Autónomas se designaron varias AACC (*ad exemplum*, País Vasco o Baleares).

Convenio[25]. En la misma línea que en la normativa convencional multilateral, los Protocolos *ad hoc* firmados por España hacen especial hincapié en la expresa prohibición de tráfico y obtención de beneficios indebidos[26], y nuestra normativa interna, concretamente el artículo 25.3 LOPJM, también se hace eco de la prohibición de recibir *beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir los gastos estrictamente necesarios.*

Se ha verificado, por tanto, que la prohibición de tráfico de menores es unánime y general en la regulación civil de la adopción internacional y también es unánime el tenor literal con que se expresa: «prohibición de beneficios indebidos». Ahora bien, la propia formulación de la respuesta suscita algunas cuestiones sobre su alcance, pues si se prohíbe obtener beneficios indebidos, se reconoce la necesidad de admitir un margen de beneficio[27]. En realidad, el problema entronca directamente y adquiere relevancia respecto a la intervención en el procedimiento de adopción internacional de agentes y organismos mediadores de carácter privado.

B) Alcance: especial referencia a las «adopciones independientes»

La incorporación de estructuras privadas en el marco del Convenio de La Haya de 1993 fue realmente una de las cuestiones más polémicas suscitadas durante la negociación del texto, pues mientras algunos Estados rechazaban frontalmente la participación privada, fundándose precisamente en las experiencias negativas de tráfico de menores que había ocasionado la intervención de intermediarios en el proceso de adopción, otros Estados defendían la absoluta libertad en la ejecución de las obligaciones convencionales y, por tanto, la libertad de delegación de funciones en agencias privadas. Una vez más, como fruto del compromiso, el Convenio admite la intervención de organismos privados[28], pero siempre que se trate con carácter general de organismos privados debidamente acreditados por los entes públicos, que cumplan una serie de requisitos mínimos establecidos por el Convenio, y dentro de un ámbito competencial delimitado por la norma [artículos 9.13, 22.1 y 4, 32 y 36.d)][29]. En el Ordenamiento jurídico español, como es sabido, los organismos acreditados que actúan dentro y fuera del Convenio de La Haya de 1993 son las conocidas Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAIS), reconocidas y reguladas también en la normativa

25. Es importante destacar que en la formulación de esta obligación, los negociadores del Convenio excluyeron implícitamente a los Organismos Acreditados de las obligaciones de control. De este modo, en materia de prevención de tráfico se rompe la regla general de delegabilidad de las funciones de las AACC (artículo 9), pues como destaca el Informe explicativo del Convenio, los organismos acreditados, en cuando entes de carácter privado, están también sujetos al control de las autoridades públicas estatales [artículo 11.c)] (*vid.* G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif», *cit.*, pp. 580-582).

26. *Vid. ad exemplum*, Preámbulos de los respectivos acuerdos.

27. La legislación es algo imprecisa en este sentido, pareciendo identificar que es indebido cualquier beneficio pues sólo es admisible lo necesario para cubrir gastos. Así, se deduce del Convenio de La Haya de 1993 que se refiere en el artículo 32.2.º y 3.º a «costes y gastos directos», «honorarios profesionales razonables» y «remuneraciones desproporcionadas». En nuestro Derecho interno se matiza más concretamente al formular España la reserva del artículo 21 CDN, que señala como debidos los gastos «precisos para cubrir los gastos estrictamente necesarios que puedan derivarse de adopción», que pasa posteriormente a ser recogida de manera literal en el artículo 25.3 LOPJM.

28. Sobre esta concreta labor de compromiso, *vid.* G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif», *cit.*, p. 586.

29. Actualmente, la intervención de los organismos acreditados es decisiva en la aplicación del Convenio, pues en la mayoría de los Estados de recepción su mediación en las diferentes etapas del procedimiento es crucial. No obstante, a pesar la relevancia práctica de estas entidades privadas, debe tenerse en cuenta que su intervención en el marco del Convenio no es obligatoria sino facultativa. Cada Estado parte puede optar entre los modelos que acoge la norma: 1.º) Sistema de autoridades participativo en el que los organismos acreditados intervienen imperativamente; 2.º) Sistema articulado exclusivamente a través de autoridades públicas; 3.º) Sistema que permite ambas opciones anteriores (modelo que es adoptado por el sistema español). Sobre los organismos acreditados en el marco del Convenio de La Haya, *vid.* S. García Cano, *Protección del menor y CIA*, *cit.*, pp. 142-144.

interna (artículo 25 LOPJM y legislaciones *ad hoc* de las CCAA)[30]. Como punto de partida debe retenerse que la acreditación y actuación de estos Organismos Acreditados para operar en el procedimiento de adopción internacional queda sometida tanto en el Convenio de La Haya como en la legislación interna a condiciones directamente vinculadas con la prevención del tráfico de menores. Así se exige que el organismo acreditado persiga únicamente «fines no lucrativos», que esté dirigido y administrado por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación, que sus directores, administradores y empleados no puedan recibir remuneración desproporcionada en relación a los servicios prestados y, sobre todo, que su actuación y funcionamiento quede sometida al control de las autoridades públicas competentes. Frente a la intervención legalmente controlada de los Organismos Acreditados, sin desconocer que en nuestro país todavía queda largo camino por recorrer en cuanto a la debida acreditación de las ECAIS y fundamentalmente su control[31], el auténtico «*talón de Aquiles*» en la intervención de mediadores privados en el proceso de adopción internacional con relación al riesgo de tráfico radica en las adopciones privadas o independientes[32]. Efectivamente, aunque no se haya demostrado que toda adopción independiente se traduce en una adopción-negocio, existen serias dudas sobre el cumplimiento riguroso en estas prácticas de las garantías jurídicas imprescindibles que deben rodear a la adopción internacional[33]. Aunque la tendencia general es un descenso de los países que autorizan la intervención de organismos no acreditados en el proceso de adopción, como consecuencia del creciente control público en las adopciones, todavía existe un número importante de Estados en los que se permite la participación de organismos privados (*ad exemplum*, Colombia, Costa Rica, Vietnam y, sobre todo, Estados Unidos). El espíritu y punto de partida del Convenio de La Haya de 1993 radicaba en acabar con las adopciones independientes sometiendo todo el proceso de adopción al control público. La presión de Estados Unidos, sin embargo, a la hora de la negociación del Convenio se tradujo finalmente, como solución pragmática y consensual, en la admisión de intermediarios privados en el desarrollo de las funciones de mediación (artículo 22.2), si bien los Estados partes que lo deseen pueden vetar su intervención en su respectivo territorio (artículo 22.4)[34]. Dichas entidades privadas, a

30. *Vid*. A. Durán Ayago, «El papel de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional», en A.L. Calvo Caravaca (eds.), *Mundialización y familia*, Colex, 2001, pp. 325-346; M. Góngora Bernícola, «El papel de las ECAIS en el proceso de adopción internacional dentro y fuera del Convenio de La Haya», en M.D. Adam Muñoz y S. García Cano (dirs.), *Sustracción internacional de menores..., cit.*, pp. 169-177.

31. Principalmente respecto de la figura *del representante en país de origen*. Según las autoridades competentes españolas, la naturaleza de su actividad y el control de los pagos que realiza escapan al control de las administraciones españolas. En muchos países, la tramitación del proceso tiene un funcionamiento de *caja negra* que se escapa al control público y que queda en manos del representante. Tampoco resultan suficientes los controles en cuanto a los pagos que realizan los solicitantes y, especialmente, aquellos que se realizan en el país de origen (*vid*. A. Ferrandis Torres, «La adopción internacional», *cit.*, p. 212).

32. Aun partiendo de la polivalencia del término puede aceptarse como definición de «adopción privada» la suministrada en un informe elaborado por varios organismos dedicados a la protección de la infancia, en los siguientes términos: «creación del vínculo adoptivo sin intervención o con una intervención relativamente limitada de las agencias o entidades autorizadas por el Estado» (M. Herranz Ballesteros, «Problemas actuales en torno a la adopción internacional», *cit.*, p. 216).

33. Sólo apuntar que es precisamente Estados Unidos, donde la mayoría de las adopciones se llevan a cabo mediante organismos privados, el país denunciado por la UNICEF como principal «comprador» de niños latinoamericanos. Sobre las adopciones privadas en los EEUU, *vid*. A. Hernández Rodríguez, «Algunas reflexiones sobre la adopción internacional», en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (dirs.), *Mundialización y familia*, Colex, 2001, pp. 313-323.

34. El artículo 22.2 permite a los Estados parte declarar que las funciones procedimentales previstas en los artículos 15 a 21 puedan ser ejercidas en su territorio por personas u organismos distintos a las autoridades públicas o a los organismos acreditados. Por su parte, el artículo 22.4 faculta al resto de los Estados a declarar que las adopciones de niños cuya residencia habitual esté situada en su territorio sólo podrán tener lugar si las funciones conferidas a las AACC se ejercen por autoridades públicas o por organismos acreditados. A pesar de reconocer la importancia del derecho de veto otorgada a los Estados *ex* artículo 22.4, sin embargo, y como ya han puesto de relieve algunos autores, hubiera sido más coherente con la filosofía convencional en orden a someter el proceso al control público articular el mecanismo en sentido contrario: esto es, que el silencio de los Estados se hubiera interpretado como una negativa a la intervención de los organismos privados y el

pesar de no exigírsele el requisito de la acreditación, quedan sujetas a unos requisitos mínimos convencionales relacionados con condiciones de integridad, competencia profesional, responsabilidad, experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional, etc. Ahora bien, y aquí radica el peligro o válvula de escape, tales entidades, a diferencia de los organismos acreditados, no tienen que carecer de ánimo de lucro. Podrán obtener beneficios financieros de la adopción, deberán ser debidos, pero ¿quién fija y controla cuáles son beneficios debidos y cuáles no? La puerta al negocio queda abierta, pues, en el marco del Convenio. Afortunadamente, España, tanto en el marco convencional por vía de la declaración negativa prevista en el artículo 22.4[35], como en el marco interno, por vía de los decretos autonómicos[36], ha prohibido terminantemente las adopciones independientes en nuestro país. De igual modo, han sido prohibidas también en países como Australia, Austria, Brasil, Canadá, Dinamarca, Francia, Noruega, Polonia, Suecia, Andorra, El Salvador o Panamá.

Como vía para superar las dudas e imprecisiones derivadas del alcance de la prohibición de obtener beneficios indebidos, tal prohibición, como se ha adelantado, se completa en la normativa convencional e interna con la regulación de una serie de garantías que se consideran indispensables en todo proceso de adopción internacional y que contribuyen directa e indirectamente a prevenir prácticas fraudulentas que de hecho puedan traducirse en casos de tráfico de menores.

III.2. Garantías imprescindibles en el marco de un proceso de adopción internacional

En el Estado de origen dichas garantías se refieren básicamente al principio de subsidiariedad y adoptabilidad del menor; en el Estado de recepción a la idoneidad de los solicitantes y, desde ambos Estados, como *matching* o punto crucial del procedimiento, a la importancia de la asignación de una familia al menor.

A) Principio de subsidiaridad

El primer principio básico en la regulación de la adopción internacional con carácter general y que posee una gran trascendencia en cuanto a evitar las adopciones negocio es el **principio de subsidiaridad de la adopción internacional,** conforme al cual la adopción internacional es una medida de protección del menor subsidiaria respecto a cualquier otra forma de protección que permita mantener al menor en el Estado de origen. Ello implica por parte de las autoridades del Estado de origen del menor un importante proceso de valoración *in casu*, conforme al cual se preferirán las medidas familiares frente a las sociales, y la adopción interna frente a la adopción internacional. Este principio teórico, punto de partida de toda la regulación, se halla asentado en la normativa convencional y autónoma relativa a la adopción internacional como garantía imprescindible a verificar por las autoridades competentes del Estado de origen [principalmente, artículo 21.4 CDN y artículo

permiso para actuar en su territorio se hubiera obtenido previa declaración positiva (*vid.* S. Álvarez González, «Adopción internacional y sociedad multicultural», *cit.*, p. 194; M. Herranz Ballesteros, «Problemas actuales en torno a la adopción internacional», *cit.*, p. 218).

35. Nuestro país en el momento de la ratificación del Convenio realizó la siguiente declaración: «Las adopciones de niños con residencia habitual en España, sólo podrán tener lugar por los residentes en aquellos Estados en los que las funciones conferidas a las Autoridades centrales son ejercidas por autoridades públicas o por Organismos reconocidos de acuerdo con lo previsto en el párrafo 1.º del artículo 22 del Convenio».

36. *Vid.* A. Durán Ayago, «El papel de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional», *cit.*, p. 334.

4.b) del Convenio de La Haya de 1993][37]. La experiencia, sin embargo, ha demostrado que en el marco del Convenio de La Haya de 1993 el respeto al principio de subsidiaridad en la constitución del vínculo adoptivo resulta bastante incierto cuando participan mediadores no acreditados[38]. Por otra parte, el incumplimiento del citado principio resulta mucho más patente fuera del marco convencional, donde se constata que son muchos los Estados de origen, sobre todo aquellos más desfavorecidos económicamente, en los que se producen prácticas incompatibles con el mismo (*ad exemplum*, financiar sus políticas de protección a la infancia con las tasas que se ingresan vía la adopción internacional, aumento del número de niños adoptables por omisión de recursos de apoyo a las familias o endurecer las políticas de restricción de los derechos parentales)[39]. Íntimamente relacionado con el principio de subsidiaridad, los Estados de origen deben cuidar y satisfacer íntegramente en cualquier proceso de adopción internacional el principio de adoptabilidad previa del menor.

