

Revista de Derecho de familia

DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 30
enero-marzo 2006

Director:
**Antonio Javier
Pérez Martín**

Sumario

Presentación	3
Índice	7
Estudios Doctrinales	21
Jurisprudencia	79
Resoluciones de la DGRN	227
Sección Práctica	249
Tribuna Abierta	261
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	297
Avances Jurisprudenciales	315

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

Pues no era comodato, es precario

Hay ver la cantidad de sentencias que se han dictado desde que el 2 de diciembre de 1992 una sentencia del Tribunal Supremo señaló que la cesión del uso de la vivienda que los padres efectúan en favor del hijo y de su familia no era equiparable al precario, sino al comodato, y aun cuando no se especificase tiempo de duración, éste venía circunscrito y reflejado por la necesidad familiar, por lo que en la mayoría de los casos se mantenía al cónyuge e hijos en el uso de la misma, tal y como se fijó en la sentencia de divorcio. Esta sentencia obligó a rebuscar los antiguos manuales de Derecho Civil que conservábamos de la etapa universitaria para ver qué era eso del comodato.

Después de esta sentencia el Tribunal Supremo volvió a pronunciarse sobre la cuestión en su Sentencia de 18 de octubre de 1994 indicando que el uso atribuido judicialmente de la vivienda familiar constituye y conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario. Parece que la cosa estaba clara.

Posteriormente, en su Sentencia de 2 de diciembre de 1992, el Tribunal Supremo concluyó que estaba fijado el uso de la vivienda «por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal «uso preciso y determinado» lo impregna de la característica especial que diferencia el comodato del precario (artículos 1749 y 1750 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esta necesidad familiar que no se ha negado en la demanda». Por ello estimó el recurso y mantuvo la posesión de la nuera y las hijas del matrimonio disuelto.

Pocos días después, el propio Tribunal Supremo empezó a matizar el criterio en su Sentencia de 31 de diciembre de 1994 y sostuvo que la posesión que de la vivienda familiar tenían los esposos en virtud de la cesión efectuada por el padre de aquél podía finalizar cuando éste la reclamase. Sin embargo, como dicha vivienda, por sucesión hereditaria, pasó a ser propiedad del esposo, tras la crisis conyugal, el plazo para que cese dicha posesión dependerá de lo que acuerde el juez de familia.

Como podrá comprenderse, la existencia de dos criterios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sirvió para que cada juzgado, cada Audiencia Provincial, incluso cada Sección, optase por una tesis. La consecuencia era fácilmente previsible: depende de donde interpongamos la demanda, la cesión que los padres hacen a los hijos del uso de una vivienda se consideraba como precario o comodato. O lo que es lo mismo, aquellos podían recuperar la vivienda fácilmente o debían soportar las consecuencias de la crisis matrimonial de los hijos. Entre estos últimos casos había algunos tremendos: los suegros vivían en la planta baja del inmueble y los esposos en la primera planta, tras la sentencia matrimonial, el hijo tenía que abandonar la primera planta y se trasladaba a la planta baja. Como es lógico los inciden-

tes eran diarios, especialmente, cuando el cónyuge al que se atribuyó el uso de la vivienda iniciaba una nueva relación sentimental.

Ahora, el Tribunal Supremo ha vuelto a pronunciarse sobre el tema y parece que ha querido sentar un criterio definitivo. En la STS de 26 de diciembre de 2005, con ponencia de la Sra. Roca Trías, y haciendo un repaso a las sentencias que se han dictado anteriormente, ha señalado que nos hallamos ante un simple precario, porque habiendo probado el actor su título de propiedad, no ha quedado probado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer el inmueble aquí reivindicado, siendo insuficiente la atribución del uso otorgada en un procedimiento matrimonial ya que la sentencia no puede afectar a terceros que no fueron parte en el procedimiento. Como es evidente el cónyuge a quien se atribuyó el uso de la vivienda en el procedimiento matrimonial hizo valer ese título para impedir el desalojo, y respecto a esta cuestión señaló el Tribunal Supremo que «Este argumento es absolutamente aceptable cuando se trata de las relaciones entre cónyuges, pero no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio que se disuelve y que no son parte, porque no pueden serlo, en el procedimiento matrimonial (argumento *ex* Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1989, de 12 de julio)».

Bueno, aunque sea poco a poco, el Tribunal Supremo va dictando resoluciones que dan cierta seguridad jurídica al enfrentarnos con los temas cotidianos del derecho de familia.

ESTUDIOS DOCTRINALES

La incidencia de la tutela automática sobre menores desamparados en la tutela ordinaria preexistente.

Isabel Palomino Díez

23

El «derecho de visita» de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales.

Marta Carballo Fidalgo

45

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nulidad de actuaciones y retroacción de los autos al momento anterior a dictar sentencia de apelación en un procedimiento de separación, al haberse prescindido por parte de la Audiencia Provincial de la audiencia del menor cuya custodia fue atribuida en 1.ª Instancia al padre y que la Audiencia Provincial otorgó a la madre.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 152/2005, de 6 de junio

81

Inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 136 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil.

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 156/2005, de 9 de junio

84

Las conductas que se tipifican y las penas previstas en artículo 153 del CP no resultan contrarias al principio de legalidad en su aspecto de proporcionalidad de las penas, y al principio de igualdad, al tratar de forma distinta ciertos supuestos delictivos por el hecho de que se cometan en el ámbito familiar, habida cuenta que el hecho de que la agresión se produzca en el ámbito doméstico y familiar introduce un factor diferencial que justifica el trato diferente y la mayor sanción.

Tribunal Constitucional, Pleno, Auto 332/2005, de 13 de septiembre

89

No existe ninguna vulneración constitucional porque no se haya concedido indemnización a la esposa de un lesionado en accidente de circulación que sufrió graves secuelas, entre ellas dificultad para mantener relaciones sexuales, habida cuenta que en caso de supervivencia de la víctima del accidente de circulación sólo ésta tiene la condición de perjudicado.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 230/2005, de 26 de septiembre

96

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

Estimación de la demanda de reclamación de paternidad, cuando existiendo indicios racionales para tal declaración el demandado se niega a someterse a las pruebas biológicas de paternidad, sin la presencia de causas cualificadas y debidamente justificadas para legitimar su postura, vulnerando el artículo 14 de la CE, ya que se crea una situación de desigualdad, máxime cuando dicha negativa obedece a afanes obstruccionistas, y constituye claro impedimento en la búsqueda de la verdad material.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2004

102

Compatibilidad entre acciones de reclamación de filiación, declaración de herederos y declaración de preterición en testamento, y nulidad de compraventa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2004

104

PATRIA POTESTAD

Privación de la patria potestad al padre que desde hace seis años no ve a la hija y desde hace varios ha desatendido su obligación alimenticia a pesar de haber cobrado personalmente la ayuda familiar que devengó por el nacimiento de la misma, sin haber empleado cantidad alguna en el sustento de la menor.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de octubre de 2004

107

DERECHOS DEL MENOR

Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y a la intimidad de una menor por la publicación de una fotografía de la misma cuando se encontraba ingresada en un centro oncológico y fue visitada en la fiesta de Reyes Magos por unos famosos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de octubre de 2004

109

VIVIENDA FAMILIAR

Perteneciendo la vivienda familiar en pro indiviso a ambos ex cónyuges como resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales, y estando atribuido el uso de la misma a la madre y los hijos, aun cuando se haya acordado la venta en pública subasta del inmueble para el caso de incumplimiento de los pronunciamientos de la liquidación, la atribución del uso permanecerá vigente.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2004

110

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Eficacia de la confesión de privaticidad efectuada por el esposo y contenida en dos escrituras públicas desestimándose la acción de nulidad por simulación (falta de precio) ejercitada posteriormente por el esposo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de octubre de 2004

112

ÍNDICE

Si en la liquidación de la sociedad de gananciales se incluyó un bien que tenía carácter privativo, estamos ante un caso de anulabilidad de la liquidación, ya que se trata de un vicio en el consentimiento como era el error en la cualidad del bien, pudiendo ejercitarse la acción en el plazo de cuatro años.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 27 de octubre de 2004

116

Carácter privativo de la deuda generada por el afianzamiento que realizó el esposo y sin el consentimiento de la esposa, a diferencia de la deuda, que sí se reputa ganancial, por otro afianzamiento en la que fueron parte ambos cónyuges.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 3 de noviembre de 2004

120

Se declaran de la propiedad de la esposa varios inmuebles que figuran en el Registro de la Propiedad a nombre exclusivo del esposo al igual que en el contrato de compraventa que dio origen a las inscripciones al acreditarse, mediante una carta que el esposo envió a un tercero, que los fondos para la adquisición de dichos inmuebles pertenecían a su esposa.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 11 de noviembre de 2004

122

Reconocimiento de un crédito a favor de un cónyuge por las mejoras realizadas en bienes privativos del otro, debiendo deducirse los beneficios que de las mismas haya obtenido exclusivamente su autor.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2004

126

Carácter privativo de la pensión de jubilación que percibe el ex esposo al tratarse de un derecho personal del trabajador, sin que pueda tampoco incluirse en el activo un derecho de reembolso de la sociedad de gananciales por importe del valor del dinero de las cotizaciones que abonadas vigente la sociedad de gananciales han servido para generar la pensión.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2004

129

Desestimación de la acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte ya que hay que estar a lo aprobado por las partes voluntariamente, sin vicios del consentimiento respectivo, tras la labor del Letrado que aunó la voluntad de las mismas pues ello supone una composición de las disputas que surgieron durante el período negocial entre los cónyuges.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 25 de enero de 2005

132

UNIONES DE HECHO

Declarada la existencia de una convivencia *more uxorio* entre varón, separado judicialmente de su anterior esposa, y mujer, con duración de 17 años y terminada por fallecimiento de aquél, si bien no se reconoce la existencia de una comunidad de bienes entre ambos, sí se reconoce el derecho a una compensación económica a la mujer que consistirá en el valor de un tercio de los bienes en aplicación de los principios generales del derecho ya que su no concesión supondría un enriquecimiento injusto en los herederos en perjuicio de aquélla.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 23 de noviembre de 2004

136

CUESTIONES PENALES

Condena por un delito de amenazas, consumado con la finalidad de que una persona contrajese matrimonio a efectos de poder obtener el condenado la nacionalidad española o el permiso

oficial de residencia. No obstante, se deja sin efecto el pronunciamiento que declaraba la nulidad del matrimonio al carecer de jurisdicción el Tribunal Penal.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 17 de enero de 2005

141

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

No existió error judicial cuando se estimó la oposición a la ejecución en la que se reclamaba el pago de la pensión compensatoria fijada en la sentencia de separación cuando en la sentencia de divorcio no se hizo pronunciamiento alguno sobre dicha pensión.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de octubre de 2004

145

SUCESIONES

En la preterición intencional, la legítima del único heredero forzoso excluye la posibilidad de mejora, al no existir otros de la misma condición.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2004

147

Aunque se constata que existió una simulación contractual, ya que la voluntad de las partes no era la de perfeccionar una compraventa, lo que determina la inexistencia de dicho contrato, se declara la existencia de una donación sin que proceda, por tanto, entrega alguna de bienes a la demandante. Por otro lado, se considera que con dicha donación no se perseguía defraudar las expectativas hereditarias de la esposa del donante, un mes después el donante interpuso demanda de separación y otorgó testamento desheredándola.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2004

150

No procede declarar la nulidad del testamento otorgado ante Notario en el que la conviviente de hecho modificó su voluntad y en vez de instituir heredero al otro conviviente, lo hizo a favor de un hermano de la misma, al no existir ninguna prueba directa ni presunciones que permitan llegar a tal conclusión.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de octubre de 2004

153

Declarado que la compraventa fue simulada encubriendo una donación modal cuyo modo o carga era la de cuidar y asistir a la donante, habiéndose acreditado que realizada la donación, los donatarios dejaron completamente de ocuparse de aquélla incumpliendo lo convenido, se acuerda la revocación de la donación por incumplimiento del modo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de noviembre de 2004

155

Nulidad por simulación absoluta de la escritura de compraventa otorgada por la madre y uno de los hijos al acreditarse que no existió precio en la misma, siendo intrascendente que aquélla se hubiese llevado a efecto en escritura pública ya que la fe pública notarial no alcanza a la certeza y verdad de las manifestaciones que se hacen.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de enero de 2005

158

OTRAS CUESTIONES

Realizada la vasectomía al esposo y habiendo quedado embarazada la esposa no se estima la acción de reclamación de daños y perjuicios ejercitada por el esposo frente al médico que

realizó aquella operación al no haberse acreditado que el esposo sea el padre del hijo que ha tenido su esposa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2004

161

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Carácter consorcial de un depósito existente en una entidad a nombre del esposo al ser de aplicación la presunción de consorcialidad dado que no se ha acreditado que el origen del fondo fuera privativo, procediendo en consecuencia su inclusión en el activo aun cuando el esposo retirase aquel fondo un mes antes de la presentación de las medidas previas a la separación.

TSJ de Aragón, Sentencia de 8 de julio de 2005

164

El juzgado que dictó las medidas que ahora se pretenden modificar no atrae automáticamente la competencia para conocer del procedimiento de modificación debiendo acudirse a las normas generales de competencia.

TSJ Andalucía, Sentencia de 30 de mayo de 2005

166

Aunque de la documentación acompañada con la demanda puedan deducirse ciertas controversias en torno a cuál fue el último domicilio familiar, si se está peticionando la atribución del uso de la vivienda familiar habrá que entender que será competente para tramitar el procedimiento aquél en el que esté ubicada dicha vivienda.

TSJ Andalucía, Auto de 14 de marzo de 2005

167

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

El hecho de que la esposa ignorara que su marido incurriría en infidelidad no es causa de nulidad matrimonial.

AP Lugo, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2005

169

GUARDA Y CUSTODIA

Procede que la guarda y custodia de ambos menores sea atribuida a ambos progenitores de forma compartida, dado que no se ha demostrado que haya sido perjudicial para el desarrollo de los menores durante el tiempo que se lleva ejerciendo de hecho.

AP Jaén, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2005

169

No existen motivos que justifiquen la modificación del régimen de guarda y custodia atribuida a la madre por el de custodia compartida.

AP Teruel, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de mayo de 2005

170

No ha lugar al pretendido cambio de régimen de guarda y custodia por el hecho de que la madre haya modificado su residencia dentro de la misma Isla.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2005

171

Procede modificar la guarda y custodia de los menores a favor del padre, habida cuenta la existencia de un proceso penal por un presunto delito de abuso sexual del compañero de la madre a una de las hijas. Se constata la mejor idoneidad del padre con la mejoría en la estabilidad y rendimiento escolar de los menores desde que conviven con él.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2005

171

Habiéndose pactado en el convenio regulador que la guarda y custodia correspondería a la madre, y constatado que el menor se encuentra bien en compañía de aquélla, no concurre motivo alguno que justifique la pretensión de modificar dicho régimen sustituyéndolo por el de guarda y custodia compartida.

AP Toledo, Sec. 2.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2005

172

No se aprecia que el régimen de guarda y custodia alternativo por anualidades solicitado sea oportuno dada la edad de la hija, cuya opinión ha de ser tenida en cuenta, y quien ha rechazado tal posibilidad.

AP Lugo, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2005

174

Procede atribuir la guarda del menor al padre puesto que dispone de una infraestructura organizativa estable con una red de apoyo social suficiente lo que resulta más beneficioso para el menor.

AP Las Palmas, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de julio de 2005

175

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede limitar el régimen de visitas del padre con el hijo porque éste padezca una enfermedad crónica ya que ello únicamente implica mantener una profilaxis durante algunos meses de primavera y otoño y tratamiento en las crisis que puedan presentarse, control que no presenta dificultades insalvables para que pueda hacerlo el padre.

AP Granada, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2005

175

No ha lugar a fijar en el régimen de visitas una «tarde intersemanal» dado que quebranta y distorsiona el régimen de juegos y estudio del menor.

AP Granada, Sec. 3.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2005

176

No procede privar al padre de la pernocta con la hija, al no constar que en modo alguno sea perjudicial para la menor. La limitación ha de ser restrictiva y ha de acreditarse que concurra una causa grave. La mera alegación de la madre de que el padre carece de infraestructura para atender a la hija no es motivo para no conceder la pernocta.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2005

176

Aun cuando la acción penal seguida contra el padre haya obtenido sentencia absolutoria, al no haber quedado acreditados los hechos, es lo cierto que la menor ha protagonizado una grave vivencia traumática y desarrollado una actitud de rechazo hacia al padre con el que no ha mantenido contacto alguno desde hace años, y precisamente por ello se acuerda que en fase de

ejecución de sentencia se fije un régimen de visitas diseñado y supervisado por especialistas en psicología infantil.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de junio de 2005 **177**

Mantenimiento de la pernocta aun a pesar de lo manifestado por la menor en la diligencia de exploración, ya que no ha dado ninguna razón de peso para suprimirla, contando el padre con una infraestructura material necesaria y suficiente para procurarle a la menor el alojamiento oportuno.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de junio de 2005 **178**

Habiendo superado la menor el período de lactancia ha de establecerse el régimen ordinario de visitas, con pernocta. Se revoca la Sentencia de Instancia en que se acordaba la «no pernocta» los fines de semana hasta que la hija cumpliera 3 años.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 29 de junio de 2005 **179**

VIVIENDA FAMILIAR

Procede el desahucio al no constar la ocupación de la vivienda en virtud de comodato toda vez que mientras que no haya un documento conteniendo un pacto expreso sobre el término, la voluntad de las partes es que la cesión esté sujeta a la voluntad del comodante.

AP Zaragoza, Sec. 4.ª, Sentencia de 3 de mayo de 2005 **180**

El hecho de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad no es causa para modificar la atribución del uso de la vivienda familiar.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de mayo de 2005 **181**

La atribución del uso de la vivienda familiar ha de extenderse mientras que las hijas convivan en el domicilio y no sean independientes económicamente. Se revoca el pronunciamiento de instancia que atribuía el uso hasta que alcanzaran la mayoría de edad.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2005 **181**

Percibiendo ambos cónyuges ingresos, no procede que se condene sólo a uno de ellos al pago del préstamo hipotecario alterando así las relaciones que se establecieron con un tercero.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2005 **182**

No procede en el procedimiento matrimonial hacer atribución de uso de una vivienda que no constituye domicilio familiar, y menos aun cuando además se encuentra alquilada a un tercero. Las rentas del alquiler de una segunda vivienda pertenecen a la sociedad de gananciales y no pueden ser atribuidas a un solo cónyuge.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2005 **183**

Es ajustada la pensión compensatoria fijada a favor de la esposa de 100 euros mensuales durante un año y medio, pero no la atribución del uso de la vivienda ya que consta que ella reside en casa de sus padres en otra población distinta, por lo que es más ajustado atribuir dicho uso al esposo que sí reside en la localidad donde se halla la finca.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2005 **183**

No ha lugar a atribuir el uso en exclusiva del otro inmueble propiedad de la sociedad de gananciales y que no constituye vivienda familiar, sin perjuicio de lo que resulte de la liquidación que de la misma se realice.

AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2005

184

Procede atribuir el uso del domicilio familiar a la esposa aunque actualmente esté viviendo en casa de sus hermanos.

AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2005

185

Es ajustado fijar el pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar en proporción a los ingresos de ambos cónyuges.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2005

185

No existe base para fijar un límite temporal a la adjudicación del domicilio familiar y menos hacerlo coincidir con la liquidación de la sociedad conyugal dada la corta edad de los hijos menores.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de julio de 2005

186

PENSIÓN ALIMENTICIA

Si en el Convenio Regulador de separación sólo se hablaba de «alimentos» han de entenderse referidos a los ordinarios del artículo 142 CC, por lo que en el procedimiento de divorcio procede mantener la misma pensión de alimentos y añadir la obligación de ambos progenitores de abonar al 50% los gastos extraordinarios. Diferencias y caracteres entre gastos ordinarios y extraordinarios.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2005

186

No procede el pago directo de la pensión de alimentos en una cuenta de la hija mayor de edad; ha de realizarse a la madre que es quien representa a su hija en el pleito de divorcio.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2005

187

Procede reducir la pensión de alimentos de la hija pactada en Convenio Regulador, al haberse acreditado que la madre ahora trabaja y no lo hacía al momento de la separación. Respeto al principio de proporcionalidad.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2005

188

Procede aumentar la pensión de alimentos de las hijas al haberse acreditado que el padre percibe en nómina otros emolumentos tales como «comidas» y «plus de transporte» que no percibía en el momento de la separación. El sistema de fijación de la pensión en base a un porcentaje sobre los ingresos, se sustituye por una cantidad fija, habida cuenta la incertidumbre y continua problemática que este sistema encuentra.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 4 de julio de 2005

189

PENSIÓN COMPENSATORIA

Es ajustado fijar la cuantía de la pensión compensatoria en el 30% de los ingresos del obligado al pago.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 1 de junio de 2005

190

ÍNDICE

Se fija una pensión compensatoria de 240 euros mensuales durante 6 meses, teniendo en cuenta que la esposa es todavía una persona joven, que seguramente habrá venido a España a trabajar, que la duración del matrimonio no ha llegado a los seis años, que del mismo no ha habido descendencia y que los ingresos del esposo sólo ascienden a 824 euros.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de junio de 2005

190

No procede modificar la pensión compensatoria libremente fijada por los cónyuges en el Convenio Regulador puesto que la entidad en la que viene colaborando la esposa no tiene fines lucrativos.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de junio de 2005

191

No puede prosperar la pretensión de reducción de la pensión compensatoria puesto que los ingresos que el actor presenta en sus declaraciones de la renta no son los reales, dados los signos externos de vida.

AP Valladolid, Sec. 3.ª, Sentencia de 27 de junio de 2005

192

Es acorde fijar una duración de 5 años a la pensión compensatoria, tiempo en el que se espera que pueda rentabilizar el bien recibido como donación y los bienes que se le atribuyen en la liquidación de la sociedad de gananciales.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, Sentencia de 8 de julio de 2005

193

No procede pensión compensatoria para la esposa al haber transcurrido tres años desde el cese de la convivencia sin haber solicitado ayudas económicas para su subsistencia.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 19 de julio de 2005

193

Procede fijar la cuantía de la pensión compensatoria en 130 euros mensuales, cantidad que si bien deja en cierto grado de penuria económica al obligado, esta situación será transitoria hasta la liquidación de los gananciales y venta del piso, en que dejará de tener la carga del pago de la hipoteca.

AP Segovia, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de julio de 2005

194

No ha lugar a extinguir la pensión compensatoria puesto que subsiste el desequilibrio económico que la motivó, no siendo decisivo que el ex esposo tenga un nuevo gasto por el alquiler de una vivienda.

AP Segovia, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de julio de 2005

195

CONVENIO REGULADOR

Se desestima la impugnación del Convenio Regulador efectuada por el Ministerio Fiscal en cuanto a que no se explican las razones por las que se atribuye la custodia de la menor de cinco años de edad al padre y no a la madre.

AP Valladolid, Sec. 3.ª, Sentencia de 14 de julio de 2005

196

CUESTIONES PROCESALES

Ante la desestimación de una demanda de modificación de medidas procede la condena en costas en Primera Instancia al actor, pero por aplicación del criterio del vencimiento objetivo. No debe

calificarse de temerario ni prohibirse el ejercicio apasionado del derecho por quien cree que tiene razón. El Tribunal está para dar o quitar la razón, pero no para asustarla.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2005 **196**

Cuando la demanda de divorcio se plantea de mutuo acuerdo por un cónyuge con el consentimiento del otro, no es necesario para la admisión a trámite de la demanda el otorgamiento de poder especial de representación por el otro cónyuge.

AP Las Palmas, Sec. 4.ª, Auto de 2 de junio de 2005 **197**

Al no existir un procedimiento articulado en la LEC para la averiguación del último domicilio familiar, se presume que es el manifestado por la parte, sin perjuicio de que el demandado pueda plantear una declinatoria.

AP Las Palmas, Sec. 4.ª, Auto de 13 de junio de 2005 **198**

Es incongruente la sentencia que atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa cuando ésta no solicitó dicha medida y cuando el hijo común es mayor de edad.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de junio de 2005 **198**

No procede fijar en la litis de divorcio una pensión de alimentos para el hijo de 21 años que abandonó los estudios a los 15 años, y que ha estado trabajando, siendo indiferente que actualmente esté desempleado. No obstante, si precisara tales alimentos podría reclamarlos a ambos progenitores al margen de este procedimiento.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 16 de junio de 2005 **199**

Al carecerse de dato alguno respecto al cónyuge demandado, resulta competente el juzgado donde tiene su domicilio la parte actora.

AP Guipúzcoa, Sec. 3.ª, Auto de 17 de junio de 2005 **200**

Tiene legitimación activa la madre para pedir alimentos a favor del hijo mayor de edad por más que el hijo durante los meses que dura el curso académico resida, por razón de estudios, en una localidad diferente.

AP Segovia, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de julio de 2005 **200**

No ha lugar a fijar litis expensas dado que tal posibilidad se construye a la pieza de medidas provisionales.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de julio de 2005 **201**

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Razones de economía procesal llevan a concretar, en fase de ejecución de sentencia, un régimen de visitas distinto al recogido en la sentencia, para adaptarlo a las exigencias laborales de los progenitores.

AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Auto de 4 de mayo de 2005 **201**

Estimación de la causa de oposición alegada por el ejecutado ante la solicitud de lanzamiento, al apreciarse por el tribunal la existencia de abuso de derecho en la ejecutante que pretende ejecutar el convenio regulador de la separación cuando posteriormente se reconciliaron los cónyuges, sin que sea obstáculo para ello que, en su momento, dicha reconciliación no la pusieran en conocimiento del tribunal.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 13 de mayo de 2005 **202**

Es aplicable a la pensión compensatoria la excepción al embargo del sueldo dispuesta en el artículo 6o8 LEC, pues de una u otra manera, ésta viene a cubrir necesidades alimenticias de la beneficiaria.

AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Auto de 6 de junio de 2005

204

No se aprecia abuso de derecho ni mala fe en el no reintegro de los hijos comunes al domicilio materno, ya que la problemática surgida es debida a la tensión existente entre ambos progenitores.

AP León, Sec. 3.ª, Sentencia de 7 de julio de 2005

205

REGÍMENES ECONÓMICOS

El *dies a quo* a los efectos del cómputo de la prescripción para el ejercicio de la acción de reintegro a la masa patrimonial de las cantidades que indebidamente salieron de la misma es desde que se decreta la disolución de la sociedad de gananciales.

AP Ourense, Sec. 2.ª, Sentencia de 2 de junio de 2005

206

Hasta la disolución de la sociedad de gananciales los ingresos del marido procedentes de su trabajo deben estimarse gananciales y deben incluirse en el activo las cantidades ingresadas en la cuenta bancaria.

AP Valladolid, Sec. 3.ª, Sentencia de 29 de junio de 2005

206

El avalúo de los bienes que integran el patrimonio ganancial ha de realizarse en la fase liquidatoria propiamente dicha (artículo 81o LEC), y no en la de formación de inventario (artículos 8o8 y 8o9 LEC), sin que sea ello obstáculo para que junto a las partidas del inventario se puedan dar por las partes los valores de dichas partidas.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 14 de julio de 2005

207

Procede incluir en el activo de la sociedad la deuda del esposo por haber detraído dinero ganancial mediante transferencia a una cuenta de su única titularidad, sin que se haya acreditado que la destinara al pago de deudas gananciales.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 18 de julio de 2005

207

Deben incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales las obligaciones de la Seguridad Social que se reclamaron en su día y que dieron lugar al expediente de apremio.

AP Zamora, Sentencia de 19 de julio de 2005

208

Reconocida la ganancialidad de un determinado bien ha de presumirse que los incrementos derivados también tienen tal consideración.

AP Las Palmas, Sec. 5.ª, Sentencia de 26 de julio de 2005

209

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

El mero hecho cronológico de haber superado la adoptanda los 18 años de edad no puede determinar, *per se*, la constitución de una relación jurídica que hubiere resultado inviable en etapas anteriores, ante la negativa del progenitor biológico.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 7 de junio de 2005

210

Acreditado que la madre biológica está incurso en causa de privación de la patria potestad por el abandono físico y moral de su hijo desde su nacimiento, no queriendo verlo ni inscribirlo en Registro alguno, no es necesario el asentimiento materno para constituir la adopción del menor, debiendo únicamente ser citada para ser oída.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 12 de julio de 2005

211

FILIACIÓN

Procede imponer las costas de primera instancia al demandado en un procedimiento de reconocimiento de paternidad, dado que se negó a la misma y no se avino a realizar las pruebas extrajudicialmente, pese a que mantuvo una relación estable con la actora.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2005

212

Procede estimar que la menor no lleve el apellido del padre, manteniendo los impuestos al momento de la inscripción de nacimiento, sin perjuicio de la petición de modificación que puede llevar a cabo una vez alcance la mayoría de edad por sí misma.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, Sentencia de 22 de julio de 2005

213

Se desestima la acción de reclamación de filiación por no ser llamado al proceso el padre que figura inscrito como tal en el Registro Civil: es persona cuyo interés resulta jurídicamente protegible al poder resultar afectado por la resolución judicial (artículo 766 LEC). Condena en costas en primera y segunda instancia a la actora por aplicación de la teoría del vencimiento objetivo.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 26 de julio de 2005

214

UNIONES DE HECHO

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

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2005

215

Aplicación analógica del artículo 97 del CC en las rupturas de uniones de hecho. Procede conceder a la mujer una pensión compensatoria durante dos años, que será prorrogable hasta que se resuelva definitivamente el litigio sobre la titularidad de la vivienda familiar: la convivencia ha durado 11 años, no existen hijos, y durante ese tiempo ha dejado sus empleos de labores domésticas que desempeñaba con anterioridad.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 6 de junio de 2005

216

Admisibilidad de que en una demanda de juicio ordinario se acumulen todas las acciones para regular la problemática personal y económica dimanante de la crisis de pareja (guarda y custodia, visitas, alimentos, vivienda, pensión compensatoria, ...) al no existir ningún óbice competencial para ello ya que en el partido judicial no existen órganos especializados en Familia.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 10 de junio de 2005

217

La convivencia *more uxorio* durante 12 años no es suficiente para constituir *per se* una comunidad de bienes.

AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 13 de julio de 2005

218

CUESTIONES PENALES

Ante una pelea aislada de hermanos, con resultado lesivo leve, es desproporcionada la medida acordada por el Juez *a quo* de prohibición de residir en un término municipal y la de acercamiento a menos de 500 metros de sus padres y hermanos, debiendo sustituirse por la prohibición de comunicación y acercamiento a una distancia de 100 metros, lo que evitará el abandono de la localidad para quien carece de ingresos y hasta de techo fijo.

AP Vizcaya, Sec. 6.ª, Auto de 20 de julio de 2005

220

El testimonio de la víctima, por su persistencia, detalle y contenido verosímil, contrastado con el parte de lesiones, y el informe de la policía local que observó a la joven después de la agresión, es apto para enervar el principio de presunción de inocencia y dictar sentencia condenatoria por un delito de violencia doméstica (artículo 153.1 CP).

AP Zaragoza, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de julio de 2005

222

Procedencia de medida cautelar de prohibición de aproximación a la víctima y de comunicación por medio de teléfono, mensajes de texto o cualquier otra forma, al haberse constatado la gran afectación emocional y temor que ésta sufre ante las amenazas del esposo del que se encuentra en trámites de separación. Requisitos para la adopción de medida cautelar: indicios del hecho delictivo, utilidad a los fines del proceso, proporcionalidad y subsidiariedad.

AP Vizcaya, Sec. 1.ª, Auto de 28 de julio de 2005

223

Se revoca el Auto que acuerda el archivo de las Diligencias Previas por un presunto delito de sustracción de menores, siendo lo procedente que se tome al menos declaración a la madre para que explique por qué no reintegró a la menor con el padre, y más cuando consta acreditado que la menor durante dos semanas no ha asistido al colegio.

AP Madrid, Sec. 1.ª, Auto de 29 de Julio de 2005

225

No procede el beneficio de suspensión de condena en delito de abandono de familia, al no haberse abonado la responsabilidad civil fijada en la Sentencia, y ello aunque por hechos parecidos se haya dictado otra Sentencia absolutoria por otro Juzgado, ya que en este último caso las hijas ya eran mayores de edad y no mostraron interés alguno en la causa.

AP León, Sec. 1.ª, Auto de 29 de julio de 2005

225

RESOLUCIONES DE LA DGRN

ADOPCIONES INTERNACIONALES

Resolución-Circular de 31 de octubre de 2005

229

MATRIMONIOS DE COMPLACENCIA

Instrucción de 31 de enero de 2006 **235**

SECCIÓN PRÁCTICA

Problemática en la calificación de las viviendas adquiridas por los cónyuges antes de contraer matrimonio y pagadas en parte, vigente la sociedad de gananciales **251**

Casos prácticos. **254**

TRIBUNA ABIERTA

El procedimiento administrativo de valoración de idoneidad de familias acogedoras y adoptantes. **263**

Jaime Aguilera García

El retracto arrendaticio en los casos de atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge inicialmente no titular. **287**

Antonio Alberto Pérez Ureña

Elementos del tipo de insolvencia punible en su modalidad de alzamiento procesal **293**

Antonio Jesús Sánchez Parra

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Instrucción 1/2006 de la Fiscalía General del Estado. Sobre la guardia y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores. **299**

Datos de justicia separaciones y divorcios tras la Ley 15/2005. **305**

Publicaciones, noticias y datos de interés. **311**

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Matrimonio	317
Patria potestad	317
Guarda y custodia	318
Régimen de visitas	318
Vivienda familiar y ajuar familiar	319
Pensión alimenticia	320
Pensión compensatoria	322
Cuestiones procesales	323
Ejecución de sentencias	324
Regímenes económico-matrimoniales	326
Procedimientos de menores	328
Filiación	329
Uniones de hecho	330
Cuestiones penales	330
Cuestiones registrales	331
Sucesiones	332
Otras cuestiones	333

Revista de Derecho de

familia

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA INCIDENCIA DE LA TUTELA AUTOMÁTICA SOBRE MENORES DESAMPARADOS EN LA TUTELA ORDINARIA PREEXISTENTE

ISABEL PALOMINO DIEZ

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil de la Universidad Europea Miguel de Cervantes

RESUMEN

La introducción de la tutela automática sobre menores declarados en desamparo plantea, entre otros muchos problemas, su compleja y algo descoordinada relación con la tutela ordinaria que se viniera ejerciendo sobre el menor. El presente artículo ha tratado de centrar, fundamentalmente en dos, los desencuentros entre estas modalidades tutelares. Por un lado, la relación existente, casi podría decirse de causa-efecto, entre la declaración de desamparo del menor y la remoción del tutor. Por otro, resulta poco clara la configuración de la situación de suspensión de la tutela ordinaria, que se produce automáticamente tras la asunción de la tutela del menor por la entidad pública; en concreto, cuáles son los deberes y/o facultades del tutor ordinario suspendido en el ejercicio de su función.

ABSTRACT

THE INCIDENCE OF THE AUTOMATIC TUTELAGE ON ABANDONED MINORS IN THE PREEXISTING ORDINARY TUTELAGE

The introduction of the automatic tutelage on minors declared in abandonment expounds, among many other problems, its complex and descoordinated relationship with the ordinary tutelage that it's being practised on the minor. The present article has tried to center, fundamentally in two, the collisions between these tutelar modalities. On the one hand, the existent relationship, it could be said from cause to effect, between the declaration of abandonment of the minor and the tutor's removal. On the other, it's not very clear the configuration of the situation of suspension of the ordinary tutelage, that takes place automatically after the assumption of the tutelage of the minor by the public entity; in short, which are the duties and/or abilities of the ordinary tutor suspended in the exercise of this function.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. EL TUTOR ORDINARIO QUE DESAMPARA

III. LA SUSPENSIÓN DE LA TUTELA ORDINARIA

IV. OTRAS CUESTIONES MENORES: LA PROBLEMÁTICA DEL SEGUNDO APARTADO DEL ARTÍCULO 239 CC

I. INTRODUCCIÓN

Poco tiempo después de la importante reforma del Código Civil en materia de tutela llevada a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se promulgó la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que supuso la modificación de determinados preceptos tanto del Código Civil como de la Ley de Enjuiciamiento Civil, principalmente en materia de adopción. Como complemento de ésta y del acogimiento familiar, que se reguló con especial detalle, y como paso previo para la regulación más clara de ambas instituciones, la Ley de 11 de noviembre de 1987 dio normas sobre la tutela y la guarda de los menores desamparados¹, que constituyeron una «innovación en el régimen jurídico de la protección de menores en general»² y, en particular, de los que se encontraban en una situación de desamparo, del cual se hizo participar a la Administración a través de las entidades públicas competentes, que asumirían la tutela o guarda de esos menores. Todo ello trajo como consecuencia la introducción de una nueva y controvertida modalidad tutelar en el artículo 172.1 CC, inserto en el Capítulo V, Título VII, del Libro I dedicado a la adopción y a otras formas de protección de menores, de la que se hicieron eco también los artículos 239.1 y 222.4 CC, dentro de la normativa específica de la tutela. Esta novedosa tutela administrativa se acompañó de la *desjudicialización* de las primeras etapas de protección de los menores, que antes competían a la Justicia y ahora a la Administración, y de la consecuente potenciación del papel de las entidades públicas a través de sus servicios sociales. Al mismo tiempo, esta tutela suscitó una enorme controversia y un encendido debate doctrinal centrado en varios aspectos, algunos de los cuales, no todos, trataron de ser resueltos por la posterior Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En cualquier caso, es cierto que la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, estaba afectada por cierta indeterminación normativa en relación con las nuevas figuras que regulaba, y presentaba algunas lagunas legales y aparentes contradicciones entre los preceptos por ella

1. *Vid.* al respecto el Preámbulo de la Ley.

2. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p. 49.

introducidos y otros vigentes en materia de patria potestad y tutela³. Precisamente, fueron estas deficiencias técnicas de la Ley 21/1987, junto con el cambio en la conciencia social acerca del papel que estaba llamado a desempeñar el menor en la sociedad actual, lo que motivó el inicio de un proceso de reforma legislativa que culminaría en 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*.

Con la Ley últimamente citada se pretendió, de una parte, dar solución a los problemas que la aplicación práctica de la Ley 21/1987 y su análisis doctrinal habían puesto de manifiesto⁴ y, de otra, dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección⁵ cuyo eje fuera la primacía del interés de aquél. Consecuencia de la primera de las pretensiones apuntadas fue que se llevaron a cabo en virtud de la Ley 1/1996 toda una serie de importantes modificaciones de artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil entonces vigente que, intentando solventar los problemas técnico-jurídicos planteados por la Ley de 1987 y mejorar la regulación vigente, fundamentalmente en lo que se refería a las instituciones protectoras del menor, reformaron varios preceptos sustantivos y procesales en materia de tutela, además de patria potestad, acogimiento, adopción, internamiento por razón de trastorno psíquico...⁶, que vendrían a componer lo que la doctrina ha denominado segundo bloque normativo de la Ley⁷.

Las modificaciones que la Ley de 1996 introdujo en el Código Civil, muchas de las cuales afectaban a la materia tutelar, recibieron por parte de la doctrina un juicio positivo por su concreción, su carácter técnico y su propia necesidad, especialmente a los efectos de armonizar las diversas instituciones de protección de los menores y de coordinar las distintas reformas parciales del Código que habían traído consigo algunas contradicciones y lagunas⁸. Finalmen-

3. La propia Exposición de Motivos de la Ley 1/1996 pone de manifiesto que, «pese al indudable avance que esta Ley supuso (Ley 21/1987) (...), su aplicación ha ido poniendo de manifiesto determinadas lagunas (...)». Por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La desprotección social del menor: Una visión general en materia de instituciones de protección de menores», en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor*, M.A. PÉREZ ÁLVAREZ (director), Universidad da Coruña, Servicio de Publicaciones, 1999, pp. 32-34, expone los nuevos problemas a que dio lugar la reforma de 1987, concluyendo el mentado autor que «las ideas de que partió la reforma de 1987 fueron buenas, pero la formulación legal de éstas fue deficiente en algunos aspectos»; y LINACERO DE LA FUENTE, M.ª, *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001, p. 32, concluye que el marco jurídico existente con anterioridad a la promulgación de la Ley 1/1996 «resultaba parcial e insuficiente».

4. Para PÉREZ ÁLVAREZ: «La desprotección social...», ob. cit., p. 26, la LOPJM es una norma que, asumiendo los principios de la reforma de 1987, les da contenido explícito y los desarrolla; en el mismo sentido, DE PABLO CONTRERAS, P., «Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en *La desprotección social de los menores...*, ob. cit., p. 49.

5. VARELA GARCÍA, C., «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto», en *AC*, 1997-1, pp. 261-262, señala que «la nueva normativa contiene las reglas jurídicas necesarias para poder considerar con autonomía legislativa el Derecho sobre la Minoridad (...), un auténtico Estatuto de los Menores».

6. Para VARELA GARCÍA: «Comentarios...», ob. cit., p. 262, el nuevo texto normativo reúne, en una única ley, *normas programáticas* (las relativas a los derechos del menor) con *normas de conflicto* en las que el texto legal se pronuncia en la resolución de temas concretos que habían sido objeto de controversia en la legislación anterior.

7. En este sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor», en *La Ley*, 1996-1, pp. 1.690-1.691, habla de un primer bloque de preceptos sobre los derechos del menor, que convive con un numeroso grupo de preceptos reformadores del Código Civil; segunda parte de la Ley que el autor elogia por el acierto con que se ha procedido en ella; GARCÍA MÁZ, F.J., «Panorama general de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en *AC*, 1997-3, p. 807; y PANTOJA GARCÍA, F., *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997, pp. 81-82.

8. Así lo apuntan MARTÍNEZ-PIÑEIRO CAMARÉS, E., «Protección jurídica del menor», en *BICNG*, núm. 184, 1996, p. 1.208; y GARCÍA MÁZ: «Panorama general...», ob. cit., p. 807.

te, se valoró el que se hubiera dado respuesta a muchas de las cuestiones que la reforma de 1987 había pasado en silencio⁹.

Tanto la Ley 21/1987 como la Ley 1/1996, supusieron en muchos casos, más que el encuentro, el desencuentro entre dos modalidades tutelares diferentes, la tutela ordinaria, que venía siendo regulada, pese a su total reforma en el año 1983, desde la vigencia del Código Civil, y la novedosa tutela administrativa de las entidades públicas. Es más, la propia existencia de ésta y de la situación de desamparo que constituye su desencadenante tenían y tienen unos notables efectos sobre la tutela ordinaria como potestad que puede venirse ejerciendo con anterioridad sobre el menor declarado en desamparo. A continuación, hemos querido centrarnos en dos aspectos fundamentales:

II. EL TUTOR ORDINARIO QUE DESAMPARA

El primer problema que planteó a la doctrina la lectura del artículo 172.1 CC, tras su modificación por la Ley 21/1987, fue la definición del desamparo en él contenida¹⁰; problema que no será resuelto por la Ley 1/1996, de 15 de enero, que mantendrá, sin modificación alguna, la misma definición¹¹.

La doctrina calificó al desamparo de concepto jurídico indeterminado y ambiguo, muy especialmente por lo que se refería al empleo de la expresión «inadecuado ejercicio de los deberes de protección», que implicaba necesariamente un juicio de valor¹². Ciertamente, la definición legal del desamparo conlleva una notable dosis de incertidumbre a la hora de determinar qué solución es la más adecuada por el peligro de una apreciación excesivamente subjetiva de las circunstancias que rodean al menor¹³ ya que la generalidad de los términos utilizados en el precepto deja un amplio margen para la interpretación por parte del órgano que declare el desamparo, que, en todo caso, debe atender prioritariamente al interés del menor.

No queda tampoco claro en la definición del desamparo contenida en el artículo 172.1 CC si lo decisivo para la existencia de éste es el incumplimiento, o el imposible o inadecuado

9. Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ: «La desprotección social...», ob. cit., pp. 34-35. Sin embargo, GIL RODRÍGUEZ, J., «Las instituciones tuitivas», en *Manual de Derecho Civil, I, Introducción y Derecho de la Persona*, 3.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 257, entiende que los mecanismos de protección de menores de la nueva Ley están a la búsqueda de sus definitivos contornos.

10. Vid. más extensamente al respecto: FELIU REY, M.I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 29-39; LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 38-54; VARGAS CABRERA, B., «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas», en *ADC*, 1991, pp. 618-634, y *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1994, pp. 12-44, y GONZÁLEZ LEÓN, C., *El abandono de menores en el Código civil*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 33-36 y 89-194, quien critica duramente el concepto de desamparo de la Ley 21/1987.

11. Vid. ampliamente, tras la promulgación de la Ley del Menor, sobre el concepto de desamparo: IGLESIAS REDONDO, J.I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 151-211; BENITO ALONSO, F., «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la ley y guarda», en *Jurisidicción Voluntaria*, B. GONZÁLEZ POVEDA (director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 217-227; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.ª, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 15-160; PÉREZ CASTRO, N., «La situación legal de desamparo», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 23, 1998, pp. 153-171.

12. Al respecto, VARGAS CABRERA, *La protección de menores...*, ob. cit., p. 20, y GIL MARTÍNEZ, A., *La reforma de la adopción*, Dykinson, Madrid, 1988, pp. 22-23.