B) Adoptabilidad previa

Debe existir una declaración de adoptabilidad del menor por parte de las autoridades del Estado de origen como requisito indispensable para iniciar cualquier procedimiento de adopción internacional. Así se prevé en el artículo 21.a) de la CDN y en la letra a) del artículo 4 del Convenio de La Haya de 1993[40]. Ello requiere una declaración legal de abandono previa al inicio del procedimiento de adopción o bien el consentimiento de los padres biológicos o responsables del menor para la adopción. Cuando se trata de menores abandonados, el proceso de declaración de adoptabilidad del menor es normalmente complicado y exige en muchos casos difíciles investigaciones. En cualquier caso, y como concreción del principio de adoptabilidad, debe insistirse en que antes de iniciarse el procedimiento de adopción y de manera autónoma a los trámites que lo configuran, el menor ha debido ser declarado legalmente en situación de abandono y en situación de ser adoptado a través de un auto judicial o administrativo que cada país define según sus parámetros culturales y legislativos. Las investigaciones previas deben ser llevadas a cabo con la participación de las

37. El artículo 21.b) de la CDN sanciona que los Estados parte «... reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen». De hecho, debe recordarse que el borrador inicial de la Convención proponía que los Estados debían facilitar la adopción y, sin embargo, a la vista de las tendencias desarrolladas en los años ochenta, se rebajó el entusiasmo por esta medida, y el texto definitivo se limitó a reconocer que la adopción debe ser considerada como otra medida de protección del niño, siempre que la consideración primordial sea su interés superior. Por su parte, el Convenio de La Haya de 1993 determina que «Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño» [artículo 4.b)]. Igualmente, el respeto al principio de subsidiaridad se recoge en declaraciones y otros instrumentos de carácter dogmático relativos a la adopción internacional, como *ad exemplum*, *Declaración de Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 sobre los principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y al Bienestar de los Niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional* (artículo 17); *Resolución del Parlamento Europeo A4-0392/96 sobre la mejora del derecho y de la cooperación entre los Estados miembros en materia de adopción de menores, de 12 de diciembre de 1996* (p. G).

38. Así ha sido puesto de relieve por la Comisión especial de 2000 relativa al funcionamiento del Convenio (*vid.* «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, 28 novembre-1er décembre 2000», *http://www.hcch.net*).

39. Igualmente han sido denunciadas ciertas presiones políticas llevadas a cabo por los países desarrollados para aumentar directa o indirectamente el número de niños adoptables, como por ejemplo, saturar algunos países de origen de ciudadanos extranjeros con certificados de idoneidad (*vid.* A. Ferrandis Torres, «La adopción internacional», *cit.*, pp. 208-209).

40. La declaración de adoptabilidad del menor en el marco convencional debe realizarse conforme a los criterios que establece la ley aplicable del Estado de origen del menor (*vid.* G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif», *cit.*, pp. 566-567).

autoridades competentes para declarar el abandono, garantizando así que el menor no haya sido separado de su familia de origen por métodos o motivaciones ilícitas (presión, compra, engaño, incentivo para el abandono de menores, etc.) Respecto a los consentimientos de los padres biológicos, es requisito indispensable en la tramitación de la adopción que dichos consentimientos hayan sido otorgados después del nacimiento, de forma libre y sin previo pago. En este sentido, el Convenio de La Haya de 1993, como ha sido visto anteriormente, rodea este aspecto de una serie de garantías que previenen las adopciones-negocio: esto es, las autoridades del Estado de origen deben asegurarse de que los consentimientos no se han obtenido previo pago o compensación económica; cuando el consentimiento de la madre sea exigido deben asegurase, para evitar un rápido consentimiento, que éste ha sido dado únicamente después del parto, etc.[41].

La regulación resulta adecuada en teoría para evitar que las familias y madres que se hallan en situación económica grave sean objeto de engaño/presión por parte de intermediarios. Sin embargo, frente a dichas garantías, la realidad continúa ofreciendo numerosísimas irregularidades que básicamente presentan dos modalidades. De un lado, prácticas para la obtención de una adoptabilidad ilegítima, logrando el consentimiento de los padres biológicos previa contraprestación económica (presión, compra, engaño o incentivo para el abandono del menor)[42]. De otro lado, y más grave aún si cabe, secuestro de menores a sus padres biológicos en el Estado de origen para ser puestos en adopción en el extranjero mediante consentimientos falsos[43]. Tanto en uno como en otro supuesto resultaría enormemente útil en orden a prevenir tales prácticas un impulso de la cooperación internacional con los Estados de origen en la creación y desarrollo de soportes para el registro, identificación y censo de la población que sean permanentes e ininterrumpidos[44].

C) La idoneidad de los solicitantes

Pasando ya a las garantías que deben ser satisfechas por los Estados de recepción, debe hacerse especial referencia al principio de idoneidad de los solicitantes o futuros padres adoptivos. La declaración de idoneidad de los candidatos a adoptar es la primera obligación de los países de recepción en el marco del Convenio de La Haya de 1993: debe constatarse por las autoridades competentes que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar [artículo 5.a)]. En consecuencia con ello, el legislador español, con el fin de evitar la ausencia de principios en la selección de los padres adoptivos, incorporó *ex* artículo 9.5 CC como condición de reconocimiento de la adopción la obtención del «certificado de idoneidad» por los futuros adoptantes otorgado por las autoridades españolas competentes

41. El Convenio procura que los consentimientos otorgados por los padres biológicos sean otorgados de manera libre estableciendo también como garantía esencial del procedimiento la prohibición, con una serie de excepciones, de que los futuros padres adoptivos tengan conexión con los padres biológicos (más ampliamente sobre el aspecto de los consentimientos, *vid.* M. Herranz Ballesteros, «Problemas actuales en torno a la adopción internacional», *cit.*, pp. 220-221).

42. Es una práctica conocida y habitual la obtención en ciertos Estados de origen de los consentimientos de los padres biológicos, sobre todo madres solteras, a cambio de un precio y la esperanza de una vida digna para su hijo [*ad. exemplum*, una madre recibe 200 dólares por su hijo y los futuros padres adoptivos pagan entre 15.000 y 50.000 dólares (*vid.*, sobre ciertas irregularidades, *http://www.casa-alianza.org*)].

43. Este tipo de irregularidades ha sido detectado en adopciones llevadas a cabo en Canadá o Irlanda respecto de menores provenientes de Centroamérica (fundamentalmente Guatemala). Las autoridades de los Estados de recepción han reaccionado solicitando la realización de análisis de ADN a los menores y a los presuntos padres biológicos con objeto de confirmar la veracidad de su identidad.

44. Debe tenerse en cuenta que, según datos facilitados por UNICEF, un tercio de todos los niños nacidos en el mundo quedan sin registrar, lo que les hace especialmente vulnerables ante el tráfico infantil y la adopción ilegal.

en materia de adopción[45]. La relevancia de este requisito es indubitada en el marco de la prevención del tráfico, aunque no puede desconocerse que en torno a su cumplimiento, sobre todo en relaciones con Estados no parte del Convenio de La Haya de 1993, son todavía muchas las irregularidades que se producen en los procesos de adopción internacional, y que son precisamente las idoneidades mal concedidas o concedidas fraudulentamente una de las principales amenazas al correcto desarrollo del procedimiento.

En realidad, el principal problema que plantea este requisito en el DIPr. español, de gran relevancia práctica a efectos de prevenir las adopciones-negocio, es determinar si los adoptantes han de ser declarados idóneos antes de la constitución de la adopción en cualquier caso o cabe la posibilidad de obtener una declaración de idoneidad *ex post* a dicha constitución antes de la solicitud de inscripción en el Registro (casos de adopciones independientes). En el marco del Convenio de La Haya de 1993 es evidente que no cabe la expedición del certificado de idoneidad *ex post* a efectos de reconocimiento[46], aunque curiosamente hayan existido Estados parte del Convenio que, en algún momento, han obviado el instrumento convencional autorizando adopciones sin el preceptivo certificado de idoneidad[47]. En nuestro Derecho autónomo, la cuestión no es tan sencilla, pues desafortunadamente la redacción del artículo 9.5 CC en este punto no es definitiva en sentido alguno. Las discrepancias doctrinales y entre la jurisprudencia registral han sido intensas desde su entrada en vigor, aunque actualmente, parece que existe una cierta unanimidad en aceptar que la norma permite una interpretación amplia, admitiendo la obtención del citado certificado una vez constituida la adopción en el extranjero y sólo siendo obligatoria para la inscripción de la adopción en el Registro español[48]. Esta solución, no querida por el legislador español y contraria al interés superior del menor, se traduce en los casos de menores que ya se encuentran en España con sus padres adoptivos sin el preceptivo certificado de idoneidad, en un otorgamiento de dicho certificado *ex post* por las autoridades españolas competentes pues, salvo casos graves, el interés superior del menor así lo aconseja[49]. No obstante, como reflexión final sobre este aspecto, debe evitarse como regla general la constitución de adop-

45. El requisito se introdujo en la reforma del artículo 9.5 CC operada por la LOPJM en los siguientes términos: «Tampoco lo será (reconocida como adopción) mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción». La introducción de este nuevo requisito se llevó a cabo, como reconoce la propia Exposición de Motivos de la LOPJM, con objeto de adaptar nuestra legislación interna a la CDN y al Convenio de La Haya de 1993.

46. El Convenio establece un procedimiento de reconocimiento automático (salvo la contrariedad con el orden público del foro) pero obviamente el procedimiento de adopción debe haber tenido lugar de acuerdo con el procedimiento convencional en todas sus fases y, como acaba de verse, es obligación de las autoridades del Estado de residencia de los adoptantes la emisión del certificado de idoneidad.

47. Ha sido el caso, básicamente, de Rumanía [*vid.* P. Orejudo de los Mozos, «El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)», *Aranzadi Civil*, 1998, pp. 13-26].

48. *Vid.* sobre esta cuestión, *amplius*, M. Aguilar Benítez de Lugo y B. Campuzano Díaz, «El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho internacional privado español», *BIMJ*, núm. 1862, 2000, pp. 819-844; en el mismo sentido, A. Borrás Rodríguez, «Problemas de Derecho internacional privado suscitados por la nueva Ley del Menor», en *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1997, pp. 161-198, esp. p. 192; S. Adroher Biosca, «Algunas cuestiones en torno a la adopción internacional...», *cit.*, p. 154.

49. *Vid.* C. González Beilfuss, «La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: normas sobre adopción internacional», *REDI*, vol. XLVIII, 1996, 1, pp. 500-505, esp. p. 504. Esta autora llega a sostener incluso que una vez que el menor se encuentra al cuidado de unas personas, valorar la idoneidad de éstas resulta improcedente (*vid.* «El Reglamento de protección de los Menores desamparados y de la adopción catalán: la crisis de la Direcció General D'Atentió a la Infancia», *REDI*, 1997, 2, pp. 362-364, esp. p. 364). Algunas CCAA han previsto legalmente la posibilidad de otorgar el certificado de idoneidad tras la venida del menor a España (*vid.* M. A. Asín Cabrera, *La protección y adopción de menores en la Comunidad Autónoma de Canarias*, 1999, pp. 97-98).

ciones en el extranjero cuando los potenciales adoptantes carecen del oportuno certificado de idoneidad, con objeto de evitar que la no actuación por parte de las autoridades del Estado de recepción se convierta en una peligrosa práctica.

D) La asignación

Junto a las obligaciones y garantías cuya satisfacción corresponde separadamente a las autoridades de los Estados implicados en un procedimiento de adopción, existen ciertas funciones que han de ser ejecutadas de manera conjunta por las autoridades de ambos Estados y, particularmente, como etapa decisiva del procedimiento, la asignación de una familia concreta a un menor. En efecto, la asignación de una familia concreta a un menor es una de las fases previas cruciales a la constitución del vínculo adoptivo y que trata de evitar que los padres adoptivos, o sus representantes, sean los que elijan al menor, invirtiendo así la filosofía de la institución, esto es, buscar una familia para el menor y no un menor para una familia, pues no existe un derecho a la adopción. Dada la relevancia de esta etapa, el Convenio de La Haya de 1993 la ha elevado en el momento decisivo del procedimiento mediante la regulación del conocido *matching* (artículo 17), en virtud del cual las Autoridades competentes de los Estados de origen y de recepción de manera conjunta o codecisiva llevan a cabo el emparejamiento de las características del menor y las de los solicitantes[50]. La realidad, lamentablemente, se separa a veces de la filosofía del Convenio de La Haya de 1993, pues son muchos los Estados de origen en los que las autoridades públicas no son las responsables de la asignación, realizándose al margen del interés del menor: Ucrania, por ejemplo, no acepta la intermediación de entidades sin ánimo de lucro y son los propios directores de los hogares los que informan a los adoptantes de los menores que hay en el hogar para que elijan conforme a las características que desean; en Bulgaria, el representante de la ECAI o el abogado que representa a los solicitantes de la adopción, localiza a los menores adoptables en los orfanatos y hace la propuesta de asignación a los padres, siempre y cuando la dirección del orfanato acepte a la futura familia adoptiva; mucho más gravemente, determinadas páginas *webs* de agencias estadounidenses de adopción incluyen un catálogo de niños disponibles, con fotografías, características y en algunas ocasiones incluso el precio[51]. Debe insistirse especialmente en que esta importante función de asignación debe ser realizada en cualquier caso por autoridades públicas u organismos acreditados, pues toda intervención privada en este momento del procedimiento corre el riesgo de distorsionarlo gravemente, favoreciendo la aparición de adopciones-negocio. No debería permitirse en caso alguno las asignaciones privadas y desde el punto de vista de nuestro Ordenamiento jurídico debe ser motivo suficiente para rechazar su reconocimiento en España por vulneración del orden público.