13. Cfr. PRATS ALBENTOSA, L., *Derecho de Familia*, 2.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 576.

cuado ejercicio de los deberes de protección¹⁴, o es la falta de la necesaria asistencia moral o material¹⁵. Ello está directamente relacionado con otra interrogante fundamental, esto es, si la existencia de un mero guardador de hecho que efectivamente asista y cuide al menor impide afirmar que dicho menor se halla en una situación de desamparo, aun cuando no existan personas que ejerzan una potestad legal sobre el mismo (padres o tutores), o habiéndolas, no se ocupan de él o lo hacen inadecuadamente. En este punto, la mayor parte de los autores estuvieron (y están) a favor de excluir, si hay un guardador de hecho, la calificación de menor desamparado y la asunción de la tutela por la entidad pública, siendo otros los cauces legales a seguir, lo que en cierto modo se deriva también de la consideración del desamparo como una pura situación fáctica¹⁶.

En este mismo orden de cosas está la cuestión, trascendental para nuestro análisis posterior, de que la definición del desamparo no parece excluir los casos de privación de asistencia moral o material debidos a fuerza mayor de carácter transitorio. Esto supone que para valorar la existencia de una falta de asistencia al menor resulta indiferente que medie o no intencionalidad en los guardadores del mismo respecto de las causas que la hubieran motivado, lo que ha sido criticado por doctrina y jurisprudencia¹⁷. Así, la mayoría de la doctrina

14. Se planteó al respecto de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores si el desamparo se generaba o no por el incumplimiento, o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de representación y administración. A favor se pronunció FERRER VANRELL, M.^aP., «El acogimiento familiar en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, como modo de ejercer la “potestad” de guarda», en *ADC*, 1993 (enero-marzo), p. 176. En contra se manifestaron: SERRANO GARCÍA, I., «Comentario al artículo 172», en *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 579; LLEBARÍA SAMPER: *Tutela automática, guarda...*, ob. cit., p. 49; VARGAS CABRERA, *La protección de menores...*, ob. cit., pp. 23-24; GONZÁLEZ LEÓN: *El abandono de menores...*, ob. cit., p. 95, y, más modernamente, DE PALMA DEL TESO, A., «La protección de los menores por las Administraciones Públicas», en *RJC*, núm. 2, 2004, p. 52.

15. La mayor parte de la doctrina entendió como elemento decisivo la privación de la necesaria asistencia al menor. En este sentido: DE LA HAZA DÍAZ, P., «Notas sobre el “affidamento” familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código civil español», en *RGLJ*, núm. 6, 1987, pp. 983-984; PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, ob. cit., pp. 83-88, y «Sobre el desamparo y la tutela administrativa», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Dr. J. L. LACRUZ BERDEJO*, volumen primero, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 688-693; VALLADARES RASCÓN, E., «La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», en *Centenario del Código civil*, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 2.043-2.048, quien proporciona interesantes razones para avalar esta tesis; SERRANO GARCÍA, «Comentario al artículo 172», en *Comentario del Código civil*, ob. cit., p. 578; VARGAS CABRERA, *La protección de menores...*, ob. cit., p. 31; GONZÁLEZ LEÓN, *El abandono de menores...*, ob. cit., p. 96, y PÉREZ CASTRO: «La situación...», ob. cit., pp. 161-162. Para DE PABLO CONTRERAS, «Comentario al artículo 172», en *Comentarios a las reformas del Código civil*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), Madrid: Tecnos, 1993, p. 43, ambos requisitos, el causal y el de resultado, son acumulativos; en el mismo sentido, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo...*, ob. cit., pp. 29-30, mientras LACRUZ/SANCHO: *Elementos de Derecho civil*, IV, 4.^a ed., Bosch, Barcelona, 1997, pp. 545-546, estiman que no queda claro si se trata de requisitos acumulativos o alternativos. Por su parte, IGLESIAS REDONDO: *Guarda...*, ob. cit., p. 168, apunta que el concepto legal de desamparo explicita «una relación de causalidad, en la cual el efecto atribuye a la causa la cualidad de hábil para integrar semejante situación».

16. Estudia detenidamente esta cuestión AFONSO RODRÍGUEZ, E., «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», en *AC*, núm. 17, 1995, pp. 326-331, quien fundamenta que la guarda de hecho excluya al desamparo en la incompatibilidad de cualquier mecanismo funcional con otro que también lo sea, siempre que uno u otro estén proporcionando al menor la asistencia adecuada. *Vid.* también en este punto: VARGAS CABRERA, *La protección de menores...*, ob. cit., pp. 31-36; CABALLERO GONZÁLEZ, J.M.^a, «La tutela de los menores en situación de desamparo», en *La Ley*, 1988-2, p. 1.056; y PÉREZ ÁLVAREZ, «Sobre el desamparo...», ob. cit., pp. 690-691. En contra, se pronuncia IGLESIAS REDONDO: *Guarda...*, ob. cit., pp. 187-188, para quien la existencia de un guardador de hecho no puede excluir el desamparo de un menor.

17. *Vid.* en este punto PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, ob. cit., p. 102, y «Sobre el desamparo...», ob. cit., pp. 691-692. Al respecto, algunos autores han entendido que, siendo el supuesto de hecho de los números 1 y 2 del artículo 172 el mismo: el desamparo, la diferencia debería radicar en la intención de los desamparadores de modo que si no existe imputación culposa del mismo no podría llegarse a la tutela de la entidad, sólo a la guarda, aun cuando no hubiera solicitud de ésta por las personas que ostentan potestad sobre el menor. En este sentido, PALACIOS, D. y BERNAL DEL CASTILLO, A.L., «Reflexiones acerca de la tutela legal, la guarda, y sus relaciones con el acogimiento», en *AC*, 1994-1, pp. 229-241; VARGAS CABRERA: «El desamparo...», ob. cit., pp. 650-652, y *La protección de menores...*, ob. cit., pp. 45-51 y 88-90; GONZÁLEZ LEÓN, *El abandono de menores...*, ob. cit., pp. 181-194 y 223-226, quien se muestra partidaria de ampliar el ámbito de la guarda, bien haciendo equivalente a la solicitud exigida por el artículo 172.2 CC el consentimiento posterior de padres o tutores a la acción protectora de la Administración, o bien procurando la aplicación de esta guarda mediante acuerdo judicial; y BENITO ALONSO: «Actuaciones...», ob. cit., pp. 251-252. Para otros autores, si bien es cierto que existe un desamparo que da lugar a la tutela y otro que implica sólo la asunción

ha venido denunciando que el tenor literal del concepto de desamparo impide la valoración de causas o intenciones, lo que permite conductas reales de abandono, con evidente intención de desamparar, en las que no se declara el desamparo porque existe la asistencia al menor por una tercera persona y, al mismo tiempo, facilita que se aprecie aquél en perjuicio de padres o tutores que transitoriamente no pueden atender a sus hijos o pupilos por causas independientes de su voluntad¹⁸.

Lo que sí parece claro es la exigencia de una cierta gravedad en la inasistencia al menor, que debe ser, además, real y efectiva, no probable, para que pueda calificarse de desamparo. No queda claro, en cambio, si se exige el carácter irreversible o no, definitivo o temporal, de la situación en que se encuentra el menor para que pueda apreciarse su desamparo¹⁹, si bien, dada la posibilidad de recuperación de la potestad legal preexistente sobre el menor que se deriva de otros preceptos del Código (artículo 173.4) y la propia inclusión en su ámbito de aplicación de los supuestos de fuerza mayor de carácter transitorio, nos llevan a considerar que no sea necesaria la nota de irreversibilidad de la situación para que se declare el desamparo, lo que no excluye la exigencia de su gravedad. En definitiva, es necesario ser cautelosos en la aplicación de la norma contenida en el artículo 172.1 CC y hacer una interpretación restrictiva del concepto de desamparo, en particular en lo que se refiere a la falta de asistencia moral²⁰.

También suscitó dudas lo relativo al sujeto activo del desamparo dada la generalidad de los términos empleados. Si bien es claro, lo que interesa a los fines del presente artículo, que un menor sujeto a una tutela «ordinaria» puede hallarse en una situación de desamparo dados los presupuestos de la misma²¹, a salvo alguna opinión en contra que posteriormente analizaremos, se discutió en la doctrina si los menores bajo la tutela de las propias entidades

de la guarda por la entidad, en este último caso se exige una actividad mínima por parte de los titulares de la potestad sobre el menor: la solicitud, faltando la cual la entidad asumiría la tutela; interpretación que parece, en principio, menos flexible que la anterior, pero que deja abierta también la posibilidad de una guarda sin solicitud acordada por el Juez en virtud del artículo 158 CC. Éste es el parecer de VALLADARES RASCÓN, E., «Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción», en *PJ*, núm. 9, 1988, pp. 33-34. Finalmente, para PÉREZ MARTÍN, A.J., *Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex Nova, Valladolid, 1995, p. 169, ocurre que el artículo 172.1 CC incluye dentro de una misma definición supuestos muy diversos, que merecerían un tratamiento completamente independiente y específico.

18. Cfr. RUIZ-RICO RUIZ, J.M., «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», en *AC*, 1988-1, p. 63; y GONZÁLEZ LEÓN, *El abandono de menores...*, ob. cit., pp. 34-35. Para ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, J., «El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987», en *RGLJ*, núm. 5, 1987 (nov.), pp. 752-753, se está facilitando, con esta concepción del desamparo, el negocio privado del acogimiento. Sin embargo, para LLEBARÍA SAMPER, *Tutela automática, guarda...*, ob. cit., pp. 49-51, el desamparo debe apreciarse de forma objetiva, prescindiendo de la más o menos fundada etiología que haya provocado el efectivo desamparo del menor ya que se trata de beneficiar y proteger al desamparado, no a los desamparadores.

19. *Vid.* sobre este punto LLEBARÍA SAMPER, *Tutela automática, guarda...*, ob. cit., pp. 53-54, quien no parece exigir, con carácter general, que la situación en que el menor se encuentra sea definitiva e irreversible, si bien ha de parecerlo inicialmente. Contrariamente apunta GONZÁLEZ LEÓN, *El abandono de menores...*, ob. cit., pp. 92-94 y 110, que la falta de asistencia para ser calificada como desamparo requiere ser *definitiva*, sin embargo, el tenor literal del artículo 172.1 CC no excluye de su ámbito situaciones de desasistencia de carácter momentáneo; en el mismo sentido, IGLESIAS REDONDO, *Guarda...*, ob. cit., p. 198, exige irreversibilidad.

20. A favor de una interpretación restrictiva del desamparo, *vid.*, por todos, LLEBARÍA SAMPER, *Tutela automática, guarda...*, ob. cit., p. 52. En contra: GONZÁLEZ SOLER, O., «Consideraciones sobre las modificaciones que en materia de protección de menores introduce la Ley de Adopción», en *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, núm. 9, 1988, p. 38. *Vid.* la jurisprudencia en este punto aportada por ZURITA CARIÑANA, M.^ªA., «De la Ley de 11 de noviembre de 1987 a la de 15 de enero de 1996: 10 años de tutela *ex lege*, acogimiento y adopción en las sentencias de nuestras Audiencias Provinciales», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 23, 1998, p. 87. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de febrero del 2000, núm. 8/2000, recurso de apelación núm. 51/1999, señala que «la situación de desamparo, sea o no voluntaria o querida por los progenitores, ha de ser siempre estimada restrictivamente».

21. VARGAS CABRERA, *La protección de menores...*, ob. cit., p. 27, excluye la posibilidad de que un tutor sólo de los bienes pueda causar el desamparo de un menor pues sus facultades son estrictamente patrimoniales, no así el tutor sólo de la persona.

públicas, a cuya asunción necesariamente debe haber precedido una declaración de desamparo, pueden encontrarse más tarde desamparados, a su vez, por la propia entidad, o este supuesto en ningún caso es posible, surgiendo únicamente la posibilidad para el menor de exigir responsabilidad a la Administración por los daños que esa situación de falta de asistencia le haya causado, punto de vista este último que entendemos más acertado²².

Si bien, la definición de la situación de desamparo no experimenta variación alguna con la Ley de Protección Jurídica del Menor, no podemos dejar de apuntar la introducción en su segundo Título de la novedosa *situación de riesgo* (artículos 12.1 y 17)²³, junto a la situación de desamparo, como otro supuesto distinto de desprotección social del menor que da lugar a un grado diverso de intervención de la entidad pública, que curiosamente, sin embargo, no aparece recogida ni regulada en el Código Civil²⁴. En nuestra opinión, esta situación de riesgo vino a hacer frente a la problemática que planteaba calificar como desamparo situaciones de potencial o previsible desasistencia al menor –lo que se denominaba semidesamparo²⁵– debidas a ciertos *factores de riesgo y dificultad social que inciden en la situación personal y social* del menor, que es lo que caracteriza, precisamente, tras la Ley 1/1996, a la situación de riesgo, que da lugar a una actuación de los poderes públicos orientada a disminuir aquellos factores y a promover otros de protección del menor y su familia (artículo 17). En todo caso, no deja de extrañarnos que la introducción de una nueva situación determinante de la actuación protectora de los poderes públicos no supusiera modificación alguna en la definición del desamparo, particularmente en lo que se refiere a la falta de asistencia derivada de una imposibilidad temporal de ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores cuando aquélla es independiente de la voluntad de los guardadores, que, quizás, puede solventarse mejor con una actuación de los poderes públicos dirigida a reducir los factores de riesgo sin necesidad de la asunción por aquéllos de la tutela sobre el menor²⁶.

Sentadas las anteriores bases sobre la cuestión que nos ocupa, llama la atención que la Ley 21/1987 haya introducido la situación de desamparo del menor, que puede ser causada por un tutor ordinario, y la asunción automática de la tutela sobre ese menor desamparado a cargo de la entidad pública correspondiente, sin hacer, en cambio, apenas referencia a las consecuencias negativas que aquella situación ha de conllevar para el tutor que ha desasistido material o moralmente a su pupilo, y sin establecer tampoco conexión o remisión alguna a los supuestos de remoción recogidos en el artículo 247 CC.

22. Así lo entiende también RUIZ-RICO RUIZ, «La tutela *ex lege*, la guarda...», ob. cit., p. 62. Por su parte, ALBÁCAR LÓPEZ, J.L./MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ, M., *Código civil, Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I (2), 4.ª ed., Trivium, Madrid, 1995, p. 1.672, entienden que el Fiscal puede exigir responsabilidad en estos supuestos al director del establecimiento donde estas conductas se desarrollaren. En cambio, para SERRANO GARCÍA, «Comentario al artículo 172», en *Comentario del Código civil*, ob. cit., p. 579, la propia entidad puede desamparar.

23. *Vid.*, sobre esta situación de riesgo, DE PALMA DEL TESO, «La protección de los menores...», ob. cit., pp. 45-50.

24. PANTOJA GARCÍA, *Algunas notas...*, ob. cit., p. 49, apunta que esta falta de regulación priva de virtualidad civil a esta figura al no regular sus efectos jurídicos que, desde luego, los tiene, de tal manera que estos efectos no pueden tratarse del mismo modo que los derivados de la declaración del desamparo. *Vid.* LINACERO DE LA FUENTE, *Protección jurídica del menor*, ob. cit., p. 166.

25. Para PÉREZ ÁLVAREZ, «La desprotección social...», ob. cit., p. 28, la situación de riesgo tiene su origen en la insuficiente intervención administrativa de la Ley 21/1987 en relación con los supuestos de semidesamparo, ampliando la Ley 1/1996 el ámbito de actuación administrativa con fines de prevención.

26. PÉREZ CASTRO, «La situación...», ob. cit., p. 162, va más allá aun entendiendo que si la inasistencia no tiene carácter irreversible o grave nos encontramos ante una situación de riesgo.

Cabría pensar que el desamparo está más pensado para los supuestos de menores sujetos a patria potestad que a tutela. Y ello porque en materia tutelar funciona con mayor amplitud el cauce de la remoción del tutor –incurrir en causa legal de inhabilidad después de deferida la tutela, conducirse mal en el desempeño de la misma, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio, o cuando surjan problemas de convivencia graves y continuados (este último supuesto fue añadido por la Ley 1/1996) (artículo 247 CC)²⁷–, mientras la privación de la patria potestad tiene lugar con un carácter mucho más restrictivo –incumplimiento de los deberes inherentes a aquélla (artículo 170 CC)²⁸–. Además, en la tutela debe existir una constante intervención judicial propia del sistema de tutela de autoridad vigente en nuestro ordenamiento jurídico y, tras la Ley 21/1987, una también continua vigilancia del Ministerio Fiscal (artículo 232 CC), que dificultan, al menos en teoría, que se lleguen a producir estos supuestos de falta de asistencia al tutelado.

En este sentido, no faltan autores que apuntan un cierto confusionismo entre la norma contenida en el artículo 172.1 CC y las que regulan la remoción de tutores (artículos 247-250 CC), llegándose, en ocasiones, a conclusiones, a nuestro modo de ver, un tanto extremas. Así, HIJAS FERNÁNDEZ²⁹ considera que no es posible declarar el desamparo de menores sujetos a una tutela ordinaria ya que aquél viene constreñido, en opinión del mentado autor, a los padres y a los guardadores de hecho. Y ello porque la salvaguarda por la Autoridad judicial de la tutela judicialmente constituida sitúa a esta institución fuera del control administrativo que implica la tutela automática, dando lugar el mal desempeño de la tutela por el tutor a su remoción, reservada a la decisión judicial, sin injerencia alguna administrativa. Lo único que puede hacer la entidad pública, cuando aprecie una situación de desamparo en el tutelado, es ponerlo en conocimiento del Juez para que se adopten, por dicha vía judicial, las medidas de protección que aquél considere oportunas.

Por su parte, en la misma línea de solapamiento de normas, pero con una conclusión totalmente distinta de la del autor anteriormente citado, DÍEZ-PICAZO³⁰ habla de «una sustitución de los preceptos del Derecho Civil» (artículo 172.1 en relación con los artículos 248-250 CC).

A nuestro juicio, el hecho de que la tutela constituida de conformidad con lo previsto en el artículo 231 CC se halle bajo la salvaguarda de la Autoridad judicial (artículo 216 CC) y la vigilancia del Ministerio Fiscal (artículo 232 CC) no excluye la posibilidad de desamparo del pupilo menor, simplemente puede dificultarla ya que un seguimiento continuo y minucioso del ejercicio de la tutela a través de los informes anuales sobre la situación del menor

27. *Vid.* un acercamiento a las causas de la remoción en SERRANO MOLINA, A., *La remoción del tutor*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999, pp. 251-281.

28. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ J., «La patria potestad», en *Instituciones de Derecho Privado*, Delgado de Miguel J.F. (Coordinador General), tomo IV, Familia, volumen 1.º, GARRIDO DE PALMA V.M. (Coordinador), destaca, para la privación de la patria potestad, en primer lugar *el carácter excepcional de la medida*. La jurisprudencia lo afirma también de una manera constante. La STS de 11 de octubre de 1991 (Aranzadi, 1991, vol. V, núm. 7447) señaló que la importancia que el ordenamiento jurídico concede al ejercicio por parte de sus titulares naturales de este derecho a la patria potestad es tal que la doctrina jurisprudencial tiene reiteradamente sentado «el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las limitaciones que alcancen al mismo por aplicación de los preceptos legales».

29. «Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)», en *AC*, 1995-1, pp. 37-38.

30. *Sistema de Derecho civil*, IV, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 308.

(artículo 269.4 CC), o de los requerimientos al tutor para que informe acerca de la persona del tutelado (artículos 232 y 233 CC), para cuya petición están facultados tanto el Juez como el Fiscal, permite, al menos teóricamente, prever más fácilmente e, incluso, evitar a tiempo, esa situación de falta de asistencia moral o material, adoptando para ello el Juez las medidas de control y vigilancia que estime oportunas, en beneficio del tutelado, o removiendo al tutor que se conduce tan mal en el desempeño de la tutela que el pupilo menor corre el riesgo de quedar desasistido.

Por otra parte, lo normal en caso de incumplimiento de los deberes propios del cargo de tutor o de notoria ineptitud en su ejercicio, incumplimiento e ineptitud que se hallan implícitos en la situación de desamparo, es que se proceda a la remoción del tutor³¹.

Por tanto, el apuntado confusionismo de normas no es tal, sino que, dándose la situación que el Código Civil define como desamparo –privación de la necesaria asistencia moral o material a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores– nos hallamos, en la mayor parte de los casos, ante un supuesto de remoción del tutor, teniendo en cuenta la amplitud de las causas que lo determinan.

Ahora bien, dado el desamparo, es la entidad pública quien lo declara y asume la tutela por ministerio de la Ley, teniendo lugar, en su caso, en un momento posterior, la remoción del tutor ordinario en virtud de resolución judicial y cumplidos los trámites previstos en el Código Civil; remoción que, insistimos, dados los términos en que aparece redactada la situación de desamparo, va a tener lugar en la mayor parte de los casos de desasistencia a un pupilo.

En este sentido, señala LLEBARÍA SAMPER³² que el tutor que desampara normalmente debe ser removido de su cargo, no pudiendo predicarse, a diferencia de lo que ocurre con la patria potestad cuya recuperación es posible (artículo 170.2 CC)³³, una recuperación del cargo tutelar ya que la hipotética extinción de la causa de inhabilidad sobrevenida que aconsejara la recuperación de aquél exigiría su nuevo nombramiento y la extinción de la tutela institucional anterior.

Llegados a este punto, debemos tener en cuenta que el concepto de desamparo es bastante ambiguo y, sobre todo, excesivamente amplio ya que, en principio y como ya dejamos apuntado, no parece excluir los casos de privación de asistencia debidos a fuerza mayor de

31. De hecho, para SERRANO MOLINA: *La remoción del tutor*, ob. cit., pp. 223-224, cuando una de estas entidades públicas constata que un menor sujeto a tutela se halla en situación de desamparo tiene el deber especial de poner tales hechos en conocimiento del Fiscal para que actúe en consecuencia, lo cual no es obstáculo para que, cuando las circunstancias así lo exijan –razones de urgencia– y siempre en interés del menor, deban dirigirse directamente ante el Juez a fin de solicitar la remoción del tutor. Este autor viene a considerar a la entidad pública tutora como una de las personas obligadas a instar, de forma directa o indirecta, el procedimiento de remoción del tutor ordinario causante del desamparo.

32. «Tutela automática, guarda...», ob. cit., p. 54.

33. C. C. (DEL) CASTILLO MARTÍNEZ, *La privación de la patria potestad (criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Editorial Práctica de Derecho SL, Valencia, 2000, p. 50, apunta que, en todo caso, la privación de la patria potestad supone también extinción únicamente en cuanto al sujeto que la ejerce y no en cuanto al hijo (...) –de otro modo no se explicaría la posibilidad de recuperación prevista en el párrafo segundo del artículo 170 CC–. Por su parte, ANGOSTO SÁEZ J.F., «Comentario a la sentencia de 23 de septiembre de 2002», en *CCJC*, núm. 63, 2003, apunta que la reintegración de las niñas en la familia de los recurrentes (los progenitores) «no se configura legalmente como un derecho de estos últimos sino como un derecho de las menores, siempre y cuando sea ése su interés, el cual será apreciado por el Juzgado o Tribunal».

carácter transitorio. Tampoco aclara la norma contenida en el artículo 172.1 CC si la situación en que se encuentra el tutelado ha de ser irreversible para poder calificarla de desamparo, y, en definitiva, impide la valoración de causas o intenciones en el tutor al referirse el desamparo a una situación de hecho de desasistencia.

Es por ello que cabe pensar en la posibilidad de que se declare un desamparo y no se acompañe de la remoción del tutor de manera que, superada la causa que motivó aquél, el tutor pueda recuperar su cargo. Así, puede ocurrir que se aprecie el desamparo del pupilo y el mismo resulte fruto de una mera imposibilidad temporal del tutor de atender al tutelado –no entramos aquí en la posibilidad de reconducir este supuesto a la guarda del artículo 172.2 CC, aunque no haya habido previa solicitud de la misma por parte del tutor, de cuya falta puede derivarse, a su vez, un negligente ejercicio de sus funciones que justifique, asimismo, la remoción–, la cual, una vez superada, no obsta para que el tutor recupere su tutela al no haber tenido lugar su remoción en tanto no se daban, en una interpretación, somos conscientes de ello, muy restrictiva del artículo 247 CC, los presupuestos que justificaban la misma.

Lo expuesto en el párrafo anterior encuentra cierto refuerzo con la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que, si bien no modifica la definición de la situación de desamparo, establece de modo expreso en el artículo 172.1 CC que la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión, no la extinción, de la tutela ordinaria que se viniera ejerciendo con anterioridad.

Finalmente, señalar que sí puede hablarse de una cierta sustitución de normas, en particular referencia al artículo 249 CC, que faculta al Juez que conoce de la remoción, durante la tramitación del procedimiento, a suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado en su lugar un defensor judicial. Esto no operará exactamente así en el caso de que el pupilo haya sido declarado en desamparo y su tutela haya sido asumida *ex lege* por la entidad en tanto que, como ya hemos apuntado, una de las consecuencias de la tutela de las entidades públicas es la automática suspensión de la tutela ordinaria preexistente. Por tanto, si se procede a la remoción del tutor que ha desamparado a su pupilo, el Juez no tiene la facultad de suspenderle en sus funciones puesto que aquél se encuentra ya efectivamente suspendido y su pupilo bajo la tutela de la entidad.

En este sentido, estamos casi plenamente conformes con GIL RODRÍGUEZ³⁴ cuando afirma que la tutela *ex* artículo 172.1 CC se adelanta o suplanta a la actuación cautelar del Juez que, mientras decreta, en su caso, la correspondiente remoción del tutor, debería nombrar defensor judicial –creemos que, de acuerdo con los exactos términos del artículo 249 CC, existe más disponibilidad que obligatoriedad para el Juez –«podrá el Juez»– tanto en la suspensión del tutor como en el nombramiento de un defensor judicial–.

Distinto es el supuesto de que el menor se encuentre en una situación de riesgo, que no aconseja la extracción de aquél de su ámbito familiar. Por tanto, el tutor se mantiene en el ejercicio de su función, lo que se acompaña de una actuación de los poderes públicos orientada a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que inciden en la situación

34. *Manual de Derecho civil*, I, 3.ª ed., ob. cit., p. 257.

personal y social del menor. Ahora bien, también aquí podría plantearse la remoción del tutor por haberse conducido mal en el desempeño de la tutela, pero creemos que la finalidad propia de la situación de riesgo y los supuestos a los que la misma pretende hacer frente abonan una mayor flexibilidad a la hora de considerar la adopción de la medida extrema de la remoción.

III. LA SUSPENSIÓN DE LA TUTELA ORDINARIA

Frente a la situación de abandono del derogado artículo 174 CC, que era apreciada y declarada por el Juez competente para conocer del expediente de adopción, la definición de desamparo del artículo 172.1 CC introducida por la Ley 21/1987 nada dijo acerca del órgano competente, si lo era el judicial o el administrativo, para la declaración de la misma y para la constitución de la tutela a cargo de las entidades públicas; laguna legal que generó problemas no sólo puramente teóricos, sino también de aplicación práctica. Así, la doctrina civil posterior a la publicación de aquella Ley propuso distintas soluciones a este interrogante en un interesante debate al que pondrá fin la promulgación de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Nos limitaremos a reseñar aquí que un sector minoritario de la doctrina optó por atribuir a la Autoridad judicial la apreciación del desamparo de un menor, la constitución de la tutela legal correspondiente a la entidad y la declaración de las pertinentes consecuencias jurídicas en lo que se refería a la potestad legal preexistente sobre el menor, lo que podía hacerse a propuesta de la propia Entidad³⁵. Esta solución, que se entendió más congruente con el principio de tutela judicial de la reforma de 24 de octubre de 1983, partía de considerar a la tutela de la Administración como una verdadera tutela, pero chocaba directamente con el texto legal y con el automatismo que al parecer pretendía establecer la Ley 21/1987.

Una segunda corriente doctrinal mayoritaria entendió, sin que faltaran dentro de ella voces críticas frente a la exclusión del Juez, pero abocadas a esta interpretación por el tenor literal de la norma³⁶, que había surgido una tutela automática a favor de los entes administrativos de protección de menores, siendo la entidad pública la que debía apreciar el desamparo del menor, sin que fuera necesaria la intervención judicial previa, incluso aunque la asunción de esta tutela por la entidad pudiera suponer una automática privación de la patria potestad o una remoción extrajudicial del tutor³⁷. Esta interpretación se entendía más

35. Vid. en este sentido, entre otros, ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, «El acogimiento familiar...», ob. cit., pp. 756-757; y GONZÁLEZ LEÓN, *El abandono de menores...*, ob. cit., pp. 328-331 y 355-360.

36. Así, manifiestan su preocupación por la apreciación administrativa de la situación de desamparo y por la escasa intervención del Juez: DE LA HAZA DÍAZ, «Notas sobre el “affidamento” familiar...», ob. cit., pp. 1.004-1.005; LACRUZ/SANCHO y OTROS: «El nuevo régimen de la familia, IV. Acogimiento y adopción», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1988, pp. 37-38; GARCÍA CANTERO, G., «La reforma del acogimiento familiar y de la adopción (Ley 21/1987, de 11 de noviembre)», adición al tomo V, volumen segundo, del *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS J., Reus, Madrid, 1988, p. II; MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 33 y 97-98; y FERRER VANRELL, «El acogimiento familiar...», ob. cit., p. 174.

37. Si se admitía, por regla general, un control judicial, pero necesariamente *a posteriori* de la declaración de desamparo y de la asunción de la tutela por la entidad. Vid., por todos los partidarios de este control judicial *a posteriori*, VALLADARES RASCÓN, «Notas urgentes...», ob. cit., pp. 34-35; y «La tutela de los menores...», ob. cit., pp. 2.055-2.056, para quien este control debía determinar si desde el principio el ente público asumió la tutela, el desamparo fue real, o sólo la guarda, el desamparo fue sólo aparente. PÉREZ MARTÍN, *Adopción...*, ob. cit., pp. 181-182 y 188-190, sintetiza los posibles cauces legales para este control judicial, si bien este autor es partidario de una necesaria confirmación judicial del desamparo. Para LLEBARÍA SAMPER, *Tutela*

acorde con el tenor literal de la norma, con el propio *iter* parlamentario, con la Exposición de Motivos y, sobre todo, con el interés del menor ya que, ante la situación de desamparo en que éste se encontraba, era necesario actuar con rapidez y eficacia. Se apuntaba, además, que, de ser interpretada de otro modo la norma, carecería de sentido la automaticidad en la constitución de la tutela de los entes públicos que parecía estar en el espíritu de la Ley³⁸.

Por supuesto, a estas dos posturas más extremas se hicieron multiplicidad de matizaciones que pretendían dar solución a las dificultades interpretativas planteadas por una y otra corriente³⁹.

Lo cierto es que, pese a esta divergencia doctrinal, las diversas disposiciones legales dictadas por las Comunidades Autónomas en la materia que nos ocupa con posterioridad a la Ley 21/1987 establecieron que la situación de desamparo fuese apreciada por los entes administrativos y no por el Juez; solución que será también la acogida por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su reforma del artículo 172.1 CC.

Esta cuestión del órgano competente para declarar el desamparo llevaba aparejada otra de indudable relevancia para el presente trabajo cual era la posible indefensión de los progenitores y tutores que vinieran ejerciendo con anterioridad su potestad sobre el menor declarado en desamparo⁴⁰.

Partiendo de la corriente mayoritaria que defendía la competencia de las entidades públicas para apreciar el desamparo y la asunción automática por las mismas de la tutela sobre los menores desamparados surgían serios problemas jurídicos al estar dicho menor sujeto previamente a patria potestad o tutela. Frente a ello, parte de la doctrina entendió que estas potestades no se extinguían por la tutela de la entidad, lo que, a su vez, planteaba la coexistencia de dos instituciones protectoras, en principio incompatibles jurídicamente como son la tutela con la patria potestad o con otra tutela, sobre un mismo sujeto: el menor desamparado⁴¹.

automática, guarda..., ob. cit., pp. 28-34 y 52-53, quien parte de que la intervención judicial es en esta materia posible, mas no imprescindible, son plenamente aplicables los artículos 228-230 CC para revelar la posible situación de desamparo en que un menor pueda hallarse.

38. *Vid.* la jurisprudencia favorable a la automaticidad de la tutela aportada por ZURITA CARIÑANA, «De la Ley de 11 de noviembre...», ob. cit., pp. 87-88.

39. Así, se propuso, desde los partidarios del papel fundamental de la entidad en la apreciación del desamparo, que esta tutela fuera considerada como una tutela inmediata y provisional, de duración limitada y sin vocación de permanencia, en este sentido, *vid.*, por todos, PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, ob. cit., p. 46, y LLEBARÍA SAMPER, *Tutela automática, guarda...*, ob. cit., pp. 26-27. Se propuso también establecer un período de tiempo entre el momento en que la entidad pública recoge a un menor y el momento en que se define su situación jurídica, dentro del cual la entidad procede a investigar la situación jurídica de los menores y se lleva a cabo, si procede, por vía judicial, la privación de la patria potestad o la remoción del tutor, éste es el parecer de BRENA SESMA, I., «Los nuevos principios reconocidos en materia de tutela tras la reforma de 1987», en *AC*, 1991-2, pp. 332-334. Desde la óptica de los favorables a la intervención del Juez, se abogó por que fuera la Autoridad judicial quien decidiese el desamparo, pero no constituyese la tutela, que se entendía automática, en este sentido: RUIZ-RICO RUIZ, «La tutela *ex lege*, la guarda...», ob. cit., pp. 65-71; FELIU REY, M.I., «Breve estudio de las nuevas figuras introducidas por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre», en *AC*, 1989-3, ob. cit., pp. 2.753-2.754, y en *Comentarios ...*, ob. cit., pp. 34-36; LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 239», en *Comentario del Código civil*, ob. cit., p. 734; y VARGAS CABRERA: *La protección de menores...*, ob. cit., pp. 108-110.

40. *Vid.* ampliamente la síntesis del debate doctrinal sobre este punto en BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo...*, ob. cit., pp. 249-263.

41. Algunos autores partían de **no considerar a la tutela del ente como verdadera tutela**: PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, ob. cit., p. 94; y DE PABLO CONTRERAS, «Comentario al artículo 172», en *Comentarios a las reformas del Código civil*, coordinados por R. BERCOVITZ, ob. cit., pp. 36-40 y 61-62. Otros autores hablaban de una compatibilidad o coexistencia temporal y extraña entre la tutela del ente y la patria potestad o la tutela ordinaria ejercidas hasta el momento sobre el menor, de las que sólo

Por otra parte, el admitir que la tutela del ente provocaba por sí misma la extinción de la potestad legal que previamente se estuviera ejerciendo sobre el menor, si bien evitaba dudosas concurrencias de instituciones tradicionalmente incompatibles, implicaba aceptar una privación de la patria potestad o una remoción del tutor sin necesidad de declaración judicial al respecto⁴², lo que no sólo resultaba contrario a la normativa del Código Civil (artículos 170 y 248 CC), sino que, además, colocaba a los perjudicados en una situación de indefensión vulneradora de preceptos constitucionales como los contenidos en los artículos 24 y 39 CE⁴³ hasta el punto que algunos autores llegaron a hablar por este motivo de la inconstitucionalidad de los artículos 172.1 y 239.1 CC⁴⁴.

Precisamente, esta grave problemática de difícil y dudosa resolución fue uno de los argumentos esgrimidos por el sector minoritario de la doctrina a favor de la declaración judicial de la situación de desamparo que, de este modo, sí podía producir la privación de la patria potestad o la remoción del tutor⁴⁵. Por contra, los partidarios del automatismo opinaban que no había indefensión ni de padres ni de tutores ya que, en todo caso, era posible un recurso judicial *a posteriori*, con lo que la única diferencia estaba en el momento, previo o posterior, del control de la Autoridad judicial, pero no en la falta absoluta de éste⁴⁶.

La Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, puso fin a este encendido debate doctrinal en cuanto vino a establecer legalmente como órgano competente para

podían ser privados sus titulares por la pertinente resolución judicial, éste era el parecer de LLEBARÍA SAMPER, Tutela automática, guarda..., ob. cit., pp. 30 y 35; y FERRER VANRELL, «El acogimiento familiar...», ob. cit., pp. 172-173 y 177-179. En otras ocasiones, se consideró que la **provisionalidad de la tutela de los entes** no hacía necesaria la privación o suspensión de la potestad legal preexistente sobre el menor, en este sentido GONZÁLEZ SOLER, «Consideraciones...», ob. cit., p. 37; o bien se admitió la supervivencia de la patria potestad o la tutela, pero con efectiva suspensión temporal de las funciones que abarcaban, éste era el parecer de HIJAS FERNÁNDEZ, E., «Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)», en AC, 1995-1, p. 41; ESCUDERO LUCAS, J.L., *La tutela del menor abandonado (Artículo 172 del Código Civil)*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 1995, p. 103; PÉREZ MARTÍN, *Adopción...*, ob. cit., pp. 183-185, y BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo...*, ob. cit., pp. 262-293, y en «Comentario de la Resolución de la DGRN de 22 de junio de 1996», en CCJC, núm. 42, 1996, pp. 1.174 y 1.177.

42. VALLADARES RASCÓN, «Notas urgentes...», ob. cit., p. 35, apuntaba que nos hallábamos ante una nueva causa de privación de la patria potestad por ministerio de la ley, con un control judicial *a posteriori*. En cambio, la jurisprudencia se mostró favorable mayoritariamente a la necesidad de sentencia judicial para la privación de la patria potestad o para la remoción del tutor, si bien la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 28 de marzo de 1992 (RGD, oct.-nov./1993, pp. 10.825-10.827), por el contrario, sostuvo que «... tras la reforma operada por la Ley de Adopción 21/1987, de 11 de noviembre (...) como los menores a que se refiere este pleito se encontraban precisamente en esa situación legal de desamparo», ello supone la **extinción, como incompatible a la tutela, de la patria potestad que ostentaban los progenitores**. Por su parte, la STC 260/1994, de 3 de octubre (RTC 1994, 260), afirmó que la asunción de la tutela por la entidad pública suponía una *desposesión* de la patria potestad.

43. En este sentido, GARCÍA CANTERO, *La reforma del acogimiento...*, ob. cit., pp. 11 y 29; FELIU REY: «Breve estudio...», ob. cit., p. 2.754, y *Comentarios...*, ob. cit., p. 35, y LETE DEL RÍO, «Comentario al artículo 239», en *Comentario del Código civil*, ob. cit., p. 733.

44. Así, MÉNDEZ PÉREZ, *El acogimiento de menores*, ob. cit., pp. 98-102, manifestaba con rotundidad que «en la redacción que introduce a los artículos 172.1 y 239.1 CC, además de propiciar su no posible aplicación automática en caso de conflicto con los padres de los menores o tutores, al obviar *ab initio* la intervención jurisdiccional, llega a alcanzar la inconstitucionalidad parcial de los preceptos referenciados»; RAMOS SÁNCHEZ, J., «Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad», en *La Ley*, 1989-2, pp. 996-1.012; y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, L., «La tutela administrativa de los menores en situación de desamparo y su incidencia sobre la facultad protectora de los Tribunales Tutelares de Menores», en RGD, abril 1989, pp. 1.866-1.868 y 1.870-1.871.

45. Para este sector doctrinal hubiera sido mejor disponer expresamente un control judicial previo, a través de un procedimiento sumario, que conllevaría automáticamente la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela. Esta oportunidad se perdió en el debate parlamentario, en el que, aunque parece se rechazó la intervención judicial, tampoco se estableció de forma expresa la declaración del desamparo por los entes administrativos.

46. La defensa de la actuación en un primer momento de las entidades públicas, consideraban estos autores, no era un obstáculo para que, caso de que las personas que tengan la guarda legal del menor se opongan, sea el Juez el que decida si existe o no dicha situación de desamparo.

apreciar el desamparo de un menor a la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores⁴⁷, lo que se deduce con claridad tanto del reformado artículo 172.1 CC («cuando constate...») como del artículo 18 de la mentada Ley («considere que...»), pudiendo afirmarse ya, sin duda, el automatismo de esta tutela, que no necesita ser constituida por el Juez⁴⁸, sin perjuicio de un control judicial *a posteriori* de la legitimidad de la misma⁴⁹, que se concreta en la posibilidad para los padres y el tutor ordinario de recurrir ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa, las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley (artículo 172.6)⁵⁰. Asimismo, la Ley apuntada, en su reforma del artículo 172.1 por la Disposición Final Quinta, despejó las dudas existentes sobre la situación en que habrían de quedar quienes vinieran ejerciendo una potestad legal previa sobre el menor desamparado estableciendo al respecto que «la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria».

Por tanto, actualmente, la tutela asumida por la entidad pública en el supuesto de desamparo de un menor provoca la suspensión de la tutela ordinaria que se viniera ejerciendo sobre el mismo⁵¹, lo que evidencia, en principio, la incompatibilidad entre el ejercicio de la tutela por la entidad y el de la tutela previamente existente, pero no en cuanto a su titularidad⁵². Cosa distinta es que el menor se encuentre en una situación de riesgo. En este caso, no se requiere la asunción de la tutela por la entidad ni tampoco tiene lugar la suspensión de la tutela ordinaria; el tutor se mantiene en el ejercicio de su función, aun con la intervención de los poderes públicos.

La afirmación hecha en el párrafo anterior parece quedar en cierto modo desvirtuada por lo dispuesto en el último inciso del apartado primero del artículo 172 CC: «No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él», de donde puede derivarse que la

47. IGLESIAS REDONDO, *Guarda...*, ob. cit., pp. 221-303, estima la existencia de dos procedimientos de apreciación de la situación de desamparo, uno administrativo y otro judicial; en el mismo sentido, PÉREZ CASTRO, «La situación...», ob. cit., pp. 162-164.

48. Incluso, para DE PALMA DEL TESO, «La protección de los menores...», ob. cit., p. 55, si el Juez tiene conocimiento de una posible situación de desamparo lo pondrá en conocimiento de la Administración competente; afirmación que, a nuestro juicio, no deja de ser controvertida.

49. La Exposición de Motivos de la Ley afirma que «se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos, tanto administrativos como judiciales, que afectan a menores». Para BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo...*, ob. cit., p. 132, a esta agilidad contribuye la apreciación del desamparo por la entidad, mientras para LA CRUZ/SANCHO, *Elementos de Derecho civil, IV*, ob. cit., p. 627, esta calificación del desamparo sin intervención judicial no resulta muy admisible. Para IGLESIAS REDONDO, *Guarda...*, ob. cit., pp. 227 y 255-258, la apreciación del desamparo por la entidad es incapaz de asegurar la protección integral de los hijos.

50. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.^a, «Comentario de la Sentencia de 31 de diciembre de 2001», en *CCJ/C*, núm. 59, 2002, pp. 701-703, apunta cómo, tras un análisis de la jurisprudencia menor más reciente, se observa que en la mayoría de los supuestos no ha sido posible la reinserción del menor en la propia familia y han sido desestimadas las pretensiones de los progenitores, lo que la lleva a concluir que, pese al prevalente interés del menor, no puede ignorarse la necesaria protección a la institución familiar a la que pertenece aquél.

51. SEVILLA BUJALANCE, J.L., «El papel de las entidades públicas de protección de menores tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», en *BIMJ*, núm. 1794, 1997, p. 826, critica que se ha conferido a las entidades públicas una prerrogativa que era exclusiva de jueces y tribunales.

52. *Cfr.* BALLESTEROS DE LOS RÍOS; *El desamparo...*, ob. cit., p. 293, y en «Comentario de la Resolución...», ob. cit., p. 1.177. La Resolución de la DGRN de 22 de junio de 1996 (RJ 1996, 6187) afirma en este punto que «la suspensión a que hace referencia el artículo 172 del Código Civil es consecuencia del hecho del desamparo, o lo que es igual, se declara el desamparo precisamente porque no se están ejerciendo las obligaciones que la patria potestad conlleva, lo que de hecho conduce a la suspensión, en su ejercicio, pero no en su titularidad, como lo demuestra que no cesan totalmente las facultades de representación sobre el menor desamparado» (*cf.* artículo 172.1.III CC).

suspensión de la tutela ordinaria implica una subsistencia de ésta no sólo en su titularidad, sino incluso, aunque sólo sea para limitados efectos, en su ejercicio. En este punto, hemos de mostrar nuestra conformidad con la opinión de Díez-Picazo⁵³ cuando afirma que «en realidad, la regla no viene a ser más que una repetición de lo que se dispone para el guardador de hecho en el artículo 304», esto es, los actos no serán nulos si se demuestra la utilidad para el menor. Por tanto, será el Juez el que valore si es beneficioso para aquél el acto patrimonial en cuestión llevado a cabo por el tutor suspendido, quien deberá demostrar la utilidad del mismo.

Lo dicho conlleva la necesidad de analizar la eventual persistencia en el tutor ordinario, pese a la situación de suspensión en el ejercicio de su cargo, de ciertos deberes –y también facultades– frente al pupilo menor, ahora sometido a la tutela de la entidad pública, cuyo incumplimiento puede ser, incluso, generador de responsabilidad para aquél.