50. Jurídicamente, esta etapa tiene como objetivo evitar situaciones de *impasse juridique*, es decir, situaciones en las que sea imposible llevar a cabo la constitución de la adopción (bien sea en el Estado de origen o en el Estado de recepción), y *situation boiteuse*, esto es, supuestos en los que el reconocimiento de la adopción sea jurídicamente imposible en el Estado de recepción, dando lugar a adopciones claudicantes (*vid.* N. Mayer Fabre, «La Convention de La Haye de 29 de mai de 1993...», *cit.*, p. 281; S. García Cano, *Protección del menor y CIA*, *cit.*, pp. 177-178). Fácticamente, aun existiendo una filosofía de colaboración, la fase se desarrolla de manera separada en cada uno de los Estados implicados, pues las autoridades competentes de cada uno de ellos debe dar su consentimiento para que el procedimiento de adopción siga su curso (el principio de soberanía de los Estados no permitió a la Conferencia, como hubiera sido deseable según algunos autores, llegar más lejos y preconizar una sola decisión sobre el *matching*, adoptada conjuntamente por las autoridades del Estado de origen y del Estado de recepción, *vid.* A. Bucher, «La famille en droit internacional privé», *R. des C.*, vol. 283, 2000, p. 156).

51. *Vid.* A. Ferrandis, «La adopción internacional», *cit.*, p. 211; S. Adroher Biosca y V. Assiego Cruz, «La adopción internacional», en I. Lázaro González (dir.), *Los menores en el Derecho español*, *cit.*; sobre las prácticas en Internet, *vid.* a título de ejemplo, *http//: www.rainbowkids.com*

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS SOBRE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE LA OBTENCIÓN DE BENEFICIOS INDEBIDOS

Se ha analizado hasta el momento la prohibición vía civil de las adopciones-negocio y la articulación legislativa de dicha prohibición: principio general de prohibición de beneficios financieros indebidos junto a la regulación de un conjunto de garantías que previenen el tráfico de niños. La cuestión que ahora se plantea es determinar la consecuencia jurídica o sanción que se produce en aquellos supuestos en que se detecte que ha existido una percepción de beneficios financieros indebidos, o en otros términos, se compruebe que se está en presencia de un supuesto de tráfico de menores con fines de adopción o venta de un niño para su adopción. Partiendo, como ha manifestado la doctrina, de la dificultad en torno a la prueba desde el punto de vista del Ordenamiento jurídico español[52], y al margen de la tipificación que sobre esta conducta, como ya se ha visto, realiza el artículo 221 del Código Penal, lo cierto es que desafortunadamente ni el Convenio de La Haya de 1993 ni nuestra normativa interna en materia de adopción suministran una respuesta específica al respecto[53]. Esta laguna legal deja abiertos varios interrogantes, aunque el aspecto más importante radica en determinar la incidencia sobre el acto jurídico de la adopción y, en consecuencia sobre la situación del niño, si llega a probarse la percepción de beneficios indebidos durante el procedimiento de adopción internacional.

La doctrina no es unánime al respecto y se han sostenido básicamente dos posturas. Algunos autores mantienen que la respuesta debe ser distinta en función del sujeto que se haya lucrado, diferenciando así si son terceros o son los padres biológicos del menor. En el caso de lucro de terceros (agentes intermediarios básicamente) la conducta no tendrá efecto alguno sobre la adopción constituida y, sobre todo, cuando el menor ya se encuentre en España. *A sensu contrario*, si son los progenitores del menor los que se han lucrado (los padres biológicos han vendido al niño) el orden público a efectos del reconocimiento de la adopción en España debe intervenir por vicio de consentimiento, rechazándose el reconocimiento de dicha adopción en nuestro país[54]. Frente a esta primera postura, otros autores defienden que la obtención de beneficios financieros indebidos, con independencia de quien los reciba, vulnera el orden público y, en consecuencia, dichas adopciones no podrán ser reconocidas en España[55]. Aun reconociendo que el debate doctrinal continúa servido, creemos que la cuestión debe resolverse conforme a uno de los principios generales que rige la materia relativa a protección de menores, esto es, cuando se está en presencia de cualquier medida que afecte a la protección del menor no pueden adoptarse soluciones universales, sino que son las propias circunstancias del caso concreto las que deben ser apreciadas para concretar cuál es el interés superior del menor *in casu*. Trasladado este prin-

52. *Vid*. M.V. Cuartero Rubio, «Adopción internacional y tráfico de niños», *cit.*, pp. 30-40.

53. En el marco del Convenio de La Haya de 1993, la ausencia de una respuesta específica a la vulneración de la prohibición de obtención de beneficios financieros indebidos fue muy discutida durante los trabajos preparatorios del texto. La Delegación Española, concretamente, propuso añadir un párrafo al artículo 32 del Convenio en el sentido de que una violación a la prohibición no sería causa de denegación del reconocimiento. Sin embargo, la propuesta fue desestimada (*vid*. G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif», *cit.*, p. 634). Por otra parte, el *Comité for Cooperation within the Nordic Adoption and Parent Organizations* propuso en sede de Observaciones al Proyecto que en los casos más flagrantes el Estado de recepción pudiera denegar el reconocimiento previa consulta al Estado de origen. Igualmente, aunque discutida, la propuesta fue rechazada (*vid*., Document préliminaire núm. 8, marzo de 1993, *Actes et documents...*, *cit.*, p. 278).

54. *Vid*. M.V. Cuartero Rubio, «Adopción internacional y tráfico de niños», *cit.*, pp. 40-41.

55. *Vid*. S. Álvarez González, «Adopción internacional y sociedad multicultural», *cit.*, p. 192; F. Calvo Babío, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003, p. 296.

cipio general en materia de protección de menores a la cuestión de determinar la incidencia de la obtención de beneficios financieros indebidos sobre el acto jurídico de la adopción internacional, aun partiendo de la segunda postura señalada, pues como se ha demostrado en estas páginas *interés del menor* y *adopción-negocio* son conceptos inconciliables, sin embargo, ha de ser este principio o criterio el que lleve a analizar caso por caso cada una de las situaciones anómalas que se presenten, con el fin de valorar todas las circunstancias presentes *in casu* antes de determinar la incidencia sobre la situación del menor (circunstancias tan relevantes como si la adopción ya se ha constituido o no, si el menor se encuentra en el extranjero o en España, idoneidad de los adoptantes, quién es el sujeto lucrado, existencia o inexistencia de mala fe, etc.)

V. CONCLUSIONES

El principal principio informador en todo proceso de adopción internacional que debe guiar tanto a las Administraciones entendidas en sentido amplio, como a las entidades privadas y a los adoptantes, es el «principio del interés superior del niño» recogido como criterio orientador en diversas normas, tanto de origen internacional como nacional. Este principio se traduce fundamentalmente en concebir la adopción como la búsqueda de una familia para un niño y nunca un niño para una familia.

Frente a ello, actualmente, la adopción internacional corre el peligro de responder más a las demandas de los adultos de países desarrollados que a las necesidades e intereses de los niños. Existe una absoluta desproporción entre la demanda de solicitudes y el número de menores adoptables. Debemos ser realistas, el tráfico de niños con fines de adopción es una realidad existente al día de hoy, y si no se arbitran soluciones eficientes, la situación se agravará aún más.

La respuesta que el Ordenamiento civil ofrece a estas prácticas desde la propia regulación de la adopción internacional es preventiva e indirecta. Se condena normativamente las adopciones-negocio mediante una formulación unánime de prohibición de beneficios financieros indebidos y se establece una serie de garantías en los momentos claves del procedimiento que indirectamente contribuyen a dicha prevención. Dicha solución, a todas luces, resulta insuficiente. No sólo no regula los efectos jurídicos de la actuación *contra legem* en relación al acto de la internacional, sino que, en cualquier caso, debe ser completada con previsiones de Ordenamiento jurídico penal en orden a sancionar dichas conductas[56].

¿Cuál es el camino o solución, pues, en la lucha contra el tráfico internacional de menores con fines de adopción? La respuesta no es fácil, no existe un solo camino, sino líneas de actuación que deben desarrollarse conjuntamente guiadas siempre por dos criterios o parámetros: el interés superior de menor y el principio de cooperación internacional. En este sentido, y al margen naturalmente de la respuesta en sede penal, la primera línea de actua-

56. Es cierto que en otros foros de unificación del DIPr. se han elaborado, con importantes esfuerzos y reticencias, instrumentos que abordan *ad hoc* el tráfico de menores no sólo desde la perspectiva civil, sino también desde el ámbito penal. Se trata, específicamente, de la *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*, hecha en México el 18 de marzo de 1994, y concluida en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIPV). España no es Estado Parte de la misma, y su alcance es bastante limitado, pues únicamente vincula a Argentina, Belice, Brasil, Colombia, Panamá, Paraguay y Panamá (*vid.*, *http://www.oas.org*). Sobre la misma, *vid.* P.P. Miralles Sangro, «La CIDIP-V (México 1994): una nueva contribución al Derecho internacional privado», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 5, 1993/1994, pp. 101-144.

ción debe ser preventiva y pasa por el principio de cooperación internacional en su sentido más originario, esto es, prevenir el abandono y la desatención de los niños en los países de origen, procurando salvaguardar y realizar el derecho de los niños a ser cuidados, prioritariamente, por sus familias de origen (principio de subsidiaridad). Ello debe realizarse a través de programas de cooperación internacional entre Estados de recepción y Estados de origen, que desarrollen alternativas nacionales que sirvan para eliminar prácticas para obtener una adoptabilidad ilegítima mediante presión, compra, engaños, o incentivos para el abandono de menores. En segundo lugar, la lucha contra el tráfico de menores con fines de adopción debe realizarse desde los propios instrumentos que sirven a la adopción reforzando los sistemas de cooperación internacional instaurados. Es necesario intensificar las garantías, los controles y, por supuesto, someter al control público la intervención de todos los organismos que intervengan en un proceso de adopción internacional para garantizar así su transparencia y legalidad[57]. El Convenio de La Haya de 1993, Convenio de cooperación internacional entre autoridades en su sentido más puro, se revela como el marco idóneo para llevar a cabo esta tarea. Ello conlleva, de un lado, un esfuerzo para la incorporación de nuevos países al Convenio, pues debe recordarse que actualmente sólo el 20% de las adopciones internacionales que se producen en España se tramitan al amparo del citado Instrumento. De otro lado, los Estados parte deben adoptar las medidas de ejecución necesarias para cumplir eficientemente los objetivos convencionales[58].

Aunque la vía multilateral sea sin duda el camino ideal para la lucha contra el tráfico de menores, en tanto el Convenio de La Haya no sea ratificado por Estados con los cuales España se relaciona en la materia, la alternativa de los protocolos y acuerdos bilaterales que se inspiren en las garantías y salvaguardas previstas en el Convenio multilateral, es positiva con el fin de luchar contra el tráfico de menores.

Tanto en uno como en otro caso, resulta necesario insistir en una medida que a veces pasa inadvertida, y que es decisiva en la lucha contra las adopciones-negocio: es necesario simplificar y agilizar en la medida de lo posible los trámites burocráticos de los procedimientos de adopción internacional, evitando así que los futuros adoptantes puedan recurrir al «efecto escape» de la normativa.

57. A esta idea precisamente responde la *Comisión especial sobre la adopción internacional* constituida en el Senado en 2003, de la que resulta especialmente interesante la Comparecencia del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Excmo. Sr. D. Pedro Núñez Morgades, para informar sobre la materia objeto de estudio (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, Año 2003, VII Legislatura, Comisiones. Núm. 504, Comisión especial sobre la adopción internacional celebrada el lunes, 15 de septiembre de 2003).

58. Ello reviste una trascendental relevancia en especial respecto a los Estados de origen, requiriendo actuaciones de diversa índole que básicamente pueden ser resumidas en tres: a) Legislaciones, procedimientos y normativas administrativas transparentes; b) Fomento y creación de Organismos Centrales, dependientes de los respectivos Gobiernos en los que se controle el cumplimiento de los procedimientos de adopciones establecidos; c) Posicionamiento inequívoco ante las redes de tráfico (*vid.* A. Lafora González, «Tráfico de menores y adopción internacional», en M.T. Martín López (coord.), *Justicia con menores...*, *cit.*, pp. 93-100, esp. p. 97).

Revista de Derecho de

familia

TRIBUNA ABIERTA

La idoneidad en la adopción nacional. Problemas que plantea en la práctica

MERCEDES DE LOS RÍOS GONZÁLEZ

Abogada

La declaración de idoneidad para la adopción presenta grandes diferencias en atención a los resultados si lo que se pretende es una adopción nacional o internacional, ya que en las nacionales se puede dar el caso que todo el camino recorrido no haya servido para nada y las distintas administraciones autonómicas hacen que los futuros solicitantes se creen una serie de expectativas que tras varios años se van a ver totalmente frustradas.

Y así, se quiere traer a colación el siguiente supuesto para denunciar las irregularidades y la falta de garantías que para los ciudadanos representan los procedimientos que se pueden catalogar como un híbrido entre su naturaleza civil y administrativa pero sin la eficacia y la legalidad de la que se encuentra investida la actuación de la administración.