Siguiendo a BALLESTEROS DE LOS RÍOS⁵⁴, la suspensión del ejercicio de la patria potestad o de la tutela al atribuirse aquél a la entidad pública tutora del menor desamparado implica la conservación de ciertos deberes inherentes a la potestad que se viniera ejerciendo con anterioridad sobre el menor y aun de ciertas facultades, muy limitadas, si bien no es fácil delimitar el contenido que abarca la mera titularidad de la patria potestad o de la tutela desprovista de su ejercicio. Lo cierto es que la autora anteriormente mencionada estudia aquellos deberes y facultades que conservan, tras la asunción de la tutela por la entidad, quienes vinieran ejerciendo potestad sobre el menor fundamentalmente en relación a la patria potestad. Así, a pesar de la suspensión de la que ésta es objeto, los progenitores están obligados a velar por el hijo y a prestarle alimentos (artículos 110 y 111 CC), además de tener un derecho de control y vigilancia sobre la función ejercida por la entidad pública, y el de mantener relaciones personales con el menor, reconocido para los padres expresamente en el artículo 160 CC⁵⁵.

Sin embargo, suscita numerosas dudas la trasposición de lo expuesto en el párrafo anterior a los supuestos de tutela ordinaria que queda en suspenso al pasar el menor declarado en desamparo a estar bajo la tutela de la Administración, y ello porque no existen preceptos tan claros sobre los que apoyarnos como ocurre en el caso de la patria potestad.

Cabe plantearse si para el tutor subsiste la obligación de velar por su pupilo y prestarle alimentos, y si le corresponden los derechos de control del ejercicio de la tutela por la entidad pública, el de visita al menor o el mantenimiento de cualquier forma de comunicación con él, y el de recuperación del ejercicio de la tutela en el caso de que se modifiquen las circunstancias que originaron la situación de desamparo.

53. *Sistema de Derecho civil, IV*, 7.^a ed., ob. cit., p. 308.

54. *El desamparo...*, ob. cit., p. 287. En el mismo sentido, y, nuevamente, más en una referencia a los padres que al tutor ordinario, DE PALMA DEL TESO, «La protección de los menores...», ob. cit., pp. 60-61, sostiene que «con el fin de facilitar la comunicación del menor con su familia y, por tanto, la posterior reintegración familiar, la Administración deberá disponer un régimen de visitas y velar por su debido cumplimiento».

55. Este derecho a mantener relaciones personales con el menor se extiende, tras la reforma de los párrafos segundo y tercero del artículo 160 CC por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, expresamente a los abuelos, aparte de otros parientes y allegados.

Por lo que respecta a la obligación de velar por el pupilo menor, no existe en sede de tutela precepto equivalente a los contenidos en los artículos 110 y 111 CC⁵⁶, aunque, tal vez, podría derivarse la subsistencia de aquella obligación del carácter genérico con que la misma aparece formulada en el artículo 269 CC. Este precepto parece comprender, dada su generalidad, un área residual de medidas. De hecho, la expresión «y, en particular» hace suponer que los apartados del artículo 269 CC no son sino concreción de ese deber de velar, a través de los cuales, sin embargo, no se agota éste⁵⁷.

A favor de la conservación de este derecho-deber de velar en la persona del tutor ordinario suspendido parece pronunciarse también LLEBARÍA SAMPER⁵⁸, para quien aun cuando los acogedores tengan el deber de velar por el menor, derivado de aquellas otras obligaciones personales que asumen, «en ningún caso ello va a implicar que los padres o el tutor pierdan o se vean temporalmente suspendidos en este celo. Ni el artículo 110 ni el 269 lo permiten».

No puede decirse lo mismo de los alimentos, no sólo por la carencia de norma que expresamente así lo disponga, sino también por la forma en que esta obligación aparece formulada en el artículo 269.1.º CC. No se trata tanto de que el tutor preste alimentos al tutelado como de que se los procure. Así, el significado de la expresión contenida en el número 1.º del artículo 269 CC denota claramente que el tutor no viene obligado a prestar alimentos al menor como un deber directamente derivado en todo caso de su desempeño de la función tutelar, sino que, al contrario, el tutor está obligado a buscar y poner en marcha las vías adecuadas para conseguir la prestación de alimentos –patrimonio del pupilo menor, la deuda alimentaria parental, beneficios de carácter asistencial público–. Sólo cuando las mismas no existan o resulten inidóneas podría plantearse la imposición directa al tutor del deber de dar alimentos, sobre lo que existe una total falta de acuerdo en la doctrina. Mientras para un sector doctrinal corresponderá propiamente al tutor la obligación de prestación de alimentos derivada directamente del artículo 269.1.º CC, sin descartar la posible existencia de un derecho del tutelado a prestaciones públicas o asistenciales⁵⁹, para otro sector doctrinal, en cambio, esta prestación de alimentos no incumbirá en ningún caso al tutor, debiendo recurrirse siempre a la ayuda de las instituciones públicas asistenciales⁶⁰. En cualquier caso, partiendo de este entendimiento de la obligación del tutor ordinario de *procurar alimentos* al pupilo menor, la misma deberá ser cumplida ahora por la entidad tutora, dirigiéndose, en su caso, contra quien venía ejerciendo la tutela ordinaria, pero no en su cualidad de tutor

56. Ciertamente, en este punto el artículo 111 CC constituye en gran medida una reiteración de lo ya manifestado en el artículo 110 CC. Así lo entiende también MUÑIZ ESPADA, E., «La sanción del artículo 111, núm. 2 del Código Civil: la filiación determinada judicialmente contra la oposición del progenitor. Su crítica», en *RJN*, núm. 10, 1994, p. 160, para quien del último párrafo del precepto según el cual «quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos se podría haber prescindido perfectamente pues su precedente inmediato de forma clara deja sentado que el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos».

57. Así, estamos totalmente conformes con GÓMEZ LAPLAZA, C., «Comentario al artículo 269», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, M. AMORÓS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coordinadores), Tecnos, Madrid, 1986, p. 507, cuando afirma cómo la expresión «y, en particular» parece no dejar duda de que la intención de los redactores (o, al menos, el resultado de sus trabajos) era la de desglosar en los apartados siguientes parte del contenido del deber genérico de velar.

58. *Tutela automática, guarda...*, ob. cit., p. 201.

59. *Vid.* por todos LA CRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, Civitas, Madrid, 1984, reimpresión 1990 [con LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ], p. 114.

60. *Vid.* por todos GÓMEZ LAPLAZA, «Comentario al artículo 269», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ob. cit., p. 510.

suspendido en el cargo, sino en la de ser una de las personas a las que puede incumbir la obligación legal de alimentos en virtud del artículo 143 CC.

En cuanto al derecho de control⁶¹, que se concreta, por un lado, en el derecho del tutor a estar informado sobre la forma en que la entidad pública ejerce la potestad sobre el menor, y, por otro, en la facultad de solicitar al Juez las medidas oportunas ante posibles perjuicios para aquél derivados de actuaciones de la Administración, sí corresponde al tutor de la misma forma que a los progenitores en virtud del artículo 22 de la Ley 1/1996, que establece el deber de la entidad pública que tenga menores bajo su guarda o tutela de informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de aquéllos cuando no exista resolución judicial que lo prohíba, y del artículo 216 CC, que permite la adopción por el Juez de las medidas y disposiciones a que hace referencia el artículo 158 CC⁶² en todos los supuestos de tutela de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos, a instancia de cualquier interesado, que entendemos puede ser, sin lugar a dudas, el tutor ordinario suspendido en su cargo.

Además, el artículo 173.3 CC, en referencia a la constitución del acogimiento como forma de llevar a cabo la guarda del menor bajo la tutela de la entidad, establece que si los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo, aquél sólo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor⁶³. Ello puede hacer pensar en el mantenimiento de ese derecho de control en el tutor que, aún suspendido en el ejercicio de su función, se opone al acogimiento del menor por entenderlo contrario a su beneficio, lo que también estaría en directa relación con la subsistencia del deber de velar por el mismo, a la que hemos hecho referencia con anterioridad.

El artículo 160.1 CC reconoce a los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial. Respecto al tutor, la cuestión es más que dudosa, sobre todo si tenemos en cuenta que la convivencia con el pupilo no es una obligación que se le imponga inexorablemente. La convivencia entre el tutor y el tutelado no aparece como obligatoria, o, cuando menos, no se impone en ninguna norma expresamente al tutor, a diferencia de lo que ocurre en la patria potestad (artículo 154.1 CC *–tenerlos en su compañía–*), y ello a pesar de su indudable importancia como forma de custodia y guarda del pupilo, máxime si es un menor.

Ahora bien, la propia Ley 1/1996 introdujo un último párrafo en el artículo 234 CC en virtud del cual se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor. Si esto es así y se ha producido tal integración en el caso concreto, quizá sí resulte conveniente, siempre en interés del menor, el mantenimiento de alguna forma de contacto

61. En este punto, estamos conformes con BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo...*, ob. cit., p. 289, cuando afirma que el hecho de que entidad pública lleve a cabo el control directo de los menores no deja necesariamente vacío de contenido el derecho de vigilancia que asiste a los progenitores.

62. El artículo 158.4.º CC hace referencia a las disposiciones que se consideren oportunas por el Juez a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

63. Por otra parte, el artículo 177.3 CC establece que sean simplemente oídos, en el trámite de constitución de la adopción, el tutor y, en su caso, el guardador o guardadores.

entre éste, sujeto ahora a la tutela de la entidad, y el tutor ordinario suspendido en su cargo de forma paralela a lo que ocurre en los supuestos de patria potestad⁶⁴.

La misma problemática se plantea en cuanto a la facultad de los tutores suspendidos en el ejercicio de su función de recuperar la guarda de sus pupilos en el caso de que se modifiquen las circunstancias que originaron la situación de desamparo y se considere que la medida beneficia al menor. Aunque el artículo 173.4.3.º permite a los tutores solicitar el cese del acogimiento, parece difícil que un tutor que ha desamparado a su pupilo menor pueda recuperar su cargo ya que, en la mayor parte de los casos, se habrá procedido a su remoción, como ya ha sido apuntado en el apartado anterior de este trabajo.

En definitiva, para LLEBARÍA SAMPER⁶⁵, los tutores podrán y deberán velar por el menor. «En el primer caso –podrán velar–, participando en las decisiones que le afecten, bien mediante órdenes, bien mediante recomendaciones, e informando a la entidad correspondiente o al Ministerio Fiscal de las posibles irregularidades que observen en la relación de guarda o acogimiento detectables, por ejemplo, en el ejercicio del *ius visitandi*, o bien solicitando información complementaria sobre la salud del menor, marcha de los estudios, es decir, interesándose por su desarrollo. En el segundo caso –imperatividad de velar– reclamando la compañía del menor cuando valoren su posibilidad, sin prejuzgar ello la decisión de la entidad». Este autor no duda del carácter imperativo que tiene esta reclamación del menor cuando sus padres o **tutor** recobran la «normalidad familiar» y se encuentran en condiciones de ejercer sus respectivas funciones; lo contrario supondría, por ende, «un incumplimiento o dejación de los deberes inherentes a la patria potestad o tutela», sancionable por los cauces ya conocidos.

En el fondo, todas estas dificultades para equiparar la situación de los progenitores suspendidos en el ejercicio de la patria potestad a la de los tutores ordinarios también suspendidos en el ejercicio de sus funciones tutelares pueden tener su origen en lo ya manifestado en el otro apartado de este trabajo: Que el desamparo y, sobre todo, sus consecuencias jurídicas, están más pensadas para los supuestos de menores sujetos a patria potestad que a tutela ya que lo habitual, en caso de darse la situación que el Código Civil define como desamparo, es que se proceda a la remoción del tutor ordinario; remoción que, incluso, puede tener lugar antes de que se produzca propiamente el desamparo si tomamos en consideración que la tutela se encuentra bajo la salvaguarda de la Autoridad judicial y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que pueden, respectivamente, remover o solicitar la remoción del tutor que se conduce tan mal en el desempeño de la tutela que el pupilo menor corre el grave riesgo de quedar desasistido.

Si la remoción del tutor funciona con mayor amplitud que la privación de la patria potestad, que tiene un carácter más restrictivo, será más habitual en la práctica, además de más fácil de justificar, conforme a la normativa del Código Civil, la subsistencia en los progenitores de ciertos deberes, y aun de algunas facultades, que la conservación de las mismas en

64. Así parece admitirlo también BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo...*, ob. cit., p. 290, quien afirma que tanto padres como tutores podrán acudir al Juez si no están de acuerdo con lo que la entidad pública haya estimado acerca del ejercicio del derecho de visita.

65. *Tutela automática, guarda...*, ob. cit., p. 201.

el tutor suspendido en sus funciones, el que, muy probablemente, va a ser removido de su cargo por resolución judicial posterior a la declaración administrativa del desamparo.

Ya se apuntó con anterioridad la hipótesis de que se declarase el desamparo de un pupilo menor y no se procediera a la remoción de su tutor al no darse los presupuestos que justifican la misma. Esto podría tener lugar cuando la situación de falta de asistencia al menor no es imputable al tutor, sino que es consecuencia de una situación de fuerza mayor de carácter transitorio. Al margen de la posible reconducción de esta situación a la guarda administrativa, o de la procedencia de declarar una mera situación de riesgo, el que se trate de una situación reversible e independiente de la voluntad del tutor hace factible el que, aunque se encauce por la vía de la tutela de la entidad, no se proceda a la remoción, pudiendo predicarse entonces el mantenimiento de algunas obligaciones y facultades en el tutor respecto al pupilo menor. Incluso, una vez desaparecidas las causas que motivaron el desamparo, es posible que el tutor recupere el ejercicio de la tutela, habiéndose mantenido entretanto el contacto con el menor, el control de la función ejercida por la entidad y el deber genérico de velar por él y, en su caso, de prestarle alimentos; deber este último que se deriva más de lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código que de la propia condición de tutor.

IV. OTRAS CUESTIONES MENORES: LA PROBLEMÁTICA DEL SEGUNDO APARTADO DEL ARTÍCULO 239 CC

Directamente relacionada con las reformas que venimos comentando está la importante modificación que la Ley 21/1987 llevó a cabo en el artículo 239 CC, que adoptó una redacción muy distinta a la que tenía en virtud de la Ley 13/1983, y que supuso recoger en el Capítulo II, Título X, del Libro Primero del Código Civil, específicamente dedicado a la tutela, la que ejercían las entidades públicas sobre los menores desamparados regulada también en el artículo 172.1 CC⁶⁶.

Al margen de la contraposición entre el carácter imperativo de la actual redacción del precepto, en su párrafo primero, y el dispositivo de la anterior, en la que se decía que la tutela del menor podía recaer en la persona del Director del establecimiento donde el mismo se encontraba acogido, así como del hecho de que con el anterior enunciado la tutela tenía como titular, en el caso de que el Juez estimase oportuno su nombramiento, a una persona física (el Director), mientras en la actualidad esa titularidad recae en una persona jurídica (la entidad), lo que implica una mayor estabilidad en estos casos⁶⁷, interesa a nuestro estudio hacer alguna puntualización sobre la modificación producida en el párrafo segundo del artículo apuntado.

66. A pesar de la reforma de que es objeto el artículo 172 CC por la Ley 1/1996, de 15 de enero, el artículo 239 CC no sufre modificación alguna en virtud de la citada Ley. Sin embargo, más tarde, a este artículo 239 CC se le ha añadido un nuevo, a la par que dudoso e imperfecto, párrafo en virtud de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, con el fin de introducir la tutela sobre los incapaces de la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la competencia tanto cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 CC sea nombrada tutor como cuando el incapaz se encuentre en situación de desamparo, asumiendo en un caso y en otro la tutela por ministerio de la Ley; cuestión en la que no estimamos procedente entrar aquí.

67. LLEDÓ YAGÜE, F., «Comentario al Proyecto de Ley de Adopción», en *ADC*, 1986, p. 1.199, y «Apéndice adaptado al Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados (4 febrero de 1987-III Legislatura)», en *ADC*, 1987, p. 212, entiendo que, si bien es lógico que sea el establecimiento mismo el que sea titular de la tutela, en aras del beneficio del pupilo, «el artículo 239 ha quedado desnaturalizado y carente de sentido práctico y operativo, al existir un precepto como el 242, que cumplirá socialmente mejor su función». Valora positivamente que la titularidad recaiga en la entidad, FELIU REY, «Breve estudio...», ob. cit., p. 2.750, y *Comentarios...*, ob. cit., p. 24.

Tampoco es nuestra intención entrar en cómo la reforma de este precepto y la consiguiente incardinación de la tutela de las entidades públicas en el Capítulo que el Código Civil dedica específicamente a la tutela judicialmente constituida incrementó las dudas acerca de la naturaleza de aquélla y de las normas por las cuales se había de regir en su constitución y funcionamiento, si eran las mismas por las que se regulaba la tutela «ordinaria», o si su propia excepcionalidad hacía que éstas no le fueran aplicables⁶⁸.

En cuanto al párrafo segundo del artículo 239 CC suscita la duda, aún no satisfactoriamente resuelta, de si es preferente su aplicación a lo dispuesto en el primer párrafo. La doctrina se planteó, sobre todo en los primeros momentos de la reforma de 1987, qué era prioritario en los supuestos de menores desamparados, la tutela institucional del artículo 239.1 CC, o la personal del artículo 239.2. Distintas fueron las soluciones que se propusieron al respecto, desde entender que la regla general era la recogida en el párrafo segundo «entrando subsidiariamente en juego el párrafo primero, que recoge la regla especial»⁶⁹, llegándose a afirmar que sólo en el caso de que la tutela del artículo 239.2 CC no pudiera constituirse, regiría la de la entidad pública⁷⁰; hasta estimar, en sentido contrario, que la tutela «ordinaria» pasaba a ser subsidiaria respecto a la de la entidad en lo que a menores desamparados se refería⁷¹. No faltaron autores que, en una visión de conjunto del artículo 172 CC, entendieron que la constitución de la tutela del artículo 239.2 CC, si existían miembros idóneos de la familia, era obligada dados los términos del artículo 174.2 CC⁷².

A nuestro modo de ver, la cuestión cabe plantearla del siguiente modo: La tutela administrativa debe mantenerse sólo hasta que se constituya la tutela ordinaria, si ello fuera posible en beneficio del menor, o se llegue a alguna otra de las situaciones jurídicas consideradas como más estables, la reintegración del menor en su familia de origen, si ello no es contrario a su interés (artículo 172.4 CC), o la adopción del mismo ajustada a los términos previstos en los artículos 175 y siguientes del Código Civil. Creemos que ésta es la forma en la que ha de ser entendida *la subsidiariedad de la tutela de las entidades públicas*, es subsidiaria de instituciones de protección que aparecen como más estables y con mayor vocación de permanencia en el tiempo; no significa esto, sin embargo, que su constitución sea posterior, antes al contrario, partiendo de la automaticidad propia de esta tutela, lo cierto es que, declarado el desamparo, habrá una tutela de las entidades en tanto no se constituya la or-

68. La mayor parte de la doctrina entendió que este precepto dejaba bien clara la intención del legislador de considerar a la tutela de los entes como una verdadera tutela civil. Por otra parte, el artículo 239 CC fue utilizado también como argumento por los detractores del automatismo de la tutela del artículo 172.1 CC, que veían en él una mera excepción al régimen general de llamamientos al cargo de tutor establecido en los artículos 234 y 235 CC por lo que respecta a los menores desamparados, con un llamamiento único legal a la Administración, éste era el parecer de VARGAS CABRERA, *La protección de menores...*, ob. cit., pp. 107-108 y 316-317; y GONZÁLEZ LEÓN, *El abandono de menores...*, ob. cit., pp. 349-351.

69. PALACIOS/BERNAL DEL CASTILLO, «Reflexiones...», ob. cit., pp. 231-232.

70. Así, Díez-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, IV, 7.ª ed., ob. cit., p. 308; en el mismo sentido, LACRUZ/SANCHO: *Elementos de Derecho civil*, IV, volumen 2.º, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, p. 310. La RDGR y N de 22 de junio de 1996 (RJ 1996, 6185) entendió en este punto que la tutela por ministerio de la ley debe considerarse supletoria en el sentido de que, en defecto de patria potestad, deberá procederse al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias (cfr. artículo 239 CC). Por su parte, GONZÁLEZ LEÓN, *El abandono de menores...*, ob. cit., pp. 352-353, señala que, *al menos en términos sociales, la tutela institucional es subsidiaria de la personal*, si bien la preferencia por una u otra dependerá, en cada caso, de lo que más convenga al beneficio del menor apreciado por el Juez.

71. Éste es el parecer de PILLADO MONTERO, A., «Notas sobre el proyecto de Ley de reforma en materia de adopción», en *RDP*, 1987 (mayo), p. 447.

72. En este sentido, VALLADARES RASCÓN, «La tutela de los menores...», ob. cit., pp. 2.061 y 2.067.

dinaria –o se llegue a cualquiera otra de las situaciones expuestas–, que aparecen así en un segundo momento⁷³.

Por otra parte, dada la falta absoluta de previsión en la materia, dos importantes puntos quedan sin resolver en la norma que comentamos. En primer lugar, si el cese del tutor-entidad pública y el nombramiento de nuevo tutor siguiendo las reglas ordinarias de constitución judicial de la tutela puede hacerse sin necesidad de recurrir al mecanismo de la remoción de aquélla⁷⁴, o a los supuestos de excusa. Así lo ha propuesto GONZÁLEZ LEÓN⁷⁵, quien interpreta que no es necesario para el cese de la entidad pública como tutora utilizar los mecanismos referidos. De admitirse esta solución, bastante eficaz desde un punto de vista práctico, se estarían introduciendo respecto del tutor-entidad pública unas causas especiales de extinción de la tutela que no sólo no están admitidas respecto de los demás tutores «ordinarios»⁷⁶, sino que no aparecen recogidas en precepto alguno. Cabría pensar que la propia especialidad de esta modalidad tutelar, estrechamente vinculada a la situación de desamparo, justifica que la misma se extinga –sin remoción ni excusa– al desaparecer el supuesto de hecho que la justifica, lo que, evidentemente, ocurrirá, al menos en principio, con el nombramiento de un tutor ordinario beneficioso para el menor.

En segundo lugar, tampoco clarifica la norma quién valora la conveniencia de designar un tutor conforme a las reglas ordinarias y quién determina la idoneidad de las personas a que se refiere el precepto, si bien la mayor parte de la doctrina se pronuncia a favor de que sea el Juez el que aprecie aquélla en beneficio del menor, lo que entendemos podrá hacer de oficio, o a instancia de parte, en concreto de las personas que vienen obligadas a promover la constitución de la tutela a tenor de lo dispuesto en el artículo 229 CC, entre las que cabe incluir a la propia entidad pública tutora como persona bajo cuya guarda se encuentra el menor. Así, la entidad tiene el deber de averiguar si existen personas idóneas para hacerse cargo de la tutela ordinaria del menor, desplegando para ello la diligencia que le es exigible, y en el momento en que aparezca alguna debe promover la constitución de esa tutela de acuerdo con el mentado artículo⁷⁷. En cualquier caso, no está de más insistir en que el artículo 239 CC nada dice acerca de a instancia de quién debe hacerse esta valoración, o si puede llevarse a cabo de oficio.

Finalmente, el legislador parece no tener en cuenta la paradójica situación que, al menos siguiendo de un modo estricto los parámetros legales, pudiera llegar a producirse. Así, declarado en desamparo un menor, asumida su tutela por la entidad pública y suspendida, en los poco frecuentes casos en que esto puede ser así en materia tutelar, la tutela ordi-

73. En el mismo sentido, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo...*, ob. cit., p. 323, y en «Comentario a la Resolución...», ob. cit., p. 1.172, afirma que el párrafo segundo recoge una excepción a la regla general del párrafo primero: producido el desamparo, habrá una tutela automática en tanto no se constituya la ordinaria.

74. Para PÉREZ MARTÍN, *Adopción...*, ob. cit., p. 114, la entidad pública entregará el menor a la persona nombrada tutor ordinario utilizando el mecanismo de la remoción.

75. *El abandono de menores...*, ob. cit., p. 354.

76. En este sentido, MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., «Comentarios al proyecto de Ley sobre adopción», en *BICNG*, núm. 80, 1987 (agosto), p. 1.323.

77. Son muchos los autores que se muestran a favor de que la entidad esté obligada a promover la constitución de la tutela ordinaria. *Vid.* por todos, MÉNDEZ PÉREZ, *El acogimiento de menores*, ob. cit., p. 103, para quien son las propias entidades quienes deben apreciar la existencia de personas idóneas y, en su caso, promover ante el Juez la constitución de la tutela ordinaria.

naría que se viniera ejerciendo sobre aquél, podría darse el caso de que fuera posible la constitución de una nueva tutela ordinaria en beneficio del menor, lo que, atendiendo al carácter subsidiario de la tutela administrativa, debería poner fin a ésta. Ahora bien, ¿qué ocurre entonces con el tutor ordinario suspendido en el ejercicio de su cargo, se producirá una extraña compatibilidad, al menos en lo que a titularidad se refiere, entre dos tutelas ordinarias?. La hipótesis planteada no parece tener mucho sentido, pero lo cierto es que la regulación en la materia permite, al menos teóricamente, que este supuesto llegue a plantearse. La mejor solución, desde luego, sería que, si se decide la constitución de una nueva tutela ordinaria que ponga fin a la administrativa, se procediese a una previa remoción del tutor ordinario anterior, a salvo el supuesto de que sea este mismo el que se considere beneficioso para el menor, estando en este caso en un supuesto de recuperación de la guarda al que ya se ha hecho referencia. Del mismo modo, si lo que estaba en suspenso era la patria potestad y se procede a la constitución de una tutela ordinaria por considerarla beneficiosa para los intereses del menor, nos encontramos aquí también con una compatibilidad tutela ordinaria/patria potestad que, desde siempre, ha venido siendo rechazada por la mayoría de la doctrina⁷⁸. La complejidad de esta cuestión hace que nos limitemos aquí a plantearla, sin querer entrar en mayores detalles, con la intención de evidenciar, una vez más, las enormes lagunas y contradicciones de que adolece aún la regulación de esta materia.

78. Por contra, para SEISDEDOS MUIÑO, A., «Suspensión *versus* privación de la patria potestad», en *RDP*, núms. 7 y 8, 2001, p. 579, esta compatibilidad parcial no es una peculiaridad de la tutela automática, sino que puede darse también en las hipótesis de tutela ordinaria, ya que ésta puede concurrir con la titularidad de la patria potestad, es decir, con una patria potestad suspendida en su ejercicio.

EL «DERECHO DE VISITA» DE LOS ABUELOS Y LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA DE SUS NIETOS TRAS LA LEY 42/2003, DE 21 DE NOVIEMBRE. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES*

MARTA CARBALLO FIDALGO

Doctora en Derecho, profesora de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela

A Gonzalo, Castita, Severino y Elisa

RESUMEN

Dictada con el propósito de reforzar las relaciones familiares entre nietos y abuelos, la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, constituye un ejemplo más de reforma legal innecesaria y, en buena medida, perturbadora. Lejos de dar una respuesta a las cuestiones suscitadas por la regulación anterior, la ley es fuente de nuevas incógnitas, derivadas de la única novedad real que introduce: la posibilidad de fijar el régimen de visitas y comunicación entre abuelos y nietos como contenido del convenio regulador y de la sentencia que pone fin a los procesos matrimoniales contenciosos. En el presente trabajo se analizan los viejos y los nuevos problemas –materiales y procesales– que generan las relaciones en estudio, tanto las desarrolladas a través de un régimen de visitas como las derivadas de la atribución a los abuelos de la custodia de sus nietos.

ABSTRACT

GRANDPARENTS' VISIT RIGHT AND THE ATTRIBUTION OF THEIR GRANDSONS CUSTODIAN AFTER THE 42/2006 LAW, OF NOVEMBER 21. SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL ASPECTS

Dictated with the purpose of reinforcing the familiar relationships between grandsons and grandparents, the 42/2006 Law, of November 21, constitutes another example of unnecessary legal reformation and, in some aspects, perturbing. Far from giving an answer to the questions raised by the previous regulation, the law is the origin of new incognito, derived of the only real novelty that introduces: the possibility to fix visits and communication management between grandparents and grandsons as content of the agreement regulator and of the sentence law that ends the contentious matrimonial processes. In the present work old and new problems –material and procedural– that generate the studied relationships are analyzed, so those developed through a visit right as those derived of the attribution to grandparents of their grandsons custodian.

* Quisiera agradecer a la Profesora Laura CARBALLO PIÑEIRO su constante ayuda en la elaboración de este trabajo.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. EL DERECHO DE RELACIÓN PERSONAL ENTRE EL MENOR Y SUS ABUELOS

II.1. El artículo 160 del Código Civil

II.2. La fijación de un régimen de comunicación y visitas en el convenio regulador y como contenido de la sentencia.

A) El convenio regulador: la reforma del artículo 90 del Código Civil. B) El contenido de la sentencia que pone fin al procedimiento matrimonial: la reforma del artículo 94 del Código Civil

A) LA PETICIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN DE VISITAS, PRETENSIÓN ACCESORIA AL PROCESO MATRIMONIAL B) EL PROCESO MATRIMONIAL SEGUIDO AL MARGEN DE LOS ABUELOS

II.3. El derecho de relación personal entre el menor dado en acogimiento y sus abuelos: la reforma del artículo 161 del Código Civil

III. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR A SUS ABUELOS

III.1. La intervención judicial de la patria potestad: el artículo 158 del Código Civil

III.2. La atribución de la guarda del menor a los abuelos en situaciones de crisis matrimonial: el artículo 103 del Código Civil

A) La atribución a los abuelos de «funciones tutelares». B) La posición de los abuelos en el proceso matrimonial. ¿Parte o terceros?

A) LA INCLUSIÓN DE LA MEDIDA DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA A LOS ABUELOS ENTRE LAS PROPUESTAS POR LOS CÓNYUGES. B) LA ADOPCIÓN DE OFICIO DE LA MEDIDA

I. INTRODUCCIÓN

Conocida es por todos la función tradicional que los abuelos han venido desempeñando en el seno de las familias, como apoyo de los padres en la educación y cuidado de los hijos, vehículo de transmisión generacional de valores y referente emocional de los niños, cuya personalidad se forja en buena medida a través de las experiencias, conocimientos y afecto recibidos de sus mayores. Su papel, como elemento de cohesión familiar, se ha visto incrementado en los últimos tiempos, en que factores como la incorporación de la mujer al trabajo o la proliferación de las familias monoparentales han reforzado su grado de implicación en el ejercicio de las funciones de guarda y cuidado de sus nietos.

En reconocimiento de este rol, pasado y presente, el 21 de noviembre de 2003 se aprueba la Ley 42/2003, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en

materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, una apuesta por preservar el mantenimiento de tales relaciones cuando situaciones de crisis matrimonial o de oposición injustificada de los padres amenazan con ponerles término. La Exposición de Motivos de la Ley declara el propósito de ampliar el exiguo tratamiento que hasta la fecha brindaba el Código Civil a tales relaciones, modificando a tal fin la redacción de diversos preceptos. A la vista de tal declaración, pudiera pensarse que estamos ante una Ley ambiciosa e innovadora, pero nada más lejos de la realidad. Debe avanzarse que apenas modifica la situación legal preexistente, pues se limita en gran medida a explicitar derechos implícitos en la redacción anterior de los preceptos modificados, sin dar solución a los problemas delatados en su aplicación práctica. Si algo añade la Ley, es confusión y nuevas incógnitas, en su autocelebrada opción de imbricar los derechos y deberes de los abuelos en los procesos matrimoniales, opción que hubiera exigido la paralela reforma de la Ley procesal, al objeto de definir su posición en el litigio¹.

A continuación pasamos a exponer el régimen básico de las relaciones en estudio, distinguiendo dos situaciones de naturaleza y alcance muy diversos. En primer término, trataremos el derecho de relación personal entre nietos y abuelos reconocido en el artículo 160 del CC, llamado a desarrollarse aun frente a la oposición de los padres, tutores o acogedores del menor. En segundo lugar, será objeto de estudio la posible atribución a los abuelos de una potestad de guarda sobre sus nietos, amparada con carácter general en el artículo 158 CC y específicamente prevista, para situaciones de crisis matrimonial, en el artículo 103 CC.

II. EL DERECHO DE RELACIÓN PERSONAL ENTRE EL MENOR Y SUS ABUELOS

II.1. El artículo 160 del Código Civil

Hasta fechas relativamente recientes, el poder inherente a la patria potestad comprendía el control de las relaciones personales de los hijos, sin que existiese base normativa alguna que permitiese a los abuelos u otras personas mantener relaciones con los menores contra la voluntad paterna o materna². Será la Ley de 13 de mayo de 1981, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la que introduzca un importante límite al hasta entonces omnímodo poder de los padres, al reconocer un derecho de relación directa entre los menores y sus parientes y allegados. De acuerdo con los párrafos segundo y tercero del entonces artículo 161, que pasará a ser el artículo 160 tras la Ley de 11 de noviembre de 1987, «No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el juez, a petición del menor, o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias».

1. Algunos de los preceptos reguladores de los procesos matrimoniales han sido modificados con posterioridad, en virtud de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Tales modificaciones, centradas básicamente en la adaptación del proceso al nuevo modelo de separación y divorcio y a la institución de la mediación familiar, en nada inciden sobre la materia que nos ocupa, de modo que la normativa de referencia sigue silenciando absolutamente la eventual intervención de los abuelos en el proceso.

2. Cuantas consideraciones se hagan en relación a los padres han de entenderse extensivas a otros posibles titulares de una potestad de guarda sobre los menores, señaladamente, los tutores. El supuesto de los menores dados en acogimiento será objeto de tratamiento específico al final de este epígrafe.

Sobre la redacción del precepto ha incidido la Ley 42/2003, en un intento (según se desprende de su confusa Exposición de Motivos), de articular una salvaguarda de las relaciones de los nietos con sus abuelos, cuando puedan verse perjudicadas por situaciones tales como el mero desinterés de los progenitores o la ausencia de uno de ellos.

En su nueva redacción, los párrafos segundo y tercero del artículo 160 señalan que «No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores».

El reforzamiento operado resulta, desde luego, muy tímido. La expresa alusión por el párrafo segundo del artículo 160 a «abuelos, parientes y allegados» donde antes se hablaba de «parientes y allegados» no entraña modificación sustantiva alguna, dado el indudable vínculo de parentesco existente entre abuelos y nietos³. Igualmente formal es la modificación operada en el inciso primero del nuevo párrafo tercero, que menciona expresamente a los «abuelos» entre las personas legitimadas para reclamar judicialmente su derecho, legitimación que indudablemente ostentaban antes, en su calidad de «parientes» del menor. En puridad, la única novedad reseñable —sobre la que volveremos— consiste en prever la adopción de cautelas, mecanismos de fiscalización del ejercicio de tal derecho cuando de él pueda derivarse un perjuicio al menor.

Pese a su formulación negativa, como límite a la autoridad paterna, el artículo 160 en sus párrafos segundo y tercero ha sido mayoritariamente interpretado como la consagración normativa de un derecho propio y autónomo a las relaciones personales entre el hijo y sus parientes y allegados⁴. Un derecho subjetivo vinculado al libre desarrollo de la personalidad, del que uno y otros son titulares y que, por tanto, uno y otros pueden reclamar en justicia. Tanta facultad asiste al menor de obtener la efectividad de esta relación⁵ como a sus parientes y allegados la de solicitar que no se impida su mantenimiento, aun cuando se condicione al interés de aquél, como parte más débil de la relación⁶. En uno y otro caso, la

3. *Vid.* STS de 28 de junio de 2004 (*RJA*, 2004, núm. 4321).

4. *Cfr.* LETE DEL RÍO, J.M., «Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991)», *Poder Judicial*, núm. 25, 1992, p. 148; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 117 a 119 y 137 a 139; GAYA SICILIA, R., «El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos», *ADC*, enero-marzo 2002, p. 95; DÍAZ ALABART, S., «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (artículo 160.2 CC)», *RDP*, 2003, pp. 354 y 355. En contra, ARIAS DÍAZ, M.ªD., para quien el artículo 160 no recoge más que un límite a la patria potestad, extensible a la tutela (*cfr.* «Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos», *La Ley*, AÑO XXVI, núm. 6184, lunes, 7 de febrero de 2005, pp. 3 y 4). Por su parte, el Tribunal Supremo ha insistido en el beneficio que las relaciones con sus abuelos reportan al menor, en cuanto lo insertan en el entorno familiar completo, ayudando a forjar su personalidad, su formación e integración social. *Cfr.* SSTS de 17 de septiembre de 1996 (*RJA*, 1996, núm. 6722), de 11 de junio de 1998 (*RJA* 1998, núm. 4681) y de 23 de noviembre de 1999 (*RJA*, 1999, núm. 8278).

5. El menor podrá ejercitar su derecho a través de sus representantes legales y, en todo caso, del Ministerio Fiscal, a quien puede dirigirse al objeto de que promueva las acciones oportunas [artículo 10.2.b) de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de protección jurídica del menor].

6. Esta suerte de «desequilibrio» entre los titulares de la relación ha llevado a algunos autores a defender la diversa naturaleza de los derechos imbricados. Desde la perspectiva de los parientes y allegados, se trataría de un derecho-función o derecho de finalidad altruista, en la medida en que no se concede únicamente para satisfacer los intereses de su titular, sino para favorecer los del menor visitado, respecto de quien sí se puede hablar en puridad de un derecho subjetivo (*cfr.* SALANOVA VILLANUEVA, M., «Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la

pretensión se dirigirá contra la persona o personas que, detentando la guarda jurídica del niño, obstaculicen o impidan injustificadamente el ejercicio del mencionado derecho⁷.

A propósito de tal reclamación, la Ley 42/2003 ha añadido un ordinal más al apartado 1 del artículo 250 de la LEC, al objeto de incluir entre las demandas que han de decidirse en juicio verbal «las que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil», a lo que añade que «En estos casos el juicio verbal se sustanciará con las peculiaridades dispuestas en el Capítulo I del Título I del Libro IV de esta Ley»⁸. La remisión a tal capítulo, regulador de las disposiciones generales de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, se comprende en la medida en que se ven implicados los derechos de estos últimos. Por tal razón, lo más correcto hubiera sido modificar el artículo 748 LEC, para incluir entre los procesos sujetos al Título I del Libro IV los que versen sobre la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil⁹. Como tendremos ocasión de comprobar, la opción del legislador no está exenta de problemas prácticos.

De producirse una oposición injustificada que interrumpa el normal desarrollo de las relaciones entre nietos y abuelos, el objeto de la pretensión orientada a su mantenimiento se traduce en la determinación de un «derecho de visita», análogo, aunque diverso en su fundamento, extensión y periodicidad, al que corresponde a los progenitores¹⁰. No ha de olvidarse que el derecho de visita de los padres responde a la necesidad afectiva y vital del niño más importante en el orden natural, y viene, además, exigido por el propio deber de ejercicio de la patria potestad, que no pierde su titular por el hecho de no haberle sido atribuida la guarda, y para el que es fundamental el contacto personal propiciado por las visitas. Frente a éste, el derecho de visita de los abuelos y otros parientes y allegados se funda exclusivamente en la existencia de una relación normalmente biológica y siempre afectiva, beneficiosa para ambos¹¹.

Las consideraciones precedentes no impiden entender que la expresión «relaciones personales», utilizada en el precepto, comprende apriorísticamente los mismos contenidos que el artículo 94 señala para los padres en supuestos de nulidad, separación o divorcio. De este modo, el derecho de los abuelos incluiría la visita *stricto sensu*, la comunicación y el derecho

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994», *ADC*, abril-junio 1996, p. 944, núm. 3; GAYA SICILIA, R., *loc. cit.*, p. 96).

7. Con criterio cuestionable, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de marzo de 1998 (JUR 1998/5173) descarta la existencia de litisconsorcio pasivo necesario entre los progenitores, titulares de la patria potestad del menor, cuando la guarda es ejercida de hecho por la madre, bastando por tanto con dirigir la acción contra ella.

8. Curiosamente, la Ley introduce este nuevo contenido del artículo 250.1 de la LEC con el ordinal 12, siendo así que la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, había incluido ya con tal número las demandas «... que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios».

9. En tal sentido, *vid.* GONZÁLEZ PILLADO, E., «El nuevo proceso en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre», *Actualidad civil*, núm. 4 (2.ª quincena de febrero de 2005), p. 404. Sería conveniente, asimismo, la reforma de los artículos 769.3 y 770, regla 6.ª, de la LEC, al objeto de ampliar sus mandatos a los procesos sobre relaciones personales de los menores con abuelos, parientes y allegados.

10. El Tribunal Supremo ha calificado reiteradamente la figura del artículo 160.2 como derecho de visita. *Cfr.*, entre otras, las Sentencias de 7 de abril de 1994 (*RJA*, 1994, núm. 2728), de 11 de junio de 1996 (*RJA* 1996, núm. 4756) y las ya citadas de 11 de junio de 1998, de 23 de noviembre de 1999 y de 28 de junio de 2004.

11. Sobre el diverso fundamento del derecho de visitas de progenitores y abuelos, resulta interesante la citada STS de 11 de junio de 1996. *Vid.*, asimismo, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pp. 119 y 120.

a tener a los nietos en su compañía, lo que comprende la estancia y alojamiento del menor, incluida la pernocta¹². El carácter deliberadamente amplio de la expresión debe ser celebrado, pues permite que, en cada caso, se le dote de un contenido sensible a las circunstancias concurrentes (lugar de residencia de los abuelos, estado de salud, horarios escolares de los menores y laborales de los abuelos y padres, grado de relación previa entre abuelos y nietos, ...) ¹³. Como criterio de partida, debe insistirse en que la extensión y periodicidad de las visitas han de ser más restringidas que las correspondientes a los padres, por las razones que apuntábamos antes: el grado menor de vinculación con el menor y la inexistencia de los deberes ínsitos a la patria potestad. A partir de tal consideración, la modalidad y extensión del régimen de visitas vendrá determinado por cuantas circunstancias deban ponderarse, atendido siempre el principio general de absoluta primacía del interés del menor, para cuya apreciación el Tribunal Supremo concede especial importancia a su opinión. La voluntad del menor, su criterio en cuanto a la conveniencia del mantenimiento de las relaciones personales con sus abuelos, alcanza señalada importancia en la determinación del régimen de visitas de éstos, siendo constante la cita por el Tribunal Supremo de los artículos 12 de la Convención sobre los derechos del niño y 9 de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de protección jurídica del menor, en cuanto consagran su derecho a ser oído en cualquier procedimiento judicial en que esté directamente implicado¹⁴.

La *praxis* jurisprudencial evidencia la elasticidad del derecho de visita reconocido a los abuelos. Así, mientras algunas sentencias lo concretan en la fijación de un corto período semanal o quincenal (2 o 3 horas) en que los abuelos pueden tener en su compañía a sus nietos¹⁵, otras amplían enormemente tal régimen, otorgando a los abuelos el derecho a tener a sus nietos un fin de semana de cada mes y un número de días oscilante en los períodos vacacionales¹⁶. Y ello a pesar de la semejanza entre los supuestos de hecho dilucidados en las

12. Sobre el contenido de la expresión «relaciones personales», y la inclusión en ella de regímenes de pernocta, *vid.* la citada STS de 28 de junio de 2004.

13. La atención a las circunstancias concurrentes en los menores puede determinar el establecimiento de un régimen específico para cada nieto. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de junio de 2004, donde considera adecuado un régimen de visitas comprensivo de la pernocta en relación al nieto mayor, habituado a dormir con sus abuelos, pero inadecuado respecto al menor, para quien, por su corta edad –diecisiete meses al tiempo de recaer sentencia en 1.ª Instancia– pudiera ser perjudicial «hacer noche» lejos de su madre.

14. Especialmente interesante resulta la ya citada STS de 11 de junio de 1996, que casa la sentencia de la Audiencia (siete años después de la presentación del recurso), remitiendo las actuaciones al Juzgado y ordenando que sea oído el menor, para que exprese sus opiniones en cuanto a sus relaciones con los abuelos y deseos personales de visitarlos o pasar algún fin de semana o período vacacional. *Vid.*, en el mismo sentido, la citada STS de 28 de junio de 2004. En la doctrina, NAVARRO CASTRO, M., «Comentario a la Sentencia de 20 de septiembre de 2002», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62, 2003, pp. 466 y 467.

15. En el caso resuelto por la STS de 11 de junio de 1996, el derecho de visitas establecido en favor de los abuelos por la sentencia recurrida –y casada– consiste en tener en su compañía al nieto todos los jueves del año, entre las 18 y las 20,30 horas. En la Sentencia de 17 de septiembre de 1996, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, que reconoce el derecho de los abuelos a comunicarse con sus nietos durante dos horas (de 11 a 13) los sábados alternos. De modo análogo, en la STS de 11 de junio de 1998 se confirma el régimen establecido en apelación, consistente en el desarrollo de las comunicaciones entre las 18 y las 20 horas dos tardes al mes, la primera en presencia del padre o actual esposa de éste; la segunda en el lugar del pueblo de residencia de la menor que desee la abuela materna.

16. En la STS de 23 de noviembre de 1999, se confirma el derecho del abuelo a tener consigo a su nieto el primer fin de semana de cada mes (entre las 11 horas del sábado y las 20 horas del domingo) y una semana en verano que, a falta de acuerdo, se fija en los años pares la primera de julio y en los impares la primera de agosto. De modo aún más amplio, la STS de 20 de septiembre de 2002 (*RJA*, 2002, núm. 8462), confirma la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, revocada en apelación, donde se reconoce el derecho de abuelos maternos, tías y primas a relacionarse con las menores el último fin de semana de cada mes (desde las 19 horas del viernes hasta las 21 horas del domingo), 5 días seguidos durante las vacaciones de Navidad (entre los que deberán incluirse el 24 o 31 de diciembre o el 6 de enero), 3 durante la Semana Santa y 15 durante el verano. En el Auto de 26 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/76831) se inadmite el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia, que otorgaba a los abuelos maternos un régimen de visitas consistente en tener a la menor en su compañía

sentencias, que presentan como denominador común la existencia de un conflicto personal entre el progenitor del menor o menores y los padres del progenitor premuerto.

Pese a la disparidad de criterios seguidos por nuestros Tribunales en la fijación del régimen de visitas, el Tribunal Supremo, en Auto de 20 de enero de 2004¹⁷, rechazó que existiese interés casacional en el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de mayo de 2001, por supuesta infracción del artículo 160, párrafos segundo y tercero, y contradicción con la jurisprudencia de diversas Audiencias Provinciales en torno al criterio adoptado en la determinación del régimen de visitas correspondiente a los abuelos. Para el Alto Tribunal, la fijación de tales regímenes no constituye una cuestión jurídica *stricto sensu*, por lo que falta el presupuesto esencial que condiciona el éxito del recurso¹⁸.

El derecho de los abuelos (y otros parientes y allegados) a relacionarse con sus nietos cede cuando exista una «justa causa» que haga inconveniente el mantenimiento de tal relación. La carga de la prueba de su existencia corresponde a los padres que se oponen al ejercicio del derecho, por lo que existe una presunción favorable al mantenimiento de tales relaciones, como propicias desde la perspectiva del interés del menor¹⁹.

En términos generales, puede entenderse que existe una «justa causa» siempre que la relación del menor con sus abuelos pueda perjudicar al niño, al poner en peligro su salud, su seguridad, su formación o educación. En este sentido, existe cierto paralelismo entre estas justas causas y los motivos que, de acuerdo con el artículo 94 CC, pueden suponer la suspensión del derecho de visitas de los padres. *In abstracto*, es posible concebir justas causas para tal negación. Así, por ejemplo, el hecho de que el abuelo haya sido condenado por delito contra la persona de su hijo o su nieto, el haberles negado alimentos, el haber sido privado de la patria potestad por incumplimiento grave de los deberes paternos o, sencillamente, el hecho de que el menor haya sido adoptado por un tercero, lo que obliga a procurar su inserción total en la nueva familia²⁰. *In concreto*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no arroja mucha luz sobre qué haya de entenderse por «justas causas», aunque sí ha declarado reiteradamente que no tienen tal consideración las rencillas personales o aun la existencia de relaciones tensas o animadversión entre progenitores o alguno de ellos y los abuelos²¹. Del mismo modo, se ha descartado que legitime la oposición paterna la supuesta

finde semana alternos, desde las 12 horas hasta las 20 horas del sábado o domingo, y en presencia del padre o personas designadas por éste.

17. JUR 2004/32190.

18. Resulta curioso que, habiendo rechazado que se trate de una cuestión jurídica, el propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de junio de 2004, declare que el régimen de visitas establecido por el Juzgado, y confirmado por la Audiencia, no resulta adecuado a uno de los nietos, ordenando en el fallo el establecimiento por el Juzgado de 1.ª Instancia de un régimen atento al principio de interés o beneficio de los menores (con su preceptiva audiencia) y a las líneas generales expresadas en la sentencia.

19. Cfr. la citada STS de 20 de septiembre de 2002.

20. En este caso, los abuelos sólo podrán solicitar visitas en su calidad de «allegados» ex artículo 178.1. Se exceptuaría el supuesto de que el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, en que el Código preserva el mantenimiento de los vínculos jurídicos (por tanto, también la relación de parentesco) entre aquél y su familia anterior. Sobre el particular, *vid.* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2004 (JUR 2004/266167).

21. Cfr. las citadas SSTS de 7 de abril de 1994, de 11 de junio de 1996, de 17 de septiembre de 1996 y, especialmente, de 20 de septiembre de 2002.

incompatibilidad entre la patria potestad y el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos pues, lejos de interferir en aquélla, la complementa, facilitando una beneficiosa inserción del menor en el entorno familiar completo²².

Cuestión de interés es la de dilucidar si puede estimarse justa causa la perniciosa influencia que los abuelos puedan ejercer sobre los menores, al incidir directa o indirectamente sobre el concepto que tengan de sus padres. El Tribunal Supremo se ha manifestado sobre el particular en dos ocasiones, donde el peligro residía en hacer recaer sobre el padre la responsabilidad por la muerte de la madre²³. En ambos casos, el Alto Tribunal ha descartado la existencia de justa causa para negar la relación de nietos y abuelos, sin perjuicio de la necesidad de adoptar las prevenciones necesarias para que tal relación se produzca de modo cumplido y satisfactorio²⁴.

Como advertíamos antes, la nueva redacción del artículo 160 prevé la adopción por el Juez de mecanismos de fiscalización de las relaciones entre nietos y abuelos, al objeto de evitar que se conviertan en un instrumento de fraude de posibles resoluciones judiciales, adoptadas en un proceso civil o penal, limitativas de la relación de los menores con alguno de sus progenitores (presumiblemente, el hijo de los titulares del derecho de visita cuyo ejercicio se controla). Entre las cautelas a adoptar, podrá figurar la orden, dirigida a los abuelos, de impedir tales contactos, bajo apercibimiento de la suspensión de las relaciones con sus nietos, o la previsión del desarrollo de las visitas en presencia del otro progenitor o persona en quien delegue. Aun cuando la expresa previsión legal haya de ser bien recibida, cuando menos por implicar una llamada de atención sobre el riesgo existente y la necesidad de erradicarlo, de nuevo nos encontramos ante una posibilidad que indudablemente existía con anterioridad, dado el amplio poder dado al Juez en la configuración de las relaciones entre nietos y abuelos. En todo caso, la nueva norma evidencia que el peligro apuntado no justifica la supresión de tales relaciones, sino su modalización, en aras de proteger al menor.

II.2. La fijación de un régimen de comunicación y visitas en el convenio regulador y como contenido de la sentencia

En su propósito de singularizar «de forma más explícita y reforzada» el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos, el legislador de 2003 ha extendido su preocupación por preservarlas a los supuestos de ruptura familiar. A tal fin responde la reforma de los artículos 90 y 94 CC, que introducen el establecimiento de un régimen de visitas y comunicación entre abuelos y nietos como posible contenido del convenio regulador y de la sentencia que pone fin a los procesos de nulidad, separación o divorcio.

22. Cfr. las citadas SSTs de 23 de noviembre de 1999 y de 28 de junio de 2004. Vid. SALANOVA VILLANUEVA, M., *loc. cit.*, pp. 954 a 956.

23. Vid. las citadas Sentencias de 17 de septiembre de 1996 y de 20 de septiembre de 2002.

24. En la Sentencia de 17 de septiembre de 1996, el Tribunal Supremo señala que, en tal menester, el juzgador de primera instancia podrá valerse de cuantas instituciones (autonómicas y estatales) estime conveniente, así como de los asesoramientos que considere precisos. Por su parte, en la Sentencia de 20 de septiembre de 2002 (que casa la de la Audiencia), el Tribunal Supremo prevé la imposición a los abuelos de la obligación de evitar cualquier alusión ante las niñas que directa o indirectamente haga recaer sobre el padre la responsabilidad por el fallecimiento de la madre, bajo apercibimiento de suspensión o limitación del régimen de visitas establecido.

A) El convenio regulador: la reforma del artículo 90 del Código Civil

Conforme al artículo 90 del Código Civil, en su redacción posterior a 2003, «El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos... B) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos...».

Al igual que cualesquiera medidas adoptadas judicialmente, las que forman parte del convenio regulador deben ser consentidas por los abuelos cuando se vean afectados por ellas. En este sentido, se comprende la introducción de un nuevo inciso en el antepenúltimo párrafo de la norma, conforme al cual «si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos, en que éstos presten su consentimiento». De este modo, la aceptación por los abuelos de la propuesta de convenio, expresada mediante su firma, no exime de la necesidad de la audiencia y del consentimiento judiciales previstos en el nuevo artículo 90. Una y otro serán, con mayor razón, preceptivos en el supuesto de que no conste la aceptación de los abuelos en la propuesta de convenio.

Las exigencias comentadas harían recomendable la paralela reforma del artículo 777 de la LEC, a fin de aclarar la articulación procesal de la participación de los abuelos en el proceso de homologación judicial del convenio. Ante el silencio guardado por la Ley sobre este extremo, parece lo más sensato seguir el *iter* diseñado por el precepto y entender que, una vez presentada la solicitud de separación o divorcio de mutuo acuerdo, acompañada por la propuesta de convenio regulador, los abuelos deben ser citados, al igual que los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, si no para ratificar, sí para consentir el convenio en el extremo o extremos que les afecten²⁵. De no producirse tal consentimiento (por ejemplo, por pretender los abuelos un régimen de visitas más amplio), quizás lo aconsejable sería que el Juez dictase sentencia aprobando el convenio en lo restante, en la medida en que sea compatible con el régimen de visitas controvertido, y siempre que se cumplan las condiciones del artículo 90, esto es, que no sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges²⁶. En tal caso, y de acuerdo con el párrafo séptimo del artículo 777 LEC, el Juez deberá conceder a los cónyuges un plazo de 10 días para que presenten nuevo convenio, limitado a los puntos no aprobados por el Tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el Juez dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente. Aunque no sin dudas, creemos que tal auto puede ser recurrido directamente por los abuelos, al decidir extremos que les afectan de modo directo²⁷.

La última cuestión que suscita la nueva regulación del artículo 90 CC viene dada por la posible modificación de las medidas convenidas por los cónyuges que, de acuerdo con

25. Una opción diversa podría ampararse en el párrafo quinto del artículo 777, de modo que, ratificado el convenio por los cónyuges, el Juez hubiera de dar traslado al Ministerio Fiscal, al objeto de recabar informe, y de acordar la exploración de los menores y la audiencia de los abuelos, practicando tales actuaciones durante el plazo de diez días previsto en el párrafo cuarto de la norma.

26. El consentimiento de los abuelos no equivale en modo alguno a la ratificación de los cónyuges, de ahí que haya de descartarse que su falta pueda determinar el archivo de las actuaciones previsto en el artículo 777.3 de la LEC.

27. De negarse tal posibilidad, quedaría a los abuelos la opción de manifestar su disconformidad con el auto al Ministerio Fiscal, para que, de estimarlo conveniente, lo impugne al amparo del artículo 777.8.

el párrafo tercero de la norma, procederá por alteración sustancial de las circunstancias. Cuando tal modificación se opere por nuevo convenio de los cónyuges (o excónyuges), su aprobación judicial requerirá la debida ratificación por aquéllos, así como la audiencia y consentimiento de los abuelos, en la medida en que sus derechos se vean afectados. De no existir tal acuerdo a tres bandas, cualquier modificación del régimen de visitas establecido será necesariamente judicial. El artículo 775 LEC (al que remite el artículo 777.9) limita la legitimación para solicitar la modificación a los cónyuges (o excónyuges) y al Ministerio Fiscal, pero hoy tal legitimación debe entenderse extendida a los abuelos, en su nueva calidad de «partes» del convenio regulador.

B) El contenido de la sentencia que pone fin al procedimiento matrimonial: la reforma del artículo 94 del Código Civil

A) LA PETICIÓN DE ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN DE VISITAS, PRETENSIÓN ACCESORIA AL PROCESO MATRIMONIAL

Conforme al párrafo segundo del artículo 94 CC, introducido por la Ley 42/2003, el Juez «igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor». Se introduce así un nuevo contenido de la sentencia que pone fin al procedimiento matrimonial, contenido que el Juez *podrá* decretar, oídos padres y abuelos, quienes habrán de consentirlo.

La norma civil parece relegar a los abuelos a simples terceros, que han de dar su beneplácito a una medida que, por definición, habrá sido propuesta por el cónyuge demandante, el demandado, o por ambos de común acuerdo. Así entendido el precepto, bastaría con determinar la forma en que tal audiencia y consentimiento han de ser sustanciados. Dada la ausencia de previsión por la Ley procesal, pudiera defenderse que, cualquiera que sea el cónyuge que proponga la medida, los abuelos deben ser citados a la vista del juicio, al exclusivo objeto de admitirla o no, y de exponer las razones que les asisten en su decisión. Como opción alternativa, podría entenderse que tal audiencia ha de posponerse al acto de la vista, realizándose en el plazo máximo de 30 días desde la celebración de aquélla, por aplicación analógica de lo establecido por el artículo 770, regla 4.^a, LEC para la audiencia de los menores. Tal opción es la única posible cuando la medida atinente a los abuelos figure en los acuerdos alcanzados por los cónyuges en el acto de la vista (artículo 774.1 LEC).

A pesar de que con la cobertura de tal trámite parecen cumplidas las mínimas exigencias legales establecidas al respecto, creemos que los abuelos no pueden ser relegados a meros terceros en relación a la pretensión estudiada. Una pretensión que se orienta a hacer efectivo un derecho —el derecho a la relación personal entre nietos y abuelos—, cuyos titulares son exclusivamente el uno y los otros, y que solamente uno y otros pueden reclamar en justicia. Un derecho que, latente siempre, se actualiza únicamente cuando existe oposición a su ejercicio por parte de las únicas personas que pueden limitar el círculo de las relaciones personales del menor: sus padres. ¿Ha de admitirse sin más que éstos propongan, discutan o incluso acuerden un régimen de visitas que los abuelos simplemente han de aceptar o no?

Frente al tratamiento procesal que parece desprenderse del artículo 94 del CC, creemos que los abuelos han de ser parte necesaria de la concreta pretensión estudiada.

Ningún precepto, ni del CC ni de la LEC, otorga legitimación directa a los padres para ejercer un derecho del que no son titulares, por lo que debe descartarse la existencia de un supuesto de legitimación extraordinaria que les permita actuar *ex iure proprio*. No se la otorga el artículo 94 CC, pues del hecho de que la medida se incluya en la sentencia que pone fin al procedimiento matrimonial no deriva necesariamente la legitimación de los cónyuges –partes exclusivas del proceso principal– respecto a la pretensión resuelta. Deriva simplemente la posibilidad de que la sentencia decida, en pronunciamientos separados, sobre cada una de las pretensiones dilucidadas (por quien tenga legitimación) en un procedimiento formalmente único²⁸. La conclusión se refuerza a la vista de la expresa remisión al artículo 160 CC, que limita la legitimación a los menores y a sus abuelos –y otros parientes y allegados titulares del derecho a relacionarse con los menores–, frente a quien se oponga²⁹.

Cierto que la calidad de los abuelos como partes del proceso difícilmente será sostenida por nuestros Tribunales, a la vista del criterio expresado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de abril de 2000, dictada en resolución de un recurso de casación en interés de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, sobre la correcta interpretación del artículo 93.2 del CC³⁰. En su pronunciamiento, el Alto Tribunal otorga al cónyuge a cuyo cargo se encuentran los hijos mayores de edad legitimación directa, en virtud de un interés legítimo y propio, para reclamar a su cónyuge, en los procesos matrimoniales, alimentos en concepto de contribución al sostenimiento de aquéllos. Al margen de lo cuestionable que resulta reconocer al cónyuge una legitimación extraordinaria que ninguna Ley le otorga³¹, llama especialmente la atención que tal reconocimiento se haga en sacrificio de la legitimación del propio hijo –mayor de edad y titular del derecho cuestionado–, como parece desprenderse de las aseveraciones contenidas en el fundamento jurídico segundo de la sentencia. Básicamente, en la afirmación de que el artículo 93.2 no modifica la legitimación para ejercitar las acciones de separación, divorcio o nulidad de matrimonio «que se reconoce únicamente a los cónyuges (a salvo la legitimación que en determinados supuestos se reconoce

28. Como señala MONTERO AROCA, J., en los procesos matrimoniales existe una pretensión principal, relativa a la nulidad, a la separación o al divorcio, y varias pretensiones subordinadas a ella, que atañen a los efectos y medidas previstos en el CC y la LEC. Para el autor, aun cuando ni uno ni otro cuerpo legal aclaran que ha de tratarse de un supuesto de acumulación, «es evidente que no puede tratarse de cosa distinta» (cfr. *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, t. II. «Artículos 92 a 95 del Código civil», Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 1385. *Vid.*, en el tomo IV de la misma obra, pp. 3508 a 3520).

29. Tal parece ser el criterio sostenido por la Audiencia Provincial de Oviedo, en su Sentencia de 20 de enero de 2003 (JUR 2003/109167). Referida a un supuesto de ruptura de unión no matrimonial, el Tribunal desestima la petición del padre de establecimiento de un régimen de visitas a favor de los abuelos paternos, pues «si bien el artículo 160, párrafo segundo, del Código Civil dispone que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados ... lo cierto es que en el presente caso tal petición no ha sido deducida por los interesados, se desconocen sus deseos en este aspecto ni cuál fuese la decisión adecuada, por lo que no cabe ahora pronunciarse sobre el tema, sin perjuicio de la resolución precedente si dichos abuelos formularasen alguna solicitud al respecto».

30. *RJA* 2000, núm. 3378. Aunque de modo confuso, sigue su doctrina la STS de 30 de diciembre de 2002 (*RJA* 2000, núm. 10385), que extiende la aplicación del artículo 93.2 CC al supuesto de ruptura de uniones de hecho, «en cumplimiento del artículo 39.3 de la Constitución, en relación al 108 del Código Civil».

31. Una espléndida crítica a la sentencia realiza MONTERO AROCA J. en *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*. cit., t. II, pp. 1403 a 1410. Por el contrario, parecen aceptar su doctrina FLORS MATÍES, J., en *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, t. IV. «Artículos 769 a 778» de la Ley de enjuiciamiento civil», Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 3150, 3185 y 3285 a 3293; ILLÁN FERNÁNDEZ, J. M.^a, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Aranzadi, 2000, p. 34. Abiertamente, celebra la interpretación del Alto Tribunal E. CORRAL GARCÍA, «Legitimación para solicitar alimentos para los hijos mayores de edad tras la ruptura de las uniones de hecho. Comentario a la STS de 20 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10385)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 7, 2001-2, pp. 401 a 407, en especial p. 403.

al Ministerio Fiscal y a los terceros interesados para ejercitar la acción de nulidad), únicos que pueden promover esta clase de procesos ejercitando aquellas acciones principales así como las accesorias relativas a los llamados “efectos civiles”, entre las cuales se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores por el progenitor con quien éstos conviven frente al otro en quien no se da esa situación de convivencia».

Salta a la vista que, aplicado tal razonamiento al caso que nos ocupa, ha de negarse cualquier legitimación a los abuelos en el seno del proceso matrimonial, reservado en exclusiva a los cónyuges. Sin embargo, nos resistimos a aplicarlo, por considerarlo erróneo. Como se ha puesto de relieve, «parte de desconocer el fenómeno de la acumulación de objetos procesales o pretensiones y no comprende que una es la pretensión principal, la matrimonial, para la que sólo están legitimados los cónyuges (con alguna excepción en la nulidad) y otra cada una de las pretensiones accesorias, que han de regirse por sus normas propias de legitimación»³². A ello ha de añadirse que no son extrapolables al régimen de visitas de los abuelos las razones aducidas por el Ministerio Fiscal en defensa de la legitimación del progenitor para ejercer la pretensión del artículo 93.2 del CC, en concreto, la existencia de una autorización o apoderamiento implícito de los hijos a su favor, derivada de su permanencia voluntaria en el hogar familiar³³.

Si los cónyuges carecen –siempre en nuestra opinión– de legitimación propia para ejercer la pretensión estudiada, es lo cierto que la falta de capacidad de los menores determinará que actúen normalmente representados por sus padres. Sólo en tal calidad, como representantes de sus hijos, podrá uno de los padres ejercitar la pretensión frente al oponente. Pero la problemática no se detiene ahí. A poco que se medite, se concluirá que la relación jurídica reclamada imbrica necesariamente a los abuelos. El derecho de relación personal entre nietos y abuelos pertenece a sus titulares de modo inescindible, de modo que cualquier pronunciamiento desplegará necesariamente su eficacia frente a ambos. Cierto que ha de descartarse en el supuesto la existencia de litisconsorcio necesario, pues el artículo 160 del CC reconoce nítidamente la legitimación aislada de abuelos y nietos para reclamar la efectividad de su derecho. Pero ello no impide afirmar que son cotitulares de una relación jurídica que ha de prosperar o verse frustrada frente a ambos. Se genera, en definitiva, una suerte de litisconsorcio cuasi-necesario, que les permite actuar conjuntamente, dando lugar a un único proceso que se resolverá en un pronunciamiento único.

Una última consideración complica el tratamiento procesal de la pretensión en estudio. Por su propia naturaleza, estimamos inviable la petición de la medida por el cónyuge que solicite para sí la guarda del menor o menores. Si es favorable al mantenimiento de la relación entre los menores y sus abuelos, indudablemente podrá y habrá de facilitarla en la vida diaria, mientras que, de ser contrario a ella, existirá una clara contradicción de intereses con el menor que lo incapacita para representarle. Pudiera incluso pensarse que el cónyuge que no pretende para sí la guarda habrá de favorecer la comunicación pretendida durante sus períodos de visita. Sólo en supuestos puntuales, en que tales períodos se prevén espaciados, –por ejemplo, por vivir el progenitor privado de la guarda en ciudad distinta a sus hijos

32. Cfr. MONTERO AROCA J., en *Separación, divorcio y nulidad matrimonial...*, cit., tomo II, p. 1405. Para el autor, el reconocer legitimación al progenitor no puede suponer quitársela al propio hijo, pues el apartado 2 del artículo 93 nunca podrá ser interpretado como una limitación de la legitimación (*ibidem*, p. 1411).

33. *Vid.* Fundamento Jurídico tercero del recurso, reproducido en la sentencia.

y a sus padres—, pudiera tener sentido la petición de la medida. En cualquier otro, la medida se convertirá a la postre en una vía indirecta utilizada por los padres para ver más al menor, o, incluso, para reducir en lo posible (al mínimo fijado judicialmente), las relaciones cuya defensa se aparenta sostener. Tales disfunciones derivan del hecho de haber desplazado la reclamación judicial del derecho de visitas de su contexto natural: la injustificada oposición del titular o titulares de la patria potestad al mantenimiento de las relaciones entre abuelos y nietos. Situación que, en la *praxis*, se manifiesta en contextos diversos a la crisis matrimonial, singularmente, en los derivados de la muerte del progenitor cuyos padres se ven tras ella apartados de sus nietos. La razón de ser del artículo 160 del CC no deriva del conflicto entre los cónyuges, sino del enfrentamiento de uno —o, excepcionalmente, ambos— con los abuelos. Por ello resulta extravagante introducir la pretensión en los procesos matrimoniales, donde debiera discutirse cuanto atañe a los cónyuges y a sus hijos, sin implicar a terceros que tienen vías propias para ejercer sus derechos³⁴. Sea como fuere, el legislador de 2003 ha optado por hacerlo, incluyendo el régimen de visitas de los abuelos entre los posibles contenidos de la sentencia. Si ésta puede pronunciarse sobre aquél, resta resolver quién y cómo puede pedirlo.

De acuerdo con lo dicho hasta ahora, se abren diversas posibilidades. En primer término, es posible que la pretensión sea ejercida conjuntamente por el cónyuge demandante (en representación de sus hijos) y los abuelos, supuesto en que, como accesoria, se acumulará al procedimiento principal. En segundo lugar, podrá ejercer la pretensión el cónyuge demandante, asumiendo la representación de menores y abuelos, la primera legal; la segunda necesariamente voluntaria. En tal caso, habrá de acompañar a la demanda los documentos que acrediten la representación que se atribuye, sin que ello exima de la llamada a los abuelos al objeto de ser oídos y consentir en presencia judicial.

El cónyuge demandante puede, en tercer término, actuar individualmente, en exclusiva representación del hijo. En tal caso, los abuelos habrán de aparecer, junto al otro cónyuge, como demandados. De no figurar como tales, el Tribunal ha de darles igualmente traslado de la demanda, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días (artículo 753 LEC)³⁵.

Frente a los poderes ofrecidos al demandante, el cónyuge demandado que pretenda el establecimiento de un régimen de visitas entre nietos y abuelos carece de facultades para provocar la intervención de estos últimos, al no estar el supuesto expresamente previsto por la Ley (artículo 14.2 LEC). Por tal razón, de ejercer la pretensión, lo hará en representación exclusiva del hijo, demandando necesariamente a los abuelos, en un supuesto de reconvencción de tercero, que ha de entenderse permitida, al cumplirse los requisitos de los artículos 770,

34. *Vid.*, sobre el particular, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 10 de abril de 2003 (JUR 2003/203881), donde el Tribunal —en aplicación de la LEC de 1881, vigente al tiempo de promoverse la litis—, entiende que el único cauce adecuado para obtener la efectividad del derecho reconocido en el artículo 160.2 es el juicio ordinario declarativo de menor cuantía, excluyendo su reclamación «a través o en el cauce de los procesos de separación o divorcio que hayan podido substanciar o se substancien entre los padres del menor, porque tal cuestión es ajena y excede de lo que es objeto de tales específicos procesos...».

35. El precepto prevé el traslado de la demanda, a efectos de que sea contestada, a aquellas personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandadas. No hay norma específica que atribuya tal condición a los abuelos. Más aun, de haberla, holgaría toda esta reflexión. Sin embargo, creemos que se la otorga la definición genérica de legitimación, contenida en el artículo 10 de la LEC ¿Acaso no son los abuelos titulares de la relación jurídica pretendida?

regla 2.^a, y 407 de la LEC³⁶. De no figurar los abuelos como demandados en la reconvencción, el Tribunal habrá de darles en todo caso traslado de la misma, al objeto de que contesten en el plazo de veinte días [artículo 753, en relación al 770, regla 2.d), de la LEC].

B) EL PROCESO MATRIMONIAL SEGUIDO AL MARGEN DE LOS ABUELOS

Junto a los supuestos analizados, debe considerarse la hipótesis de que el proceso se inicie y desarrolle al margen de los abuelos, por no ser tenidos en cuenta en las medidas propuestas por las partes. En tales casos, no debe olvidarse que los abuelos son titulares de un derecho subjetivo —el derecho a relacionarse con sus nietos— que les otorga legitimación en juicio para procurar su efectividad (artículo 160 CC). Por tal razón, les asiste la facultad de iniciar un procedimiento *ad hoc*, y solicitar su acumulación al proceso matrimonial, de acuerdo con los artículos 74 y 513 de la LEC³⁷.

La acumulación de procesos presenta en este caso un delicado problema, en relación a uno de los presupuestos que condicionan su admisibilidad: la homogeneidad o compatibilidad de los procedimientos adecuados a cada uno de ellos (artículo 77 de la LEC)³⁸. Tal exigencia excluiría en principio la posibilidad de acumular a un proceso especial como el matrimonial otro llamado a tramitarse por los cauces de un procedimiento ordinario, en concreto, el juicio verbal, tal y como dispone el nuevo artículo 250.1.12 de la LEC³⁹. No obstante, la remisión que el precepto realiza al Capítulo I del Título I del Libro IV permitiría matizar tal afirmación. En virtud de la mencionada remisión, las demandas que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil se sujetan, *de facto*, a un procedimiento especial, idéntico a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores regulados a lo largo del Título I del Libro IV. Las especialidades que a tal proceso común imprime el artículo 770, en relación a los juicios matrimoniales, en modo alguno se traducen en la existencia de procesos incompatibles, si por tales se entiende aquellos cuya acumulación implica la pérdida de derechos procesales⁴⁰. Por tal razón, creemos que debe primar una interpretación del artículo 77 de la LEC favorable a la acumulación,

36. Para FLORS MATÍES J., la reconvencción en los procesos matrimoniales no puede dirigirse sino contra el cónyuge demandante, puesto que ha de referirse al propio matrimonio o a las consecuencias de su extinción o disolución, no a las relaciones de alguno de ellos con un tercero (*cf.*, *loc. cit.*, p. 3251). No creemos que tal conclusión deba ser compartida, desde el momento en que la reconvencción supone la introducción de una nueva pretensión, conexa y necesariamente diversa a la principal, cuyos titulares no han de coincidir necesariamente con los de ésta. Así se desprende del artículo 407 de la LEC, aplicable al proceso matrimonial, donde la contestación a la demanda se sujeta al régimen del juicio ordinario (artículo 753 de la LEC).

37. Debe descartarse la posibilidad de que los abuelos soliciten la admisión en el proceso matrimonial mediante la intervención prevista en el artículo 13 LEC, pues su pretensión se formula tanto frente al cónyuge actor como frente al demandado. Por idéntica razón, ha de excluirse la posibilidad de que acumulen directamente su pretensión al proceso iniciado, dada la inadmisión por nuestra Ley procesal de la intervención principal (*cf.* ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, 5.^a ed., Aranzadi, 2004, p. 266).

38. De acuerdo con la norma «Salvo lo dispuesto en el artículo 555 de esta Ley sobre la acumulación de procesos de ejecución, sólo procederá la acumulación de procesos declarativos que se sustancien por los mismos trámites o cuya tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales...»

39. *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, p. 153.

40. En puridad, la única diferencia relevante vendría dada por la limitación de las causas de reconvencción en los juicios matrimoniales (artículo 770, regla 2.^a), limitación que, en todo caso, no restringe la facultad de reconvenir la pretensión relativa al artículo 160 del CC. Las restantes especialidades procedimentales establecidas por el artículo 770 carecen de relevancia a los efectos estudiados. Así ocurre con la determinación de los documentos que han de acompañar a la demanda de nulidad, separación o divorcio (regla 1.^a); con el valor dado a la incomparecencia del cónyuge demandado en relación a las peticiones de la demanda sobre medidas de carácter patrimonial (regla 3.^a); con los poderes otorgados al Tribunal en torno a la práctica de la prueba (regla 4.^a), contemplados con carácter general en el artículo 752; o con la posibilidad de conversión del proceso contencioso en procedimiento consensual (regla 5.^a), que deja incólume la pretensión de los abuelos.

sin perjuicio de que, unificado el procedimiento, las especialidades del juicio matrimonial se apliquen a las pretensiones que el mismo imbrica⁴¹. De defenderse una interpretación diversa, la pretensión ejercida por los abuelos habrá de seguir su propia suerte, ajena al litigio matrimonial. Y ello a costa del innegable riesgo —que precisamente la acumulación trata de evitar— de que se produzcan pronunciamientos incompatibles en relación al régimen de visitas de padres y abuelos.

Al lado del supuesto analizado, creemos que existen situaciones donde ha de permitirse a los abuelos la intervención adhesiva simple en el proceso, orientada a apoyar a una de las partes procesales, presumiblemente, su propio hijo. Se trata de aquellos casos en que el derecho de visita de los abuelos no es objeto de la litis, pero la suerte futura de su relación con los menores se encuentra directamente condicionada por el resultado del pleito, señaladamente, por el pronunciamiento relativo a la atribución de la guarda de aquéllos. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en que los abuelos mantienen una relación tensa con uno de los padres, que previsiblemente dificultará los contactos de aquéllos con el menor de serle atribuida su guarda. O en aquellos en que existe el riesgo de traslado de los niños al extranjero. U otros, comunes en la práctica, en que los abuelos conviven con el padre o madre que solicita para sí la guarda de los menores, frente a la pretensión opuesta del otro progenitor⁴². En todos estos casos, la decisión sobre la guarda no es en absoluto irrelevante para los abuelos, pues ejerce una innegable eficacia refleja sobre su posición jurídica. En menor medida, los abuelos pueden verse afectados por el régimen de visitas establecido en favor del progenitor no custodio, pues, de tratarse de su propio hijo, la mayor amplitud y flexibilidad de tales visitas propiciará normalmente una comunicación más fluida con sus nietos⁴³.

Por las razones apuntadas, estimamos que los abuelos podrán intervenir, al amparo del artículo 13 LEC, en el proceso abierto entre los progenitores, al objeto de evitar los perjuicios que, reflejamente, puedan derivarse de la derrota de una de las partes en relación a las pretensiones apuntadas. Como interviniente adhesivo, podrá realizar alegaciones, proponer y practicar prueba e interponer recursos, aunque nunca podrá realizar actos de disposición material, por otro lado, limitados para los propios cónyuges⁴⁴.

Más allá de las posibilidades abiertas a los abuelos de intervenir en un proceso del que no son parte inicial, deben tenerse presentes los amplios poderes otorgados al Juez para actuar

41. Con carácter general, F. GASCÓN INCHAUSTI defiende una interpretación restrictiva de los impedimentos a la acumulación de carácter procedimental, en aras de satisfacer el interés de las partes en la economía procesal y en la armonía en la resolución jurisdiccional de las controversias (*cf. op. cit.*, p. 153).

42. La consulta de la jurisprudencia reciente de Audiencias evidencia que en ocasiones la convivencia de uno de los progenitores con su padres, con cuyo apoyo cuentan, y con quienes el menor mantiene una relación armoniosa y positiva para su desarrollo y formación, es motivo determinante de la atribución de la guarda. *Cfr.* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 13 de enero de 1995 (AC 1995/168); de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 21 de noviembre de 1995 (AC 1995/2223); de la Audiencia Provincial de Soria de 23 de noviembre de 1998 (AC 1998/7816).

43. Es frecuente que las decisiones judiciales sobre el régimen de visitas del progenitor no custodio incluyan la previsión de que serán ejercidas por los abuelos cuando, por razones laborales, no pueda hacerlo aquél (*cf.* Sentencias de la Audiencia Provincial de León de 21 de julio de 1999, AC 1999/7346; de la Audiencia Provincial de Murcia, de 19 de octubre de 2001, JUR 2001/39525; de la Audiencia Provincial de Badajoz de 11 de julio de 2002, JUR 2003/60580). En otras, el Tribunal sanciona la posibilidad de que los abuelos se encarguen de la recogida y entrega del menor, cuando no pueda hacerlo el titular de las visitas (*cf.* Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia de 8 de enero de 2002, JUR 2002/70636; de la Audiencia Provincial de Badajoz de 13 de julio de 2002, JUR 2993/62181, donde la decisión se adopta de oficio).

44. Sobre la intervención adhesiva simple, *vid.* MONTERO AROCA, J., *La intervención adhesiva simple: contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*, Biblioteca Hispano Europea de Ciencias Sociales, Barcelona, 1972.

de oficio en los procesos matrimoniales, poderes que alcanzan al establecimiento de medidas no solicitadas por las partes en cuanto afecten a materias de *ius cogens*, singularmente, las relativas a los hijos. Tales poderes están presentes durante todo el proceso y aun con anterioridad a la presentación de la demanda: frase preliminar (artículo 771.2.2 LEC), pendencia del proceso (artículo 773.2) y sentencia que le pone fin (artículo 774.4).

Al margen de lo cuestionable que nos parece el reconocimiento de tales poderes al Tribunal, creemos que en ningún caso comprenden la fijación de un régimen de visitas entre nietos y abuelos que no haya sido solicitado ni por unos (a través de sus padres o el Ministerio Fiscal) ni por otros. No podrá hacerlo en la fase preliminar ni tras la admisión de la demanda, al no estar incluido tal régimen entre los efectos del artículo 102 o las medidas del artículo 103 del CC. *Quid* como medida definitiva? El artículo 774.4 de la LEC, en concordancia con el artículo 91 del CC, conmina al Juez a pronunciarse, aun no existiendo petición de parte, sobre las medidas relativas a los hijos. Entre ellas se encuentra hoy el establecimiento del régimen de comunicación y visitas cuestionado (artículo 94.2). Quizás tal consideración debería bastar para entender que la medida se comprende entre las que el Juez ha de adoptar de oficio, pero creemos que razones más poderosas abogan por la solución contraria. En primer término, la propia literalidad de la nueva norma, a cuyo tenor el Juez *podrá determinar* tal régimen, lo que, *a contrario*, significa que también podrá no determinarlo. ¿Cuándo? Cuando falte petición de parte o cuando, existiendo, no convenga a los intereses del menor. No estamos, en cualquier caso, ante un contenido necesario de la sentencia⁴⁵. En segundo lugar, el hecho de que el artículo 94 permita acumular al procedimiento matrimonial la pretensión orientada a hacer efectivas las relaciones personales entre nietos y abuelos no debe conducir sin más a negar el carácter dispositivo de tal pretensión, carácter que se desprende nítidamente del artículo 160, al que el artículo 94 remite. Como venimos insistiendo, el proceso matrimonial imbrica diversas pretensiones, cuya tramitación unitaria no impide que cada una de ellas aparezca presidida por sus propios principios informadores⁴⁶.

II.3. El derecho de relación personal entre el menor dado en acogimiento y sus abuelos: la reforma del artículo 161 del Código Civil

Si el avance que el nuevo artículo 160 del Código Civil imprime a las relaciones entre abuelos y nietos no puede tildarse de revolucionario, otro tanto sucede con la modificación introducida por la Ley 42/2003 en el artículo 161, que reconoce ahora el derecho de «abuelos y demás parientes» a visitar y relacionarse con el menor dado en acogimiento, derecho que puede ser limitado o suspendido por el Juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor.

45. El argumento se refuerza a la vista del párrafo primero de la norma, relativo al régimen de visitas del progenitor apartado de los hijos, que el Juez «determinará» y «podrá suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen...». Sobre el carácter imperativo de la norma y los poderes del Tribunal en la fijación de oficio del régimen de visitas paterno, *vid.* MONTERO AROCA, J., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial...*, cit., vol. II, pp. 1471 a 1478.

46. Piénsese, por ejemplo, en las pretensiones relativas a aspectos económicos del matrimonio, o en la orientada a la fijación de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad, todas ellas excluidas de los poderes de actuación de oficio del Juez (*vid.* MONTERO AROCA, J., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial...*, cit., vol. II, pp. 1392 y 1393. *Vid.*, del mismo autor y en la misma obra, vol. IV, pp. 3508 a 3511).

Aun cuando en su redacción anterior el artículo 161 mencionaba exclusivamente a los padres, tal limitación no podía suponer la exclusión del derecho de otros parientes y allegados, genéricamente reconocido por el artículo 160⁴⁷. En el caso de los abuelos, el derecho se desprendía de la propia regulación del acogimiento. En concreto, del artículo 173.2.3.ºa), que establecía y establece como contenido del documento por el que se formaliza el acogimiento «la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido»⁴⁸.

En este sentido, puede interpretarse que la finalidad (o, a la postre, el resultado) de la modificación no es reconocer a los abuelos, parientes, allegados y, por supuesto, menores, un derecho del que ya eran titulares, sino determinar que el contenido de tal derecho puede ser modificado —ya ampliado, ya limitado— por el Juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor. Posibilidad que, sin duda, existía antes de la Ley 42/2003, tanto en aplicación del artículo 158.2 como al amparo del artículo 174 del CC que, tras encomendar al Ministerio Fiscal la superior vigilancia del acogimiento, le conmina a comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor, y a promover ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias⁴⁹.

Aun cuando el artículo lo omita, la efectividad del derecho podrá reclamarse judicialmente contra quien lo vulnere, por definición, la entidad pública titular de la guarda del menor o los acogedores encargados de su ejercicio⁵⁰. Frente a tal reclamación, podrán una y otros alegar y probar la existencia de una justa causa de oposición, que, apreciada por el Tribunal, se traducirá en una legítima suspensión judicial del derecho pretendido.

Se trate o no de un lapsus, la exclusiva alusión al artículo 160 por el nuevo ordinal 12 del apartado 1 del artículo 250 de la LEC determina que los juicios que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 161 hayan de seguir el cauce del juicio ordinario (artículo 249.2), sin que exista razón aparente que justifique la diversa tramitación de derechos sustantivamente idénticos.

47. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita...*, cit., pp. 108 y 109. En la práctica judicial, son numerosos los ejemplos de reconocimiento del derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos dados en acogimiento o incluso en adopción (*Vid.*, entre otras resoluciones, los Autos de la Audiencia Provincial de Cádiz de 8 de julio de 2003 (JUR 2003/219045), de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de diciembre de 2003 (JUR 2003/54057) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2004 (JUR 2004/260167)).

48. A juicio de RIVERO HERNÁNDEZ, F., el término «familia» empleado en la norma ha de entenderse en sentido estricto o nuclear, esto es, limitado a los padres y hermanos, extendiéndose «excepcionalmente, quizá también a otros familiares (abuelo/a) que convivieran al tiempo de la salida del menor de esa casa y familia» (cfr. *El derecho de visita...* cit., p. 108). Defiende un concepto amplio de la «familia» contemplada en el artículo 173.2.3.ºa) HERAS HERNÁNDEZ, M.ªM., *El acogimiento convencional de menores*, Montecorvo, Madrid, 2002, pp. 244 y 245.

49. La suspensión o limitación del derecho de visitas puede ser incluso previa a la formalización del acogimiento, cuando se contiene en la propia resolución judicial constitutiva de la guarda administrativa del menor (artículo 172.2.4 CC). Igualmente, podrá decretarse en la sentencia que resuelva la oposición a las resoluciones administrativas de declaración de desamparo (*Vid.*, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 17 de septiembre de 2004, JUR 2004/287231), o la que resuelva la oposición de los padres o el tutor al acogimiento formalizado por la entidad pública (artículo 173.3).

50. Unos y otra carecen de potestad para cercenar un derecho cuya limitación o suspensión se reserva en exclusiva a la autoridad judicial (cfr. V. MAYOR DEL HOYO, M.ª, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores*, Comares, Granada, 1999, pp. 401 y 402).

III. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR A SUS ABUELOS

El artículo 160 ha constituido desde su promulgación el marco normativo propio de canalización de las relaciones entre abuelos y nietos. Sin embargo, no ha sido el único referente legal al respecto. Otros preceptos han servido para articular este tipo de relaciones, llegando a consecuencias mucho más drásticas, en concreto, la concesión a los abuelos de la guarda y custodia de los nietos menores contra la voluntad de uno o de ambos progenitores.

III.1. La intervención judicial de la patria potestad: el artículo 158 del Código Civil

Por su generalidad, el primer precepto a que haremos referencia es el artículo 158 del Código Civil⁵¹. Situado en sede de las relaciones paterno-filiales, la norma atribuye al Juez la facultad de dictar, de oficio, o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, «1.º Las medidas cautelares convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres (...) 4.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».

La literalidad del precepto resulta desconcertante en su amplitud e indefinición, que se proyecta tanto sobre las medidas a adoptar como sobre los supuestos que determinan su activación y el tipo de procesos apto para canalizarlas.

En una primera delimitación, estimamos que ha de excluirse de su ámbito propio la medida de privación de la patria potestad⁵². Objeto de atención específica y preferente por el artículo 170 del CC, la privación deberá ser necesariamente decretada en sentencia, obtenida por alguno de los cauces previstos en el propio precepto: el proceso instado a ese exclusivo objeto, basado en el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad; los procesos penales referidos a ciertos tipos delictivos que conllevan, como pena accesoria, la privación de la patria potestad⁵³ y los juicios matrimoniales, cuando en el proceso se revele causa para ello (artículo 92.3), lo que implica la necesidad de que se alegue y pruebe –bien por una de las partes, bien por el Ministerio Fiscal– el incumplimiento de los deberes paternos⁵⁴.

51. Cuanto se diga ahora ha de entenderse extensivo, *mutatis mutandis*, al supuesto contemplado en el artículo 216.2 CC, que prevé la intervención judicial de la tutela y demás instituciones de guarda de menores e incapaces, con remisión expresa a las «las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código...».

52. Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1072.

53. Vid. artículos 149.2, 153.1, 173.2, 189.6, 192.2, 220.4, 221.1, 225 bis.1, 226.2 y 233.1 del Código Penal.

54. Cfr. VEGA SALA, F., *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Editorial Praxis SA, Barcelona, 1982, p. 167; MONTERO AROCA, J., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial...*, cit., vol. II, p. 1096. Por el contrario, entiende REBOLLEDO VARELA A.L., que, en los procedimientos matrimoniales, la privación de la patria potestad puede ser acordada sin necesidad de petición expresa de parte, en aplicación del artículo 92.3 CC (cfr. *La privación de la patria potestad*, Aranzadi Civil, 1995-I, p. 72). Tal privación *ex officio* puede verse en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de octubre de 2001 (JUR 2002/15466).

El ámbito del artículo 158 vendría dado, en definitiva, por los supuestos de intervención, y no ya de privación de la potestad paterna. En tal contexto, los términos del precepto permiten, en su amplitud, incluir entre las medidas a adoptar la atribución a los abuelos de la custodia de sus nietos, constante la patria potestad, siempre que concurra alguno de los presupuestos que condicionan su juego: el incumplimiento paterno del deber de alimentos —que no ha de ser grave— o la existencia de un peligro o riesgo de sufrir cualquier género de perjuicios. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 5 de octubre de 1987⁵⁵, de 11 de octubre de 1991⁵⁶, de 12 de febrero de 1992⁵⁷, de 29 de marzo de 2001⁵⁸ y de 19 de febrero de 2002⁵⁹. En todas ellas, el Alto Tribunal confirma las sentencias recurridas, decretando el mantenimiento de los menores bajo la guarda y custodia de sus abuelos, sin perjuicio de la conservación de la patria potestad por sus padres, que se ejercerá mediante el establecimiento de un régimen de visitas orientado a la progresiva adaptación de los menores a la compañía de sus padres.