Mis mandantes presentan en noviembre de 2001 su solicitud de adopción nacional y después de tres años, en septiembre de 2004, se dicta resolución por la administración en la que se acuerda no tenerlos por idóneos.

Frente a dicha resolución se formuló la oportuna Oposición ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente, al amparo de lo prevenido en los artículos 779 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siguiéndose por los trámites del Procedimiento de Oposición a la resolución administrativa, recayendo Auto en mayo de 2005, en el que se revocaba la resolución administrativa y se declaraba idóneos a mis mandantes para la adopción.

La resolución de la administración se apoyaba en dos circunstancias para declarar la no idoneidad:

– La falta de condiciones de la vivienda y la presencia de familiares mayores que previsiblemente necesitarían ayuda en el futuro ante el proceso de envejecimiento. Siendo ambas causas rechazadas por el órgano judicial: la vivienda tal y como se acredita presenta buenas condiciones, tiene suficiente espacio para la familia muy extensa y los defectos de las humedades han desaparecido. En lo relativo a los familiares mayores, es una vez más jugar a ser videntes: no se sabe si desarrollarán alguna enfermedad o en qué medida necesitarán

ayuda. Imputar como aspecto negativo de la idoneidad que no se haya previsto cómo van a cuidar a los mayores (hoy sanos) y menores se considera de todo punto irrelevante pues prácticamente ninguna familia tiene previsto tal posibilidad. Por otro lado, la presencia de estos mayores podía servir como criterio favorable a los solicitantes en la medida en que pueden recibir más ayuda en el cuidado y educación de los menores y ampliar el ámbito de las relaciones familiares de los adoptados.

– Por el contrario, estas circunstancias evidentes apoyan la pretensión de los demandantes: se trata de personas sanas, trabajadoras, sin patologías, con ingresos suficientes para hacer frente a los gastos que representa el aumento de la familia, con vivienda adecuada, en un entorno rural con los recursos suficientes (escuela, médico). Es más y jugando también a prever el futuro, es quizás en este tipo de ámbitos, aldeas pequeñas con poblaciones mayores, dónde más apoyo podrán obtener los adoptantes pues es seguro que la llegada de unos menores será un acontecimiento bien recibido por todos los vecinos que estarán dispuestos a ayudar en lo que sea necesario.

– El resto de los motivos aducidos carecen de evidencia, según el criterio del órgano judicial.

Tras dicho procedimiento por parte de la administración no conforme con el Auto planteó recurso de apelación cuyas pretensiones fueron totalmente rechazadas y se dictó Auto en septiembre de 2005, en el que se confirmaba la resolución recurrida.

Una vez transcurridos seis meses desde la firmeza de dicha resolución se presentó por esta parte un escrito en marzo de 2006, ante la administración en el que se interesaba algún tipo de información y de transparencia en el procedimiento de adopción. Mis mandantes son convocados a una reunión por la Jefa del Servicio, en la que se les informa que todo el camino recorrido puede no tener una respuesta afirmativa y favorable para sus expectativas de ser padres algún día y que el tiempo juega en su contra ya que a mayor edad, los menores que se les atribuirían serían mayores y a más tiempo transcurrido menos posibilidades. Asimismo, también se les informó que en el momento en el que se lleva a cabo la solicitud de adopción nacional se debería informar que quizás no hay niños para poder adoptar.

La perplejidad de mis mandantes es manifiesta al comprobar que tras cinco años de procedimiento administrativo, posteriormente judicial y con un Auto en el que se declara su aptitud para ser padres se les comunica que no ha servido para nada.

A mayor abundamiento es preciso señalar que al haber sido declarados no idóneos por la administración y como es a fin de cuentas ella la que atribuye a los menores, se teme que mis mandantes están siendo discriminados, con respecto, a otros futuros adoptantes ya que por mucho que exista una resolución judicial favorable no existe ningún tipo de instrumento legal que obligue a la administración a actuar máxime si se tiene en cuenta que la administración tiene un planteamiento erróneo ya que si bien es cierto que la competencia en esta materia, es decir, las funciones de protección de los menores, las tiene atribuidas, lo que no se puede hacer es sustraer la actuación administrativa al control jurisdiccional ya que en este caso la administración estaría contraviniendo lo preceptuado en el artículo 106.1 de la Constitución Española, que faculta a los órganos jurisdiccionales a llevar a cabo un control

de la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento de los fines que la justifican.

Las dos fases del procedimiento que conlleva el hecho de instar una solicitud de adopción deben ser ampliamente rechazadas, pues se trata de prácticas totalmente irregulares. En el presente caso, en el que la primera fase concluye con la emisión de la resolución sobre la no idoneidad, se discrimina a los solicitantes por pertenecer a un medio rural y la base de ello está en que los profesionales que llevaron a cabo los respectivos informes desligaron a los solicitantes del medio físico, social e intelectual en el que viven y esto es un error porque los mismos tienen las pautas de comportamiento de las personas que residen en pequeños núcleos de población, con las limitaciones formativas que se quieran, pero también con enormes ventajas frente a las que residen en grandes poblaciones.

Y si bien es cierto que la competencia para declarar la idoneidad o falta de idoneidad de los que se postulan como adoptantes corresponde a la administración, las decisiones de dicho órgano administrativo resultan susceptibles, como es propio del Estado de Derecho al que alude nuestra Constitución en el primero de sus artículos, de ser impugnadas por los administrados ante los Tribunales de Justicia. El tan mencionado artículo 106 de la CE, implica que por decisión del legislador se ha atribuido a los órganos jurisdiccionales civiles la competencia de revisar la decisión administrativa sometida a examen y es la relativa a si legalmente corresponde o no declarar idóneos para la adopción a los aspirantes administrativamente rechazados. Lo que se pretende es someter a la revisión de los tribunales de justicia lo decidido por un órgano de la administración y la decisión que se adopta lo es en el ejercicio de las competencias revisoras, por los órganos del Poder Judicial y que no puede quedar sujeta o condicionada al particular criterio de la administración, por cuanto es al Poder Judicial a quien corresponde revisar la legalidad de los actos y resoluciones de la administración.

Y la segunda fase, que carece de cualquier tipo de garantía o controles que es la que no va a culminar las expectativas creadas por la resolución judicial de idoneidad y que debería llevar a la propuesta de adopción.

La falta de transparencia radica en la existencia de un registro de adoptantes al que no se puede tener acceso ni siquiera una información general a meros efectos orientadores o de mera estadística; para el caso de que se diera la existencia de un menor susceptible de ser adoptado habrán de valorarse todos los elementos obrantes en el expediente y decidir sin que se sepa quién va a llevar a cabo esta decisión y si van a ser los mismos técnicos que declararon no idóneos a los solicitantes; la importancia del orden temporal de prioridad, aunque, como nos dijo la administración la antigüedad juega en contra, incluso, se han dado casos en que la idoneidad ha caducado al haber transcurrido demasiado tiempo desde la declaración de la misma y haberse producido un cambio sustancial en las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por lo que sería necesaria una nueva evaluación.

La indefensión que producen estos procedimientos es total porque no existe plazo alguno para dictar la resolución y sin que las propias características del procedimiento garanticen resultado alguno de satisfacer las expectativas de los interesados ya que el campo de la discrecionalidad administrativa es absoluto, sin que exista ningún mecanismo legal

adecuado para mover a la administración a que actué o poder acreditar no sólo la demora sino posibles discriminaciones con respecto con otros adoptantes.

Estamos ante una ausencia de una reglamentación compresiva de los trámites y procedimiento administrativo previo a la resolución judicial de adopción y si se compara el plazo general de tres meses para la resolución de cualquier solicitud, plazo que se establece en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común, con los tres años que han tardado en resolver sobre la idoneidad más los dos años de tramitación judicial, el resultado será totalmente desproporcionado no sólo en cuanto al plazo para resolver sino al mutismo de la administración una vez que dicta la resolución ya que la segunda fase del procedimiento es absolutamente opaca.

Y toda esta actuación va en contra no sólo de lo prevenido en el artículo 41 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común sino también de lo establecido en el artículo 9.2 de la CE que establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, ...

La administración ha infringido lo prevenido en el artículo 9.3 de la CE, en relación a los principios de seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos con una total falta de eficacia y con una falta absoluta de rigor enervando con ello los derechos y principios constitucionales reconocidos tanto en la Constitución como en las leyes.

La carencia de un procedimiento administrativo prefijado y suficientemente transparente y publicitado produce una auténtica inseguridad jurídica a los solicitantes y les impide el libre y legítimo ejercicio de sus derechos.

Toda esta lamentable situación lleva a poner de relieve la necesidad de una profunda reforma a nivel legislativo de estos procedimientos máxime si se tiene en cuenta que se están vulnerando derechos fundamentales por parte de la administración que debe ampararlos y actuar conforme a los principios constitucionales y a la legalidad con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico y que si bien es cierto que toda adopción no se puede verificar con plena garantía de éxito y siempre existe un pequeño riesgo –esto ocurre con la filiación biológica–, la idoneidad tampoco se puede predicar de ella, por lo que la administración no debería partir de un concepto de idoneidad estricto y excluyente, ya que lo que se debería hacer es establecer un paralelismo con la generación natural y por ello bastaría que los candidatos a la adopción puedan hacerse cargo de los menores sin que lógicamente se derive racionalmente la posibilidad que al menor se le origine algún tipo de perjuicio ya que entraría siempre en juego el principio del interés superior del menor, pero y, en efecto, como ocurre con los solicitantes del caso que hemos comentado, por imposibilidad de generación natural de un hijo, se aspira a la realización personal y social que supone la crianza y educación de un hijo, se está satisfaciendo su derecho constitucional a la formación de una familia, derecho que es también amparable y que la administración no ha amparado.

Y a modo de conclusión se puede argumentar que:

1.º La apreciación de si una personas tienen capacidad para el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad presenta serias dificultades.

2.º Dichas dificultades provienen entre otras muchas causas del hecho que estos futuros padres no han tenido la oportunidad de poner en práctica su idoneidad.

3.º Es un comportamiento de futuro y, por tanto, imprevisible.

4.º Toda adopción no se puede verificar con plena garantía de éxito y siempre existe un pequeño riesgo que es similar al que puede presentarse con la filiación biológica.

5.º La administración no puede hacer soñar a los solicitantes con la posibilidad de ser padres y tras cinco años de procedimientos legales informarles que aquellos sueños nunca llegarán a cumplirse.

La prueba de la existencia de la unión de hecho. Praxis jurisprudencial

ANTONIO ALBERTO PÉREZ UREÑA
Abogado de Familia. Granada

Uno de los principales problemas que se plantea a la hora de reivindicar judicialmente los efectos jurídicos que surgen de la convivencia *more uxorio* es la de acreditar que concurren los requisitos necesarios para considerar la existencia de tal tipo de convivencia.

Deben ser los miembros de la pareja los que formen los medios de prueba que, ante cualquier eventualidad, les puedan hacer falta para llegar a probar que han convivido juntos de forma análoga a la marital.

En cualquier caso, la prueba de la realidad de dicha convivencia, en principio y en atención a lo dispuesto en el artículo 217.II de la LEC, corresponde a quien la alega, pudiendo utilizar, a tal fin, cuantos medios de prueba se admiten en nuestro derecho (documental, testifical, ...)

En primer lugar destacamos la inscripción en alguno de los Registros administrativos de Uniones de hecho, tanto municipales como autonómicos. A éstas se les puede objetar que –a diferencia del valor probatorio de las actas del Registro Civil–, las inscripciones en los Registros Municipales, constatan la simple declaración de los interesados, pero no una efectiva convivencia estable, pública y notoria (AP Cádiz, Sec. 4.ª, Sentencia de 15 de octubre de 1999).

De otro lado, la existencia de esta modalidad de convivencia quedará acreditada con la oportuna capitulación paramatrimonial en virtud del principio de libertad de pacto dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil. También por el propio reconocimiento inequívoco efectuado por la persona beneficiaria. Ejemplos de esto los hallamos en la AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 26 de febrero de 2004, cuando la esposa reconoció en el procedimiento de modificación de medidas que convivía en pareja con una tercera persona, o de la AP Vizcaya, Sec. 6.ª, Sentencia de 16 de marzo de 2001, cuando: «la propia esposa en la prueba de confesión judicial reconoció ser cierto que mantiene una relación estable de pareja con una tercera persona que comenzó aproximadamente en el verano de 1999 (2.ª posición), prueba en la que fundamenta el Juzgador *a quo* su decisión de no señalar pensión compensatoria a favor de la esposa», o por declaraciones testificales. De esto último es buen ejemplo la AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de marzo de 2005, que declaró haber lugar

a extinguir la pensión compensatoria al quedar acreditada la existencia de una relación *more uxorio* de la beneficiaria con tercera persona. Tal convicción se deduce de las declaraciones de las hijas del matrimonio, «por más que la letrada de la demandada haya tratado de arrancarles la afirmación de que fue una "relación esporádica". El Sr. Eugenio convivió con la demandada durante "7 u 8 meses" (según Verónica) o durante unos pocos meses, menos de un año (según Sofía), de manera similar a como conviven los matrimonios, tal y como se deduce de las declaraciones de las testigos».

Ni que decir tiene que, aparte de las pruebas documentales (para lo que hay que tener en cuenta que las certificaciones del padrón tienen un carácter meramente informativo en relación con la residencia y el domicilio habitual, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del Real Decreto núm. 2612/1996) y testificales que se puedan aportar, sin género de duda, uno de los medios más recurridos en la práctica es el del informe de detectives privados. Generalmente, cuando se pretende acreditar que una persona viene manteniendo relaciones de convivencia análoga a la marital, para apoyar la pretensión de extinción de la pensión compensatoria, se suele acompañar a la demanda un informe de investigación y seguimiento privado.