En los términos del artículo 158, tal medida, como cualquier otra concebible (orientada siempre por el superior interés del menor) podrá ser adoptada «dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».

Pese a la amplitud de la expresión legal, debe descartarse que las personas legitimadas para solicitar la medida estudiada —entre quienes figuran los propios abuelos, en su calidad de parientes— puedan hacerlo en cualquier tipo de proceso. Por el contrario, entendemos que habrá de tratarse, bien del procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de protección jurídica del menor, bien, de optar por la vía judicial ordinaria, de un proceso *ad hoc*, que seguirá

55. *RJA*, 1987, núm. 6716. Sin cita expresa del artículo 158 CC, el Tribunal hace una clara aplicación del mismo, al confirmar la desestimación de la acción de privación de la patria potestad del padre solicitada por los abuelos y decretar la atribución temporal de la guarda a los demandantes, en tanto no se verifique la adaptación del menor al padre, propiciada por el régimen de visitas establecido. En el caso, los abuelos detentaban de hecho la custodia del menor, con oposición paterna, desde la muerte de la madre.

56. *RJA*, 1991, núm. 7447. Entablada por los padres —separados de hecho— demanda de reclamación de la guarda y custodia de la menor contra los abuelos maternos, la Audiencia Provincial, revocando la sentencia de instancia, decreta la permanencia temporal de la menor con sus abuelos, estableciendo un régimen de visitas progresivo a favor de los padres, que culmina con la atribución de la custodia definitiva al padre, previa verificación de la idoneidad de la medida. El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, basándose en el artículo 158 CC y en la interpretación estricta del artículo 170 CC.

57. *RJA*, 1992, núm. 1271. Con razonamiento y redacción confusa, el Tribunal desestima la reclamación por el padre de la guarda y custodia del menor, ejercida de hecho por los abuelos desde la muerte de la madre, a quien fuera atribuida en sentencia de separación. El Tribunal Supremo apoya su decisión en los artículos 158 y 170 CC, aunque de su lectura se infiere que no hay en el caso privación total ni parcial de la patria potestad, sino mera atribución temporal de la guarda a un tercero, que perdurará en tanto el transcurso del tiempo, el cambio de las circunstancias o el mayor discernimiento del menor no aconseje un cambio de la situación actual, mediante la oportuna actuación judicial.

58. *RJA*, 2001, núm. 9852. Con apoyo en los (entonces) párrafos 1 y 3 del artículo 158 del CC, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, en el sentido de desestimar la petición de privación de la patria potestad de los padres (por no resultar acreditado un incumplimiento de los deberes que la justifique), y atribuir no obstante la guarda y custodia de la menor a los abuelos maternos, al entender que es en casa de ellos, con quienes convive desde los dos años, donde tiene su punto de referencia emocional, que la madre no es capaz de ofrecerle. Sobre la sentencia, puede verse el interesante comentario de FERRER RIBA J., en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, 2002, pp. 71 a 89. *Vid.*, asimismo, LETE ACHIRICA, J., «La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de los cónyuges separados o divorciados. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001 (AC 764/2001)», *Actualidad Civil*, 2001-3, p. 1187.

59. *RJA*, 2002, núm. 62415. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia, negando a la recurrente la recuperación de la guarda y custodia de sus hijas, que años antes había entregado voluntariamente a su propia madre. El mantenimiento de la custodia por la abuela materna se concibe con carácter temporal, en cuanto condicionada a la progresiva adaptación de los menores a sus padres —facilitada por el régimen de visitas establecido—, cuyo control para el cambio de la guarda se deja al Juez en ejecución.

los cauces del proceso especial de menores previsto en el artículo 748.4 y regulado en los artículos 749 a 755, 769 y 770 regla 4.^a de la LEC. Ello sin perjuicio de que la pretensión (o, en su caso, el proceso) sea acumulable a otras, como la petición de nulidad, separación o divorcio del matrimonio incoada por uno de los cónyuges (artículo 103 CC) o la pretensión de privación de la patria potestad de uno o ambos padres ejercida por persona legitimada al efecto.

Al primero de estos supuestos de acumulación nos referiremos al final de este trabajo. Respecto al segundo, no nos ofrece duda que la solicitud de privación de la patria potestad puede ir acompañada de la pretensión de atribución de la guarda a los abuelos, supuesto en que, de no ser demandantes, habrán de aparecer como demandados, junto al titular de la potestad cuya privación se pretende⁶⁰. Curiosamente, la acumulación inicial de la pretensión podrá ser, ya subsidiaria, para el caso de que se desestime la petición principal de privación⁶¹, ya accesoria o complementaria, para el caso de que se estime, supuesto en que la guarda provisional se mantendrá en tanto no se produzca el nombramiento de tutor, procedente tras la firmeza de la sentencia⁶². Tal nombramiento podrá recaer, indiscutiblemente, en los propios abuelos⁶³.

Al lado de los supuestos descritos, la medida deriva en ocasiones de la reclamación judicial por los padres de la guarda sobre los menores, ejercida de hecho por los abuelos. La desestimación de tal petición se traduce en tales casos en la conversión de una situación fáctica en una guarda legal, aunque siempre de vocación transitoria⁶⁴.

Más allá de los supuestos de petición (u oposición) de parte, el artículo 158 CC concede al Juez un extraordinario poder para actuar de oficio, adoptando ésta u otras medidas en cualquier tipo de proceso donde se revele la necesidad de proteger al menor⁶⁵. El precepto

60. En la praxis, los abuelos se han delatado como los sujetos más «activos» en la incoación de procesos orientados a la privación de la patria potestad de uno o ambos progenitores. Expresamente reconoce su legitimación al efecto, negada en primera instancia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de noviembre de 2002 (JUR 2003/53117).

61. Obsérvese que la desestimación de la privación de la patria potestad no obsta la atribución provisional de la guarda a los abuelos, que perdurará en tanto las circunstancias no aconsejen la plena reintegración de aquélla. Incluso cuando falte tal petición subsidiaria, podrá el Juez que deniega la privación decretar la medida, por no ser incongruente la decisión *infra petitum*. *Vid.*, en este sentido, las citadas Sentencias del TS de 5 de octubre de 1987 y de 29 de marzo de 2001.

62. *Vid.*, en el sentido indicado, la STS de 2 de octubre de 2003 (RJA, 2003, núm. 6400), que confirma la dictada en segunda instancia, donde se priva al padre (condenado en sentencia firme penal por haber causado dolosamente la muerte de su esposa) de la patria potestad de sus hijos, atribuyendo la guarda y custodia de los menores a los abuelos, a quienes se califica de guardadores legales, en tanto no se produzca el nombramiento de tutor. En idéntico sentido, *vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 10 de abril de 2000 (AC 2000/4510), que otorga la guarda legal a los abuelos, imponiéndoles la obligación de promover la constitución de la tutela. En ocasiones, los Tribunales optan por constituir la tutela en la propia sentencia privativa de la patria potestad, nombrando como tutores a los abuelos demandantes. *Vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de noviembre de 1999 (JUR 1999/2589) y de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 15 de enero de 2001 (JUR 2001/256221).

63. Nuestros Tribunales no se han cuestionado siquiera el posible obstáculo representado por el artículo 236 CC al ejercicio conjunto de la tutela por ambos abuelos, siendo así que su literalidad parece excluirlo. No obstante, la limitación carece de justificación, al menos cuando los abuelos llamados a ejercer el cargo pertenezcan a la misma rama. En todo caso, la opción se sostiene en la aplicación analógica del artículo 236.3, en cuanto permite la atribución conjunta de la tutela al tío del menor y su cónyuge.

64. *Vid.* las citadas Sentencias del TS de 11 de octubre de 1991, de 12 de febrero de 1992 y de 19 de febrero de 2002. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 14 de enero de 2002 (AC 2002/204).

65. El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que las medidas que el Juez puede adoptar *ex* artículo 158 «se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor...» (*cf.*

sacrifica sin ambages el principio dispositivo, propio del proceso civil, en aras a la consecución de un fin que considera más relevante: la protección de la infancia. Tal opción no deja de resultar sorprendente, por ignorar el papel central que en los procesos de menores debiera ejercer el Ministerio Fiscal, cuya correcta actuación permitiría cohonestar el indudable interés público de la materia con la necesaria imparcialidad del Juez, empañada por la concesión –o, más propiamente, por el ejercicio– de la facultad de intervenir de oficio. Sea como fuere, la rotunda claridad del precepto deja poco margen a la negación de tal facultad. Únicamente ha de apuntarse la necesidad de que su ejercicio no se traduzca en la indefensión de las partes, para lo cual es preciso que el Tribunal les haga saber su opinión, al objeto de que aleguen y prueben cuanto estimen procedente en defensa de sus pretensiones. Sobre esta cuestión, en el concreto contexto de los procesos matrimoniales, volveremos al final del trabajo.

Sea adoptada de oficio, sea a petición de parte, la medida de atribución de la guarda de los menores a los abuelos, constante la patria potestad, genera una situación en cierto modo anómala, al hacer recaer sobre personas distintas el ejercicio simultáneo de funciones en principio exclusivas de los padres. Por tal razón, sería conveniente que el auto o sentencia donde se decreta la medida se pronunciase sobre el ámbito de poder otorgado a los abuelos, en oposición al mantenido por los padres, previa discusión de tales extremos en el proceso. Desgraciadamente, nuestros Tribunales no tienen tal costumbre, presuponiendo tal vez un contenido apriorístico de la función de guarda desgajada de la patria potestad, contenido que ningún precepto del Código regula⁶⁶.

El único referente legal al respecto, al que puede acudir por razón de analogía, viene dado por la institución de la guarda administrativa (artículo 172.2 CC) que, al igual que la medida estudiada, supone la atribución de la custodia del menor a un tercero, sin simultánea privación de la patria potestad. Ya tenga su origen en la solicitud de los padres (artículo 172.2.1), ya en una decisión judicial (artículo 172.2.4), la guarda se resuelve en la constitución de un acogimiento (artículo 172.3)⁶⁷, que implica la asunción por los acogedores de los deberes inherentes a la convivencia y cuidado inmediato de los menores, tal y como se definen en el artículo 173.1: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. El precepto identifica la función de los acogedores

las citadas Sentencias de 17 de septiembre de 1996, de 11 de junio de 1998, de 23 de noviembre de 1999). Junto a la genérica declaración del artículo 158, existen diversos preceptos que contemplan situaciones concretas en que la guarda del menor puede ser atribuida a personas distintas de los padres –y, por tanto, a los abuelos–, como medida cautelar de protección de su persona y/o bienes, inscrita en un proceso más amplio. Se trata de supuestos que, en puridad, tendrían perfecta cabida en el artículo 158 CC. Así, el artículo 768 LEC, que prevé la adopción por el Tribunal de las medidas de protección oportunas a la persona y bienes del menor en tanto dure el procedimiento por el que se impugna o reclama judicialmente su filiación; el artículo 1832.2 LEC, que establece idénticas cautelas en relación a los juicios declarativos donde se sustancie la exclusión o extinción de la adopción; los artículos 249 y 256 CC, a propósito de los procesos de remoción y excusa de la tutela; o el nuevo artículo 544.ter LECr, introducido en virtud de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, que incluye, como contenido de la resolución que decreta la orden de protección, tanto medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor, como medidas de carácter civil, orientadas a garantizar la protección jurídica de la familia, medidas que podrán consistir en «la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios».

66. No son aplicables al efecto las normas relativas al ejercicio individual –transitorio o tendencialmente permanente– de la patria potestad por uno de los progenitores, al presuponer la titularidad de ambos.

67. Los antecedentes legislativos del artículo 172.3 del Código Civil explican la errónea omisión por el precepto de la guarda administrativa constituida judicialmente como título de constitución del acogimiento (*cf.* MAYOR DEL HOYO, M.ªV., *op. cit.*, pp. 351 y 352).

con el contenido personal de la patria potestad (artículo 154.1), de ahí que les corresponda la adopción de las decisiones atinentes a tal esfera, al menos en cuanto no revistan especial trascendencia en la vida y formación del menor⁶⁸. Respecto a estas últimas (modelo educativo, formación religiosa, tratamientos quirúrgicos, ...), compartimos el parecer de quienes reservan su adopción a los padres, a cuyo criterio e instrucciones deberán someterse los acogedores en el ejercicio de la guarda⁶⁹. Junto a tales decisiones, corresponde a los padres la representación legal y administración de los bienes de los hijos⁷⁰, así como el derecho de relacionarse con ellos (artículos 160 y 161), mediante el establecimiento del correspondiente régimen de visitas.

Volviendo al caso que nos ocupa, la utilización del artículo 172.2 como referente normativo nos llevaría a concluir que las funciones incluidas en la guarda atribuida a los abuelos al amparo del artículo 158 CC se concretan en los aspectos personales de la custodia del menor, en los términos vistos. A tal conclusión (aunque sin utilización de referente normativo alguno), llega la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001, única de las citadas que se pronuncia sobre la cuestión analizada, resolviendo la delimitación entre cargos mediante la reserva en favor de la madre del derecho de representación de la menor, la administración de sus bienes y la adopción de las decisiones que no sean las cotidianas de la vida ordinaria. Se le reconoce, además, un derecho de comunicación y visita (*ex* artículo 94 del Código Civil, aplicado analógicamente), que, de existir discrepancia entre las partes, podrá ser fijado en ejecución de sentencia. Paralelamente, se otorga a los abuelos la guarda y custodia de la menor (con los consiguientes deberes de velar por ella, tenerla en su compañía, alimentarla y educarla, y el poder de corregirla razonablemente), así como (*a contrario*) la adopción de las decisiones relacionadas con cuestiones cotidianas de la vida diaria (tratamientos médicos ordinarios, control de los estudios, tiempo de ocio, ...)⁷¹.

Es posible pensar que el haz de facultades conferida a los abuelos es excesivamente limitado, al menos en los supuestos en que la situación de guarda está llamada a prolongarse. Éstos se ven privados, por ejemplo, de cualquier facultad en relación al patrimonio de los nietos, lo que indirectamente les impide afectar bienes o rentas de tal patrimonio al sostenimiento de las cargas familiares, facultad que sí ostentan los padres cuando conviven con los menores (artículo 155)⁷². No obstante, la opción del Tribunal Supremo es comprensible, en la medida en que la atribución a los abuelos de cualesquiera facultades de naturaleza representativa o patrimonial implicaría, en el derecho vigente, una privación, aun parcial,

68. Cfr. RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Comares, Granada, 1989, p. 150; MAYOR DEL HOYO, M.^aV., *op. cit.*, pp. 350 a 362; HERAS HERNÁNDEZ, M.^aM., *op. cit.*, pp. 100 y 101.

69. Cfr. RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *op. cit.*, p. 152; MAYOR DEL HOYO, M.^aV., *op. cit.*, pp. 392 a 397, donde vincula la potestad de dar indicaciones sobre el ejercicio de la guarda al deber de los padres de velar por los hijos; M.^aM HERAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 101 a 104.

70. Cfr. RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *op. cit.*, p. 151; MAYOR DEL HOYO, M.^a V., *op. cit.*, p. 391; HERAS HERNÁNDEZ, M.^aM., *op. cit.*, p. 101. Cuando resulte inevitable la actuación de los abuelos en estos ámbitos, habrá de equipararse a una gestión de negocios ajenos, con aplicación de los artículos 1892 y 1893 (*cfr.* RUIZ-RICO RUIZ, J.M. *op. cit.*, pp. 247 y 248).

71. En criterio de FERRER RIBA, J., aun cuando la sentencia guarde silencio sobre el particular, debe entenderse que a tales decisiones habrán de unirse las de necesidad urgente, cuando su demora provoque un perjuicio al menor más grave que el mero incumplimiento de la preferencia paterna (*cfr.*, *loc. cit.*, p. 83).

72. Ello sin perjuicio de la administración por los abuelos de las cantidades percibidas de los progenitores en concepto de alimentos para los menores. *Vid.* la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 25 de febrero de 2004 (JUR 2004/107373), que extiende el poder de administración de los abuelos a la pensión de orfandad recibida por los menores.

de la patria potestad⁷³. Si el objeto del litigio es estrictamente la atribución de la guarda, la decisión judicial no podrá otorgar a los abuelos más funciones que las estudiadas, y así ha de ser interpretada de guardar silencio sobre el reparto de funciones entre padres y abuelos. Cualquier exceso sobre las mismas requerirá su expresa discusión en el proceso, donde habrá de acreditarse el incumplimiento grave de los deberes paternos, que justifique la privación total o parcial de la patria potestad operada en la sentencia que le ponga término.

III.2. La atribución de la guarda del menor a los abuelos en situaciones de crisis matrimonial: el artículo 103 del Código Civil

A) La atribución a los abuelos de «funciones tutelares»

Junto al genérico artículo 158, la posibilidad de atribución de una guarda transitoria a favor de los abuelos, en contextos de crisis matrimonial, se recoge desde 1981 en el artículo 103, regla 1.ª del Código Civil, que, en sede de medidas provisionales, faculta al Juez para encomendar «excepcionalmente» a los hijos a una persona distinta de los padres o, de no haberla, a una institución idónea⁷⁴.

El precepto ha sido modificado por la Ley 42/2003, en su ánimo, expresado en la Exposición de Motivos, de singularizar el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos en el caso de ruptura familiar. De acuerdo con la norma, en su actual redacción –sobre la que ha incidido más tarde, si bien mínimamente, la Ley 15/2005, de 8 de julio–, «Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez».

Puede observarse que la modificación operada en 2003 consiste simplemente en hablar de «abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren» donde antes se hablaba sencillamente de «otra persona». Quizás la novedad radique en la exigencia del necesario consentimiento por parte de los abuelos, si cupiera alguna duda sobre tal necesidad con anterioridad a la reforma. En todo caso, no debe descartarse que la nueva expresión legal implique un orden de prelación en el llamamiento, de modo que, sólo faltando los abuelos

73. La inconveniencia de tal medida, y su necesaria limitación a supuestos de especial gravedad, han llevado a FERRER RIBA J. a proponer la creación, *de lege ferenda*, de un criterio normativo que permita distinguir la posición del guardador transitorio u ocasional de la del guardador estable, dotando a éste de funciones más amplias que las estrictas de la guarda personal, sin que ello implique la privación de la patria potestad (*loc. cit.*, pp. 85 a 87).

74. Sobre los precedentes de la norma, *vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 677 y 678.

—o no siendo idóneos—, se ofrezca la guarda a los demás parientes u «otras personas», por este orden⁷⁵.

Frente a la innecesaria explicitación de los abuelos como posibles guardadores provisionales de los menores, el precepto conserva la enigmática atribución a aquéllos de «las funciones tutelares», por lo que se mantiene vivo el debate, iniciado con anterioridad a la reforma, sobre el contenido de la guarda que se les atribuye y su compatibilidad con la patria potestad. No es sencillo descifrar el alcance de la expresión legal. Sabido es que las funciones tutelares absorben el contenido de la patria potestad, de ahí que, literalmente interpretada la norma, la medida habría de suponer su privación o, cuando menos, su suspensión. Así lo ha entendido una parte de la doctrina, que ve en el artículo 103 un supuesto de constitución de una tutela temporal y especial, reducida a los supuestos en que concurra causa de privación de la patria potestad⁷⁶.

Tal entendimiento se nos antoja difícilmente sostenible. No parece aceptable que la privación de la patria potestad, siquiera temporal, pueda ser decretada como medida provisional de un proceso matrimonial cuando, de acuerdo con el artículo 170 del CC, tal privación sólo puede producirse en virtud de sentencia⁷⁷. Por otra parte, la supuesta incompatibilidad entre la medida prevista en el artículo 103 y el mantenimiento de la patria potestad restringe en exceso el ámbito de aplicación del precepto. Como se ha puesto de relieve, el interés del menor puede aconsejar la atribución de su guarda a personas distintas de los padres cuando éstos se encuentran en una situación que les impide ejercerla (enfermedad, dificultades económicas graves, ...), sin necesidad de que hayan incurrido en causa de privación de la patria potestad, por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma⁷⁸. La conveniencia de que el cuidado de los hijos se encomiende a terceras personas (o, de no haberlas, a una institución idónea) no debe implicar en todo caso la ruptura de la relación paterno-filial, desaconsejable para padres e hijos, salvo en casos de especial gravedad. Por tal razón, debe entenderse que entre tal extremo y la situación normal de convivencia con los padres, el artículo 103 introduce una tercera opción, consistente en la atribución provisional de la guarda del menor a un tercero, constante la potestad paterna. A fin de cuentas, y como hemos visto ya, tal posibilidad ha sido sancionada por nuestro legislador en la regulación del acogimiento que trae su causa de la guarda administrativa, y por nuestros Tribunales, en aplicación del artículo 158 CC.

75. La Exposición de Motivos de la Ley apunta esta conclusión, al señalar que «Asimismo, el artículo 103, coherentemente con la modificación del artículo 90, prevé la decisión jurisdiccional, cuando falte el acuerdo entre los cónyuges, de encomendar en primer lugar a los abuelos la tutela de los hijos, de forma excepcional, pero antepuesta a la posibilidad de otorgar este cuidado a otros parientes u otras personas o instituciones».

76. Cfr. DE LOS MOZOS J.L. y HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 103», en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, obra coordinada por LACRUZ BERDEJO, J.L., Civitas, Madrid, 1982, pp. 858 y 859; GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, obra dirigida por ALBALADEJO, M., t. II, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 463; ECHARTE FELIU, A.M.ª, *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Granada, Comares, 2000, p. 108.

77. Cfr. CALDERÓN CUADRADO, M.ª P., *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio (La aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 127.

78. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, pp. 93 y 94; RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *op. cit.*, pp. 47 y 48; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R., en *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 418.

El artículo 103 recoge, en definitiva, una figura diversa a la tutela y necesariamente más restringida: una guarda de origen judicial cuyo contenido define erróneamente el precepto⁷⁹. En la fijación de las funciones inherentes al cargo, creemos aplicable cuanto se ha dicho a propósito de la guarda atribuida a los abuelos al amparo del artículo 158, de modo que se indentifican con el contenido personal de la patria potestad⁸⁰. Dentro de tal ámbito, corresponderá al juez concretar las funciones que competen a los abuelos, teniendo presente que cualquier exceso sobre aquél implicaría una privación, cuando menos parcial, de la patria potestad, inviable en sede de medidas provisionales.

El alcance de la expresión legal «funciones tutelares» no es el único extremo que la Ley de 2003 ha dejado sin resolver. Por el contrario, la inclusión de la atribución de la guarda a los abuelos entre las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda, sin la paralela reforma del artículo 92, mantiene la cuestión de su procedencia como medida definitiva o contenido de la sentencia⁸¹. Entendemos que se trata de una cuestión más aparente que real, pues la propia naturaleza cautelar de las medidas provisionales, como anticipo de los efectos de la sentencia, impone la respuesta afirmativa. La excepcionalidad de la medida no debe conducirnos a una interpretación restrictiva del artículo 103 CC. Si los padres no están en condiciones de tener a los hijos bajo su custodia, es comprensible que ésta se confiera, desde que sea necesario (incluso con anterioridad a la presentación de la demanda), a las personas más próximas al menor. Pero las circunstancias que han dado lugar a la atribución provisional de la guarda pueden permanecer activas, lo que aconseja su continuación tras recaer sentencia de nulidad, separación o divorcio. El fundamento legal de la viabilidad de la medida se encontraría, tanto en la posible aplicación análogica del artículo 103, como en la aplicación directa del artículo 158, que permite adoptar todo tipo de medidas protectoras «dentro de cualquier proceso civil o penal»⁸².

Debe observarse que el contenido de la guarda atribuida a los abuelos puede diverger cuando es decretada como medida definitiva o contenido de la sentencia, supuesto en que no se verá necesariamente afectada por los límites funcionales antes apuntados. Es sabido que la sentencia que pone fin a los procesos matrimoniales podrá acordar la privación de la patria potestad «cuando en el proceso se revele causa para ello» (artículo 92.3). De este modo, siempre que se alegue y pruebe, en los términos del artículo 170, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, la atribución de la guarda a los abuelos con facultades de representación y/o administración constituirá una legítima suspensión de tales funciones a los padres, al quedar garantizada la exigencia de sentencia, resultado de un proceso contencioso donde se garanticen los principios de audiencia y contradicción del progenitor afectado.

79. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Convenios reguladores...*, loc. cit., p. 94, núm. 18; RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *op. cit.*, p. 48, para quien el artículo 103 dibuja una nueva figura, que califica de «guarda legal» o «guarda jurídica».

80. Atribuyen un contenido estrictamente personal a la función tutelar recogida en el artículo 103 CC RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ibidem*; RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *op. cit.*, p. 49; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ªR., loc. cit., p. 418; ARIAS DÍAZ, M.ªD., loc. cit., p. 3.

81. Ampliamente reformado por la Ley 15/2005, el artículo 92 CC sigue silenciando la posibilidad de atribución de la custodia de los menores a sus abuelos u otras personas que así lo consientan.

82. Cfr. FERRER RIBA, J., loc. cit., pp. 79 y 80. Como señala este autor, el carácter definitivo de la medida no impide que pueda acotarse su duración y que quepa su modificación, si varían las circunstancias.

Precisamente tal exigencia impide que la medida, total o parcialmente privativa de la patria potestad, se adopte en auto de ejecución de sentencia, aun cuando lo contrario pudiera desprenderse del artículo 91 CC, a cuyo tenor «En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez ... determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos...». Al margen de la más que probable derogación del precepto por el nuevo artículo 774.4 de la LEC⁸³, la contradicción entre los artículos 91 y 170 CC habría de resolverse en todo caso a favor de este último, excluyendo la posibilidad de que la privación de la patria potestad sea decretada en un procedimiento que no tutela de modo suficiente las garantías procesales del interesado⁸⁴.

B) La posición de los abuelos en el proceso matrimonial. ¿Parte o terceros?

Sea adoptada como medida provisional o definitiva, resulta indiscutible que la atribución a los abuelos de la guarda de sus nietos requiere la intervención de aquéllos en el proceso matrimonial. La calidad en que tal intervención se ha de producir constituye una incógnita que la legislación vigente no permite desvelar, al menos de modo satisfactorio. Dos son los precarios instrumentos legales de que disponemos a tal objeto. De una parte, el artículo 103, que limita su participación a un mero «consentir» la medida adoptada. De otra, los artículos 771 y siguientes de la LEC, que omiten toda referencia a la articulación procesal de tal consentimiento.

Al igual que el ya comentado artículo 94 CC, el artículo 103 CC, unido al silencio guardado por la Ley procesal, parece relegar a los abuelos a simples terceros, que han de limitarse a consentir una medida que les afecta de manera directa⁸⁵. De este modo, bastaría con arbitrar la forma en que tal consentimiento ha de ser emitido en presencia judicial⁸⁶. Nuevamente, tal conclusión nos parece insatisfactoria. No debe olvidarse que estamos ante una medida de extrema importancia, donde el Tribunal debiera concretar los poderes y responsabilidades que los abuelos asumen en relación a los mantenidos por los padres. ¿Acaso ha de negárseles la posibilidad de proponer prueba, de hacer alegaciones en relación a la pretensión que se debate o de recurrir las decisiones adoptadas?

83. La norma procesal reserva a «la propia sentencia» la determinación de las medidas que hayan de sustituir a las adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio y la disolución del régimen económico. En defensa de su efecto derogatorio del artículo 91 CC, *vid.* PÉREZ MARÍN, A.J., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, t. IV, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 4133 y 4134; MONTERO AROCA, J., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial...*, cit., t. IV, pp. 3520 a 3528.

84. Cfr. VEGA SALA, F., *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Editorial Praxis SA, Barcelona, 1982, p. 167; RIVERA HERNÁNDEZ, F., en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código civil*, 2.ª ed., 1994, p. 1039; MONTERO AROCA, J., *Guarda y custodia de los hijos (La aplicación práctica del artículo 92 del Código civil)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 157. En contra, CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *La privación de la patria potestad (Criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2000, pp. 60 y 61.

85. Sostienen su condición de terceros respecto al proceso matrimonial, en el que de un modo u otro deben ser oídos, PÉREZ MARÍN, A.J., *loc. cit.*, p. 3961; MONTERO AROCA, J., *Guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 138; CALDERÓN CUADRADO, M.ªP., *op. cit.*, p. 156.

86. Pese a la diversa redacción de los artículos 94 y 103 CC, creemos que, cuando menos, han de ser extensibles al segundo los requisitos explicitados en el primero, esto es, la previa audiencia de padres y abuelos y la emisión del consentimiento de estos últimos en presencia judicial. Tales audiencias y consentimientos garantizan, al menos, el derecho a exponer las razones que asisten a unos y otros para aceptar o no la medida, además de procurar al Tribunal elementos de juicio acerca de la oportunidad de su adopción.

Pese al paralelismo existente con el régimen de visitas, lo cierto es que la defensa de la calidad de parte necesaria de los abuelos ofrece mayor dificultad en el supuesto ahora estudiado. La Ley procesal otorga legitimación directa a los cónyuges para solicitar esta medida, ya como previa, ya como provisional o definitiva (artículos 771.1 y 773.1 y 4 LEC). Reconocida tal legitimación, las restricciones a las que se somete la reconvencción en los procesos matrimoniales impiden que los abuelos sean traídos al proceso como parte cuando la medida sea introducida en el debate a instancia del cónyuge demandado. Paralelamente, los amplios poderes para actuar de oficio otorgados al Juez en el proceso matrimonial relegan necesariamente a los abuelos a la condición de terceros en un buen número de casos. Pese a las dificultades apuntadas, creemos que los abuelos, sin ser parte necesaria, han de tener al menos –siempre que la normativa procesal lo permita– la oportunidad de constituirse en parte *de la concreta pretensión relativa a los nietos* que, como accesoria, se acumula a cuantas se dilucidan en los procesos matrimoniales.

Somos conscientes de que las afirmaciones antedichas requieren una explicación más amplia. Al objeto de abordarla, distinguiremos las dos hipótesis básicas contempladas, con mayor o menor detalle, por la Ley procesal: los supuestos en que la medida es solicitada a instancia de parte y aquellos en que es adoptada de oficio por el Juez.

Antes de entrar en el análisis de ambos supuestos, no queremos dejar de apuntar dos hipótesis en que nos parece innegable la participación de los abuelos en calidad de partes del proceso. La primera se produciría en aquellos casos en que, ignorados por las partes y el Juez, deciden iniciar un procedimiento de solicitud de atribución de la guarda de los menores *ex* artículo 158 CC, solicitando posteriormente su acumulación al proceso matrimonial, conforme a los artículos 74 y siguientes de la LEC⁸⁷. La segunda cuando deciden intervenir en apoyo de una de las partes procesales, como intervinientes adhesivos simples, cuyos derechos o situación jurídica futura se encuentran *reflejamente* afectados por el resultado del pleito⁸⁸.

A) LA INCLUSIÓN DE LA MEDIDA DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA A LOS ABUELOS ENTRE LAS PROPUESTAS POR LOS CÓNYUGES

a).1 Medidas provisionales previas a la admisión de la demanda

De acuerdo con el artículo 771.1 de la LEC, el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil, medidas entre las que –huelga recordarlo– se encuentra la atribución de la guarda del menor y de las funciones que tal guarda conlleva a los abuelos *que así lo consintieren*⁸⁹.

87. Obsérvese que la acumulación de procesos no ofrece en este supuesto dificultad alguna de tipo procedimental, pues la pretensión de atribución de la guarda de los menores se sujeta a idénticos trámites que el juicio matrimonial (artículos 748 y 770, regla 6.ª, LEC).

88. Piénsese en supuestos como el resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 21 de mayo de 2004 (JUR 2004/290376), en que la atribución de la guarda y custodia al padre se realiza bajo el presupuesto de que los hijos vivirán en el domicilio de los abuelos paternos en Barcelona, a donde el padre, residente en Gerona por razones laborales, se desplazará los fines de semana. *Vid.*, asimismo, la nota 42.

89. Tal petición tiene una importancia mayor de la que pudiera parecer. Aun cuando se trate de medidas provisionálísimas, condicionadas en su vigencia a la presentación de demanda en el plazo de treinta días (artículo 771.5), no es menos cierto que

Como señalábamos antes, la propia literalidad del artículo 103 CC parece descartar que los abuelos hayan de intervenir en calidad de parte. Se trataría de terceros que deben ser simplemente oídos y consentir las medidas que les afecten. Dada la ausencia de previsión por la Ley procesal, parece lo más lógico entender que deben ser citados a la comparecencia prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 771 LEC, al exclusivo objeto de admitir o no la medida, y de exponer las razones que les asisten en su decisión.

Ya hemos apuntado lo insatisfactorio de tal respuesta. En los supuestos más comunes, el padre que pretenda la medida la habrá consensuado previamente con los abuelos. Al objeto de reforzar la posición de éstos en el proceso, lo más correcto será que uno y otros ejerciten conjuntamente la pretensión estudiada, acumulándola a las restantes sostenidas individualmente por el cónyuge demandante⁹⁰. En el caso descrito, los abuelos –parte inequívoca del proceso– habrán de ser citados a la comparecencia regulada en los apartados 2 y 3 del artículo 771, donde tendrán idénticos poderes que los cónyuges, aunque concretados a la pretensión que les afecta.

Cuando, por la razón que sea, los abuelos no figuran en la solicitud y la pretensión es ejercida directamente por el cónyuge, creemos que aquéllos deben ocupar –junto al otro cónyuge– la posición de demandados en relación a la medida que les afecta de modo directo⁹¹. Por tal razón estimamos que, figuren o no como demandados, el Juez habrá de citarlos, en calidad de parte, a la tantas veces citada comparecencia (análogamente, artículo 753 LEC).

Si, de uno u otro modo, la atribución de la guarda a los abuelos puede incluirse en la solicitud de medidas previas regulada en el artículo 771.1, mayor dificultad ofrece la hipótesis de que tal medida sea introducida en el debate a instancia del cónyuge demandado, exista o no acuerdo previo con los abuelos.

De entenderse que los abuelos son simples terceros que han de ser oídos y consentir, la cuestión es relativamente sencilla. En puridad, el único problema vendrá dado por la determinación del momento en que tales audiencias deben ser realizadas. La única ocasión que se brinda al demandado para solicitar ésta u otras medidas es la comparecencia prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 771, a la que debe ser citado⁹². Surge entonces la cuestión de cómo posibilitar la presencia de los abuelos en ella, al objeto de que sean oídos y consientan.

se consolidarán tras tal presentación, salvo decisión judicial de modificación o ampliación (artículo 772.2) o acuerdo de los cónyuges sometido a la aprobación judicial (artículo 773.1).

90. En la fase preliminar, donde no existe proceso matrimonial *stricto sensu*, se produce una pura acumulación de acciones, normalmente objetiva, donde el actor interpone en una misma solicitud diversas pretensiones frente al demandado, relativas a cuestiones conexas al matrimonio en crisis (hijos, vivienda familiar y relaciones económicas entre cónyuges). Estimamos que nada impide incluir, entre tales pretensiones, la ejercida conjuntamente con los abuelos a propósito de la atribución de la guarda de los menores a aquéllos, dando lugar a una acumulación objetiva-subjetiva peculiar, pero plenamente lícita. No debe olvidarse que progenitor y abuelos podrían ejercer exclusivamente la pretensión estudiada (artículo 158 CC), con sujeción a idéntico cauce procesal que el establecido por la LEC para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos matrimoniales (artículo 770, regla 6.ª).

91. Aun cuando resulte extraño, es concebible que la medida solicitada por el demandante no haya sido consensuada con los abuelos, bien por discrepar éstos del régimen de guarda propuesto, bien porque, sencillamente, lo ignoren.

92. A pesar de la parquedad con que la comparecencia es regulada, creemos que en ella el cónyuge demandado no ha de limitarse a aceptar o rechazar las medidas propuestas por el demandante, sino que podrá, a su vez, proponer medidas adicionales, entre ellas, las relativas a los abuelos. *Cfr.*, en el sentido apuntado, CALDERÓN CUADRADO, M.ªP., *op. cit.*, p. 388.

Dada la dificultad de calificar tales audiencias y consentimientos como medios de prueba que legitimen el señalamiento de una nueva fecha para su práctica al amparo del inciso final del artículo 771.3.1, será necesario que el Tribunal arbitre un sistema que permita su realización con inmediata posterioridad a la comparecencia⁹³.

Si, por el contrario, se entiende que los abuelos han de ser parte en el proceso, la cuestión ofrece mayor complejidad, pues el cónyuge demandado carece de facultades para procurar su incorporación a aquél. No podrá provocar su intervención en los términos del artículo 14.2 LEC, que limita tal facultad a la existencia de expresa previsión legal. No podrá actuar en su nombre, pues los abuelos carecen de legitimación pasiva, al no figurar en la solicitud como demandados. No podrá, por último, introducir su pretensión frente a ellos, pues tal actuación supondría una reconvencción, vedada en este momento y a propósito de estas medidas [artículo 770, regla 2.ªd), LEC].

Las limitaciones apuntadas no pueden conducir a negar la facultad del cónyuge demandado de solicitar una medida para la que el cónyuge demandante está expresamente legitimado (artículo 771.1). Ya hemos apuntado que en esta conclusión encontramos una de las dificultades existentes para considerar a los abuelos parte necesaria del proceso. Cuando la medida estudiada es propuesta por el cónyuge demandado, los abuelos se verán necesariamente relegados a meros terceros que simplemente han de consentirla. Cualquier otra opción está cegada por la regulación de la fase preliminar del proceso.

a).2. Medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda y medidas definitivas⁹⁴

El cónyuge que solicite la nulidad de su matrimonio, la separación o el divorcio podrá acumular a la pretensión principal cuantas peticiones estime procedentes en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio y la disolución del régimen económico, al objeto de que sean adoptadas como medidas definitivas en la resolución que ponga fin al proceso (artículos 91 CC y 774.4 LEC). En la propia demanda, podrá pedir además lo que considere oportuno sobre las medidas provisionales a adoptar, siempre que no se hubieren adoptado con anterioridad (artículo 773.1 LEC). Entre unas y otras medidas se encuentra –pese al silencio guardado por el artículo 92 CC– la atribución de la guarda de los menores a los abuelos, condicionada únicamente por el artículo 103 CC a su preceptivo consentimiento.

El dilema en torno a la calidad de la intervención de los abuelos se reproduce en términos muy semejantes, aunque no idénticos, a los analizados a propósito de las medidas provisionales previas a la presentación de la demanda. Nuevamente puede estimarse que estamos ante meros terceros que han de ser llamados al proceso al exclusivo objeto de emitir su consentimiento en torno a la medida pretendida. A tal efecto, podrán ser convocados a la comparecencia prevista en el artículo 773.3 de la LEC –que se sustanciará conforme a lo

93. *Cfr.*, en relación a la práctica de la exploración de los menores, igualmente omitida por el artículo 771 de la LEC, PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., «Medidas previas, provisionales y definitivas en la LEC 1/2000», en *Cuestiones de familia en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 37.

94. El carácter cautelar de las medidas provisionales respecto al contenido definitivo de la sentencia justifica el tratamiento conjunto de unas y otras medidas en el texto.

previsto en el artículo 771— para la adopción provisional de la medida, y a la vista del juicio para su adopción como definitiva⁹⁵.

Por las razones ya aducidas, la intervención marginal de los abuelos en el proceso nos parece de todo punto insatisfactoria. Creemos, con todas las dificultades que ello conlleva, que los abuelos deben tener la posibilidad de constituirse en parte, no ya de la pretensión principal (solicitud de nulidad, separación o divorcio), exclusiva de los cónyuges, sino de la concreta pretensión relativa a los hijos que, como accesoria, se acumula a aquélla, al objeto de ser decididas en una sentencia formalmente única. De este modo, los abuelos podrán figurar, bien como demandantes junto al cónyuge solicitante, dando lugar a una acumulación objetiva-subjetiva de acciones, bien como demandados junto al cónyuge oponente, en ambos casos en relación exclusiva a la pretensión estudiada. De figurar como demandantes, habrán de ser citados, si la medida fue propuesta como provisional, a la comparecencia prevista en el artículo 773.3 LEC; en todo caso, a la vista del juicio, donde tendrán poderes idénticos a los de los cónyuges, en relación a la pretensión relativa a la guarda de los menores.

Si, propuesta la medida por el demandante, no figuran los abuelos en la demanda, el Juez habrá de darles igualmente traslado de ella, emplazándolos al objeto de que la contesten (artículo 753 LEC)⁹⁶. Ello sin perjuicio de que, de haber sido propuesta como provisional, deban ser citados, con carácter previo, a la comparecencia convocada para depurar este tipo de medidas (artículo 773.3 LEC). En todo caso, contestada la demanda, serán citados junto al cónyuge demandado a la vista del juicio.

Más problemática es la situación generada cuando el demandante no ha solicitado la medida de atribución de la guarda de los menores a los abuelos y pretenda hacerlo el cónyuge demandado. En tales casos, su petición habrá de constar en la contestación la demanda, donde podrá solicitar además la adopción de la medida con carácter provisional, siempre que no se hubiera adoptado con anterioridad (artículo 773.4 LEC). Sus peticiones se sustanciarán en la vista principal, salvo que ésta se señale más allá de los diez días siguientes a la contestación, supuesto en que se convocará la comparecencia prevista en el apartado tercero del artículo 773.4, al exclusivo objeto de debatir y resolver sobre las medidas provisionales propuestas⁹⁷.

95. Como apuntábamos en relación al régimen de visitas, una opción alternativa a la descrita sería entender que tal audiencia ha de posponerse al acto de la vista, realizándose en el plazo máximo de 30 días desde la celebración de aquélla, por aplicación analógica de lo establecido por el artículo 770, regla 4.ª, LEC para la audiencia de los menores.

96. Se evitan así situaciones como la creada por la Audiencia Provincial de Navarra de 22 de septiembre de 1998 (AC 1998/8522). Aun cuando trae causa de un proceso de modificación de medidas, la sentencia ilustra a la perfección nuestro estudio. En el caso, el padre de los menores interpone demanda de modificación de medidas, solicitando la atribución de su guarda y custodia —atribuida a la madre en convenio regulador— a los abuelos maternos. Desestimada su petición en 1.ª Instancia, la sentencia es confirmada por la Audiencia, al estimar que la petición no puede ser asumida en los términos instados, «ya que se involucraría en la presente litis a personas que no son parte y que, por tanto, no han podido ser oídos en el proceso». Acto seguido, en uso de sus poderes de actuación de oficio, el Tribunal decide acordar la suspensión de la atribución de la guarda de los menores a la madre, dando cuenta de esta situación al Instituto de Bienestar Social del Gobierno de Navarra, a fin de que adopte las medidas oportunas.

97. Para ASENCIO MELLADO, J.M.ª, la posibilidad del demandado de solicitar medidas provisionales en la contestación a la demanda se limita a los supuestos en que el cónyuge demandante no haya solicitado medida provisional alguna. En otro caso, el demandado habrá de articular sus nuevas peticiones en la comparecencia prevista en el artículo 773.3, evitando la duplicidad de trámites que derivaría de postergar su solicitud a la contestación de la demanda, forzando su discusión en la vista o, con mucha mayor probabilidad, en una comparecencia idéntica a la ya realizada (cfr. *Proceso civil práctico*, t. IX, § 4. *Los procesos matrimoniales y de menores*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 103 y 104). Una opinión diversa sostiene CALDERÓN CUADRADO, M.ªP., para quien nada impide la celebración de una primera comparecencia, en los diez días posteriores a la admisión de la demanda,

Si la facultad del cónyuge demandado para proponer la medida estudiada es incontestable, no lo es menos que tiene vetada cualquier vía para procurar la llamada al proceso de los abuelos en calidad de partes. Las razones son idénticas a las ya expuestas a propósito de las medidas previas. No podrá provocar su intervención, ni postular la medida en su nombre, ni, por cuestionable que resulte, dirigir su petición frente a ellos. Tal petición no admitiría más fórmula que la reconvenional, siendo así que la posibilidad de reconvenir se excluye en los procesos matrimoniales en relación a las medidas solicitadas en la demanda y a aquellas *sobre las que el Tribunal deba pronunciarse de oficio* [artículo 770, regla 2.ªd), LEC], entre las que figura la cuestionada.

Inmediatamente expondremos la opinión que nos merecen los extraordinarios poderes reconocidos al Juez para actuar de oficio en los procesos matrimoniales. Baste por el momento con criticar la opción legal de vincular a la existencia de tales poderes una drástica restricción de la demanda reconvenional. Sobre el presupuesto de que la introducción en el debate procesal de las materias de *ius cogens* viene impuesta por ministerio de la ley, se olvida el sentido de la reconvenición como una nueva petición fundada quizás en nuevos hechos, que exige su traslado al demandante a fin de que pueda contestar. Más allá de los problemas de indefensión que pudiera generar⁹⁸, la exclusión de la fórmula y tramitación reconvenional en relación a la pretensión de atribución de la guarda a los abuelos instada por el cónyuge demandado relega indefectiblemente a aquéllos a ser meros terceros, privados de las facultades de las partes en la defensa de su posición jurídica, y llamados al exclusivo objeto de consentir la medida debatida. Así las cosas, restaría únicamente concretar el momento procesal de emisión de tal consentimiento que, conforme a lo que venimos sosteniendo, podría depurarse en la propia vista o, en su caso y en relación exclusiva a la adopción de la medida como provisional, en la comparecencia convocada en aplicación del artículo 773.4 LEC.