Ahora bien, respecto del valor probatorio de dicho informe hay que decir que, en principio, no tiene más valor que el de un testimonio reconstituido sobre la base de un interés de la propia parte que pueda proporcionar al investigador una visión o acercamiento al hecho observable, sesgado en función de lo querido o de la perspectiva que le ofrece aquel que lo contrata, lo que supone ya una inevitable falta de espontaneidad que puede, a su vez, incidir en la no total veracidad de la información.

Por eso, desde antiguo (AP Barcelona, Sentencia de 24 de febrero de 1987) se viene afirmando que «no puede considerarse prueba documental un documento librado por una agencia de detectives privados, que no han sido traídos al juicio y sometidos al turno de preguntas de la parte que no los contrató»; afirmando la AP Zaragoza, Sentencia de 1 de mayo de 1983 que «la prueba documental consistente en informes de agencias privadas de investigación, es nula y carente de todo valor probatorio, pues esta Sala viene reiteradamente declarando que la prueba documental implica una realidad objetiva que se acredita por su propio contenido, por lo que no puede recaer sobre informes o juicios de quien escriba, pues semejantes actuaciones implican en realidad prueba testifical aportada a autos con manifiesta infracción de los principios reguladores de la prueba, singularmente el de inmediación del juzgador y el de contradicción, por medio de repreguntas, pues lo que tampoco reviste valor probatorio alguno». Confirmando la tesis expuesta –pero matizándola–, la AT Burgos, Sentencia de 20 de septiembre de 1983 declaró que «un informe elaborado por un investigador sólo tiene valor probatorio en cierta medida y no con carácter absoluto, puesto que ha de valorarse, en definitiva, junto a los demás medios probatorios practicados y que obren en autos. El informe confidencial de un detective privado, ratificado en autos y sujeto a contradicción mediante los requisitos pertinentes, tiene un valor semejante al de los testimonios emitidos en el proceso y, por consiguiente, sometido para su apreciación a las reglas de la sana crítica, es decir, de acuerdo con criterios racionales, ponderando las circunstancias que concurren en los testigos, su razón de ciencia, condiciones personales y, en fin, todos aquellos elementos que pueden influir sobre la veracidad de un testimonio, máximas de experiencia que deben presidir y enmarcar la discrecionalidad en la valoración de esta prueba».

Como tiene declarado el Tribunal Constitucional en sus Autos de 3 de mayo y 16 de julio de 1990, los informes de las agencias privadas de investigación, con independencia de la calificación que les haya dado el juzgador, no constituyen prueba documental, sino manifestaciones testimoniadas por escrito, extremo confirmado por el vigente artículo 265.1.5.º de la LEC.

De cualquier forma, buen ejemplo de la utilidad práctica de este medio de prueba lo encontramos en su aplicación diaria, como lo ponen de relieve los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales:

La AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 11 de junio de 2003, según la cual: «se desprende con claridad del informe unido a las actuaciones y de las manifestaciones del detective que lo realizó, vertidas en el acto de la vista y sometidas a la contradicción del Letrado demandante».

AP Vizcaya, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de julio de 2002, que declaró la extinción de la pensión en atención a que había quedado acreditado en la prueba de detectives con un seguimiento de un mes de duración, cómo un tercero va al domicilio de la beneficiaria de la pensión con habitualidad, haciéndolo en horas propias de la finalización de su jornada laboral, permaneciendo en tal vivienda, o saliendo de la misma al inicio del día y de su jornada laboral. Igualmente se pudo apreciar cómo el investigado se cambiaba de ropa en dicho domicilio, no yendo al mismo sólo de visita.

Tiene interés práctico el destacar que, a pesar de lo expuesto, a la prueba de informes de detectives privados se le pueden hacer las siguientes objeciones:

– Que el informe de detectives deberá fundarse en un seguimiento continuado durante un considerable período de tiempo, puesto que en caso contrario puede suceder que se le reste relevancia probatoria, como aconteció en la AP Zaragoza, Sec. 4.ª, Sentencia de 3 de septiembre de 2004, que afirmó que «el informe de detectives tan sólo expresa un seguimiento no continuado de pocos días que tan sólo refiere la compañía de doña Emilia con un tercero, pero del mismo no se infiere la comunidad de vida que implica la convivencia marital que exige el artículo 101 CC».

– Sin que el detective declare como testigo, no hay realmente medio de prueba, pues los testigos no pueden declarar por escrito.

– El no tener más valor que el de testimonios reconstruidos sobre la base de un interés de la propia parte que puede proporcionar al investigador una visión o acercamiento al hecho observable sesgados, en función de lo querido o de la perspectiva que le ofrece aquel que lo contrata, lo que supone una inevitable falta de espontaneidad que puede, a su vez, incidir en la no total veracidad de la información ofrecida. Con este razonamiento, la AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de septiembre de 2003, denegó la extinción de la pensión compensatoria por la supuesta convivencia marital de la esposa con una tercera persona.

La acreditación de la convivencia por presunciones e indicios

De cualquier modo, la prueba directa de la relación de convivencia marital es ciertamente difícil, por lo que es preciso, en estos casos que afectan a hechos de la intimidad, acudir a la prueba indirecta, de indicios o presunciones (AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Auto de 15 de junio de 2004).

Según la AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 8 de septiembre de 2004: «No se puede deducir la existencia de una relación *more uxorio* por el hecho de haber utilizado en tres o cuatro ocasiones el mismo vehículo, haber participado de una fiesta familiar y haber comido en restaurante y dormido en la misma casa». A decir de esta Sentencia para determinar la existencia de dicha relación *more uxorio*: «faltan elementos más directos y objetivos de apariencia inequívoca de posesión de estado marital, como pueden ser vinculación de bienes, cuentas bancarias correspondientes, poderes o facultades de representación, proyección social de la pareja como unidos por vínculos afectivos duraderos».

Más concluyente en este sentido es la AP Navarra, Sec. 2.ª, Sentencia de 31 de enero de 1994 para la que «se hace patente la necesidad de acudir a valorar la prueba de presunciones, como única vía factible en muchos casos de apreciar la existencia de la convivencia marital».

La práctica nos pone de manifiesto los siguientes indicios o presunciones:

– De la adquisición en común de una vivienda y un puesto de atraque (AP Cádiz, Sec. 6.ª, Sentencia de 26 de febrero de 2004).

– Que los convivientes lleven a cabo, conjuntamente, la apertura de cuentas corrientes y de ahorro, tarjetas de crédito u otra clase de contratos bancarios (AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencias de 19 de febrero de 2003 y 15 de abril de 1999, y AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 24 de marzo de 1999).

– Otros contratos firmados por ambos pueden acreditar la existencia de convivencia, como por ejemplo, el contrato de compraventa o arrendamiento de un bien inmueble.

– El hecho del empadronamiento en el mismo domicilio o la confección del censo electoral que revela el domicilio de cada ciudadano; aunque se le puede objetar que el mero hecho de estar empadronado en la vivienda no debe reputarse suficiente, pues no implica residencia efectiva continuada, sino designación en el momento de realizarse el censo, sin acreditación de la residencia ni de su continuación (AP Sevilla, Sec. 5.ª, Sentencia de 3 de julio de 2000).

– Figurar en el mismo domicilio fiscal, o habitar en el mismo domicilio. Es de interés la AP Teruel, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, que estimó acreditada dicha convivencia por la concurrencia de una serie de circunstancias, entre las que destacan las de que el tercero disponía de la llave del portal de la vivienda y del garaje, permanecía desde el final de la jornada laboral hasta la mañana siguiente y su nombre figuraba en el buzón de correos. Conforme a la AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2000, procede la extinción de la pensión «cuando queda acreditado que un tercero convive en el domicilio familiar de

forma permanente sin que sea obstáculo para tal conclusión que éste siga manteniendo a efectos administrativos y de correspondencia otro domicilio».

– El cambio de domicilio ha de ser efectivo y ser acreditado. La AP Burgos, Sec. 3.ª, Sentencia de enero de 2004, no considera acreditada la convivencia marital, puesto que «habiendo alegado la parte actora que uno de los hechos reveladores de dicha convivencia ha sido el cambio de domicilio de la demandada, trasladándose a vivir con su compañero sentimental, la única prueba de dicho traslado ha sido unas fotos del buzón de correos correspondiente a esa tercera persona en la que aparece escrito a mano el nombre de la demandada. Sin embargo, no se ha intentado completar tales indicios con otro tipo de pruebas que son las habituales cuando lo que se intenta acreditar es el abandono de un determinado domicilio y el traslado de la residencia a otro diferente, pues de dicho traslado las personas suelen dejar otras huellas además del simple nombre puesto en un buzón de correos».

– Se reconoce como documento la cartilla de la seguridad social extendida a nombre del compañero como titular y en la que figura como beneficiario, o la institución testamentaria en la que conste como heredero.

– La existencia de un hijo común fruto de la relación, haciéndolo constar en la inscripción de aquéllos llevada a cabo en el registro civil (en similares términos, *vid.* AP Valladolid, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2002). Pero la mera existencia de un hijo común no justifica *per se* una convivencia *more uxorio* (AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de marzo de 2005).

– La AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2004, tiene por acreditada la convivencia en análoga relación a la marital siendo, además, un dato reseñable el hecho de que la demandada y su hijo trabajen en la empresa del tercero.

La inversión de la carga de la prueba

Aun con lo expuesto, y como lo reconoce la doctrina de las Audiencias Provinciales, a veces es difícil acreditar la situación de convivencia marital pues la realidad de la misma o es ocultada o resulta difícil su demostración al incidir en la vida íntima de la pareja. Por eso, afirma la AP Granada, Sentencia de 9 de febrero de 2000 que «es necesario acudir en ocasiones a la prueba indiciaria o de presunciones o a la inversión de la carga de la prueba, una vez resulte acreditada, sin duda, la cohabitación a fin de que el que tiene derecho a la pensión pruebe que la relación es distinta de la propia del matrimonio».

En estos casos, la regla general sobre la carga de la prueba debe ser matizada aplicando la doctrina jurisprudencial que predica su adecuación al caso concreto mediante los criterios de normalidad, facilidad y flexibilidad probatoria que deben completarla. Respecto a la existencia de indicios que permitan el juego de presunciones, dispone la AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2003, que existen «indicios que permiten entender acreditada, a través del juego de presunciones, la existencia de una nueva comunidad de vida constituida por la apelante con tercera persona, asimilable a la marital, que obstara a la posibilidad del reconocimiento de pensión compensatoria»; siendo los indicios que se destacan en la referida sentencia, los siguientes: el no *aclarar las circunstancias sobre amistad declarada y gradación de la misma; el cambio de lugar de residencia o de domicilio; el modo de contri-*

bución al sostenimiento de los gastos en el núcleo del nuevo inmueble habitado; la asunción por un tercero de los gastos de manutención; las declaraciones efectuadas por los hijos de la persona beneficiaria, vía exploración, refiriendo relación sentimental, con implicaciones personales, que exceda del marco de la amistad; y que dicha relación aparezca continuada en el tiempo, prolongándose a los períodos laborales y vacacionales, estableciendo planes de futuro.

Y es que, como afirma la AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 7 de julio de 1999: «acreditada la convivencia del tercero con el cónyuge beneficiario de la pensión compensatoria, la carga de la prueba de que esta convivencia no es de carácter marital corresponde a quien niega tal naturaleza de la relación»; extremo en el que incide la AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de abril de 1998, cuando afirma que «ha de ser el que intenta impedir la desaparición de la pensión compensatoria, quien pruebe que la misma no es estable o *more uxorio*».

En este sentido, también se puede destacar la AP Cádiz, Sec. 8.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2001, para la que «dicha prueba ... se revela realmente problemática, por lo que obviamente y ante la dificultad de obtener directas evidencias, se ha venido aceptando como no podía ser de otra manera el recurso de la prueba por presunciones, esto es, partir de determinados hechos ciertos de los que obtener la conclusión a través de las reglas del sano criterio humano», sentando la referida Sentencia, en el caso de autos, la presunción de convivencia *more uxorio*, por la existencia de un hijo común, afirmando la resolución comentada que: «tal hecho evidencia y presupone la existencia de una relación estable y permanente entre los progenitores, pues no es creíble que tal descendencia sea fruto ocasional o circunstancial de una relación esporádica»; afirmación esta que no nos parece del todo acertada (según la AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2002, que no considera acreditada la convivencia *more uxorio* por el hecho de que de una relación esporádica nazcan dos mellizos), pero que se ve confirmada, en el caso de autos, por la abundante prueba testifical ofrecida por terceras personas, afirmando algunos de ellos que: «yo lo que sé es que viven juntos», o «que tienen una convivencia muy normal».

A modo de conclusión

Si bien la prueba de la convivencia incumbe al actor («corresponde al deudor demostrar que se ha producido la convivencia marital mediante la utilización de toda suerte de pruebas, bien directas bien a través de las presunciones» –AP La Coruña, Sentencia de 26 de septiembre de 2002–; una vez demostrado este extremo, ha de ser el que intenta impedir la desaparición de la pensión, quien pruebe que dicha convivencia no es estable, sino que obedece a otra causa, ante la facilidad probatoria que dicha circunstancia tiene para él, y ello en aras a evitar la constitución de una prueba «diabólica» para la contraparte (AP Asturias, Sentencia de 29 de abril de 1998).