B) LA ADOPCIÓN DE OFICIO DE LA MEDIDA

Al margen de la opinión que nos suscite, quizás hoy no tenga sentido negar la facultad del Juez en orden a la adopción de oficio de la medida estudiada. Doctrina y jurisprudencia aceptan pacíficamente que el principio dispositivo cede en los procesos matrimoniales en favor de otros que se consideran preferentes, como el interés del menor o la igualdad de los cónyuges. Tal conclusión encuentra apoyo en el propio articulado del Código Civil y la

con la finalidad de modificar las ya adoptadas o de acordar las pedidas en la demanda, y una segunda para las pretendidas en la contestación, para la que se dispone de veinte días (*cf.*, *op. cit.*, p. 444).

98. Sobre los mismos, *vid.* FLORS MATÍES, J., *loc. cit.*, pp. 3248 y 3249; J. MONTERO AROCA, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial...*, cit., t. IV, pp. 3518 a 3520.

LEC, que matizan la vigencia de los principios de rogación⁹⁹, aportación de parte¹⁰⁰, congruencia¹⁰¹ y disponibilidad del proceso¹⁰².

En el concreto supuesto que nos ocupa, los Tribunales no han desperdiciado las posibilidades abiertas por las normas referidas e, interpretándolas del modo más amplio concebible, han procedido en muchos casos a atribuir la guarda de los menores a los abuelos como medida provisional o definitiva de un proceso seguido al margen de aquéllos, en que tal atribución no es solicitada por ninguno de los cónyuges¹⁰³. Tal práctica suscita, cuando menos, perplejidad. El indudable interés público de la protección del menor justifica muchas de las especialidades existentes en este tipo de proceso, señaladamente, la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, que debiera ser el motor de todas aquellas medidas que, redundando en interés del menor, no hayan sido solicitadas por las partes. Desplazar al Juez la iniciativa en la adopción de tales medidas entraña un innegable riesgo de conversión del proceso en inquisitivo, con la consecuente pérdida de parcialidad del órgano decisor. En todo caso, de admitirse tan excepcionales facultades, debiera ser con el absoluto respeto de principios cuando menos tan importantes como la protección del menor, como son los principios de contradicción y defensa de sus padres. Si el Juez, a la vista de lo alegado y probado por las partes —y, excepcionalmente, a instancia propia—, constata que lo mejor para el niño es vivir con sus abuelos, habrá de dar a conocer a las partes su opinión, al objeto de que aleguen y prueben lo procedente. No debe olvidarse que la alteración del punto de vista jurídico por el Juez puede llegar a producir la indefensión de las partes, cuando no han podido conocerlo ni, en consecuencia, alegar en torno al mismo. Por tal razón, habrá de arbitrase el modo en que el Juez ponga en conocimiento de las partes su postura («ter-

99. Aun cuando en ningún caso el proceso pueda ser iniciado de oficio por el Juez, el legislador parece amparar la posibilidad de que ciertas medidas provisionales, en cuanto afectan a materia de *ius cogens*, sean adoptadas aun faltando solicitud de parte. Así se desprende del carácter imperativo con que se pronuncian los artículos 103 CC y 773.2 LEC (cfr. J.M.^a ASENCIO MELLADO, *loc. cit.*, p. 103; M.^oP. CALDERÓN CUADRADO, *op. cit.*, pp. 124 a 128; 427 a 429). Del mismo modo, y en relación al contenido definitivo de la sentencia, ésta habrá de pronunciarse sobre los efectos referidos a los hijos, aun en el extraño caso de que no exista petición al respecto (artículos 92 a 94 CC y 774.4. LEC; J. MONTERO AROCA, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial...*, cit., t. I, pp. 913 a 923; t. IV, pp. 3548 y 3549). A idéntica conclusión conduce el genérico artículo 158 CC.

100. Artículos 752, 770, regla 4.^a, 771.3 LEC. Vid. J.M. ANDRÉS JOVEN, «La actividad probatoria en los procesos de familia conforme a la nueva Ley de enjuiciamiento civil», en *Cuestiones de familia en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 60 a 106.

101. Estrechamente vinculado a los principios de rogación y aportación de parte, el principio de congruencia cede, como éstos, en los procesos matrimoniales. El Juez puede resolver sobre lo no pedido o de modo distinto a lo pedido, sin que tal resolución sea impugnada por razón de incongruencia. No se halla, en definitiva, vinculado a las peticiones de las partes (cfr. MONTERO AROCA, J., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial...*, cit., t. IV, p. 3549). Sobre el particular se ha pronunciado sin ambages el propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 4/2001, de 15 de enero.

102. Artículo 751 LEC.

103. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de abril de 1993, el Tribunal estima que «disponer ahora que el menor sea confiado a la abuela, sin que tal medida la haya interesado ninguno de los que en el presente proceso son partes, no representa ninguna ingongruencia» (JUR 1993/470). En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de junio de 2000, el Tribunal confirma la sentencia de instancia, en el sentido de atribuir dos de los hijos al padre y un tercero a los abuelos maternos, siendo así que ambos padres pedían la custodia de los tres hijos para sí (JUR 2000/270685). En Sentencia de 9 de noviembre de 2001, la Audiencia Provincial de Granada, con cita expresa del artículo 158 CC y de la doctrina contenida en la STC de 15 de enero de 2001, estima que no hay incongruencia en la resolución de instancia que atribuye la custodia de los menores a personas para las que no se solicitó, en el caso, los abuelos paternos en relación a uno de los menores; el tío materno en relación al otro (JUR 2002/53228). En similares términos se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 16 de marzo de 2004 (JUR 2004/106754), que confirma la recurrida por entender que no existe incongruencia en la adopción de una medida no solicitada por las partes (atribución de la guarda de los menores a los abuelos paternos), pues «no se pueden soslayar las facultades *ex officio* que tratándose de menores confiere al artículo 158 del Código Civil».

cera tesis u opinión»), al objeto de darles la oportunidad real de alegar sobre la misma¹⁰⁴. Tal ocasión se la brinda, respecto a las medidas provisionales, la comparecencia prevista en el artículo 773.3, en la que podrá exponerles su parecer, habilitando un plazo —que podrá ser el de diez días— para ser oídas de nuevo; respecto a las definitivas, la vista del juicio, con idéntica habilitación de plazo, esta vez no superior a treinta días, para que aleguen y prueben cuanto estimen procedente en su defensa¹⁰⁵.

Pero su deber no se agota ahí, pues parece obvio que el Juez ha de dar audiencia a los abuelos, no sólo para cerciorarse de la oportunidad de su decisión, sino para evitar el sinsentido de que la medida llegue a ser adoptada sin procurar ningún género de intervención en el proceso de quienes se van a ver directamente afectados por la sentencia. Cierto que la iniciativa judicial en la adopción de la medida descarta cualquier posibilidad de constituir a los abuelos en parte, pues el Juez no puede provocar su intervención. Intervención que, además, sería necesariamente principal, al enfrentarlo a ambas partes procesales. Excluida tal posibilidad, el Juez habrá de velar al menos por su audiencia y la emisión de consentimiento en su presencia, trámites que podrán ser verificados en los plazos antes señalados¹⁰⁶.

104. Sobre la «tercera tesis», *vid.* ALMAGRO NOSETE, J., «Garantías constitucionales del proceso civil», *Justicia*, 1991, pp. 11-41; MONTERO AROCA, J., en *Derecho jurisdiccional. I. Parte general*, 10.ª ed., Valencia, 2000, p. 338.

105. Utilizamos los plazos recogidos en los artículos 771.3 y 770, regla 4.ª, LEC para la práctica de las pruebas que no pudieran practicarse en la comparecencia y en el acto de la vista, respectivamente.

106. *Vid.*, en este sentido, el Fundamento Jurídico cuarto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de octubre de 2004 (JUR 2005/829), a cuyo tenor «En el caso de autos es evidente que existe una grave incongruencia, a juicio de esta Sala, que comporta, necesariamente, tener que declarar la nulidad de la sentencia de instancia; en efecto, la citada resolución, incomprensiblemente, adopta respecto de los menores una decisión sin ni siquiera haber oído a los abuelos paternos a los que se les atribuye la guarda y custodia de dichos menores, y si bien es verdad que ello puede realizarse y que, probablemente, los abuelos paternos estén de acuerdo con tal custodia, no lo es menos que deben ser oídos los mismos sobre tal extremo e, incluso, acordarse, asimismo, vista la situación familiar, la pericial psicológica que determine la verdadera situación de la familia».

Revista de Derecho de

familia

JURISPRUDENCIA

Nulidad de actuaciones y retroacción de los autos al momento anterior a dictar sentencia de apelación en un procedimiento de separación, al haberse prescindido por parte de la Audiencia Provincial de la audiencia del menor cuya custodia fue atribuida en 1.ª Instancia al padre y que la Audiencia Provincial otorgó a la madre.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 152/2005, DE 6 DE JUNIO

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Raquel G.M. formuló el 25 de octubre de 2000 demanda de separación matrimonial por causa legal contra don Miguel Ángel P.G. En la tramitación de las medidas cautelares el Juez de instancia oyó en exploración, el 26 de abril de 2001, al menor Alberto R. G., nacido el 2 de diciembre de 1993, recabando, tras la misma, informe psicológico de aquél en el que la psicóloga aconsejó que se otorgara la guarda y custodia de los menores al padre. El 30 de abril de 2001, cuando sus hijos menores Alberto R. G. y Natalia R. G. (nacida el 16 de octubre de 1999) contaban siete y un año de edad, respectivamente, se dictó Auto acordando medidas provisionales consistentes en la separación provisional de los cónyuges, atribución de la guarda y custodia de los hijos menores al padre bajo la potestad compartida de ambos progenitores, atribución a los hijos menores y al padre del disfrute de la vivienda familiar, régimen de visitas, contribución de la madre a la alimentación de sus hijos, pago de las deudas y amortización de la hipoteca del domicilio familiar compartidos, y otorgamiento del uso del vehículo familiar al esposo.
- Finalizado el período probatorio, en el que se practicaron informe psicosocial por el equipo adscrito a los Juzgados de Familia, así como informe clínico sobre la personalidad del Sr. P.G., el Juzgado de 1.ª Instancia dictó Sentencia, el 19 de diciembre de 2002, en la que se acordó elevar a definitivas las medidas provisionales previstas en el Auto citado. Respecto a la guarda y custodia de los hijos del matrimonio se afirmaba allí que, habida cuenta de la contradicción en el informe psicosocial realizado y aportado como prueba, se acordaba su atribución al esposo, por entender que así lo aconsejaban el mantenimiento del *statu quo* y la estabilidad emocional y ambiental de los mismos.
- Doña Raquel G.M. se alzó en apelación contra dicha Sentencia, que fue estimado por la de 29 de julio de 2003 de la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictada sin que los menores fueran oídos, pesa a que la Sentencia modificaba la atribución de la guarda y custodia de los hijos, otorgándosela a la madre y privando de ella al padre.
- Contra esta Sentencia promovió el Ministerio Fiscal un incidente de nulidad de actuaciones por entender que era incongruente al no resolver sobre alimentos ni sobre el régimen de visitas; que vulneraba el derecho fundamental de los menores a la integridad física y moral y a la tutela judicial efectiva, por no haber sido explorados por la Sala; que incurría en falta de motivación; y que vulneraba del derecho del hoy demandante de amparo a no ser discriminado por razón de sexo.

- ⊙ La Audiencia, tras estimar en parte el incidente de nulidad de actuaciones, dictó nueva Sentencia el 25 de febrero de 2004, por la que fija la pensión de alimentos para los menores y el derecho de visitas, pero mantiene la atribución de la guarda y custodia de los hijos a la madre, confirmando los mismos fundamentos de la anterior Sentencia al respecto, por entender que no se violaban los derechos fundamentales a que se refería el escrito del Ministerio Fiscal, añadiendo que no tenía por qué explorarse al menor Alberto R.G., porque no había sido explorado en 1.ª Instancia.
- ⊙ Don Miguel Ángel P.G. interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que acordó anular las Sentencias de la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de julio de 2003 y 25 de febrero de 2004 y retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictarse las citadas Sentencias para que, antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Motivos del recurso de amparo.

Para el demandante de amparo las Sentencias recurridas han vulnerado en relación a sus hijos menores, en primer lugar el artículo 15 en relación con el artículo 24 CE, porque no se ha tenido en cuenta la voluntad del menor de más edad, cuando éste posee juicio suficiente. Al no practicar la oportuna audiencia se lesiona el derecho fundamental del menor a la tutela judicial efectiva. Si al mismo tiempo se modifica la custodia y no se tiene en cuenta su opinión, se vulnera el derecho de los menores a la integridad física y moral. Por otra parte, al tratarse de una modificación que afecta a la esfera personal y familiar del menor, éste debe, necesariamente, ser oído con el fin de hacer efectivo el derecho recogido en el artículo 9 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor. La Sala debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, pues el mismo, además de tener suficiente juicio, ya había sido explorado por el Juez de 1.ª Instancia, por el equipo psicosocial y por el Centro de Psicología Clínica y Mediación Familiar. La exploración del menor en este supuesto es sumamente relevante ya que de la misma se podrían derivar consecuencias que afectarían a otro de sus derechos fundamentales como es el de la integridad física y moral.

Se produce también, a su juicio, una lesión del derecho a la igualdad que garantiza el artículo 14 CE, puesto que la Sala, al atribuir la custodia a la madre, parte de un apriorismo cual es la convicción de que ésta, por el mero hecho de ser mujer, está más capacitada para cuidar de los menores que el padre y de que aporta a éstos mayor estabilidad emocional. La decisión de la Sala no está fundada

en elementos objetivos y razonables, sino en una interpretación discriminatoria para con el padre, carente por completo de razonabilidad, interpretación que se constituye en la única razón para el cambio de la guarda y custodia, de ahí la relevancia constitucional de la discriminación denunciada.

Finalmente, aduce el demandante de amparo una vulneración de su derecho, y el de sus hijos menores, a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) por ausencia de motivación de la Sentencia de la Audiencia Provincial, ausencia de motivación que se deriva del hecho de que la fundamentación de aquélla bascula sobre dos errores patentes, a saber: a) la Sala justifica la no exploración del menor en la apelación en que no fue oído en la 1.ª Instancia, cuando consta que sí lo fue; y b) la Sala afirma que la Sentencia de 1.ª Instancia atribuyó la guarda y custodia al padre como consecuencia del trabajo de la madre, cuando ni el Auto de medidas ni la Sentencia recogen dicha argumentación como causa de la decisión. Al constituir el fundamento último del fallo revocatorio dictado en apelación un patente error respecto de las actuaciones de 1.ª Instancia, nos encontramos ante una falta de motivación de dicho fallo. Se produce un error patente imputable exclusivamente al Juzgador y que produce efectos muy negativos en la esfera del ciudadano. La Sala no ha contado con nueva práctica de prueba que justifique su apartamiento de la tesis de la instancia, avalada por la valoración de toda la prueba practicada y con la ventaja de la inmediatez.

2. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal razona, en primer término, que la supuesta lesión del artículo 15 CE es incon-

sistente toda vez que no se alcanza la razón por la que, en este caso, la atribución de la custodia a uno u otro progenitor puede quebrantar la integridad moral de los menores, habida cuenta del informe ambiguo de los psicólogos y la trabajadora social.

La lesión del derecho a una tutela judicial efectiva, del artículo 24.1 CE, ha de conectarse por tanto, a la falta de audiencia del menor Alberto R. G. en la apelación y en los errores patentes que se denuncian de la Sentencia, que abocan a una motivación errada, o al menos basada en datos no contrastados. Ni es cierto que el menor no fue oído en 1.ª Instancia, ni existen datos objetivos y formalmente plasmados en la Sentencia del Juez para afirmar, como lo hace la Audiencia Provincial, que la atribución de la custodia al padre fue debida al trabajo de la esposa. Para el Ministerio público, y respecto al primer problema, la aplicación al presente caso de la doctrina contenida en la STC 221/2002, de 25 de noviembre, determina que, contrariamente a lo que se afirma por la Audiencia Provincial, es obligada la audiencia de los menores en supuestos como el aquí enjuiciado, en el que el resultado afectaba a su esfera personal y familiar, por cuanto suponía el cambio de persona encargada de su guarda y custodia. A ello habría que unir la edad del menor Alberto P. G. en la época en que se suscita su exploración, que —dice el Ministerio Fiscal— era de 11 años, edad en la que entiende presumible el suficiente juicio para expresar su parecer sobre el cambio de custodia. Concluye el Fiscal que la falta de audiencia, que no se justifica por las razones aparentes que se dan, produjo la lesión de la tutela judicial efectiva del recurrente.

Rechaza, por otro lado, la relevancia a efectos de amparo de diversos errores patentes —audiencia del menor en 1.ª Instancia y atribución de la custodia al padre por razón del trabajo nocturno de la madre— puesto que, aunque cumplan algunos de los requisitos establecidos por nuestra jurisprudencia, no resultan haber sido los únicos determinantes del cambio de custodia en la Sentencia de apelación, por lo que no aprecia enlace causal entre los errores y el fallo, que exige la doctrina de este Tribunal.

Respecto a la supuesta lesión del principio de igualdad garantizado en el artículo 14 CE, argumenta el Fiscal que la decisión de la Sala de cambiar la guarda y custodia no está basada exclusivamente en la condición femenina de la madre, por lo que el elemento que se presenta como discriminador no es el único que opera. La supuesta atribución de mayor estabilidad emocional a un menor por la condición femenina de la madre a quien se atribuye la custodia es una «frase desafortunada», que no incide como única argumentación en el fallo, lo que priva de relieve constitucional a su apreciación como elemento discriminatorio.

Concluye pidiendo que se dicte Sentencia otorgando el amparo y anulando las Sentencias dictadas por la Audiencia Provincial para que la misma Sala acuerde la audiencia del menor Alberto P.G., o de los dos menores —pues debería oírse también a la menor Natalia R.G. si, llegado el momento, tiene suficiente juicio para ser explorada sobre el cambio de guarda y custodia.

3. Alegaciones de la madre.

El 8 de marzo de 2005 formuló sus alegaciones la representación procesal de doña Raquel G.M. Empieza discutiendo la versión de los hechos recogida en la demanda de amparo, pues, a su juicio, es evidente la intención del recurrente de tergiversar los mismos. Sostiene: a) que fue ella la que dio el primer paso para separarse del Sr. P.G.; b) que no es cierto que en la fase probatoria del pleito principal el Juzgado procediese a la exploración del menor Alberto P.G., sino que la exploración se produjo con fecha 26 de abril de 2001, en la pieza separada de adopción de medidas provisionales, fecha en la que el menor contaba con 7 años de edad; c) que tampoco es cierto que ella manifestase que el Sr. P.G. es el padre idóneo para ocuparse de sus hijos; d) que es evidente la relevancia que tuvo su horario laboral para atribuir la guarda y custodia al Sr. P.G. y no a ella, sin que exista error en la Sala al valorarlo así; y e) que la decisión de la Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla está basada en una valoración de las diversas pruebas que no puede ser cuestionada en el presente recurso de amparo.

En cuanto a las cuestiones jurídicas contenidas en la demanda, la Sra G.M. manifiesta: a) que se habría vulnerado el artículo 15 CE si no se hubiese procedido al cambio de guardia y custodia; b) que, pese a lo que pretende hacer creer el recurrente, no es cierto que se prime a la madre por su condición sexual, sino que se da una serie de circunstancias que hacen más apropiado atribuir la guarda y custodia de los menores a la madre, de manera que debe rechazarse la alegación del demandante de amparo de que se le ha discriminado por razón de sexo; c) que, respecto a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, que es falso que el menor haya manifestado su deseo de vivir con su padre y no con su madre y que no se han producido los errores alegados por el demandante de amparo, sin que pueda reputarse como error que el menor no fue oído en el pleito principal y que la atribución de la guarda y custodia de los menores al padre fue debida al trabajo de la esposa; y d) no era necesario que en la segunda instancia se hubiese practicado nueva prueba, puesto que ya se practicó en 1.ª Instancia prueba suficiente a juicio de la Sala, sin que el hecho de que la Sala haya llegado a una conclusión distinta a la del recurrente pueda dar lugar a entender

que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo tenerse en cuenta que éste pudo proponer nueva prueba en la segunda instancia, sin que lo hiciera. No cabría concluir que se produzca violación de los derechos reconocidos en el artículo 24.1 CE si los mismos medios de prueba que llevan a un órgano judicial a dictar un determinado fallo conducen al Tribunal de apelación a un resultado distinto. Concluye solicitando se dicte Sentencia que, desestimando el recurso interpuesto, deniegue el amparo solicitado.

4. Razonamientos jurídicos del Tribunal Constitucional para estimar el recurso de amparo.

Entrando en el examen de lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se nos invoca es claro que esta primera queja del recurrente tiene consistencia y debe ser acogida en esta sede de amparo. Consta que el menor fue oído en instancia, en contra de lo que la Sentencia de la Audiencia recurrida asevera en forma equivocada, puesto que aunque no lo fuera en el pleito principal, como alega la representación de la demandada, sí se le exploró en el procedimiento que llevó a dictar las medidas provisionales (Auto de 30 de abril de 2001) que posteriormente serían elevadas a definitivas por la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla de 19 de diciembre de 2002.

Nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido,

además, por el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el artículo 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor). La Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, debe apreciarse ya la vulneración del artículo 24.1 CE, como hicimos en su momento en el caso que dio origen a la STC 221/2002, de 25 de noviembre, por las razones que se expresan en su fundamento jurídico 5.

Comprobada la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del menor Alberto R.G., será de añadir que, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, dicho derecho a ser oído debe ahora extenderse a su hermana pequeña Natalia R. G., al haber alcanzado ésta la edad necesaria para que también sea tenida en cuenta su opinión.

Procede, pues, otorgar parcialmente el amparo solicitado, anulando las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla a las que se ha hecho repetida referencia, y retro trayendo las actuaciones al momento anterior a aquel en que éstas se dictaron, para que, por parte de este órgano judicial, se dé audiencia sobre la atribución de guarda y custodia a los menores implicados, de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, antes de resolver definitivamente el recurso de apelación interpuesto.

Al acoger la queja examinada, con la consiguiente retroacción de las actuaciones, se hace innecesario pronunciarse sobre las restantes vulneraciones atribuidas por el demandante de amparo a las Sentencias recurridas.

Inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 136 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PLENO, SENTENCIA 156/2005, DE 9 DE JUNIO

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Don Salvador F.M. interpuso demanda de menor cuantía contra quien fuera su esposa doña Ángeles M.P. y contra su hija doña Ana Vicenta F.M., impugnando la paternidad matrimonial de ésta, nacida el 19 de septiembre de 1977 e inscrita en el Registro Civil el 21 de septiembre de 1977

por el demandante mediante exhibición del libro de familia, que ha dado lugar a los autos del juicio declarativo ordinario de menor cuantía núm. 259-2000 del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Gandía. El actor fundamentó su pretensión, en síntesis, en que en el mes de octubre de 1999 tuvo conocimiento de que doña Ana Vicenta F.M., de 22 años de edad, no era hija suya, como había creído hasta entonces, sino de otro hombre con el que su ex esposa había mantenido relaciones. El actor se había casado el 28 de febrero de 1977, estando ella embarazada de su hija. En el momento de interponer la demanda ambos llevaban ya más de dos años separados judicialmente mediante Sentencia de 8 de junio de 1998 del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Gandía. Añadía el demandante que a través de pruebas conseguidas por él mismo, a raíz de las declaraciones de un familiar sobre la prolongada infidelidad de su mujer y la paternidad de otra persona de su hija, podía demostrar que su grupo sanguíneo y el de su hija putativa eran diferentes e incompatibles. Las demandadas no comparecieron tras ser debidamente emplazadas, siendo declaradas en rebeldía. El Juzgado, por Auto de 20 de diciembre de 2000, ordenó el archivo del procedimiento, al apreciar la caducidad de la acción, de conformidad con el artículo 136.1 del Código Civil.

⊙ Interpuesto recurso de apelación por el actor, fue estimado por Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de junio de 2001, ordenando la prosecución del procedimiento, por entender que no cabe apreciar la caducidad de la acción *a limine litis* y menos aún con fundamento en una interpretación rigurosa del artículo 136.1 CC, que podría conllevar un efecto de indefensión vedado por el artículo 24.1 CE.

⊙ Devueltos los autos al Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Gandía, se reanudó el procedimiento, compareciendo en forma la demandada doña Ana Vicente F.M. (aunque no lo hizo su madre) y proponiéndose por el actor, y admitiéndose por el Juzgado, como prueba la pericial biológica del actor y su hija. Fue practicada por el Instituto Nacional de Toxicología, que informó en el sentido de que los resultados obtenidos excluyen la paternidad del Sr. F.M. respecto de quien figura como su hija, doña Ana Vicente F.M.

⊙ En Auto de 13 de mayo de 2003 el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Gandía acuerda plantear al Tribunal Constitucional la cuestión del tenor literal siguiente: «¿El primer párrafo del artículo 136 del Código Civil, redactado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto impide al marido impugnar su paternidad matrimonial una vez transcurrido un año desde la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, incluso cuando las pruebas o indicios de que la paternidad no es cierta se hayan obtenido con posterioridad, es contrario al apartado 1 del artículo 24 de la Constitución Española?».

⊙ El Tribunal Constitucional estimó la cuestión y declaró la inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 136 del Código Civil.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fundamentos del auto planteando la cuestión de inconstitucionalidad.

El Juzgado fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en las consideraciones que seguidamente se resumen:

a) Comienza por referirse a los presupuestos procesales, señalando que éstos se cumplen, toda vez que el precepto cuestionado, artículo 136.1 CC, es una norma con rango de ley, postconstitucional,

y la cuestión se plantea cuando el procedimiento está concluso y dentro de plazo para dictar sentencia, pudiendo resultar contrario al artículo 24.1 CE.

b) Seguidamente se refiere al denominado juicio de relevancia, en cuanto requisito de procedibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Al respecto señala que la primera de las cuestiones que debe resolverse en el proceso *a quo* es la relativa a la de caducidad de la acción ejercitada por el

demandante, pues en caso de ser apreciada la caducidad no sería necesario entrar en la cuestión de fondo planteada. Teniendo en cuenta que el artículo 136.1 CC establece que «el marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil», y la acción se ejercita en este caso veintitrés años después de producirse la inscripción, el referido plazo ha transcurrido, pues, con creces.

c) El órgano judicial proponente recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso a derechos e intereses legítimos. Duda de la compatibilidad del artículo 136.1 CC con este derecho por dos razones combinadas: de una parte, la brevedad del plazo que se le concede al marido para impugnar su paternidad matrimonial, que es de un año desde el nacimiento o desde que tuvo conocimiento de él; de otra que el precepto no tiene en cuenta para el cómputo del plazo de caducidad de la impugnación el hecho de que el padre contara o no con pruebas o indicios de que la paternidad no le correspondía. No se trataría de un límite absoluto, sino de un obstáculo desproporcionado al ejercicio legítimo de la acción de impugnación.

d) Continúa razonando el Juzgado proponente de la cuestión que la redacción del precepto no consiente una interpretación del mismo conforme a la Constitución. Puesto que el legislador ya ha establecido expresamente una excepción al cómputo del plazo de un año desde la inscripción del nacimiento, resulta difícil introducir interpretativamente una segunda excepción. Cualquier interpretación del precepto que permitiera al Juzgado entrar en el fondo del asunto implicaría una inaplicación de la norma que le está vedada. No se le escapa al juez que pueden existir razones que justifiquen la decisión de legislador de disponer un plazo tan corto para la acción. Pueden incardinarse además en el artículo 39 CE en cuanto proclama la protección integral de los hijos. Este hipotético conflicto entre dos principios únicamente podría ser resuelto por el Tribunal Constitucional, que es el único autorizado a revisar el acierto del legislador al ponderar ambos principios.

e) Finalmente señala que la cuestión planteada no ha sido previamente resuelta por el Tribunal Constitucional, si bien ha sido admitida a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 929/1996 sobre el mismo precepto, artículo 136.1 CC, que se encuentra pendiente de resolución y a la que podría acumularse la presente, si fuese admitida. Por otra parte el Tribunal Constitucional, por ATC 57/1999, declaró terminada por carencia sobrevenida de objeto (al producirse la modificación legal

del precepto cuestionado) otra cuestión de inconstitucionalidad (se refiere a la núm. 4197/1994) referida al artículo 12.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones, de redacción idéntica al artículo 136.1 CC.

2. Alegaciones del Abogado del Estado.

Por escrito registrado también el 2 de octubre de 2003 el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, se opone a la referida cuestión formulando sus alegaciones correspondientes. Comienza por delimitar el objeto de la cuestión, señalando que el Auto de planteamiento no deja del todo claro el texto o parte del texto del precepto que habría de quedar afectado, por lo que el Abogado del Estado entiende que acaso se trate de eliminar la referencia al plazo de un año para impugnar la paternidad matrimonial. Comparte el razonamiento del juez que plantea la cuestión a propósito de la imposibilidad de realizar una interpretación del precepto conforme a la Constitución, de manera que el plazo sólo se computase desde que el padre tenga motivo para sospechar que la paternidad no le corresponde. Sin embargo ello no lo lleva a apoyar los argumentos sobre la inconstitucionalidad de la norma.

El Auto de planteamiento, a su entender, reprocha al precepto que imponga una limitación excesiva, derivada de lo breve que es el plazo en el que se puede ejercer, del derecho de una persona a que se declare que no es progenitor de otra. Frente a ello alega el Abogado del Estado que el derecho a la tutela judicial efectiva está supeditado a la configuración que de él haga la ley, y no al contrario. El órgano judicial ha entendido mal la caducidad, enfrentándola con un concepto sustantivo del derecho a la tutela judicial derivado de la existencia de una prueba física de la imposibilidad de la paternidad. En verdad no puede decirse que los plazos de decadencia de los derechos sean un obstáculo a su ejercicio en el sentido del artículo 24 CE, sino que son supuestos en los que ni siquiera existe un derecho a actuar. Por otro lado, si hubiera que aplicar a la caducidad la exigencia de plena disponibilidad por el perjudicado de las pruebas que permitan el seguro ejercicio de su derecho, la institución apenas tendría aplicación práctica; se trataría de una solución contraria al principio de seguridad jurídica. Acaba interesando que se dicte sentencia que desestime la presente cuestión.

3. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

El Fiscal General del Estado, por escrito ingresado el 9 de octubre de 2003 en el Registro de este Tribunal, dice que procede dictar Sentencia declarando inconstitucional el precepto cuestionado por ser contrario al artículo 24.1 CE. Sobre dicha norma se encuentra pendiente de resolución otra cuestión de inconstitucionalidad, registrada

con el núm. 929/1996, y el Ministerio Fiscal reitera los argumentos que sostuvo en ese asunto. De ese modo considera que el precepto cuestionado lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva porque impide al marido que descubre con posterioridad al año de la inscripción del nacimiento en el Registro que no es el padre biológico acceder al proceso establecido para adecuar la realidad registral a la realidad biológica. El cómputo del plazo de caducidad sin tener en cuenta la posible existencia de vicios de la voluntad a juicio del Fiscal, crea un estado civil que no corresponde con la verdad biológica, y con ello la caducidad se erige en un obstáculo procesal de carácter formalista que determina la indefensión de quien no puede impugnar su paternidad al haber tenido conocimiento de la realidad biológica transcurrido el plazo de un año desde que se produjo la inscripción del nacimiento en el Registro Civil.

Para evitarlo, el Fiscal General del Estado defiende que es posible realizar una interpretación del artículo 136 CC que resulta conforme con la Constitución. Habría que partir del momento en el que se inicia el cómputo de un año para la caducidad de la impugnación de paternidad. Cuando el precepto lo fija en el momento del nacimiento no puede referirse sin más al momento del desprendimiento del feto del seno materno sino que parte de un reconocimiento tácito del padre; este reconocimiento no puede adolecer de vicio alguno para ser válido; por eso el cómputo sólo puede empezar a correr desde que el vicio de la voluntad hubiese desaparecido, que es cuando realmente el padre está en condiciones de impugnar o no la presunción de paternidad establecida por la ley. Termina sus alegaciones afirmando que, a no ser que el Tribunal dicte una sentencia interpretativa en el sentido indicado, procede dictar sentencia declarando inconstitucional el párrafo primero del artículo 136 CC.

4. Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional para estimar la cuestión de inconstitucionalidad.

La presente cuestión de inconstitucionalidad ha sido promovida por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Gandía respecto al párrafo primero del artículo 136 del Código Civil. El órgano proponente duda si este precepto, en cuanto impide al marido impugnar su paternidad matrimonial una vez transcurrido un año desde la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, incluso cuando las pruebas o indicios de que la paternidad no es cierta se hayan obtenido con posterioridad, es contrario al apartado 1 del artículo 24 de la Constitución. Sustenta su duda de inconstitucionalidad en dos razones combinadas: de una parte, la brevedad del plazo que se le concede al marido para impugnar su

paternidad matrimonial, que es de un año desde la inscripción del nacimiento o desde que tuvo conocimiento de él; de otra que el precepto no tiene en cuenta para el cómputo del plazo de caducidad de la impugnación el hecho de que el padre contara o no con pruebas o indicios de que la paternidad no le correspondía. Al no otorgarle trascendencia al conocimiento de la posible falsedad biológica de la paternidad matrimonial el legislador habría introducido, según el Juzgado, un obstáculo desproporcionado al ejercicio legítimo de la acción de impugnación.

En los términos indicados, la cuestión que se plantea es sustancialmente idéntica a la resuelta por este Tribunal en su Sentencia 138/2005, de 26 de mayo, pues tanto el objeto del proceso constitucional como el parámetro constitucional de control de este asunto coinciden con los que integran la decisión que en ella hemos adoptado. Efectivamente, en su fundamento jurídico cuatro hemos dicho que «el artículo 136 CC cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. La imposición al marido de una paternidad legal que, sobre no responder a la realidad biológica, no ha sido buscada (como ocurre en los casos de adopción y de inseminación artificial) ni consentida conscientemente, sino impuesta por una presunción legal (artículo 116 CC), que siendo inicialmente *iuris tantum* (ATC 276/1996, de 2 de octubre, FJ 4) sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento, se transforma en presunción *iuris et de iure*, resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (artículo 39.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción». Habiendo sido, pues, resuelto el asunto en esa Sentencia, procede remitirse al resto de sus razonamientos, mucho más detallados.

En la parte dispositiva de dicha Sentencia se declara la inconstitucionalidad del precepto cuestionado. Ahora bien, como se explica en su fundamentación, esta ilegitimidad constitucional de la norma trae causa de que exige que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil, y no de su duración, a la que se alude en el Auto de planteamiento de

la presente cuestión. La inconstitucionalidad del precepto deriva, como se dijo en el fundamento jurídico cuarto de nuestra decisión, de lo que el precepto cuestionado «tiene de norma excluyente. El enunciado legal, al referirse tan sólo al marido que desconoce el nacimiento del hijo, entraña la exclusión *a contrario* de quien, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, sin embargo desconoce su falta de paternidad biológica, quedando de este modo al margen de la previsión legal. Pues bien, esa exclusión *ex silentio* tiene como consecuencia una imposibilidad real de ejercitar la acción impugnatoria por el marido que adquiere conocimiento de la realidad biológica una vez transcurrido un año desde que se hizo la inscripción registral». Se trata, por tanto, de una omisión del legislador que no puede ser resuelta mediante la anulación del precepto cuestionado sino con la actividad del legislador: «La inconstitucionalidad apreciada exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que trace de forma precisa, en aras de la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) el *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial prevista en el artículo 136 CC, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)» (STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6).

Por eso dijimos también en el fundamento jurídico 6 de la citada Sentencia que «no procede declarar la nulidad de la regla legal que concede hoy al marido la acción de impugnación de la paternidad legal, resultado este que, sobre no reparar en nada la inconstitucionalidad apreciada, dañaría, sin razón alguna, a quienes ostentan, en virtud del artículo 136 CC, una acción que no merece tacha alguna de inconstitucionalidad. La declaración de nulidad de este precepto, consecuente a la declaración de inconstitucionalidad, generaría un vacío normativo, sin duda no deseable».

Siendo así, no puede considerarse que la cuestión que ahora hemos de resolver haya perdido objeto. La pérdida de objeto en la cuestión de inconstitucionalidad implica la radical y absoluta imposibilidad de aplicación de la norma cuestionada, ocasionada por su derogación, modificación o expulsión del ordenamiento (STC 153/1986, de 4 de diciembre, FJ 2). Lo que no ocurre en este caso, ya que no se ha efectuado un pronunciamiento de nulidad del precepto cuestionado.

Consecuencia de todo ello es que debemos remitirnos a nuestro fallo en la citada Sentencia, adoptado en los siguientes términos: «declarar

inconstitucional el párrafo primero del artículo 136 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil».

Voto particular que formulan los Magistrados don Guillermo Jiménez Sánchez y don Javier Delgado Barrio respecto del fallo y de algunos extremos de la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4203-2003

Como se advierte en el fundamento jurídico 2 de la Sentencia frente a la cual se formula este Voto particular, la cuestión que se somete al enjuiciamiento del Tribunal es sustancialmente idéntica a la resuelta en la STC 138/2005, de 26 de mayo, por lo que se estima en ella procedente remitirse en el caso a los razonamientos desarrollados en aquella otra. Asimismo, según precisa el fundamento jurídico 3, de cuyos términos se hace invocación expresa en el fallo, la declaración de inconstitucionalidad por omisión se formula de forma plenamente coincidente con el fallo de la anterior Sentencia.

Habiendo manifestado nuestra disconformidad con el referido fallo y con extremos esenciales de la fundamentación jurídica que lo sustenta en un Voto particular a la Sentencia en la cual se pronunció, entendemos que basta ahora reiterar, con el mayor respeto al criterio contrario de la mayoría, nuestra opinión disconforme con la estimación de esta nueva cuestión de constitucionalidad planteada respecto del artículo 136, párrafo primero, del Código Civil, remitiéndonos, a nuestra vez, para el desarrollo de la argumentación que la sustenta, a lo expuesto en el voto emitido frente a la STC 138/2005.

Firmamos este Voto particular en Madrid, a nueve de junio de dos mil cinco.-Guillermo Jiménez Sánchez.-Javier Delgado Barrio.-Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Eugenio Gay Montalvo respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4203-2003

Con todo respeto a la autoridad de la decisión mayoritaria y de acuerdo con la opción discrepante que defendí en la deliberación, lamento disenter de la decisión adoptada y de su fundamentación y hacer uso de la posibilidad concedida por el artículo 90.2 LOTC.

Mi opinión sobre este tema ya la he expresado con profusión en el Voto que hice a la Sentencia

de Pleno de 26 de mayo de 2005 en la que se resolvía la cuestión de inconstitucionalidad núm. 926/1996, sobre esta misma materia, al que me remito y en el que básicamente afirmaba que debía haberse desestimado la cuestión planteada por ser el artículo 136 del Código Civil conforme con la Constitución.

Por ello, en coherencia con mi anterior Voto, y sin perjuicio del respeto que me merecen las opiniones de la mayoría expresadas en esta y en aquella Sentencia, creo que también aquí debió desestimarse la cuestión planteada.

Madrid, a nueve de junio de dos mil cinco.-
Eugenio Gay Montalvo.-Firmado y rubricado.

Las conductas que se tipifican y las penas previstas en artículo 153 del CP no resultan contrarias al principio de legalidad en su aspecto de proporcionalidad de las penas, y al principio de igualdad, al tratar de forma distinta ciertos supuestos delictivos por el hecho de que se cometan en el ámbito familiar, habida cuenta que el hecho de que la agresión se produzca en el ámbito doméstico y familiar introduce un factor diferencial que justifica el trato diferente y la mayor sanción.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PLENO, AUTO 332/2005, DE 13 DE SEPTIEMBRE

ANÁLISIS DEL CASO

- Sobre las 2,00 horas del día 13 de marzo de 2004, en el domicilio habitual sito en la urbanización Santa Bárbara se dirigió hasta donde se encontraba su mujer M.^a Asunción de la que se encuentra separado aunque siguen viviendo juntos en el mismo domicilio, diciéndole que por qué había cerrado la puerta de entrada, que era «una hija de puta», tirándola contra la pared del cuarto de baño, cogiéndola de los brazos a la vez que le daba un rodillazo en el estómago, causándole lesiones consistentes en dolor en el tórax y contusiones múltiples, que precisaron para su sanidad de una primera asistencia, previéndose por el médico forense que no estará incapacitada para el ejercicio de sus ocupaciones habituales ningún día, ni quedarán secuelas.
- Doña María Asunción contra su cónyuge, de quien se encontraba separada legalmente, don Juan Bautista, por una agresión sufrida en el domicilio conyugal que compartían, se incoaron las Diligencias Urgentes núm. 15/2004 por el Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción núm. 1 de Moncada (Valencia), mediante Auto de 13 de marzo de 2004.
- Por Auto de 13 de marzo de 2004 se acordó el enjuiciamiento rápido del delito y, por otro Auto de la misma fecha, la apertura del juicio oral, por un presunto delito del artículo 153 CP.
- El Ministerio Fiscal formuló acusación contra el denunciado, al que imputa la comisión de un delito del artículo 153 CP, interesando la imposición de una pena de ocho meses de prisión, junto a las accesorias legales de privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la condena en costas, al pago de una indemnización a la víctima de 50 euros por las lesiones sufridas y la prohibición de aproximarse a la víctima a menos de 1.000 metros y al domicilio de la misma durante el período de dos años. El día 14 de julio de 2004 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Constitucional un escrito del Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia por el que se remite, junto al testimonio del Procedimiento Abreviado núm. 143/04, el Auto de 30 de junio de 2004 por el que se acuerda plantear ante este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 153 del Código Penal en la redacción dada al mismo

por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, por su posible contradicción con el principio de legalidad y proporcionalidad de la sanción penal (artículos 1.1, 9.3, 10 y 25 CE).

- ⦿ La acusación particular formuló acusación en los mismos términos que el Ministerio Fiscal. El imputado mostró su disconformidad con la acusación del Ministerio Fiscal, negando los hechos y solicitando la libre absolución.
- ⦿ El día 18 de mayo de 2004 el Juzgado dicta una providencia en la que se acuerda dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que estimaran oportuno sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 153 CP, por su posible contradicción con los artículos 1.1, 9.3, 10, 14 y 25 CE. Entiende el órgano judicial que, en la redacción dada a este precepto por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se están condenando conductas leves, antes tipificadas como faltas de lesiones, malos tratos o amenazas, criminalizándolas con desproporción manifiesta, lo que resulta contrario al principio de legalidad en su aspecto de proporcionalidad de las penas, y al principio de igualdad, al tratar de forma distinta ciertos supuestos delictivos por el hecho de que se cometan en el ámbito familiar.
- ⦿ La acusación particular manifestó su oposición al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, por considerar que no existe contradicción del artículo 153 CP con los principios de legalidad, proporcionalidad e igualdad, destacando que el hecho de que la agresión se produzca en el ámbito doméstico y familiar introduce un factor diferencial que justifica el trato diferente y la mayor sanción.
- ⦿ La defensa del acusado, por su parte, informó favorablemente al planteamiento de la cuestión, haciendo suyos sustancialmente los argumentos del órgano judicial.
- ⦿ El Ministerio Fiscal estimó que no procedía el planteamiento de la cuestión. Rechaza el Fiscal, en primer lugar, la vulneración del artículo 14 CE, porque «la previsión fáctica del precepto penal hace referencia a unas específicas relaciones familiares y afectivas que determinan una diferencia en su tratamiento por parte del ordenamiento jurídico y que ahora se reflejan en el ámbito punitivo». Por otra parte, y en relación a la posible vulneración del principio de proporcionalidad, destaca el Fiscal que la norma penal es idónea para la evitación de las conductas que se tipifican y necesaria ante el fracaso de la anterior configuración de estas conductas como faltas para prevenir su frecuente comisión, sin que pueda apreciarse un desequilibrio patente, excesivo e irrazonable, por lo que tampoco cabe apreciar tal vulneración.
- ⦿ El Tribunal Constitucional inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fundamentación de la cuestión de inconstitucionalidad.

En el Auto de planteamiento de la cuestión el órgano judicial realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones:

a) Comienza recordando el Magistrado proponente que la LO 11/2003 modificó íntegramente el contenido del artículo 153 CP, trasladando la antigua redacción del precepto al artículo 173 CP y tipificando en el artículo 153 CP la anterior

falta de lesiones como delito, por lo que se deja sin contenido el artículo 617 CP en lo relativo a la falta de lesiones o malos tratos entre familiares y se convierte en delito la acción tradicionalmente castigada como falta sobre la base de la especialidad del sujeto pasivo.

b) Las dudas sobre la constitucionalidad del precepto versan precisamente sobre el hecho de que la agravación de unas conductas tradicionalmente consideradas faltas o infracciones leves, y

su consideración como delito, tenga como razón de ser la cualidad del sujeto pasivo, mientras que el mismo tipo de agresiones leves cometidas fuera del ámbito familiar siguen siendo castigadas como falta. Reconociendo el loable fin al que responde tal reforma, dada la frecuencia de tales agresiones y la necesidad de prevenir la violencia doméstica, entiende el Magistrado-Juez proponente que tal fin debe alcanzarse desde el respeto a la Constitución, y tras descartar la vulneración del principio de igualdad (artículo 14 CE), entiende que podrían vulnerarse los artículos 9.3, 10 y 25 CE, por cuanto el principio de legalidad penal incorpora a su contenido la proporcionalidad de las sanciones penales, que no se respetaría en el presente caso, al castigarse como delito en aras de la cualidad de sujeto pasivo lo que constituye una falta, imponiendo una pena de prisión de tres meses a un año, frente a una pena de multa o arresto de fin de semana. Con cita de la STC 161/1997, y fijando como criterio de valoración la existencia de un desequilibrio patente, excesivo e irrazonable entre el precepto penal y la sanción fijada por el legislador, se concluye que en el artículo 153 CP, en la redacción dada al mismo por la LO 11/2003, existe una clara desproporción entre la norma penal y la magnitud de la pena de prisión impuesta (tres meses a un año), al ser ésta muy superior a la correspondiente a la misma conducta realizada sobre distinto sujeto pasivo.

c) En atención a todo lo expuesto el órgano judicial acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 153 CP, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, por su posible contradicción con los artículos 1.1, 9.3, 10 y 25 CE, pues se vulnera el «principio de legalidad y de proporcionalidad de la sanción penal en relación con la conducta tipificada en base a la cualidad del sujeto pasivo», justificando que de la validez del contenido de la norma depende el fallo en el hecho de que es en este precepto en el que el Ministerio Fiscal sustenta la acusación en sus conclusiones definitivas.

2. Informe del Ministerio Fiscal.

Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 8 de julio de 2005 el Fiscal General del Estado formuló sus alegaciones, considerando que esta cuestión de inconstitucionalidad debe ser inadmitida por resultar notoriamente infundada.

El Fiscal General recuerda que el Pleno de este Tribunal, en su ATC 233/2004, de 7 de junio, ha inadmitido, por considerarla notoriamente infundada, una cuestión en la que igualmente se suscitaban dudas de inconstitucionalidad sobre el artículo 153 CP, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003, por vulneración del principio de proporcionalidad de la pena. Y, tras reproducir el fundamento jurídico séptimo de la citada resolu-

ción, concluye que la presente cuestión ha de ser igualmente inadmitida por las mismas razones.

3. Razonamiento del Tribunal Constitucional respecto a la posibilidad de Inadmisión de las cuestiones de inconstitucionalidad.

Conforme a lo establecido en el artículo 37.1 LOTC este Tribunal puede rechazar en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que fueran notoriamente infundadas.

Conviene recordar que es doctrina constitucional reiterada que la expresión «cuestión notoriamente infundada» «encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad» (AATC 165/2001, de 19 de junio, FJ 2; 194/2001, de 4 de julio, FJ 1; 76/2004, de 9 de marzo, FJ 3, entre otros muchos). También debe ponerse de relieve que este Tribunal ha considerado notoriamente infundadas, no sólo las cuestiones de inconstitucionalidad que carecen de toda motivación, sino también aquellas en las que el órgano judicial ha efectuado una interpretación del precepto legal cuestionado arbitraria o irrazonable o simplemente que se aparta de la comúnmente realizada por los Tribunales de Justicia, así como las que el Tribunal considera *a limine* inviables. Como ha señalado el ATC 165/2001 «existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria» y en tales supuestos el Tribunal ha entendido que puede resultar conveniente resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de múltiples procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada (en el mismo sentido ATC 389/1990, de 29 de octubre, FJ 1; 134/1995, de 9 de mayo, FJ 2; 380/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 229/1999, de 28 de septiembre FJ 2; 119/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 311/2000, de 19 de diciembre, FJ 3; 46/2001, de 27 de febrero, FJ 2; 47/2001, de 27 de febrero, FJ 3, y 76/2004, de 9 marzo, FJ 3).

Esto es lo que sucede en el presente caso, en el que la falta de viabilidad de la cuestión suscitada puede apreciarse en este examen preliminar, al poder concluirse sin mayor esfuerzo argumental que la norma impugnada no incurre en la inconstitucionalidad en la que el órgano judicial fundamenta su duda (ATC 289/1999, de 30 de noviembre, FJ 3, entre otros muchos).

4. Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional para inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

La presente cuestión es sustancialmente coincidente —como ha puesto de relieve el Fiscal General del Estado— con la CI 458/2004, inadmitida por ser notoriamente infundada por Auto de este Tribunal 233/2004, de 7 de junio, en la que se planteaba igualmente la posible inconstitucionalidad del artículo 153 CP en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003 por vulneración del principio de proporcionalidad de las penas, en conexión con el artículo 25.1 CE.

Ciertamente existen diferencias de planteamiento entre ambas, pues en la CI 458/2004 el órgano judicial cuestionaba la necesidad y proporcionalidad de la pena privativa de libertad para el castigo de conductas que en la regulación anterior (artículo 617 CP) eran consideradas faltas cuando se produjeran en el ámbito doméstico y en atención a la relación especial existente entre los sujetos pasivos y el agresor —planteamiento coincidente con el de la actual cuestión—, pero centrándose fundamentalmente en lo que denominaba «malos tratos de carácter venial cometidos en las relaciones familiares», esto es, en los supuestos de malos tratos más leves o que no causan lesiones, que constituyen sólo algunas de las conductas tipificadas en el artículo 153 CP, las menos graves. Por el contrario el planteamiento de la actual cuestión no establece diferencias entre las diversas modalidades típicas, cuestionando con carácter general la proporcionalidad de la sanción de conductas que en la regulación anterior eran constitutivas de meras faltas y en la dada por la LO 11/2003 pasan a constituir delito en atención al ámbito doméstico en el que se producen y a la cualidad del sujeto pasivo.

No obstante tales diferencias de planteamiento la respuesta dada en aquel caso resulta aplicable a éste, puesto que habiendo declarado este Tribunal que, ni siquiera en los supuestos menos graves de los contemplados en el artículo 153 CP, puede apreciarse la denunciada vulneración del principio de proporcionalidad de las sanciones penales, menos aún podrá predicarse la desproporción de la sanción respecto del resto de las conductas, las más graves, dado que todas ellas se sancionan con la misma pena. En definitiva, del razonamiento de este Tribunal en el ATC 233/2004 puede concluirse que la duda acerca de la constitucionalidad del citado precepto en cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción ha quedado resuelta respecto de todas las modalidades típicas.

El ATC 233/2004, de 7 de junio, acuerda la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad 458/2004, por ser notoriamente infundada, con la siguiente fundamentación jurídica:

«3. En la determinación de la viabilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad en cuanto al tema de fondo suscitado es necesario traer a colación la doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad de las penas, recogida principalmente y en toda su extensión en las SSTC 55/1996, de 8 de marzo (FFJJ 6 a 9); 161/1997, de 2 de octubre (FFJJ 8 a 13), y 136/1999, de 20 de julio (FFJJ 22 a 30).

a) El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales, de modo que si se aduce la existencia de desproporción debe alegarse primero, y enjuiciarse después, en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados. En este sentido este Tribunal tiene declarado en las referidas Sentencias que es el de los derechos fundamentales el ámbito en el que normalmente y de forma particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad y, más concretamente, que en materia penal el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos que la Constitución garantiza puede producirse, bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal, o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito.

En este caso en el que el órgano judicial proponente lo que plantea es la posible desproporción de la extensión de la pena de privación de libertad en relación con algunas de las figuras delictivas que se tipifican en el precepto legal cuestionado, es evidente, frente a la cita que se hace en el Auto de planteamiento de los preceptos constitucionales supuestamente infringidos, que la pretendida desproporción afecta, como precisa también el Fiscal General del Estado, al artículo 25.1, en relación con el derecho a la libertad personal recogido en el artículo 17, ambos CE.

b) El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento inculpa debe partir en esta sede constitucional de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de esta potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. De ahí que, en concreto, la relación de proporción

que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad, que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que ha de atender, no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera, y que podrían catalogarse como funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la combinación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.–, y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena.

El juicio que procede en esta sede, en protección de los derechos fundamentales, debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca “un patente derroche inútil de coacción que convierte a la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” (STC 55/1996, FJ 8), o una “actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona” (STC 55/1996, FJ 9) y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma. “Lejos (pues) de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma” (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, FJ 23).

Expresado en síntesis, cabe afirmar la proporcionalidad de una sanción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena además habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada. En suma, para determinar si el legislador ha incurrido en un

exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos o mediatos de protección de la misma son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes. En segundo lugar deberá indagarse si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto cuestionado. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesaria, cuando “a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador. Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concorra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (SSTC 55/1996, FF JJ 8 y 9; 136/1999, FJ 23).

4. A la luz de la doctrina constitucional expuesta ha de examinarse la duda de constitucionalidad que al órgano judicial le suscita el artículo 153 CP en la redacción vigente dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Como se indica en su exposición de motivos, con el artículo 153, junto con otros preceptos también objeto de la mencionada reforma, el legislador ha pretendido afrontar y combatir el fenómeno de la violencia doméstica, que “tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar” y “es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de esos delitos”. Al respecto, los delitos relacionados con la violencia doméstica son objeto de preferente atención en la citada reforma

legislativa, a fin de que “el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos”, para lo cual se incrementa “de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que pueden afectar al bien jurídico protegido”. En concreto, en el artículo 153 CP el legislador ha procedido a incluir en él “las conductas consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, (que) cuando se cometan en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas” (Exposición de Motivos III).

En otras palabras, con la vigente redacción del artículo 153 CP el legislador ha elevado a la categoría de delito conductas contempladas como faltas en la regulación anterior del Código Penal (artículo 617) cuando se cometan contra alguna de las personas que se citan en el artículo 173.2 CP, elevándose también, en consecuencia, la sanción a imponer en atención al ámbito doméstico en el que aquellas conductas se producen; esto es, al círculo o relación especial que existe entre los sujetos pasivos y el agresor.

5. El órgano judicial proponente en ningún momento cuestiona en el Auto de planteamiento la relevancia social ni la entidad constitucional de los bienes o intereses que el precepto examinado pretende proteger, así como tampoco la idoneidad de las sanciones previstas, sino únicamente y en relación con determinadas figuras delictivas tipificadas en el precepto la necesidad de la pena de privación de libertad y su proporcionalidad en sentido estricto.

Aunque la duda de constitucionalidad se contrae a los aspectos indicados, no puede dejar de resaltarse desde nuestro específico control de constitucionalidad, ante el problema social de primera magnitud que en nuestro país representa la violencia doméstica, la relevancia social de los bienes o intereses que el precepto pretende proteger, constituidos no sólo por la libertad y la integridad psíquica y física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica, así como su directa y estrecha conexión con principios y derechos constitucionales, como la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE), o, también entre otros, la protección de la familia (artículo 39). Asimismo tampoco cabe dudar de la idoneidad de las sanciones previstas en el precepto cuestionado, al tratarse de medidas que con toda seguridad pueden contribuir a evitar, como con ellas y en especial con la pena de prisión ha pretendido el legislador según ha quedado explicitado en la Exposición

de Motivos de la Ley, la realización de actos de violencia doméstica, persiguiendo en lo posible su erradicación, y a alcanzar y asegurar la mejor y más adecuada protección de las víctimas y una pacífica convivencia en el ámbito doméstico.

6. El órgano judicial proponente cuestiona, en primer término, como ya se ha indicado, la necesidad de la pena de prisión en relación con algunas de las conductas delictivas tipificadas en el precepto legal, al considerar que existen medios alternativos suficientes para la consecución de la finalidad perseguida por el legislador de castigar el ilícito y pacificar las relaciones entre los sujetos descritos en la norma, al margen de la pena privativa de libertad.

Ha de recordarse al respecto que el control de constitucionalidad sobre la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero con la misma eficacia tiene un alcance y una intensidad muy limitados, so pena de arrogarse este Tribunal un papel de legislador imaginario que no le corresponde, y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido, de modo que sólo si a la luz de un razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de las sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo del derecho para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento. Por ello desde la perspectiva que ahora nos ocupa la tacha o el reproche de desproporcionalidad sólo será aplicable cuando las medidas alternativas sean palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critica por desproporcionada (SSTC 55/1996, FJ 8; 161/1997, FJ 11; 136/1999, FJ 28).

Para rechazar en el extremo que ahora nos ocupa la duda de constitucionalidad del órgano judicial basta con reparar, en primer término, y como pone de manifiesto el Fiscal General del Estado, en que al respecto el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se muestra huérfano de todo razonamiento, pues ni siquiera se indica o menciona en aquél medida alternativa alguna a la pena de prisión prevista por el legislador, ni nada se argumenta, por tanto, sobre la existencia de medida de menor intensidad y de una funcionalidad similar a la legalmente establecida; en segundo lugar, que la pena de prisión no es la única que como pena principal se recoge en el precepto legal cuestionado, sino que, por el contrario, como permite apreciar su lectura, tiene como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comuni-

dad, de modo que en ningún caso la pena de prisión es de imposición obligatoria; y, en tercer lugar, que las conductas que se sancionan en el precepto en ningún caso constituyen ni resultan amparadas por el ejercicio legítimo de algún derecho proclamado en la CE, de modo que “no estamos ante un ámbito tutelado por esos derechos fundamentales y, en consecuencia, la protección frente a sacrificios innecesarios o excesivos es sin duda menor” (STC 136/1999, FJ 28). La concurrencia de las circunstancias expresadas, junto a la importancia de los bienes e intereses que pretende tutelar el precepto penal cuestionado y al control de constitucionalidad reservado a este Tribunal en este ámbito, conducen a concluir que no puede prosperar la duda de constitucionalidad del órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad en el sentido de considerar que la pena de prisión prevista por el legislador resulte innecesaria.

7. Por último el órgano judicial estima desproporcionada en su extensión o duración la pena de prisión de nueve meses a un año prevista en el precepto cuestionado para los malos tratos domésticos que califica de carácter venial o que no causan lesiones, cuando los mismos tengan lugar en el domicilio común del agresor y de la víctima, en el de ésta o en presencia de menores.

El juicio estricto de proporcionalidad, que es el aspecto ahora cuestionado, es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir –y, en general, los beneficios que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales– y la gravedad de la pena que se impone –y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales– (STC 136/1999, FJ 29). Juicio, hemos de recordar una vez más, que corresponde al legislador en el ejercicio de su actividad normativa, que se rige, por lo demás, a la hora de delimitar el marco abstracto de la pena que se establece para un determinado tipo delictivo, por una multiplicidad de criterios que debe conjugar. No obstante, esa relación de proporcionalidad en ningún caso puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona. Sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional, debiendo partirse para su realización de pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa (STC 55/1996, FJ 9).

Pues bien, para rechazar también en este aspecto la duda de constitucionalidad del órgano pro-

ponente es suficiente con poner de manifiesto, en primer término, la falta de un mínimo razonamiento o argumentación en el Auto de planteamiento de la cuestión que sirva de sustento a la apodíctica afirmación de que la pena de prisión prevista puede resultar desproporcionada en su extensión, así como, en segundo lugar, y como ya se ha indicado, que la pena de prisión no es la única que como pena principal se prevé en el precepto legal cuestionado, sino que, por el contrario, como permite apreciar su lectura, tiene como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que en ningún caso la pena de prisión es de imposición obligatoria. Ambas circunstancias, unidas a los importantes bienes e intereses protegidos por el precepto legal cuestionado, y a pesar de la indudable severidad sancionadora que puede suponer cuando se imponga la pena de prisión, no permiten apreciar en este caso un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre el desvalor de la conducta y la sanción, que conduzca a afirmar la infracción constitucional que asevera el órgano judicial.

Al alcanzar esta conclusión, en modo alguno puede obviarse que la dimensión que el fenómeno social de la violencia doméstica reviste actualmente en nuestro país ha obligado al legislador a reformar la legislación penal, al objeto de incluir y tipificar como delito, como se indica explícitamente en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, “todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido” por el tipo penal, de modo que no quedaran fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de conducta violenta en el ámbito doméstico. Tal respuesta penológica, como señala el Fiscal General del Estado, no sólo no se aparta de los valores constitucionalmente tutelados por la norma, sino que persigue una mayor y más eficaz protección de los mismos ante la envergadura que en nuestra sociedad ha adquirido la violencia doméstica y la percepción social de la escasa respuesta punitiva existente ante dicho fenómeno y, por consiguiente, de la insuficiente protección conferida a las víctimas. Pero además el legislador ha combinado esta ampliación con la puesta a disposición del órgano judicial de resortes necesarios, como lo es la alternativa entre la pena prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad, a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de esas conductas de violencia doméstica; esto es, para atemperar la sanción penal a la entidad de las conductas de violencia doméstica, que si bien en unas ocasiones pueden revestir menor trascendencia que en otras en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes.»

Del mismo modo, en la presente cuestión, frente a la apodéctica afirmación del órgano judicial de que existe un desequilibrio patente, excesivo e irrazonable entre las conductas tipificadas en el artículo 153 CP y la sanción impuesta, utilizando como único argumento el hecho de que tales conductas fueran constitutivas de falta y tuvieran una pena sensiblemente menor en la anterior regulación, y de que sigan siendo constitutivas de faltas actualmente cuando se producen fuera del ámbito familiar, resultan oponibles las razones expuestas: a la vista de la relevancia social y la entidad constitucional de los bienes jurídicos que el precepto tutela y de la idoneidad de las sanciones en él previstas para prevenir tales conductas (nada de lo cual se cuestiona tampoco en el presente caso), y ante la inexistencia de medidas alternativas de menor intensidad coactiva, pero igualmente eficaces para conseguir la finalidad legítimamente

deseada por el legislador (respecto de lo cual el órgano judicial no menciona medida alguna, limitándose a referirse a la antigua regulación, que la práctica ha demostrado palmariamente ineficaz, a la vista de las dimensiones que el fenómeno de la violencia doméstica ha alcanzado en los últimos años, como se reconoce en el Auto de planteamiento), ha de concluirse que la tipificación de tales conductas como delitos, estableciendo como sanción principal a las mismas no sólo la pena de prisión, sino como alternativa a ella la de trabajos en beneficio de la comunidad (lo que permite atemperar la sanción penal a la gravedad de la conducta), no vulnera el principio de proporcionalidad, al no poder constatarse un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta.

No existe ninguna vulneración constitucional porque no se haya concedido indemnización a la esposa de un lesionado en accidente de circulación que sufrió graves secuelas, entre ellas dificultad para mantener relaciones sexuales, habida cuenta que en caso de supervivencia de la víctima del accidente de circulación sólo ésta tiene la condición de perjudicado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 230/2005, DE 26 DE SEPTIEMBRE

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ El 18 de diciembre de 1993 se produjo un accidente de tráfico en el que un señor sufrió distintas lesiones de las que devinieron severas secuelas, entre ellas dificultad de mantener relaciones sexuales, de modo que sólo mediante la ayuda de remedios médicos *ad hoc* podría llevarlas a cabo.
- ⊙ Por tales hechos se siguió ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Gavá el juicio de faltas núm. 9/1994, en el que se dictó Sentencia el 17 de enero de 1996 por la que se condena a la conductora responsable del accidente a una pena de multa de 50.000 pesetas, así como a indemnizar por diversos conceptos al accidentado y, en lo que aquí importa, a indemnizar también a su esposa, como perjudicada, en la suma de 7.000.000 de pesetas, declarando responsable civil directo a la compañía aseguradora Catalana Occidente, SA, seguros y reaseguros.
- ⊙ Contra la anterior Sentencia, en el extremo referente a las indemnizaciones fijadas, recurrieron en apelación la compañía aseguradora, por considerarlas excesivas, y el accidentado y su esposa, por considerarlas insuficientes. La Sentencia de 13 de enero de 1997, dictada en el rollo de apelación núm. 294/1996 por la Audiencia Provincial de Barcelona, desestimó el recurso de los cónyuges y estimó parcialmente el recurso de la compañía aseguradora, procediendo, en lo que importa al presente recurso, a excluir de la indemnización a la esposa al negar su carácter de perjudicada en aplicación de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de los vehículos a motor, en la redac-

ción introducida por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, tal y como propugnaba la compañía aseguradora.

⊙ Doña Carmen, esposa del lesionado, interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Motivos del recurso.

La demanda de amparo se sustenta, en su mayor parte, en la pretensión de inconstitucionalidad del contenido de la Ley aplicada por la Sentencia objeto de impugnación, por entender que vulnera diversas prescripciones constitucionales por los motivos que, en síntesis, son expuestos del siguiente modo:

En primer lugar, se considera vulnerado el artículo 14 CE, al excluir el carácter de perjudicada de la demandante en el supuesto concreto, esto es, por accidente de tráfico, cuando no lo sería si el accidente hubiera tenido otro origen.

En segundo lugar, se entiende vulnerado el artículo 15 CE, por cuanto no siendo discutida en ningún momento la afectación tanto moral como física de la demandante, esposa de la víctima, derivada de las secuelas sufridas por el marido derivadas del accidente, le es negada sin embargo su condición de perjudicada por aplicación del sistema de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de los vehículos a motor, en la redacción introducida por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, vulnerándosele con ello el derecho a la integridad física y moral garantizado por dicho precepto y, en concordancia con él, otros preceptos constitucionales (artículos 9, 10, 39.1 y 43.1 CE).

Por último, considera la demandante de amparo que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 CE, por resultar la norma aplicada injustificada y arbitraria, contraria a lo establecido por el Derecho comunitario en relación con los límites del seguro obligatorio, contraria al principio de la necesaria reparación del daño sufrido o *restitutio in integrum* y, en fin, indebidamente aplicada con carácter retroactivo, al tratarse de una norma no ya restrictiva de los derechos fundamentales mencionados, sino, en el supuesto concreto, eliminadora de los mismos, al excluir a la recurrente de la posibilidad de ser indemnizada.

Por todo ello, la demanda interesa el otorgamiento de amparo por la vulneración de los distintos derechos fundamentales que estima violados; el reconocimiento del derecho de la recurrente a ser considerada perjudicada e indemnizada por el daño y perjuicio ocasionado; la declaración de nulidad de la Sentencia impugnada; y, finalmente, que se eleve al Pleno de este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 55.2 LOTC, en relación con la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, en la redacción que otorga al artículo 1.2, al artículo 4.2, 2.º párrafo, y a los apartados primero.1 y primero.4 del anexo, de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (antes denominada Ley de uso y circulación de vehículos de motor, texto refundido de 21 de marzo de 1968).

2. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones en escrito registrado el 5 de junio de 1998, solicitando la denegación del amparo, tras concluir que, frente a lo alegado por la recurrente, la Sentencia impugnada no viola los preceptos constitucionales invocados.

Así, respecto del derecho a la igualdad (artículo 14 CE), además de no especificar la recurrente ningún término concreto de comparación, como exige una alegación de este tipo, no es posible atender al argumento relativo al distinto régimen indemnizatorio que introduce la Ley 30/1995 respecto de los accidentes sufridos por otra causa que no sea la circulación de vehículos a motor, pues este elemento comporta, de un lado, la ausencia de identidad con otras situaciones que en abstracto aduce la demanda y, de otro, justifica, dados los condicionamientos sociales y económicos que rodean tales accidentes, un régimen distinto del general que tiene la responsabilidad extracontractual, como sucede con otras relaciones jurídicas especiales.

En cuanto a la supuesta lesión del artículo 15 CE, alega el Fiscal que no siendo imputable a la

Sentencia impugnada la vulneración del derecho a la integridad física y moral que dicho precepto garantiza, la pretensión carece de relevancia constitucional.

Y en cuanto a la pretendida lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), señala el Fiscal que en el presente caso la Sentencia impugnada aplicó fundadamente la legislación vigente al tiempo de la declaración judicial de la responsabilidad, razonando la exclusión de la demandante de amparo del ámbito legal de perjudicados con derecho a resarcimiento en concepto de responsabilidad civil, por lo que es claro que se ha otorgado la tutela judicial efectiva, bien que en sentido contrario a las pretensiones de la demandante, sin que pueda achacarse a la Sentencia la vulneración de los derechos fundamentales que la demandante imputa a la legislación aplicada.

Finalmente, en cuanto a la indebida aplicación retroactiva de la Ley 30/1995, señala el Fiscal que es cuestión carente de relevancia constitucional, pues el derecho a la irretroactividad de disposiciones sancionadoras desfavorables sólo puede invocarse en amparo en relación con el artículo 25.1 CE y se proyecta únicamente sobre las normas a través de las cuales el Estado ejercita su *ius puniendi*, ya en la esfera penal, ya en la administrativa sancionadora, sin que afecte a los resarcimientos de carácter privado como los que tienen lugar cuando las aseguradoras han de cubrir daños causados por asegurados, como ocurre en el presente caso.

3. Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional para desestimar el recurso de amparo.

Para dar respuesta adecuada a las quejas de la recurrente debemos comenzar recordando que la denuncia que se formula en relación con la pretendida lesión del derecho a la igualdad (artículo 14 CE), por aplicación en la Sentencia impugnada del sistema de baremo legal tasado introducido en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor por la Ley 30/1995, ya fue resuelta, en términos generales, por el Pleno de este Tribunal en su STC 181/2000, de 29 de junio, FFJJ 10 y 11, reiterada luego en otras posteriores sobre la misma materia, por lo que, en aplicación de esta consolidada doctrina, dicha queja debe ser rechazada.

En efecto, dijimos entonces respecto a la supuesta vulneración del artículo 14 CE por establecer la Ley un sistema en virtud del cual los daños sufridos en un accidente de circulación son resarcidos de forma diferente que si esos mismos daños tuvieran otro origen, que «la concreta regulación especial o diferenciada que se cuestiona no se ha articulado a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico

ámbito o sector de la realidad social en que acaece la conducta o actividad productora de los daños. Se opera así en función de un elemento objetivo y rigurosamente neutro, que explica por qué la pluralidad de regímenes jurídicos especiales [existentes en materia de responsabilidad civil, entre los que ha de incluirse el establecido en la LRC] se aplica por igual a todos los ciudadanos, es decir, a todos los dañados, sin que implique, directa o indirectamente, un menoscabo de la posición jurídica de unos respecto de la de otros» (STC 181/2000, FJ 11; en el mismo sentido, posteriormente, SSTC 9/2002, de 15 de enero, FJ 3; 102/2002, de 6 de mayo, FJ 5; 42/2003, de 3 de marzo, FJ 5, 112/2003, de 16 de junio, FJ 4; 15/2004, de 23 de febrero, FJ 2; y 105/2004, de 28 de junio, FJ 4, por todas).

Por la misma razón no cabe reputar como lesión del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 14 CE) que el sistema de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor establezca que en caso de supervivencia de la víctima del accidente de tráfico sólo ésta tiene la condición de perjudicado, limitación que determina la exclusión de la demandante de amparo, lo que no sucedería si el accidente hubiera tenido otro origen. La demandante no aporta término válido de comparación sobre el que articular el eventual juicio de igualdad, pues la desigualdad producida por el hecho de que la condición de perjudicado venga determinada por la configuración de regímenes jurídicos diferenciados para los distintos sectores en los que ha surgido el particularizado régimen de responsabilidad civil objetiva o por riesgo (como es el caso de los daños originados en accidente de tráfico), que coexiste con el viejo núcleo de la responsabilidad civil extracontractual contenido en el artículo 1902 y siguientes del Código Civil, no resulta contraria al artículo 14 CE, dado que esa diferencia de tratamiento jurídico posee una justificación objetiva y razonable, como se pone expresamente de relieve en la citada STC 181/2000, FJ 11.

Asimismo ha de descartarse la vulneración del derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE), en relación con los artículos 9.1 y 3, 10.1, 39.1 y 43.1 CE, fundada en la pretendida inconstitucionalidad de lo dispuesto en el artículo 1.2 y el apartado primero, números 1 y 4, del anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en la redacción resultante de la Ley 30/1995, preceptos legales cuya aplicación al caso en la Sentencia de apelación conlleva que no se haya reconocido a la recurrente el derecho a ser indemnizada por los daños morales derivados de las secuelas padecidas por su marido en el accidente de circulación, toda vez que determinan, como ya se dijo, que siempre que la víctima del accidente sobreviva al mismo no cabe considerar que exista

otro perjudicado distinto con derecho a ser indemnizado.

En efecto, debe en primer lugar precisarse respecto de la supuesta vulneración de los artículos 9.1 y 3, 10.1, 39.1 y 43.1 CE que, además de que la recurrente se limita a su mera invocación, se refieren a principios o derechos que no resultan protegibles en sí mismos considerados a través del recurso de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 LOTC, en relación con los artículos 161.1 b) y 53.2 CE.

Y por lo que se refiere a la pretendida vulneración del derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE), debe recordarse que también en la citada STC 181/2000 este Tribunal ha declarado, en términos generales, que el sistema de baremación tasada de daños establecido tras la Ley 30/1995 en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor no es contrario al artículo 15 CE, sino que respeta el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral. Expresamente dice la STC 181/2000, en su fundamento jurídico 8, que «este mandato constitucional de protección suficiente de la vida y de la integridad personal no significa que el principio de total reparación del dañado encuentre asiento en el artículo 15 de la Constitución»; y en el fundamento jurídico 9 *in fine*, concluyendo la argumentación expuesta hasta entonces –a la que es obligado remitirse aquí–, se advierte que «ningún reparo cabe, pues, oponer, desde el artículo 15 de la Constitución a la constitucionalidad de las normas legales cuestionadas». Doctrina que hemos tenido ocasión de reiterar con posterioridad (por todas, STC 42/2003, de 3 de marzo, FJ 4).

Sin perjuicio de lo anterior, para rechazar esta queja de la recurrente hemos de señalar que, además de que el principio de *restitutio in integrum* no encuentra asiento en el artículo 15 CE, tampoco se deriva del contenido del derecho fundamental protegido por dicho precepto constitucional un pretendido mandato al legislador de la responsabilidad civil para que, en los supuestos de supervivencia de la víctima del accidente de circulación, contemple como perjudicado con derecho a indemnización no sólo a la propia víctima –lo que resulta incuestionable– sino también a su cónyuge, en su caso, o a sus familiares. Si, como ha tenido ocasión de declarar el Pleno de este Tribunal en su reciente STC 190/2005, de 7 de julio, FJ 5, «ninguna exigencia constitucional impone que toda persona que sufra un daño moral por la muerte de alguien en accidente de circulación haya de ser indemnizada», con mayor motivo ha de excluirse un pretendido derecho constitucional de terceros a ser indemnizados en concepto de perjudicados cuando la víctima del accidente de tráfico sobrevivía a tal suceso.

También se alega en la demanda de amparo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) con fundamento, como en la queja precedente, en la pretendida inconstitucionalidad del artículo 1.2 y el apartado primero, números 1 y 4, del anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en la redacción resultante de la Ley 30/1995, por cuanto tales preceptos determinan la exclusión de otros perjudicados distintos a la víctima del accidente de tráfico, con derecho a ser indemnizados, en el caso de que la víctima sobreviviera al accidente.

Pues bien, esta queja ha de ser desestimada en aplicación de la doctrina sentada en la ya citada STC 190/2005, de 7 de julio, FJ 5, en la que hemos señalado que «del artículo 24.1 CE no se deduce que nadie deba recibir la consideración de perjudicado o de beneficiario de la indemnización, sino que lo que impone el derecho a la tutela judicial efectiva es que quien ostente dicha condición por atribución constitucional o legal sea tutelado en esa condición por los jueces». En consecuencia, pues, ha de concluirse que la limitación del concepto de perjudicado a la víctima superviviente del accidente de tráfico que establece la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor no resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 24.1 CE, por lo que la Sentencia impugnada no incurre en portal motivo en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que alega la demandante de amparo.

A lo expuesto cabe añadir que en el presente asunto (como también acontecía, por cierto, en el caso de autos de la STC 190/2005, según se advierte en su FJ 5) la recurrente ha intervenido en el proceso de instancia y en el recurso de apelación ejercitando su pretensión indemnizatoria y en ninguna de las dos instancias se ha dudado de su legítima participación en el proceso, habiéndose desestimado finalmente su pretensión en apelación, al apreciarse que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.2 y el apartado primero, números 1 y 4, del anexo LRC, no tenía la condición de perjudicada o beneficiaria del derecho a la indemnización.

Rechazadas las quejas precedentes, referidas a la constitucionalidad de los preceptos legales aplicados por la Sentencia impugnada para desestimar la pretensión indemnizatoria de la recurrente, resta por examinar la queja relativa a la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) que se achaca a la Sentencia impugnada por haber aplicado la Audiencia Provincial indebidamente –a juicio de la recurrente– tales preceptos.

En efecto, la recurrente considera que la Ley 30/1995, que dio nueva redacción a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de

vehículos a motor, y más concretamente su artículo 1.2 y el apartado primero, números 1 y 4, del anexo, no podía ser aplicada con carácter retroactivo al caso enjuiciado, pues se incumple lo que dispone el artículo 2.3 del Código Civil, según el cual «las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario», y nada dispone en contrario la Ley 30/1995, que entró en vigor el 10 de noviembre de 1995, así como la interdicción de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y restrictivas de derechos individuales, que garantiza el artículo 9.3 CE, en relación con el artículo 24.1 CE.

Acaecido el accidente de tráfico el 18 de diciembre de 1993, esto es, casi dos años antes de que entrara en vigor la reforma de Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor introducida por la Ley 30/1995, no es admisible, según la recurrente, que se aplique de forma retroactiva a su caso esta nueva regulación, que determina el rechazo de la posibilidad de ser indemnizada por los daños morales padecidos como consecuencia de las lesiones y secuelas sufridas por su marido en el accidente de circulación.

Al respecto debemos comenzar recordando, como acertadamente pone de relieve el Ministerio Fiscal, que el principio de interdicción de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3 CE) no es susceptible de ser reparado a través del recurso de amparo, por cuanto tal principio no tiene la naturaleza derecho fundamental, salvo en materia de Derecho penal o Derecho administrativo sancionador, por su conexión con derecho fundamental garantizado en el artículo 25.1 CE, lo que no ocurre, como hemos señalado expresamente en anteriores ocasiones, en los supuestos de «resarcimientos de carácter privado, como los que pueden adoptarse con referencia a la relación jurídico-privada cual es la que obliga a los aseguradores a cubrir los daños causados por sus asegurados (AATC 365/1990 y 155/1992)» (STC 237/1993, de 12 de julio, FJ 2).

La cuestión queda, pues, reducida a determinar si la aplicación de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor al caso puede reputarse lesiva del artículo 24.1 CE, y en tal sentido ha de recordarse que, como hemos tenido ocasión de declarar en reiteradas ocasiones, no nos corresponde resolver las cuestiones de legalidad, pues la selección de las normas aplicables y su interpretación viene atribuida, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE, por lo que tales cuestiones no pueden ser revisadas en vía de amparo, que no constituye una nueva instancia ni

una casación civil, a no ser que la resolución judicial resulte arbitraria, manifiestamente irrazonable o infundada, o esté basada en un error patente y relevante para la decisión del caso (SSTC 90/1990, de 23 de mayo, FJ 4; 233/1991, de 10 de diciembre, FJ 4; 55/1993, de 15 de febrero, FJ 5; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 151/2001, de 2 de julio, FJ 5; 52/2003, de 17 de marzo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2 y 157/2005, de 20 de junio, FJ 2), hipótesis que no se presenta en el caso que nos ocupa, como a continuación se verá.

En efecto, en el presente caso el Juez de instancia optó por decidir el asunto conforme a criterios no inhabituales que se adoptaban para supuestos de tal índole hasta la promulgación de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aun cuando ya estaba vigente ésta a la fecha de dictar Sentencia e incluso, como recordábamos en la citada STC 181/2000, FJ 6, cuando desde algunos años antes de la misma existían criterios orientativos sobre la materia en sentido similar a lo que luego sería el contenido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor tras la Ley 30/1995 (y en la actualidad es el contenido de la vigente Ley, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre). Con arreglo a tales criterios declaró como perjudicados tanto a la víctima del accidente como a la recurrente en amparo, en calidad de cónyuge afectada, señalando las indemnizaciones que estimó oportunas, sin obedecer a un criterio objetivable. Frente a tal selección de normas, el Tribunal *ad quem* optó por aplicar al caso el sistema de baremo tasado de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, lo que comportaba la exclusión como perjudicada de la esposa de la víctima conforme al régimen que establece dicha norma, a tenor del cual, y según se decía antes, sólo puede considerarse perjudicado a la víctima del accidente de tráfico cuando ésta sobrevive al mismo. Tal selección de la norma aplicada es razonada por el órgano de apelación en el Fundamento de Derecho 2 de la Sentencia impugnada, cuando razona que los citados contenidos de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor que han de ser utilizados para asentar las cantidades a reconocer en concepto de indemnización, son aplicables porque constituyen «la legalidad vigente en materia indemnizatoria con independencia de que el hecho determinante se haya producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley», aplicación que deriva de «dos circunstancias: a) de que la resolución de 1.ª Instancia sea de fecha posterior a su entrada en vigor; b) de que el derecho de crédito del perjudicado sobre los obligados al pago surja precisamente como consecuencia de su reconocimiento judicial, existiendo

con anterioridad y desde la fecha del siniestro una mera expectativa que no se considera como derecho hasta que se reconoce como tal en resolución judicial».

Pues bien, tratándose de un recurso ordinario, como lo es el de apelación, nada impedía al Tribunal *ad quem* elegir la aplicación de la norma que estimó que respondía mejor a la resolución del caso, pues, como hemos afirmado reiteradamente, dicho recurso permite a quien ha de decidir conocer de todas las cuestiones planteadas en el proceso, tanto de hecho como de derecho (por todas, SSTC 47/2002, de 25 de febrero, FJ 2; 101/2002, de 6 de mayo, FJ 1; y 148/2002, de 15 de julio, FJ 2, por todas). En rigor, más que una cuestión de estricta retroactividad de la norma aplicada, como pretende la demandante, el presente caso plantearía, en realidad, una situación de mera sucesión de normas en el tiempo, conceptos ambos que, aunque estén relacionados, no cabe confundir (como advertimos en STC 109/1987, de 29 de junio, FJ 4): en el supuesto en cuestión, a las normas generales sobre determinación de los perjudicados en hechos dañosos vigentes hasta noviembre de 1995, sucedió la normativa específica de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor en materia de seguros en caso de accidentes de circulación, que dispone el régimen singularizado antes expuesto en materia de reconocimiento de perjudicados, sucesión que tuvo lugar en el ínterin no sólo de la decisión de apelación aquí impugnada, sino, incluso, como recuerda ésta, mientras se sustanciaba el proceso en la instancia. Con tal situación, mientras el Juez *a quo* decidió no atender a la nueva normativa, el Tribunal *ad quem* decidió aplicarla, y lo hizo, como

ha quedado señalado, de modo suficientemente razonado.

A mayor abundamiento, sentada la premisa de la aplicabilidad de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor al caso, al final del citado fundamento de Derecho 2 de la Sentencia impugnada realiza el Tribunal de apelación una interpretación del contenido del anexo de la Ley integrada con los preceptos civiles y penales que precisamente esgrime la recurrente en su favor, esto es, con el artículo 1902 del Código Civil y con el ya derogado artículo 19 del Código Penal de 1973, interpretación que entiende corroborada por el artículo 109 del Código Penal vigente cuando se remite a «los términos previstos en las leyes» para obligar a reparar los daños y perjuicios causados por una acción tipificada como delito o falta.

Sin perjuicio de que pueda discreparse legítimamente de la interpretación que concluye la aplicabilidad de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor al caso en discusión, es claro que los razonamientos en que se funda la Sentencia impugnada no pueden ser considerados arbitrarios o carentes de fundamento, única posibilidad en la que, como hemos manifestado en numerosas ocasiones (por todas, SSTC 90/1990, de 23 de mayo, FJ 4; 233/1991, de 10 de diciembre, FJ 4; 55/1993, de 15 de febrero, FJ 5; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 228/2001, de 26 de noviembre, FJ 5; y 9/2005, de 17 de enero, FJ 2), resultaría posible entender violado el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo, pretensión que, de acuerdo con lo expuesto, no es posible compartir, por lo que la queja debe ser rechazada.

FILIACIÓN

Estimación de la demanda de reclamación de paternidad, cuando existiendo indicios racionales para tal declaración el demandado se niega a someterse a las pruebas biológicas de paternidad, sin la presencia de causas cualificadas y debidamente justificadas para legitimar su postura, vulnerando el artículo 14 de la CE, ya que se crea una situación de desigualdad, máxime cuando dicha negativa obedece a afanes obstruccionistas, y constituye claro impedimento en la búsqueda de la verdad material.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña María Luz promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Rubén en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, solicitó que se dictase sentencia por la actora es hija no matrimonial de doña Andrea y de don Rubén, con modificación del asiento registral correspondiente, y con expresa imposición de costas al demandado.
- ⦿ Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, la contestó oponiéndose a la misma, y, suplicando al Juzgado: «Se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas.
- ⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Toledo dictó Sentencia el 14 de noviembre de 1995 estimando la demanda y declarando que doña María Luz es hija no matrimonial de doña Andrea y don Rubén, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración, condenando expresamente a la parte demandada a las costas de este procedimiento. Una vez firme esta sentencia procedase a modificar el asiento del Registro Civil correspondiente en lo que respecta a la declaración expuesta.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Toledo dictó Sentencia el 22 de junio de 2000 estimando el recurso interpuesto por don Rubén y revocando la sentencia dictada por el Juzgado, y en su lugar, desestimando la demanda interpuesta por doña María Luz frente a don Rubén, se absolvió a éste de los pedimentos contenidos en la misma, con condena a la parte actora de las costas causadas en la primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento sobre las devengadas en esta segunda.
- ⦿ Doña María Luz interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero del recurso –con cobertura en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción de los artículos 39, 14 y 24 de la Constitución, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada ha declarado que «del estudio de lo actuado, sólo ha sido probado en autos, a través de esa insuficiente testifical, que existían unas ciertas relaciones afectivas entre la madre de la actora y el demandado, pero no existe dato alguno sobre el embarazo», de manera que, al no declarar la filiación, la Audiencia está pidiendo una prueba plena y directa de la unión carnal, la cual sólo podría acreditarse a través de la prueba biológica, que es imprescindible en el caso de autos para constatar la verdad material objeto del proceso– se estima por las razones que se dicen seguidamente.

Como don Rubén se ha negado reiteradamente a lo largo del procedimiento a someterse a las pruebas biológicas de paternidad, procede valorar los efectos de su conducta en dicho sentido.

La STC de 17 de enero de 1994 ha declarado que «Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad, la prueba biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 14, 24.1 y 39 de la CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación».

En el caso del debate, declarada probada en la instancia la existencia de unas ciertas relaciones afectivas entre la madre de la actora y el demandado, era esencial la práctica de la prueba biológica para la resolución del proceso, a la que el demanda-

do se opuso reiterada e injustificadamente, sin que ello fuera objeto de consideración por el Tribunal de instancia, sin embargo dicha negativa ataca al artículo 39 de la CE, que se compromete a posibilitar la investigación de la paternidad, en el contexto de la asistencia de todo orden que los padres deben prestar a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, toda vez que, como se recoge en la STS de 22 de junio de 1998, «la mera negativa a someterse a la prueba biológica, cuando no existe en el proceso ninguna otra clase de pruebas, al no constituir una *ficta confessio*, no puede, por sí sola, ser determinante de una declaración de paternidad», pero «constituye un muy valioso indicio probatorio cuando concurren otras pruebas que evidencian la existencia de relaciones sentimentales o amorosas entre los litigantes (en el presente supuesto, la madre de la actora y el demandado) y la probabilidad de relaciones sexuales entre ellos que puedan ser las determinantes de la paternidad reclamada».

Como precisa la STS de 6 de junio de 1991, cabe valorar la negativa de que se trata como de una falta de solidaridad y colaboración del demandado a la administración de justicia para determinar derechos de terceros, ciertamente lamentable si se tiene en cuenta el elevadísimo índice de fiabilidad respecto a la determinación positiva de la paternidad en cada caso concreto, y singularmente el derecho primario del hijo a que se le declare su filiación biológica, y cuya actividad obstructiva a su práctica hace ilusorias las posibilidades que el legislador establece en el artículo 24 de la Constitución para lograr la tutela efectiva de los derechos legítimos como los de filiación y significa un evidente ejercicio antisocial del derecho rechazado por el artículo 7 del Código Civil.

Con la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas de paternidad, sin la presencia de causas cualificadas y debidamente justificadas para legitimar su postura, se vulnera el artículo 14 de la CE, ya que se crea una situación de desigualdad, máxime cuando dicha negativa obedece a afanes obstructionistas, y constituye claro impedimento en la búsqueda de la verdad material.

En la línea doctrinal de la STC de 31 de mayo de 1999, esta Sala, tras valorar la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos, acreditados en las actuaciones, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, de modo que nos encontramos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el

artículo 135 *in fine* del Código Civil, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución.