Revista de Derecho de familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

GUÍA SOBRE EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

La Oficina del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid ha editado una guía sobre la ruptura de pareja e hijos: Síndrome de alienación parental. Su autor es el psicólogo D. José Manuel Aguilar Cuenca. Su contenido es el siguiente:

I. PRESENTACIÓN

«La Institución del Defensor del Menor tiene entre sus fines y responsabilidades esenciales la divulgación de temas y contenidos de especial relevancia y significación en la vida de nuestros menores. El contenido que se desarrolla en el presente texto pretende introducir al lector adulto en el complejo mundo de relaciones y conflictos que suelen derivarse de las separaciones y divorcios de las parejas y, de modo singular, de los efectos y consecuencias que estos procesos tienen en los menores de edad, en los hijos e hijas de esas parejas que, de diferentes maneras, deciden poner fin a su vida en común. El creciente número de separaciones y divorcios que vienen produciéndose en la sociedad actual supone una circunstancia a tener en cuenta por todos, pero especialmente por quienes buscan otras alternativas a su vida personal como adultos, legítima sin duda, pero necesitadas siempre de la necesaria e imprescindible reflexión sobre las necesidades de los seres más vulnerables en este tipo de rupturas, los niños y adolescentes implicados.

Parece evidente y suficientemente contrastado que las situaciones de conflicto que se derivan de determinados casos de separación o divorcio vienen a suponer un especial lastre para el adecuado desarrollo de niños, niñas y adolescentes que, de modo general, asisten sin demasiada capacidad de respuesta a las dificultades ordinarias y, en ocasiones, especialmente dolorosas de la decisión de sus padres. Y resulta innegable la responsabilidad de todos para prevenir las referidas situaciones y, en su caso, intervenir de forma adecuada y sensible en la resolución estable y constructiva de las mismas.

El profesional que ha sido encargado de la elaboración del texto, José Manuel Aguilar, contribuye con sus reflexiones, argumentos, experiencia y propuestas a descifrar el complejo código de ideas y comportamientos contenidos en este tipo de situaciones, presentes sin duda en muchos domicilios y en el día a día que se vive de manera cotidiana y ordinaria en las relaciones entre ex cónyuges y entre adultos y niños.

Con el material propuesto, la Institución del Defensor del Menor pretende contribuir a la divulgación de aspectos de naturaleza teórica y práctica en torno al convivir diario en este tipo de situaciones, señalando la relevancia de que padres y madres perciban de manera significativa y sensible la importancia de prestar atención a las relaciones afectivas, emocionales y de trato cotidiano con sus hijos destacando el interés superior de las necesidades de éstos en cualquier contexto o circunstancia en que puedan verse implicados.

Deseamos que las ideas, reflexiones y vivencias que a continuación se citan sirvan y contribuyan a desarrollar de manera eficaz la convivencia pacífica, respetuosa y constructiva entre las personas, valorando las incuestionables ventajas que esta óptica conlleva siempre para los menores de edad, siempre más vulnerables.»

Pedro Núñez Morgades.
Defensor del Menor

II. PADRES E HIJOS: UNA FAMILIA

La familia es el entorno en donde los hijos se desarrollan. En él reciben protección, cuidados, afecto y educación, aportando un lugar seguro y estable para su desarrollo.

Tan importante como esto es el hecho de que también es el marco donde los hijos establecen los primeros vínculos. Primero, con sus padres y hermanos; luego, con sus abuelos, tíos y primos.

Estas relaciones aportan afecto y permiten al niño desarrollarse como ser social, integrado en un grupo con el que se identifica y se siente seguro, cubriéndole otras necesidades y conocimientos tan importantes para su desarrollo futuro como será la educación que reciba o el cuidado del que disfrute.

En ocasiones, este entorno se rompe. Los padres, responsables del proyecto que una vez decidieron juntos, tienen dificultades para seguir adelante en su vida en común. Es entonces cuando llega el divorcio.

El divorcio es la ruptura del vínculo entre los progenitores y, por tanto, es un problema entre dos adultos. El divorcio es un problema de pareja, no un problema de los hijos.

III. LA PAREJA SE ROMPE

Una vez que la pareja decide romper su vida en común debe entender que las relaciones que los hijos han establecido con ambos progenitores, así como con el resto de su familia, no deben verse afectadas.

Las relaciones de los hijos con sus padres son un derecho del menor y una necesidad para su correcto desarrollo.

Si vamos a divorciarnos dividiremos el hogar, los bienes materiales, pero los hijos no entran en el reparto. Aunque uno de los progenitores se haga cargo de la custodia, las responsabilidades y cuidado de los hijos seguirán siendo un compromiso común.

En ocasiones, el progenitor al que el juez ha otorgado la custodia considera que es mejor padre o madre, que tiene más derechos y, poco a poco, va entorpeciendo la relación del otro

progenitor con sus hijos, interfiriendo en el deseo natural de éstos de mantener el vínculo afectivo que tanto necesitan para desarrollarse correctamente.

De este modo, decide sobre los temas académicos, de salud, familiares o religiosos, sin consultar con el otro progenitor, convirtiéndose en un vigilante con autoridad para tomar decisiones sobre lo que es bueno y lo que no para los hijos comunes, olvidándose de que sigue educándoles y está afectando a su correcto desarrollo.

IV. NOS DIVORCIAMOS ¿QUÉ HACER?

Si tenéis problemas en vuestra convivencia en común debéis apartar a los hijos de las discusiones. Los niños se ven muy afectados cuando contemplan un conflicto entre sus padres, sufren y se angustian. Muchos no tienen recursos para saber qué está ocurriendo realmente y llegan a creer que tienen la culpa de vuestras diferencias.

Si tenéis que hablar y creéis que puede haber tensión en la conversación, hacedlo cuando ellos estén durmiendo, o buscad un lugar fuera de casa, cuando los niños estén ocupados en sus actividades o jugando con sus amigos.

Si habéis tomado la decisión firme de divorciaros, comunicádsela juntos. Sentaos con vuestros hijos y hablad con tranquilidad para despejar sus dudas. Manteneos serenos y controlad vuestras propias emociones. Debéis hacerles ver que ellos seguirán teniendo todo vuestro amor.

Si os preguntan, respondedles a todas las dudas, con un lenguaje adecuado a su edad. Si no os consideráis preparados, pedid ayuda a un profesional y consultad libros sobre el tema. Cuando os encontréis fuertes encarad la tarea.

Si no os preguntan, no les forcéis. Seguramente irán surgiendo dudas y tendréis que ir afrontándolas según el ritmo que ellos os marquen. Observad sus reacciones en los días siguientes e informad a sus tutores para que también estén alerta.

Si uno de vosotros deja el hogar, debe aprender a relacionarse con sus hijos del mismo modo que lo hacía antes, pero en unas condiciones distintas. Debéis aprender a jugar, compartir, educar y, si es necesario, poner límites a vuestros hijos aunque ahora no viváis todo el tiempo juntos.

Si uno de vosotros se queda con la custodia de los hijos debéis pensar siempre que la responsabilidad sigue siendo compartida con la antigua pareja. Ésta ya no te acompañará en tu vida, pero nunca dejará de acompañar a vuestros hijos.

V. NOS DIVORCIAMOS ¿QUÉ NO HACER?

Si antes fue buen padre ahora no tiene por qué haber cambiado. Sea quien sea el que queda a cargo de su custodia debe entender que su obligación es facilitar la relación de los hijos

comunes con el otro progenitor, favoreciendo la comunicación. Los niños necesitan saber que ambos progenitores les siguen queriendo.

No involucréis a los hijos en vuestros problemas de adultos. Si lo hacéis, podéis estar empujándoles a tomar partido por uno de vosotros. Recordad que, para ellos, ambos sois lo más importante del mundo y a ambos os necesitan.

Debéis vencer la tentación de hacer comentarios negativos del otro progenitor delante de ellos. No relatéis los acontecimientos judiciales o vuestras diferencias. Ellos no tienen la culpa de tener dos padres incapaces de entenderse.

Recordad a vuestra familia que también evite este comportamiento. Si ocupáis vuestro tiempo en común en denigrar al otro, estáis perdiendo un tiempo juntos que nunca recuperaréis.

Vuestros hijos no son vuestros terapeutas, vuestros amigos o consejeros. Si necesitáis ayuda, buscad un profesional que os asesore en los momentos difíciles o un amigo que os escuche.

Cuidad vuestro lenguaje. Ellos pueden malinterpretarlo, considerar que estáis intentando agredir al otro o sentir vuestro dolor sin poder hacer nada. Ellos no interpretan las palabras y gestos de los adultos del mismo modo que vosotros.

VI. CUANDO UN PROGENITOR USA A SUS HIJOS PARA HACER DAÑO AL OTRO

En ocasiones, los padres que se divorcian realizan comentarios denigrantes y negativos sobre el otro progenitor. Es habitual que esto ocurra alguna vez en todo divorcio, cuando el dolor y la frustración empujan más que la razón. Pero si sucede de modo continuo, nos encontramos con un intento de educar al hijo en el odio hacia el otro progenitor. A esto lo llamamos Síndrome de Alienación Parental.

El Síndrome de Alienación Parental (SAP) es un trastorno caracterizado por un conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición.

En un principio, el padre que lleva a cabo la educación en el odio realiza comentarios malintencionados sobre el otro, denigrándole e injuriándole, hasta que el menor los interioriza y expresa, por sí solo, su rechazo a tener contacto con él. A este padre o madre le llamaremos el progenitor alienador.

Junto a los comentarios, el progenitor alienador comienza a interferir en los contactos del hijo con el otro progenitor, no haciéndole llegar los regalos que le manda, interfiriendo en las llamadas telefónicas, entorpeciendo el tiempo de convivencia de ambos o alentando a que sea desobediente, desautorizándole en decisiones importantes en la vida del hijo.

Habitualmente suelen usar a los profesionales, docentes y sanitarios, para avalar sus interferencias, así como implicar a la familia extensa (abuelos, tíos, primos, etc.) para que se sumen a la campaña de desprestigio del padre o madre ausente delante del niño.

VII. ¿QUÉ OCURRE EN EL HIJO?

Cuando esto ocurre, el niño se ve forzado a tomar partido. Unos niños suelen hacer dos mundos separados, no comentando nada de lo que ocurre en casa de uno de sus padres en la casa del otro. De este modo dice a cada uno lo que quiere oír. Otros niños aprovechan temporalmente la falta de comunicación para sacar partido de la situación; pero, tanto unos como otros, tarde o temprano se ven forzados a tomar partido por el bando más agresivo.

Al principio suelen reproducir los reproches que el padre alienador ha realizado. De este modo, el progenitor rechazado contempla perplejo cómo su hijo hace comentarios que ya ha escuchado en boca de su ex pareja.

Después, el niño comienza a sentirse incómodo cuando tiene que ir a casa del padre rechazado, pone cualquier excusa, disminuye la comunicación y, cuando éste le pregunta responde de modo agresivo al considerar que se está entrometiendo en su vida.

Finalmente, el menor es el que lleva a cabo la campaña de rechazo e injurias, afirmando que es él el que, de modo autónomo, ha llegado a esa postura. Mientras, el progenitor alienador, que inició la educación en el odio hacia el otro, afirma que él no puede hacer nada para convencer a su hijo, y que es éste el que ha decidido, por sí mismo, no tener contacto con el otro padre. A eso lo llamamos un falso conciliador.

Es entonces cuando el niño deja de ser arma arrojadiza y se convierte en infantería, rechazando tanto al progenitor, como a sus abuelos, tíos, primos o cualquier persona relacionada con esa rama familiar.

VIII. ¿QUÉ HACER CUANDO SE PRESENTA LA ALIENACIÓN PARENTAL?

La recomendación fundamental para el progenitor rechazado es evitar que se rompa el vínculo. Por breve que sea el tiempo que pasa con su hijo siempre es mejor que no compartir nada. Mientras mantenga el vínculo hay una puerta abierta al diálogo.

Busque ayuda profesional que le asesore en el abordaje de su problema. De mantenerse las dificultades tendrá que denunciar la presencia de aquellas conductas y estrategias que intenten interferir en la relación con sus hijos.

Recuerde que el vínculo que el menor establece con el progenitor alienador se basa en el miedo y en la asunción de unas creencias que no le son propias. Si su hijo le recrimina cosas injustas o incluso falsas, si le insulta o rechaza, recuerde que no es libre en sus decisiones. Aquel que ha manipulado sus deseos y acciones está hablando por su boca.

IX. CONCLUSIONES

Los hijos consideran el divorcio como una pérdida si pierden los vínculos afectivos con sus padres.

La visión del conflicto en sus progenitores es un elemento que traerá las consecuencias más negativas para su desarrollo futuro.

El menor debe ser libre para relacionarse con sus padres, sin tener que estar obligado a elegir, pues a ambos quiere y necesita.

Y debe tener permiso psicológico para comunicarse con sus progenitores, sin que en ningún momento se vea limitado o sancionado por nadie.

La calidad de la relación con su hijo es más importante que la cantidad. El tiempo con su hijo es para compartir la vida juntos, haciendo actividades en común, interesándose por sus inquietudes, ayudándole en su desarrollo. A un hijo no se le visita; con un hijo se comparten tiempo y experiencias.

X. BIBLIOGRAFÍA

– AGUILAR, J.M. (2006): *Con mamá y con papá*, Almuzara, Córdoba.

– AGUILAR, J.M. (2004) S.A.P.: *Síndrome de Alienación Parental*, Almuzara, Córdoba.

– BLUSH, G.J. & ROSS, K.L. (1986): *Sexual allegations in divorce: the SAID syndrome. Conciliation Courts Review*, 1987; 25:1:1-11.

– CARTWRIGHT, G.F. (1993): «Expanding the parameters of Parental Alienation Syndrome», *American Journal of Family Therapy*, 21 (3), 205-215.

–CLAWAR, S.S. & RIVLIN, B.V. (1991): *Children Held Hostage: Dealing with Programmed and Brainwashed Children*, Chicago, Illinois, American Bar Association.

– DUNNE, J. & HEDRICK, M. (1994): «The parental alienation syndrome: an analysis of sixteen selected cases», *Journal of Divorce and Remarriage*, 21(3/4):21-38.

– GARDNER, R. (1985): *Recent trends in divorce and custody litigation*, Academy Forum, 29:2:3-7.

– JACOBS, J.W. (1988): «Euripides' Medea: a psychodynamic model of severe divorce pathology». *American Journal of Psychotherapy*, XLII:2:308-319.

– THOENNES, N. & TJADEN, P.G. (1990): «The extent, nature, and validity of sexual abuse allegations in custody visitation disputes», *Child Abuse & Neglect*, 12:151-63.

– TURKAT (1994): «Child visitation interference in divorce», *Clinical Psychology Review*, 14:8:737-742.

– WALLERSTEIN, J.S. & KELLY, J.B. (1980): *Surviving the breakup: how children and parents cope with divorce*, New York, Basic Books.

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

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2006

18,03 euros/día o 540 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				

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

MATRIMONIO

La denegación por parte de las autoridades extranjeras del certificado de capacidad matrimonial previsto en el Convenio n.º 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.
DGRN Resolución de 7 de abril de 2006

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

GUARDA Y CUSTODIA

Concesión de la custodia compartida por periodos 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

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

No se accede a la custodia compartida solicitada por el padre al oponerse a la misma la madre y el Ministerio Fiscal, no teniéndose por otro lado la convicción de que "sólo de esa forma se protege convenientemente el interés superior del menor".
AP León, Sec. 3.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2006

Se rechaza la custodia compartida o alternativa porque sus ventajas quedan en la simple teoría cuando la mala relación de los padres genera constantes conflictos que no son compatibles con un régimen que exige un máximo de fluidez y armonía.
AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 3 de mayo de 2006

Uno de los requisitos necesarios para el establecimiento de la custodia conjunta es que no exista conflicto entre los progenitores, por lo que no siendo éste el caso procede denegar la petición realizada por el padre.
AP La Rioja, Sentencia de 28 de abril de 2006

No se fija la custodia conjunta o compartida al haber sido solicitada únicamente por un progenitor y no constar dicha forma de ejercer la custodia con el apoyo del Ministerio Fiscal, si bien se establece un amplio régimen de visitas que permite que, durante la semana, la madre tenga al menor en su compañía todos los días desde la salida del colegio, donde irá a recogerlo, hasta la 20 horas.
AP Tenerife, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de abril de 2006

La custodia compartida exige una permanente y absoluta colaboración y positiva comunicación entre los progenitores frente a la diversa problemática, cotidiana o no, que plantea la convivencia con los hijos, circunstancias que, desgraciadamente, no se dan en el supuesto examinado y por ello se desestima la petición realizada por el padre.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 4 de abril de 2006

No se accede a la custodia compartida al ser desaconsejada por el informe psicosocial y no estar preparado el núcleo familiar para ejercer dicha custodia conjunta.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 4 de abril de 2006

Un régimen de custodia compartida exige una perfecta sintonía de los progenitores y un entorno común que evitase generar continuos cambios al menor difícil de conciliar en las actuales circunstancias laborales del progenitor.
AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de marzo de 2006

RÉGIMEN DE VISITAS

Dado que el padre trabaja las noches de los jueves y los sábados, nada impide que el niño pueda pernoctar con él la noche de los viernes, por lo que el fin de semana que le corresponda el régimen de visitas, en vez de iniciarse el sábado por la mañana, puede comenzar en la tarde del viernes, hasta el sábado por la tarde, y luego el domingo según lo fijado.
AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 10 de marzo de 2006

No procede privar al cónyuge custodio de la compañía del hijo todos los fines de semana, pues supondría privarlo del período más idóneo para disfrutar con él.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 8 de marzo de 2006

La mala relación del padre con los abuelos maternos no justifica la petición de que la entrega y recogida del menor se realice en el Punto de Encuentro. La voluntad del hijo, que cuenta con 6 años, no es determinante para dirimir tal controversia, pues lo fundamental no es su deseo, sino su beneficio. Tampoco procede fijar un régimen de visitas a expensas del calendario laboral de la madre, pues es de ejecución dificultosa y no favorece la estabilidad emocional del menor al no existir unos días de visitas fijos con dicho sistema.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2006

Fijación de un régimen de visitas del menor con sus abuelos: trascendencia personal y familiar que supone para el menor la continuidad de tal relación. No procede acceder a las restricciones

solicitadas por el padre, habida cuenta de la excelente relación y contacto que los abuelos han venido manteniendo con el nieto, que cuenta con 8 años de edad.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2006

Habiéndose regulado un régimen de visitas amplio en el Convenio de separación, no procede modificarlo con ocasión del divorcio en el sentido de incluir que un familiar pueda recoger a los hijos si no pudiera hacerlo el padre; ello no obsta a que, llegado el caso de que el padre justificara su imposibilidad, de modo excepcional, se pueda resolver este extremo en fase de ejecución de sentencia.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2006

Procede modificar el régimen de visitas acordado de común acuerdo en el Convenio de separación, adelantando la hora de entrega de la menor a las 20,00 horas en lugar de a las 21,30 horas, al haberse acreditado que es más beneficioso para la menor: al admitir el padre que venía entregando a la hija media hora antes de lo pactado, está reconociendo que dicho horario era inadecuado. Requisitos exigidos para que pueda prosperar una modificación de medidas, sin derogación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 23 de febrero de 2006

Aun no habiéndose constatado que los problemas de convivencia entre los progenitores tengan reflejo en las relaciones paterno-filiales, procede, dada la corta edad del menor (2 años y medio), fijar un régimen restrictivo de sábados y domingos alternos durante 3 horas, sin pernocta, al menos hasta que cuente con 4 años: no es aconsejable que pernocte con esa edad fuera del domicilio, pues necesita sentirse seguro en su ambiente familiar para lograr un correcto desarrollo emocional. Se suprime la obligación de la presencia de una tercera persona del entorno de la madre en las visitas.
AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 9 de febrero de 2006

VIVIENDA FAMILIAR Y AJUAR FAMILIAR

No existe ningún obstáculo para ejercitar la acción de división de cosa común de una vivienda cuyo uso tiene atribuida la esposa por la sentencia matrimonial, si bien dicho uso deberá ser respetado.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2006

Procede imponer al esposo la obligación de abonar, en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, la totalidad del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, las derramas, cuotas comunitarias y tributos que genere, así como las cuotas de préstamos destinados a adquisición de aparcamiento y vehículo, resarciéndose de tales pagos en el procedimiento de liquidación de gananciales. Se atribuye el uso del vehículo y plaza de aparcamiento a la esposa, ya que ésta ha de procurarse una independencia económica que se verá favorecida al contar con un medio de locomoción.
AP Málaga, Sec. 7.ª, Sentencia de 23 de febrero de 2006

No existiendo hijos menores ni mayores dependientes, se atribuye el uso de la vivienda familiar por periodos alternativos de 2 años a cada cónyuge, hasta que se liquide la sociedad de gananciales. No concurre en el esposo el interés más necesitado de protección por padecer ciertas dolencias y precisar de otra persona para las tareas domésticas: la salida de la vivienda no agravará su estado ni su permanencia en la misma lo paliará. Finalidad de esta medida: facilitar una

pronta liquidación de la vivienda, impidiendo el despliegue de posturas obstruccionistas por el cónyuge beneficiado por el uso.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2006

El artículo 96 CC establece que, existiendo hijos dependientes, corresponde a ellos el uso de la vivienda familiar de modo directo y *per relationem* al progenitor con el que continúan viviendo, pero si se pactó de modo expreso la atribución a la madre e hijos, y el esposo le cedió los derechos de arrendamiento, se convierte a la esposa en usuaria de la vivienda, no por vía del artículo 96 CC, sino conforme al artículo 1543 CC. Se trata de una novación subjetiva realizada al amparo del artículo 1255, plenamente eficaz entre los cónyuges, y con respecto al arrendador, una vez que haya prestado su consentimiento, expreso o tácito.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2006

No procede en la sentencia de separación hacer pronunciamiento alguno sobre una vivienda sita en Madrid, que no es último domicilio familiar, ya que el matrimonio reside en el extranjero por razones de trabajo del esposo.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2006

Habiendo alcanzado la hija independencia económica, procede declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda familiar que en su día fue atribuido directamente a la menor, y sólo *per relationem* a la madre. Dicha extinción supone la eliminación de trabas para la liquidación efectiva del patrimonio ganancial. Ahora bien, al ser el inmueble ganancial, tal extinción de uso no conlleva que la esposa haya de desalojarlo hasta que no finalice la liquidación, siendo mientras tanto de aplicación las normas sobre comunidad de bienes para la disposición de los bienes (artículo 394 CC).
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2006

Si en el Convenio de separación se acordó atribuir el uso de la vivienda a la madre e hijos, cediéndole el esposo los derechos de arrendamiento, para declarar extinguido dicho uso, ha de instarse el procedimiento de modificación de medidas: se desestima la excepción de inadecuación de procedimiento. Dicha cláusula constituyó una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, y es perfectamente válida, pues el artículo 90 CC deja abierta la posibilidad de que en el Convenio se pacten otros acuerdos entre los cónyuges.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2006

Vulnera el criterio de proporcionalidad que se obligue al esposo a abonar íntegramente el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, cuando la esposa también obtiene ingresos: se revoca la sentencia de instancia imponiendo su abono al 50%.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 20 de febrero de 2006

PENSIÓN ALIMENTICIA

Aun obteniendo el padre unos ingresos que rondan entre los 1.200 y 1.500 euros/mes, no cabe desligar su capacidad económica de las necesidades de la menor: contando sólo con 2 años, y no habiéndose alegado que precise de atenciones especiales ni más gastos de los ordinarios, una pensión de alimentos de 250 euros/mes cubre perfectamente sus necesidades.
AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 17 de marzo de 2006

A los efectos de fijar la pensión de alimentos, en el proceso de divorcio pueden valorarse *ex novo* las circunstancias que concurren en el panorama familiar, sin que exista vinculación a lo resuelto en anterior proceso de separación, que carece de efectos de cosa juzgada, lo que no

implica que las medidas no hayan de fijarse con vocación de futuro. No procede incrementar la pensión de alimentos al no constar acreditados unos mayores gastos de los hijos, debiendo la madre contribuir a su sostenimiento económico, al ser perceptora de una pensión de invalidez y tener cubierta la necesidad de vivienda.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2006

No procede reducir la pensión de alimentos acordada en la instancia, ni suprimir la obligación de abono de la mitad del préstamo hipotecario, al haberse acreditado que su alegado despido laboral y disminución de ingresos ha sido buscado de propósito: la carta de despido se basa en faltas muy graves contra un superior directo y proferir amenazas a la empresa si no se le despedía.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 8 de marzo de 2006

No procede fijar pensión de alimentos para los hijos a cargo del padre cuando éste carece de recursos económicos, pues sería de imposible cumplimiento en tales circunstancias.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2006

No vulnera el principio dispositivo la sentencia que fija una pensión de alimentos superior a la solicitada: su fijación y cuantía es materia de *ius cogens*, estableciéndose por el Juez en interés de los hijos. Cuantía de la pensión: respeto a la proporcionalidad entre el caudal del alimentante y necesidad real del alimentista, debiendo cubrirse siempre las necesidades que integran el mínimo vital, teniendo además en consideración la capacidad económica del cónyuge custodio.
AP Málaga, Sec. 7.ª, Sentencia de 27 de febrero de 2006

Procede fijar en el procedimiento de separación una pensión de alimentos para la hija que cuenta con 23 años, convive en el domicilio familiar, y que pese a haber concluido sus estudios de grado medio continúa estudiando para obtener una licenciatura universitaria. Concepto de la necesidad del alimentista a los efectos del establecimiento de una pensión: falta de ingresos suficientes para atender sus propias necesidades y que la posibilidad de acceder a un trabajo sea concreta y eficaz y no una mera capacidad subjetiva.
AP Málaga, Sec. 7.ª, Sentencia de 27 de febrero de 2006

Se acuerda la suspensión de la obligación del padre de abonar pensión de alimentos al encontrarse en prisión, pues los únicos ingresos que pudiera obtener allí le sirven sólo para su sustento diario. Dicha suspensión tendrá efectos desde la sentencia de instancia, entendiéndose consumidos los alimentos abonados hasta ese momento, y ello hasta que el padre obtenga ingresos o mejore su fortuna por cualquier razón.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2006

PENSIÓN COMPENSATORIA

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 reduce de 10 a 3 años la duración de la pensión compensatoria fijada en la instancia a favor de la esposa en la cuantía de 100 euros/mes: el matrimonio ha durado 10 años, la esposa cuenta con 31 años y percibe 539 euros frente a los 1.494 euros que obtiene el marido. Ha de valorarse

que el esposo ha de abonar el 50% de la hipoteca, la pensión de alimentos de la hija, así como la renta de una vivienda. El plazo de 10 años es excesivo, dada la juventud de la esposa, que a pesar de tener la custodia de la hija de 8 años, ello no ha repercutido en la continuación de su actividad laboral.
AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 15 de marzo de 2006

Procede fijar una pensión compensatoria para la esposa de 600 euros/mes cuando el matrimonio ha durado 37 años y el marido percibe una pensión por jubilación de 14 pagas de 1.288 euros/mes netos. Que la pensión compensatoria no sea mecanismo igualatorio de economías dispares no impide que, cuando concurran concretos factores, se deba procurar una aproximación más o menos exacta de las disponibilidades de uno y otro cónyuge.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2006

La modificación cuantitativa de la pensión compensatoria sólo puede ser a la baja: no procede aumentar la pensión fijada en la sentencia de divorcio a favor de la esposa: el desequilibrio ha de apreciarse y valorarse al momento del cese de la convivencia, sin que la mejora en la fortuna del obligado al pago, derivado de su esfuerzo personal, pueda dar lugar al aumento de la pensión. A mayor abundamiento, no se ha probado ningún aumento de ingresos de la actividad de albañilería con respecto al momento en que se fijó la pensión.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 2 de marzo de 2006

No procede pensión compensatoria para la esposa que goza de alta cualificación académica y profesional como ejecutiva en distintas empresas, sin que el matrimonio le haya supuesto impedimento alguno para el ejercicio de su actividad, que podrá seguir desarrollando tras la ruptura matrimonial.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2006

Aunque en el proceso de separación se fijó una pensión compensatoria para la esposa sin limitación temporal, procede en el divorcio fijarle una duración temporal: la esposa no sufre ninguna incapacidad laboral y ha alternado contratos eventuales con el cobro del desempleo. La precariedad en el empleo no es obstáculo para la extinción de la pensión: se halla inserta en el mercado laboral como cualquier persona con su mismo nivel de capacitación. Análisis de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la pensión compensatoria: derecho relativo, condicional y, sobre todo, limitado en el tiempo.
AP Málaga, Sec. 7.ª, Sentencia de 23 de febrero de 2006

Se fija una pensión compensatoria para la esposa con un límite temporal de 5 años cuando el matrimonio ha durado 23 años, la esposa cuenta con 45 años, no está incapacitada para el trabajo, y tiene aptitud para trabajar, aunque sea con carácter eventual como la gran mayoría de los trabajadores que acceden hoy día al mercado laboral. Además es titular de un contrato de agencia con el Círculo de Lectores y disfruta de la vivienda familiar. Análisis de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la pensión compensatoria: derecho limitado, condicional y, sobre todo, limitado en el tiempo.
AP Málaga, Sec. 7.ª, Sentencia de 23 de febrero de 2006

CUESTIONES PROCESALES

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

En la fase inicial de preparación debe quedar constancia de que existen dos sentencias firmes de una Audiencia Provincial o Sección de la misma, decidiendo en sentido contrario a otras dos sentencias firmes de otra Sección o Audiencia distinta, o del Tribunal Supremo, en razón a fundamentos de derecho contrapuestos, pero resolviendo controversias sustancialmente iguales.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 27 de junio de 2006

Aun cuando se establezca la cuestión jurídica controvertida respecto de las que se predica la contraposición o contradicción jurisprudencial, en el escrito preparatorio no se citan dos resoluciones de un mismo Tribunal y otras dos de otro distinto, por lo que no queda debidamente acreditada la contradicción jurisprudencial.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 20 de junio de 2006

Inadmitido el recurso de casación por preparación defectuosa no es admisible la concesión de un plazo para la subsanación del defecto.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 20 de junio de 2006

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

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

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Exequátur. Denegación. Sentencia de divorcio pronunciada por Tribunales de la República de Venezuela, habiéndose dictado la misma en rebeldía, no quedado acreditado por la demandante ni la citación y emplazamiento personal en el juicio de origen del demandado, ni la notificación de la sentencia por reconocer. Régimen general de condiciones de la LEC de 1881.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 9 de mayo de 2006

No procede en la sentencia conceder efectos retroactivos de la pensión desde la fecha de interposición de la demanda, pues nada se pidió en la instancia sobre este extremo; no obstante, en puridad jurídica, es una cuestión a resolver en sede de ejecución.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 8 de marzo de 2006

No puede negarse el exequátur de una sentencia de divorcio suiza por la sola circunstancia del fallecimiento de uno de los cónyuges acaecido con posterioridad a la sentencia cuya ejecución se insta. El cónyuge promotor del expediente es heredero del difunto, estando facultado para promover ante la jurisdicción española la efectividad de la sentencia de divorcio a fin

de que la misma tenga constancia registral y pueda desplegar todos sus efectos con respecto a terceros.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 7 de marzo de 2006

No procede estimar la excepción procesal de cosa juzgada, ya que las cantidades reclamadas en la presente ejecución corresponden a periodos diferentes de las solicitadas en una anterior ejecución. Definición y finalidad del instituto de la cosa juzgada (artículo 222 LEC).
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de febrero de 2006

Prescriben a los 5 años las acciones para exigir el cumplimiento de pagar pensiones alimenticias (artículo 1966.1.º CC). Es causa de interrupción de la prescripción el ejercicio de la acción ante los tribunales en reclamación de las pensiones (artículo 1973 CC.), aunque dicha demanda ejecutiva fuera inadmitida a trámite por razones formales.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de febrero de 2006

Si existe una resolución, anterior a la actual LEC, que decretaba una deuda y ordenaba el embargo de bienes, encontrándose por tanto en fase de apremio, no se ha de instar nueva demanda de ejecución para proceder al avalúo de bienes y dar satisfacción al objeto de la ejecución: aplicación de la Disposición Transitoria 5.ª de la Ley 1/2000.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 21 de febrero de 2006

Procede despachar ejecución en reclamación de las obligaciones asumidas libremente por el padre. En el Convenio se recogía la posibilidad de adaptar la pensión a los nuevos gastos de la hija: con posterioridad al convenio de separación la madre traslada su residencia a otra ciudad y se incrementan los gastos escolares de la hija, asumiendo el padre voluntariamente, y durante años, el pago de una pensión superior a la inicialmente pactada. Aplicación de la doctrina de los actos propios.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 21 de febrero de 2006

Aun cuando la ejecutante no hubiera instado la retención de haberes del ejecutado, el Juez puede acordarlo de oficio, al afectar a menores y no regir el principio dispositivo (artículo 721.2.º LEC y 93.1.º CC). No existe vulneración del principio de justicia rogada ni del principio de presunción de inocencia civil, al haberse constatado que la pensión no se hacía efectiva en los términos establecidos en la sentencia, generándose una importante deuda que afectaba a las ineludibles necesidades periódicas y puntuales de los hijos.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 21 de febrero de 2006

Se acuerda en ejecución de sentencia que la madre recoja al menor en el domicilio paterno, sin que pueda salir de Málaga durante los fines de semana, para ser desplazado a Murcia donde aquella reside: el menor cuenta con año y medio, debiendo evitarse el riesgo que suponen los viajes en autobús entre poblaciones distantes, y más aún cuando fue precisamente el entorno de la madre el que motivó que se otorgara al padre la custodia. Es una concreción de la forma de efectuarse el régimen de visitas, que puede hacerse en ejecución de sentencia, sin que suponga una modificación de medidas.
AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de enero de 2006

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial en un recurso de apelación dimanante de un procedimiento de liquidación de gananciales no es recurrible en casación ya que no pone fin a una verdadera segunda instancia.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 27 de junio de 2006

El pago del IBI y de las cuotas de la Comunidad de Propietarios de la vivienda familiar son obligaciones cuyo pago corre a cargo del titular, en este caso la sociedad de gananciales y por tanto si los ha abonado uno sólo de los cónyuges, podrá incluirse en el pasivo una partida con las cantidades abonadas por este concepto, siendo indiferente que uno solo de los cónyuges estuviese utilizando la vivienda.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de junio de 2006

La actualización de las aportaciones privativas para la adquisición de bienes gananciales llevadas a cabo durante la vigencia de la sociedad de gananciales no puede realizarse en función del valor del porcentaje que, respecto al inmueble, representa lo pagado con carácter privativo, sino que dicha actualización debe realizarse atendiendo a la depreciación monetaria de las cantidades invertidas.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de junio de 2006

Se declara que tienen carácter privativo las acciones de una Sociedad Limitada adquiridas a título gratuito por el esposo constante la sociedad de gananciales al haberse destruido la presunción de ganancialidad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de junio de 2006

Sin perjuicio del carácter privativo de la farmacia adquirida por el esposo antes de contraerse el matrimonio, se acuerda la inclusión en el activo de la sociedad del valor de las existencias de la farmacia al momento de su venta, del valor de los derechos de explotación de la farmacia y de una cantidad existente en una cuenta corriente.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2006

No es recurrible en casación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en un procedimiento de formación de inventario de la sociedad de gananciales.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 13 de junio de 2006

Tercería de dominio. Embargo de bienes gananciales en ejecución seguida contra uno de los cónyuges. Falta legitimación en el otro dado que no es titular único del bien embargado.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de junio de 2006

Es perfectamente válida y legal la actualización conforme al IPC de las cantidades donadas a favor de uno de los cónyuges e invertidas en la atención de cargas de la sociedad de gananciales.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 2006

La valoración de la licencia de taxi debe efectuarse en el momento en el que se práctica el cuaderno particional por el contador dirimente, sin que éste pueda aplicar la valoración que se hizo dos años antes.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 2006.

Adquirido un inmueble constante el matrimonio, los pagos del préstamo hipotecario realizados por uno de los cónyuges con posterioridad a disolverse la sociedad no le otorgan una

mayor cuota en el mismo, sino un derecho de crédito por el importe actualizado de las cuotas abonadas.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de junio de 2006

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

El contrato de compraventa de un bien propiedad de unos menores celebrado por su madre sin la preceptiva autorización judicial no es nulo, sino anulable, por lo que no habiéndose ejercitado la acción de anulación dentro de los cuatro años desde que alcanzaron la mayoría de edad, aquél debe reputarse totalmente válido.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de marzo de 2006

No procede la declaración de desamparo, ni la constitución de acogimiento solicitada por la entidad pública, al no constar que a la fecha de la resolución administrativa el menor se encontrara en situación de desamparo. No existe un informe concreto donde se expresen datos objetivos sobre la situación de la madre que pueda abocar al alejamiento de su hijo, sino sólo apreciaciones subjetivas del padre biológico y tía paterna. No obstante, se realizará un seguimiento por los Servicios Sociales para confirmar la realidad de la relación normalizada o, en su caso, para adoptar medidas de protección si fueran necesarias.
AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de enero de 2006

FILIACIÓN

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 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

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

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

En los supuestos de hijos menores nacidos de una unión no matrimonial es aplicable por analogía lo establecido en el artículo 96 CC para la atribución del uso de la vivienda al menor y al progenitor en cuya compañía queda: en modo alguno puede estimarse la petición del padre de uso compartido de la vivienda, con independencia de la titularidad de la misma, pues dicha medida tiene carácter excepcional, aplicable sólo en supuestos muy concretos.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2006

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

CUESTIONES PENALES

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, ya que a su entender 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

Condena por un delito de apropiación indebida a la tutora que hace suyos los bienes de su sobrina menor.
Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 16 de marzo de 2006

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

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.
DGRN Resolución de 22 de mayo de 2006

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 CC), debe entenderse que aquélla ha devenido ineficaz y en consecuencia no procede su inscripción en el Registro de la Propiedad.
DGRN Resolución de 17 de mayo de 2006

SUCESIONES

Supuesto de preterición no intencional al haberse otorgado el testamento antes del nacimiento del hijo extramatrimonial no siendo obstáculo para dicha conclusión que con posterioridad al nacimiento del hijo el padre no modificase el testamento.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, sentencia de 22 de junio de 2006

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

Recurso de casación contra Sentencia dictada bajo la vigencia de la LEC 1/2000 en incidente de inventario en procedimiento de división de herencia. Resolución no recurrible en casación (primer inciso del ordinal 1.º del artículo 483.2, en relación con el artículo 477.2 LEC 1/2000).
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 13 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

Acción revocatoria de donación realizada en fraude de la Comunidad Foral de Navarra. Disposición sobre bienes inmuebles en función de un crédito que con toda probabilidad nacerá más adelante ante investigación de la Inspección Tributaria. Aplicación de las presunciones *iuris et de iure* establecidas en los artículos 643.2.º y 1297 CC. Supuesto de la cuestión. No cabe el examen casacional de disposiciones administrativas de carácter reglamentario.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 2006

La circunstancia de que un heredero reciba notificaciones de un procedimiento hipotecario de un bien perteneciente al caudal relicto no implica aceptación de la herencia, ya que para que ello tenga lugar se exigen actos claros y precisos que revelen la voluntad inequívoca de aceptar la herencia y en este caso la actitud de las herederas era pasiva.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2006

OTRAS CUESTIONES

Procede ampliar la tutela de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos sobre la demandada, incluso a los actos de administración de la pensión que percibe o pueda percibir en un futuro: se trata de una persona con retraso mental, con vicios de alcohol y drogas, débil de carácter y fácilmente influenciable, con malas compañías y dificultades para resolver, decidir y administrar sus bienes. Especial regulación del recurso de apelación en este tipo de procesos: se trata de un nuevo juicio basado en la inmediación, donde se han de practicar de oficio en la alzada las pruebas preceptivas previstas en el artículo 759 LEC.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 9 de marzo 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.

NOTAS

NOTAS

NOTAS