La estimación del motivo primero del recurso determina la casación de la sentencia recurrida y hace innecesario el examen del restante; y asumidas por esta Sala las funciones de la instancia, procede

estimar la demanda formulada por doña María Luz, con base en los fundamentos contenidos en el fundamento de derecho segundo de esta resolución, y ratificamos íntegramente la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de Toledo en fecha de 14 de noviembre de 1995, por ser perfectamente ajustada a derecho.

FILIACIÓN

Compatibilidad entre acciones de reclamación de filiación, declaración de herederos y declaración de preterición en testamento, y nulidad de compraventa.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Doña Leonor formuló demanda de menor cuantía contra don Fidel, doña Rocío y doña Trinidad en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia «por la que declare haber lugar a los siguientes pronunciamientos: 1.º Declarar que la demandante es hija extramatrimonial de don Simón, y por consiguiente su heredera forzosa. 2.º Que su omisión del testamento de su padre constituye preterición. 3.º Que debe reducirse la Institución de Heredero ordenada por don Simón en su Testamento abierto otorgado el 10 de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, en cuanto sea necesario para dejar a salvo los derechos legitimarios de la demandante. 4.º La nulidad de cuantos actos, documentos o negocios jurídicos que se opongan al contenido de la presente resolución. 5.º Nulo el contrato de compraventa otorgado por el padre de la actora a favor de la codemandada, doña Rocío. Declarando, simultáneamente, la nulidad de la inscripción correspondiente, procediéndose a su cancelación. 6.º A que se practique por el demandado en período de ejecución de Sentencia cuantas operaciones sean precisas para el inventario, avalúo, liquidación, división y adjudicación de los bienes dejados a su muerte por don Simón. Así como a rendir a la misma cuenta de los frutos y rentas que los mismos hayan producido desde el día del fallecimiento del causante. Haciendo entrega a la actora de los que le correspondan. 7.º Declarando la responsabilidad del demandado frente a la actora por el valor de los bienes, de la herencia del causante de que haya dispuesto con obligación de indemnizarla en su caso. Todo ello con imposición de las costas causadas en la presente instancia».

⦿ Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, se personó en autos don Fidel, quien contestó a la misma y tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia «por la que se acuerde la desestimación de todos los pedimentos de la actora, con expresa imposición de las costas a la parte actora».

- ⊙ Asimismo doña Rocío contestó a la demanda formulada de contrario alegando las excepciones de falta de legitimación *ad causam* de la demandante, inadecuación de procedimiento, Defecto en el modo de proponer la demanda y tras invocar los demás hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia «por la que se acuerde la estimación de las excepciones planteadas, con sus efectos, así como la desestimación de la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte actora».
- ⊙ No habiendo comparecido en autos la codemandada doña Trinidad, fue declarada en rebeldía.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 60 de Madrid dictó Sentencia el 1 de septiembre de 1998 estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procurador doña M.ª Teresa Vidal Bodí, en representación de doña M.ª Leonor, como actora, contra don Fidel y doña Trinidad, como demandados; debo declarar y declaro que doña Leonor es hija de don Simón, y por tanto su heredera forzosa. Y estimando la excepción de inadecuación de procedimiento con respecto al resto de los pedimentos formulados, sin entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión litigiosa en cuanto a dichos pedimentos. Asimismo se estima la excepción de inadecuación de procedimiento con respecto al pedimento núm. 5 del suplico de la demanda, sin entrar a resolver el fondo del mismo, y se absuelve en instancia a la demandada doña Rocío de lo interesado por la parte actora. Sin pronunciamiento en relación a las costas procesales, salvo las causadas por la intervención de doña Rocío, que serán abonadas por la parte actora.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 24.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 11 de diciembre de 2002 desestimando el recurso interpuesto y confirmando la sentencia de instancia.
- ⊙ Doña Leonor interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que declaró la nulidad de lo actuado con reposición de las actuaciones al momento procesal anterior al auto de fecha cuatro de enero de mil novecientos noventa y nueve y se dicte sentencia entrando a conocer sobre el fondo de los pedimentos segundo a séptimo del suplico de la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso interpuesto pro doña Leonor consta de un único motivo, acogido al artículo 1692.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se denuncia infracción de los artículos 154, en relación con el artículo 489, regla 8.ª, y 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para desestimar la acumulación de acciones pretendida por la actora, afirma la sentencia recurrida, en su fundamento tercero, que «las acciones cuya acumulación se pretende, y que versan sobre la nulidad de contrato de compraventa, la declaración de preterición, la reducción de la institución de heredero y la división y adjudicación de la herencia de don Simón, contenidas en los apartados 2.º y siguientes de la demanda, por su complejidad y naturaleza, son incompatibles a tenor del artículo 154 núm. 3 de la LEC para ser ejercitadas conjuntamente con la acción de filiación principal interpuesta».

Señala la Sentencia de 3 de octubre de 2002 como la jurisprudencia de esta Sala sobre acumulación de acciones se caracteriza por las notas siguientes: 1.ª Flexibilidad, en el sentido de ser admisible la acumulación aunque el supuesto no se halle literalmente comprendido en la dirección del artículo 156 si tampoco le alcanzan las prohibiciones de los artículos 154 y 157 (Sentencias de 5 de marzo de 1956, 12 de junio de 1985, 24 de julio de 1996, 7 de febrero de 1997 y 3 de octubre de 2000). 2.ª Distinción entre título, como negocio jurídico, y causa de pedir, concepto más amplio, como hecho o conjunto de hechos que tienen idoneidad para producir efectos jurídicos, como acaecimientos de cuya existencia o inexistencia pretende el actor deducir las consecuencias jurídicas determinantes de su petición o, si se quiere, como relato histórico en que se funda la demanda (Sentencias de 24 de julio de 1996 y 3 de octubre de 2000). 3.ª Relevancia primordial de la conexión jurídica o conexión

causal entre las acciones ejercitadas como criterio para medir la identidad de su causa de pedir, la pertenencia de su acumulación y la justificación de tratamiento procesal unitario y decisión por una sola sentencia (Sentencias de 14 de octubre de 1993, 18 de julio de 1995, 19 de octubre de 1996 y 10 de julio de 2001).

Atendida esta doctrina jurisprudencial, ha de acogerse el motivo único del recurso.

Dice la sentencia recurrida que «por su complejidad y naturaleza, son incompatibles a tenor del artículo 154.3.º de la LEC para ser ejercitadas conjuntamente con la acción de filiación principal interpuesta»; aparte que la prohibición de acumulación por incompatibilidad de las acciones, no por su complejidad que no es criterio para apreciar la posibilidad de acumulación o no, se recoge en el número 1.º del artículo 154, no en el 3.º, esta Sala no acepta tal conclusión. En este sentido es de ver que la Sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 1998 rechaza un motivo de casación en que se combatía la acumulación acordada a la acción de filiación, la de declaración de herederos abintestato y afirma: «Como se ha dicho al desestimar el motivo primero, la declaración de herederos abintestato puede obtenerse a través de un juicio declarativo ordinario (de menor cuantía, en este caso) y la competencia para conocer del mismo corresponde al Juzgado de Primera Instancia, al igual que para el conocimiento de las otras dos acciones ejercitadas (de declaración de filiación y de petición de partición de herencia), por lo que la acumulación de las tres referidas acciones ha sido correctamente hecha». Y la Sentencia de 17 de marzo de 1995, después de casar la sentencia de instancia y declarar la filiación no matrimonial de la allí actora, entra a resolver las demás pretensiones relativas a la herencia del padre, afirmando en su fundamento jurídico decimocuarto que «la condición, por tanto, de heredera forzosa no puede eludirse. Y su emisión en el testamento produce los efectos de la preterición, en cuanto se priva a la hija de manera tácita de los derechos legitimarios que le corresponden en la herencia», declaraciones que ponen de manifiesto la corrección de la acumulación de acciones ejercitadas, acciones de idéntico contenido a las ejercitadas en este litigio, y sienta la Sentencia de

14 de julio de 1994, citada en las de 31 de octubre de 1996 y 15 de diciembre de 2003, que «como señala la doctrina científica, y acoge la jurisprudencia, el juicio declarativo resulta procedente para decidir las cuestiones derivadas de la división de la herencia, determinación del patrimonio a dividir, fijación de las cuotas correspondientes a cada heredero e, incluso, realización de las operaciones divisorias en trámite de ejecución de sentencia».

De la misma manera es de apreciar la conexión causal a que se refiere el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a la acción de nulidad de la compraventa celebrada por el fallecido y la codemandada doña Rocío, al fundarse la misma en la condición de heredera forzosa de la actora cuyos derechos legitimarios pueden resultar afectados por dicha compraventa.

La cita en la sentencia recurrida del artículo 154.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil parece acoger la fundamentación esgrimida por la sentencia de primera instancia para estimar la excepción de inadecuación de procedimiento, entendiendo que procedía el juicio de mayor cuantía para el conocimiento de las acciones cuya acumulación se rechaza por su cuantía superior a 160 millones de pesetas.

Atendidas las pretensiones formuladas en el suplico de la demanda, la determinación de la clase de juicio en que habrán de ventilarse las acciones cuya acumulación se pretende y es denegada, viene determinada por la aplicación del artículo 489, regla 13.ª inciso final, y la regla 8.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dispone la regla 13.ª, en su inciso final, que «sin embargo, cuando la demanda se refiera a reclamaciones de una parte de la herencia se estará a lo previsto en la regla octava», y de acuerdo con ésta, al faltar la determinación del valor de lo reclamado, «la demanda se considerará de cuantía inestimable», que es lo que sucede en este caso, por lo que resulta adecuado el juicio de menor cuantía para el conocimiento de las acciones acumuladas, a tenor del artículo 484.3.º de la Ley Procesal de 1881.

PATRIA POTESTAD

Privación de la patria potestad al padre que desde hace seis años no ve a la hija y desde hace varios ha desatendido su obligación alimenticia a pesar de haber cobrado personalmente la ayuda familiar que devengó por el nacimiento de la misma, sin haber empleado cantidad alguna en el sustento de la menor.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Braulio interpuso demanda de reconocimiento de derecho a relacionarse con su hija contra doña Gema y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se reconozca el derecho de relacionarse con su hija menor María Antonieta de conformidad con el régimen de visitas propuesto.
- ⊙ Compareció la demandada, doña Gema, con Abogado y Procurador y solicitó la acumulación de los autos instados por la misma ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera, sobre privación de patria potestad de don Braulio en relación a su hija María Antonieta. Por auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jerez de la Frontera de fecha 11 de diciembre de 1996, se acordó la acumulación de los autos solicitada. Comparecieron ambas partes y contestaron a las demandas solicitando la desestimación de la demanda formulada de contrario.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Jerez de la Frontera dictó Sentencia el 3 de febrero de 1999 desestimando la demanda interpuesta por doña Gema y estimando parcialmente la demanda interpuesta por don Braulio, se reconoció el derecho de éste a relacionarse con su hija, si bien estableciendo un período transitorio y transcurrido el plazo de los seis meses y adoptándose las garantías que se indican en la mencionada resolución, será en ejecución de sentencia y con asesoramiento psicológico especializado en cuyo marco y con la discreción que se aconseje donde se fijará el desenvolvimiento de las relaciones paterno-filiales.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Cádiz dictó Sentencia el 8 de octubre de 1999 estimando el recurso interpuesto por doña Gema y estimando su demanda se privó a don Braulio de la patria potestad, sin que haya lugar a reconocimiento alguno de derecho de visitas.
- ⊙ Don Braulio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso interpuesto por el Sr. Braulio se basa en la infracción de los artículos 170, 156 y 154 del Código Civil (motivo primero) relativos a la privación total o parcial de la patria potestad con las circunstancias legales concurrentes y del artículo 160 del citado cuerpo legal (motivo segundo), refe-

rente al derecho de relacionarse con los hijos que tienen los progenitores también en el caso de que concurren los datos fácticos necesarios.

En el caso, como recuerda el Ministerio Fiscal en su dictamen impugnatorio: «como base y fundamento fáctico de todo el planteamiento de la litis,

ha de situarse exclusivamente el incumplimiento habitual, reiterado y permanente de sus deberes familiares por parte de don Braulio respecto de su hija no matrimonial. De todo lo actuado, e incluso de lo reconocido por éste en su confesión judicial, aparece que desde hace varios años, más de seis en la actualidad, el citado padre biológico no ha visto a su hija, hasta el punto de que no cree que le reconozca si le ve; igualmente, desde enero de 1992 no se ha preocupado de la alimentación y sustento de su hija, como también resulta haber cobrado personalmente la ayuda familiar que devengó por el nacimiento de la misma sin haber empleado ni una peseta de ella en tales menesteres, dedicándola en su totalidad a sus atenciones.

Todo ello hace necesario declarar que el padre y actor, hoy apelado, ha incumplido gravísimamente sus deberes familiares, en forma tal que se hace acreedor a la privación por vía de sanción de la patria potestad que comparte hasta ahora con la madre de su hija, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 17 del Código Civil.

Igualmente esa circunstancia debe llevar a denegarle el ejercicio de cualquier derecho de visita a la hija, incongruente con su actitud de desinterés hacia ella, cuyo derecho a relacionarse con la menor sólo está justificado por el bien que a ésta pudiera reportar, no estimándose en absoluto beneficiosa en las actuales circunstancias esa relación. Para ello se tiene en cuenta no sólo la desidia y desgana hacia la relación con la hija que se desprende de la actitud absolutamente incumplidora de sus deberes, sino además la futilidad de los argumentos que ha venido dando para justificar no ir a ver a su hija (la altura del muro del colegio), que no hacen sino abonar la tesis de que su demanda no es sino una réplica frente a la solicitud de adopción de la menor que realizó el esposo de la madre de la niña, justamente anterior a la presentación de la demanda de don Braulio».

A la luz de los precedentes y estimaciones resulta concorde con la petición del Ministerio Fiscal la aplicación de la doctrina sentada por esta Sala en casos similares (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998). La de instancia —explica— se limita a afirmar que el interés de la niña «es privar parcialmente de la patria potestad al padre y confiar la guarda y custodia a la madre», pero después de dejar sentado que «el padre ha incumplido sus deberes legales» y que «ha satisfecho alimentos en algunas épocas». Surge así de la propia resultancia probatoria que contempla la sentencia recurrida la duda, racional y lógica, de

si existe una inadecuada valoración de la prueba, pues parece justificar o centrar la no privación de la patria potestad y el interés de la niña en que «el padre ha satisfecho alimentos en algunas épocas», como si el privarle totalmente de dicho derecho-deber, concebido como función, justificase el no pago de pensión en el futuro, lo que en modo alguno ocurre ni se puede afirmar, teniendo en cuenta que, según el artículo 110 del Código Civil, el deber de prestar alimentos subsiste y que la recuperación de la patria potestad, cuando se ha privado de ella, sólo puede acordarse «cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación» (artículo 170.2 del Código Civil), lo que implica mayor seguridad para el cumplimiento si se priva al progenitor de la patria potestad, dado que, si realmente tiene interés en cumplir sus deberes para con la niña, cumplirá, y, de no ser así, parece ajustarse al interés de ésta que no ostente la patria potestad. Cumplido cuanto se apunta con anterioridad, procede confirmar la sentencia del Juzgado de Familia, que privó de la patria potestad al padre, previa consignación de que desde el día en que nació la menor, los únicos deberes que ha probado haber cumplido el padre respecto a su hija son el pago de algunas mensualidades de pensión, y ello debido a que la madre tuvo que reclamarle judicialmente alimentos para su hija. La consideración del incumplimiento especificado como grave no impide el control previsto en el artículo 158 del Código Civil, reiterado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (protección jurídica del menor), ni el derecho del menor a ser oído, ni a su información adecuada, debiendo buscarse su desarrollo integral, de acuerdo con su personalidad, ni las prestaciones alimenticias impuestas al padre que contempla el artículo 110 del Código Civil, que trascienden a la patria potestad y función familiar, todo ello conforme a las previsiones contenidas en su artículo 39 de la Constitución Española, de manera que tampoco resultará inútil recordar la protección familiar contenida en los artículos 226 y 228 del Código Penal de 1995, nada de lo cual impedirá en el futuro que, en beneficio o interés de la hija, puedan los Tribunales acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieren cesado las causas que motivaron la privación (artículo 10.2 del Código Civil).

DERECHOS DEL MENOR

Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y a la intimidad de una menor por la publicación de una fotografía de la misma cuando se encontraba ingresada en un centro oncológico y fue visitada en la fiesta de Reyes Magos por unos famosos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ El día 5 de enero de 1996, encontrándose la menor Concepción hija de don Sergio y de doña Sandra, ingresada en el madrileño Hospital del Niño Jesús, departamento de oncología, a consecuencia de padecer una grave enfermedad de la médula ósea, el progenitor de la menor, efectuó gestiones con la finalidad de que visitaran de forma desinteresada, en las Fiestas Navideñas, varios «famosos» a los niños ingresados para darles alegría y moral ante sus padecimientos, estando los demás padres de los niños de acuerdo con dicha iniciativa, con la condición de que no estuvieran presentes medios de comunicación en la visita. Pese a ello, así como a la existencia de carteles de prohibición de asistencia de los medios de comunicación y a la expresa comunicación a los organizadores periodistas, el referido 5 de enero de 1996 se celebra la Fiesta de los Reyes Magos, con asistencia de artistas conocidos. Se entregó a los medios una foto colectiva de los famosos asistentes, con los pequeños ingresados en ese momento en el departamento de Oncología, habiéndose obtenido otras sin autorización alguna, válida en Derecho, que fueron publicadas en la Revista D. 2318 correspondiente al 26 de enero de 1996. En las fotos obtenidas y publicadas aparece la menor Concepción.
- ⊙ Don Sergio y doña Sandra en representación de su hija Concepción, interpusieron demanda de protección del derecho al honor, contra la entidad H., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminaron suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declarara la existencia de intromisión ilegítima, se condenara a la parte demandada a publicar la sentencia y al resarcimiento de daños morales en la cuantía fijada judicialmente, así como en costas.
- ⊙ Compareció la entidad demandada H. y contestó a la demanda suplicando su desestimación. Compareció también el Ministerio Fiscal interesando se dictara sentencia acorde con lo probado y los preceptos jurídicos oportunos.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Alcobendas dictó Sentencia el 11 de julio de 1998 estimando la demanda y declarando que los demandantes han sufrido con la publicación de sus fotografías que aparecen en el número editado el diecinueve de enero de mil novecientos noventa y seis de la revista D. una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar y condenó a H. a satisfacer al actor en concepto de indemnización por los daños morales causados la cantidad de 2.000.000 de pesetas, a que se abstenga de utilizar negativos, fotografías y cuantos soportes gráficos posean de la demandante y a devolver a ésta los negativos de las referidas fotografías, imponiendo las costas a la entidad demandada.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. II.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 10 de julio de 2000 desestimando el recurso interpuesto por H.
- ⊙ La entidad H. interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se denuncian infracciones de los artículos 372.3.º de la LEC y 9.3.º y 120.3.º de la Constitución Española, así como de la jurisprudencia constitucional que establecen la necesidad de la motivación y congruencia de las sentencias, no puede ser atendido, pues, so capa de errores formales, lo que el recurrente pretende, como razona el Ministerio Fiscal en su dictamen, es «revisar el hecho de si existía autorización para realizar una sesión fotográfica, pero ya ha quedado acreditado en la sentencia recurrida que no había esa autorización, por lo que el motivo debe ser desestimado». En la misma línea argumental se sitúa el motivo segundo (artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil antigua) que denuncia la infracción del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pues, insiste en que ha existido un consentimiento dado por el padre de la menor cuya imagen se supone dañada, pero la Sentencia de la Audiencia es clara: no existió tal consentimiento, y, en consecuencia, este hecho no puede discutirse en casación y el motivo debe ser desestimado.

El motivo tercero acusa la infracción del artículo 20 de la Constitución Española, apartados a) y d). Esta Sala tiene declarado, en efecto, que la aparente incompatibilidad entre el artículo 18.1 y el artículo 20, ha de resolverse a favor del segundo cuando la noticia publicada sea de interés general,

afecte al orden social, o al conjunto de los ciudadanos y esté revestida de veracidad; y, asimismo, que la reproducción por la fotografía de la imagen de una persona en su vida privada o fuera de ella, no constituye intromisión ilegítima cuando la publicación se refiere a personas que ejerzan una profesión de notoriedad o proyección pública, y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, cuando la imagen de una persona aparezca como accesoria. Empero, nada de esto ocurre en el supuesto de autos, debiendo tener en cuenta, además, que las imágenes de las menores, están especialmente protegidas en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley de 1982, de modo que por las razones expuestas y por no haber sido vulnerado el artículo 20 de la Constitución Española, el motivo debe ser desestimado.

Finalmente no cabe que prospere el cuarto y último motivo (artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior) que estima infringido el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, pues se discute en el mismo la cuantía del resarcimiento de daños, pero como ha señalado esta Sala, normalmente es facultad de los Tribunales de Instancia apreciar dicha cantidad, y no pareciendo desproporcionada la misma, el motivo debe ser desestimado.

VIVIENDA FAMILIAR

Perteneciendo la vivienda familiar en pro indiviso a ambos ex cónyuges como resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales, y estando atribuido el uso de la misma a la madre y los hijos, aun cuando se haya acordado la venta en pública subasta del inmueble para el caso de incumplimiento de los pronunciamientos de la liquidación, la atribución del uso permanecerá vigente.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Don Joaquín promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña Rosa sobre liquidaciones gananciales en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó publicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «Que se mande hacer la partición con inclusión de todos los bienes, derechos y obligaciones de la sociedad de gananciales

constituida por los cónyuges litigantes, formulando en su caso los lotes que resulten procedentes y/o acordar la celebración de subasta de los bienes que resulten indivisibles hasta llegar a la total liquidación, partición y adjudicación de bienes. Con expresa imposición de costas a la parte demandada.»

⊙ La demandada se opuso a la demanda, contestándola y planteando reconvencción, en la que pedía la disolución de la sociedad de gananciales, con efectos de la fecha del Auto de Medidas Provisionales, de 29 de marzo de 1996, y no de la de la Sentencia de Separación, describiendo los bienes que constituían el activo y el pasivo (en aquél, los activos financieros existentes a nombre de cualquiera de ellos y la indemnización percibida o a percibir, del «FOGASA» –Fondo de Garantía Salarial– por extinción de la relación laboral que el marido había tenido con la empresa «Talleres Olsa, SA»; y en el pasivo, los créditos que correspondían a la mujer por las amortizaciones que había abonado del préstamo hipotecario concertado con «Iber-Caja», en concreto de 79.000 pesetas y las sucesivas que abonare).

⊙ Conferido traslado a la actora de la demanda reconvenccional formulada, ésta la evacuó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó de aplicación al caso, y terminó suplicando que «habiendo por recibido este escrito con los documentos anexos y copias de todo ello, tenga por contestada la reconvencción y dé a los autos el curso legal.»

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Logroño dictó Sentencia el 25 de abril de 1997 estimando parcialmente la demanda y la reconvencción y declarando disuelta la sociedad de gananciales del matrimonio y procede a su liquidación, realizando dos lotes, adjudicando el A) al marido (una plaza de garaje, un vehículo automóvil, la indemnización salarial por él percibida y 7/16 partes del piso vivienda, valorado en 10.301.412 pesetas), y el B) a la mujer (el mobiliario del piso-vivienda conyugal y 9/16 partes del mismo, por valor de 10.500.000 pesetas, debiendo compensar la mujer al marido en la diferencia, 99.294 pesetas, a fin de proceder a la igualación de lotes), debiendo responder cada cónyuge del crédito hipotecario pendiente de amortización, sobre la vivienda, en forma proporcional a la cuota de atribución respectiva del mismo, y todo ello con fecha de la Sentencia de Separación, y declarando que no procedía hacer declaración sobre el reparto de otras cantidades dinerarias obrantes en cuentas bancarias, por haberlas realizado ya los mismos anteriormente de mutuo acuerdo.

⊙ En grado de apelación, la AP de La Rioja dictó el 31 de julio de 1998 desestimando el recurso interpuesto por doña Rosa en todos los puntos objeto del mismo (efectividad de la liquidación a la fecha del Auto de Medidas Provisionales, presunta incongruencia de la Sentencia, por distribuir el patrimonio en lotes, lo que se entendía que no se había perdido, y la recuperación de pagos parciales del préstamo hipotecario, referencia al uso de la vivienda, y la inclusión en el inventario de los activos financieros), confirmando en ello la Sentencia del Juzgado, y en cuanto a la Adhesión al Recurso hecha por el marido (exclusión del activo de la cantidad percibida del «FOGASA», y la posibilidad de acordar la subasta de la vivienda por ser bien indivisible), lo acoge parcialmente, rechazando el primer punto y estimando el 2.º, añadiendo a la Sentencia recurrida, que, «en caso de no compensarse o abonarse entre las partes la cuantía señalada por la participación adjudicada a cada una de ellas respecto del piso-vivienda, a que se refieren las actuaciones, se deberá proceder a subastar el mismo, y su importe adjudicado entre las mismas, conforme a la participación que en dicha vivienda les corresponde».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Con el recurso de casación persigue doña Rosa que se acuerde mantener la indivisión de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad del menor de los hijos del matrimonio, proponiendo al efecto un solo motivo, el que conduce procesalmente por la vía del núm. 4.º del artículo 1692 LEC (infracción de las normas o de la jurisprudencia aplicables para resolver los puntos objeto del debate), y en el que denuncia la infracción de los artículos 3.2, 96, 103.2 y 1320 CC y 91 y 144.4 RH, ya que el uso de la vivienda familiar se había atribuido en la Sentencia de Separación a la mujer e hijos matrimoniales confiados a su guarda y custodia, y al declararse la posibilidad de venta en pública subasta de la misma, si no pagaba la cantidad establecida como compensatoria a la otra parte, en el caso de adjudicarse la misma, por esa vía, a un tercero, quedaría sin efecto su derecho de uso, que se había establecido en favor del bien o personas más dignas de protección, por lo que debería salvaguardarse ese derecho, impidiendo tal venta o división (como cosa común: artículo 400 CC, en relación con el 3.2 del mismo) durante el tiempo que tardara en llegar a la mayoría de edad el menor de los hijos, pues para su disposición era preciso de autorización judicial, y sin que esta pretensión pueda considerarse «cuestión nueva», puesto que sólo trataba de tutelar unos derechos, amparados en dichos preceptos y en el artículo 30 CE.

El único motivo del Recurso, que se acaba de concretar en su planteamiento por la recurrente, trata de conseguir, tras la anulación y casación de la recurrida, que se dicte una nueva Sentencia de

instancia, pero esta especificación en que el mismo consiste, se debía haber planteado en la apelación, o haberse propuesto por la vía de la aclaración de la Sentencia, al no quedar en ella claro este aspecto, que debió quedar fijado (dado los intereses familiares en juego, por existir hijos menores, dignos de toda protección), en la misma: artículos 363.1.º LEC y 267.1 LOPJ. En todo caso, la salvedad que se impone respecto a la disposición restringida, por el cónyuge incluso titular, de la vivienda familiar, dado lo dispuesto en los artículos 96.4 CC y 1320.1 del mismo, tendría su especial reserva en la inscripción registral, prevenida en la legislación hipotecaria (*vid.* Res. DGR y N de 17 de diciembre de 1987), pues la jurisprudencia de esta Sala ha definido ese uso y disfrute exclusivo, no como un derecho real propio, pero sí como un *ius ad rem*, con accesibilidad al Registro de la Propiedad al tratarse de bienes inmuebles, aparte del también acceso del resto de la Sentencia de Separación al Registro Civil, como previene el artículo 102.2.º3 CC, lo que podrá instarse en ejecución de Sentencia. Lo que no puede impedirse es su realización ejecutiva (embargo, subasta, etc.), para dar satisfacción a créditos exigibles (S. de 22 de mayo de 1995, de esta Sala). Por ello, la pretensión del actual Recurso, es en sí inadmisibles, tal como se plantea, sin perjuicio, como se dice, de poder la esposa hacer valer las garantías que correspondan para la satisfacción de los derechos de los usuarios, concedidas por decisión judicial, de la vivienda, por el período que, en definitiva, se establezca.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Eficacia de la confesión de privaticidad efectuada por el esposo y contenida en dos escrituras públicas desestimándose la acción de nulidad por simulación (falta de precio) ejercitada posteriormente por el esposo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Margarita promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Jesús Carlos sobre división de la cosa común, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «Acuerde

la división de la cosa común compuesta por la finca situada en el término municipal de Boadilla del Monte (Madrid) haciendo expresa imposición de las costas causadas a la contraparte en caso de oposición.»

⊙ Admitida a trámite la demanda y comparecido el demandado, su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma y formuló reconvencción, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que «se desestime la demanda y admita la reconvencción con los siguientes pronunciamientos: A) Declarando: 1) La nulidad de la compraventa contenida en la escritura pública otorgada el 24 de marzo de 1990, respecto a la manifestación de que el dinero invertido en la compra por doña Margarita y su esposo don Jesús Carlos es de la exclusiva propiedad de aquélla. 2) Que dicho dinero es ganancial del matrimonio. 3) Que la compraventa por lo tanto se efectúa a favor de ambos cónyuges como bien ganancial. 4) La nulidad del asiento practicado en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Málaga, en lo referente al carácter privativo de la compraventa efectuada por doña Margarita, de una cuota indivisa del piso que debe rectificarse en el sentido de que dicha compraventa es de carácter ganancial y debe inscribirse para la sociedad de gananciales constituida por doña Margarita y don Jesús Carlos. 5) La inexistencia o nulidad absoluta de la compraventa contenida en la escritura pública otorgada el 26 de abril de 1990 sobre la mitad indivisa de la finca Boadilla del Monte, a favor de la demandante. 6) La nulidad del asiento de compraventa de dicha mitad indivisa, a favor de doña Margarita, practicada en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Pozuelo de Alarcón, que debe rectificarse declarando único titular de la finca a don Jesús Carlos. B) Ordenando a las partes y a los Registradores de la Propiedad el cumplimiento de lo anterior. C) Condenando en costas a la demandante.»

⊙ Conferido traslado a la actora de la demanda reconvenccional formulada, ésta la evacuó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó de aplicación al caso, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que «se desestimen totalmente las pretensiones del demandado reconveniente.»

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Móstoles dictó Sentencia el 4 de noviembre de 1996, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando la demanda formulada por doña Margarita contra don Jesús Carlos declaro no haber lugar a la división de la cosa común de la finca sita en Boadilla del Monte (Madrid) al no tener tal carácter. Que estimando la demanda reconvenccional planteada por don Jesús Carlos, contra doña Margarita declaro la nulidad de la compraventa contenida en la escritura pública otorgada el 26 de abril de 1990 ante el Notario de Pozuelo de Alarcón sobre la mitad indivisa de la finca antes indicada; así mismo la nulidad del asiento de dicha mitad indivisa practicado a favor de doña Margarita en el Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, al ser el único titular de dicha finca don Jesús Carlos. Igualmente declaro la nulidad de la escritura de compraventa sobre la casa de la Málaga, de fecha 24 de marzo de 1990 otorgada ante la notaria de Castuera, respecto del extremo existente en la misma relativo a que el dinero invertido en la compra por doña Margarita era privativo ya que la cuota indivisa adquirida tenía carácter ganancial y en consecuencia la compraventa fue a favor de los cónyuges como bien ganancial; debiéndose rectificar el asiento practicado en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Málaga en tal sentido. Se condena en costas a la demandante principal.»

⊙ En grado de apelación, la Sec. 19.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 13 de marzo de 1998, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Margarita debemos revocar y revocamos íntegramente tal resolución y estimando la demanda interpuesta por la parte actora y hoy apelante procede acordar la división de la cosa común compuesta por la finca situada en el término municipal de Boadilla del Monte (Madrid) y desestimando la reconvencción planteada por don Jesús Carlos debemos absolver

y absolvemos a la actora de la misma. No procede formular condena en costas respecto de las devengadas en la alzada. Procede imponer a la parte demandada y hoy apelada las costas devengadas en primera instancia.»

◉ Don Jesús Carlos interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se hacían constar los siguientes razonamientos:

a) «Se hace preciso distinguir entre la escritura pública otorgada en relación con la compraventa relativa a la vivienda ubicada en Boadilla del Monte, de la escritura de venta relativa a la vivienda de Málaga: Por lo que concierne a la escritura relativa a la finca de Boadilla del Monte conviene recordar que en la misma, el demandado vende a la actora la mitad indivisa de la finca por 3.000.000 de pesetas, haciéndose constar expresamente en dicha escritura por parte del demandado, “que el dinero invertido en la compraventa es de la exclusiva propiedad de la esposa”, extremo que es negado por éste en su escrito de contestación-reconvencción, si bien no ha aportado prueba suficiente para acreditar la falsedad de tal afirmación contenida en la meritada escritura, y ello pese a que el artículo 1218 CC establece que los documentos públicos hacen prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieran hecho los primeros, precepto que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que la fuerza probatoria que atribuye dicha norma a los documentos públicos puede ser desvirtuada por prueba en contrario, hallándonos en presencia de una presunción que beneficia al receptor de la declaración emitida en el documento..., lo que se traduce en un desplazamiento de la carga de la prueba ...; pues bien ... la parte demandada-reconviniente no ha aportado prueba en orden a desvirtuar la eficacia probatoria de la citada declaración contenida en la escritura pública».

b) «A la misma declaración ha de llegarse por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1324 del mismo texto legal (CC), en relación con la rectificación propugnada de la escritura pública de compraventa otorgada por el padre de la actora sobre una finca existente en Málaga, a cuyo otorgamiento comparece el demandado y ratifica que el dinero satisfecho por su esposa, actualmente demandante, era de carácter privativo, estableciendo al efecto el precepto citado ... que para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal

confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges, ... lo cual viene a plasmar el principio jurídico fundamental de que nadie puede ir contra sus propios actos, confesión que, naturalmente, no excluye otras pruebas que la puedan desvirtuar, circunstancia esta que no concurre en la presente litis, pues resulta insuficiente a tales efectos lo alegado por el demandado sobre la concesión de un préstamo para la adquisición de dicho inmueble en Málaga, pues no se ha acreditado por cuál de los cónyuges se ha amortizado, en su caso, dicho préstamo...».

Frente a una Sentencia, la de la Audiencia, aquí recurrida, que decide el tema planteado, sobre la ganancialidad o privatividad de un bien dentro del matrimonio, por la vía del valor probatorio de la «confesión» (declaración en un documento público) hecha a tal fin por el cónyuge a quien le perjudica la misma de acuerdo con el artículo 1324 CC, no suscitado por las partes, se plantean los cuatro motivos del actual recurso por el marido, que se opone a la mujer, en cuyo favor se han hecho dos declaraciones judiciales con aquel contenido: una, respecto a la finca de Boadilla del Monte (Madrid), a la que se le confiere un carácter similar al de bien ganancial, al ser propiedad del marido, y entender que éste le vendió, constante matrimonio, una mitad indivisa de la misma, aunque lo fuere sin precio (y por precio simulado), y otra, en cuanto al piso-vivienda de Málaga, respecto a cuya participación en su propiedad (compartida con una hermana en sendas cuotas indivisas), se decide que lo fue con bienes privativos y no gananciales, ya que el marido concurrió al otorgamiento de la escritura, haciendo la correspondiente declaración al efecto.

El primer motivo tiene el sentido de reclamar la garantía constitucional, enmarcada en el derecho de defensa (interdicción de la indefensión), con aplicación del principio de la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), que se traduce procesalmente en los artículos 359 LEC y 372.3 LOPJ. A través de todo ello se viene a denunciar, y así se hace en el motivo, una presunta «incongruencia omisiva» en la Sentencia, pues se dice que la misma no ha tratado

el tema de la simulación absoluta del negocio, tal como se pidió en la reconvencción, en referencia al primero de los contratos antes enunciados, y que se plasmaba en la falta de precio (además o como consecuencia de la falta de consentimiento y causa: artículo 1261 CC), dado que la Audiencia resolvía conforme al artículo 1324 CC, sobre la «confesión» de uno de los cónyuges que favorezca al otro. No es de admitir este motivo, pues está sobradamente dicho por esta Sala y el Tribunal Constitucional (ya que lo aquí «motivado» se reitera con asiduidad, tanto en los recursos civiles de casación, como en los de amparo constitucional), que la falta de correspondencia entre los argumentos jurídicos de la Sentencia con los traídos al proceso, siempre que esa discrepancia no sea esencial (debida aplicación del principio *Iura novit Curia*) y no afecte a la causa de pedir ni a los hechos debatidos que sean base de la misma, no supone incongruencia alguna «omisiva», y en el presente caso, bien que en forma entremezclada, dada la reconvencción planteada, que es la que trae al pleito el principal debate, lo que realmente se discute es si constituye efectivamente venta del marido a la mujer la declaración hecha por aquél en el documento público correspondiente, pues si, de acuerdo con la prueba, se da por existente la misma, el negocio no sería nulo por simulado, y si se llega a la conclusión de que en tal documento no se vendió nada, sí procedería la nulidad contractual que se pide; la Sentencia de la Audiencia, en definitiva, resuelve conforme a tal planteamiento.

Los otros tres motivos del Recurso, forman un bloque, relativo al resultado de la prueba, en cuanto a la tenida como admisible en la Sentencia recurrida, y tal resultado se combate, por un lado (motivo 2.º) a través de los artículos 1261 y 1445 CC, pretendiéndose estar probado que el negocio fue simulado, por carecer de precio, y también el ser simulado, por otro lado (motivo 3.º), a tenor de los artículos 1218, 1350, 1253, 1275 y 1277 CC, dado que se dice por el recurrente que habiendo prueba directa de la falta de precio y de la simulación, el Tribunal *a quo* acude a la prueba de las presunciones, lo que no está de acuerdo con la doctrina jurisprudencial; y, por último (motivo 4.º), se acude al artículo 1214 CC, como no aplicado, por invertir, la Sentencia, se dice, la carga de la prueba, ya que se «fuerza» el resultado de la prueba para y en favor del marido, que es demandado y reconviniente, basándose para ello en la regla del artículo 1324 CC, sin exigir a la actora probar, a su cargo, que se dio el precio y que la compraventa fue realmente existente.

Estos tres motivos deben ser estudiados conjuntamente, dado que tratan de rechazar la interpretación de la prueba, acogida por la Audiencia, por

cada uno de los cauces indicados, para, en definitiva, exigir la inaplicación del artículo 1324 dicho, en favor de los otros argumentos indicados, o tratando de no darle al mismo el valor decisivo que se le ha conferido en la Sentencia. Todos estos argumentos fallan, y los motivos deben ser rechazados en bloque, en una debida aplicación interpretativa del precepto indicado, y así:

a) Si bien el artículo 1361 CC establece, como regla general, a falta de otra prueba o declaración al respecto, la presunción de ganancialidad de los bienes «existentes» en el matrimonio, debiendo probar la parte que pretenda la privacidad de los mismos, o de algunos de ellos, que en realidad lo son del cónyuge que así lo exija; existen otras normas, no obstante, que permiten alterar esa regla, como son la del artículo 1355, por un lado, que autoriza a los citados cónyuges a establecer, de común acuerdo, la facultad de atribuir esa condición de ganancialidad a los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio; y, por otro lado, la del artículo 1324, que, que a su vez, permite, mediante «confesión» (declaración unilateral válida en Derecho) hecha por el que, de ellos, pueda resultar perjudicado, que tal declaración se constituya en prueba eficaz y bastante para que determinados bienes sean considerados, aún perteneciendo a la comunidad o al cónyuge que la hace, como propios del otro (confesión, por otro lado, que sólo tiene efectos jurídicos entre los cónyuges o sus herederos, es decir, siempre que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos, y sin que pueda trascender a los acreedores).

b) Como dice la jurisprudencia de esta Sala, en aplicación de dicho precepto (*vid.* S. de 25 de noviembre de 2001), el mismo atribuye a esa eficacia, el valor de «confesión» probatoria *inter partes*, es decir, en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, más concretamente, de uno frente al otro, al preservar los intereses de los herederos forzosos y de los acreedores, para no «blindar» situaciones de posibles fraudes ... (y) la prevalencia confesaría que el artículo 1324 establece, efectivamente, no es absoluta y cabe prueba en contrario, pruebas que han de ser eficaces y contundentes, como declaró la S. de 18 de julio de 1994.

c) Se trata, pues, de una «fuerte» presunción legal, que se establece por encima de la regla común del *onus probandi* (artículo 1214 CC), y que evita el tener que acudir a la prueba corriente de presunciones (artículos 1299 y siguientes CC), si bien no con el carácter del artículo 1250 (las que «dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas»), dándosele más bien el carácter de la «confesión» (bien sea ésta judicial o extrajudicial: artículo 1231), con el valor del artículo 1232 («hace prueba contra su autor..., excepto en el caso en que por ella

pueda eludirse el cumplimiento de las leyes», que aquí lo serían el perjuicio de los legitimarios o de los acreedores: artículo 1324), y ello con el carácter que asimismo le confiere el artículo 1239 cuando es prestada extrajudicialmente (en cuanto se trata de un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales, pero siempre con el carácter y los límites que establece el propio artículo 1324).

d) Esa fuerza que otorga el precepto indicado, de poderse eludir, mediante tal declaración de voluntad, el valor o la regla de ganancialidad de los bienes, del artículo 1361, hace que situaciones como aquéllas en que se produzca la falta de precio (se permite que sin él la causa de tal traspaso de propiedad sea la mera declaración de voluntad del perjudicado), o la precariedad o desproporción del mismo, no afecten a la validez de la declaración, salvo que exista una prueba muy fuerte y eficiente en contrario, o que se dé la existencia de situaciones enervantes, como serían las del error, el dolo o el engaño o la falta de capacidad del que la hace, en cuyos casos sí faltaría propiamente el consentimiento.

e) Vale tal norma para dar eficacia de prueba, por sí sola, a la declaración que se hace, para enervar así la pretensión contraria a que no valga lo declarado, y lógicamente, es aplicable, no sólo a los

casos de obtención de la privatividad de bienes que en relación con su adquisición serían gananciales, sino también a los supuestos contrarios (como regla de justa correspondencia), en cuanto un bien privativo pase a ganancial, por la declaración del que por ello resulte perjudicado: y es asimismo aplicable, por igual razón, a situaciones similares, como la de que la finca de que aquí se trata, sita en Boadilla del Monte, se convierta en privativa, en su mitad, ya que el cónyuge, que es dueño privativo de toda ella, concede la mitad indivisa, en escritura pública, al otro cónyuge (situación privativa compartida, asimilada, pues, a un caso de ganancialidad).

Respecto a la vivienda de Málaga, es claro, por otro lado, que se dan las circunstancias precisas del precepto, puesto que el marido concurre a la compra de la mitad indivisa de la misma por la mujer, «confesando» que el dinero que ésta da en pago a su adquisición, es privativo de ella, yendo así a excluir de la ganancialidad la parte correspondiente a ella, porque tal solución la permite el precepto dicho, por ir el mismo en principio en contra de la presunción general de ganancialidad del artículo 1361, y las demás normas que nos llevarían, en otro caso, al mismo fin.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Si en la liquidación de la sociedad de gananciales se incluyó un bien que tenía carácter privativo, estamos ante un caso de anulabilidad de la liquidación, ya que se trata de un vicio en el consentimiento como era el error en la cualidad del bien, pudiendo ejercitarse la acción en el plazo de cuatro años.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Ángel y don Isidro interpusieron demanda de menor cuantía contra sus hermanos doña Carina, don Juan Miguel y don Sebastián, y contra los albaceas contadores-partidores de la herencia de su madre don Claudio y don Inocencio solicitando se dictara sentencia «por la que se declare la nulidad de la Escritura Pública autorizada en Dúrcal (Granada), el día 28 de marzo de 1995, por el Notario de esa localidad, don Mateo J. Carrasco Molina, bajo el núm. 508 de su Protocolo, otorgada por don Inocencio y don Claudio, en todo lo relativo al inventario, avalúo y adjudicación de los bienes quedados al óbito de doña María Virtudes contenido en dicha Escritura Pública, y ello por haberse infringido normas imperativas, dada la omisión de bienes y valores de estimable cuantía al momento de la partición, o bien, subsidiariamente, para el caso de que no se estimare tal causa de

nulidad, que se declare la rescisión de la citada partición de los bienes de la Sra. María Virtudes, por causa de lesión en más de la cuarta parte causada a mis representados, atendiendo al valor de los bienes cuando fueron adjudicados, o, en otro caso, y también subsidiariamente, si no se estimare ninguna de las dos anteriores peticiones, que se declare el complemento o adición, por omisión de objetos o valores de la partición practicada, ordenando que ello se lleve a cabo en trámite de ejecución de sentencia, condenando a los demandados, a estar y pasar por dichas declaraciones de nulidad o inexistencia, rescisión por lesión o adición y modificación, así como que se les condene a que, en cualquier caso, y en trámite de ejecución de sentencia se lleve a cabo la partición de los bienes que conforman la masa partible de doña María Virtudes, por el trámite legal correspondiente, con aplicación de las normas sustantivas y adjetivas aplicables de nuestro ordenamiento jurídico privado, con inclusión, en el inventario que se practique, de todos y cada uno de los bienes que constituyen el haber partible de la citada señora, con su correspondiente avalúo, y posterior adjudicación, así como con inclusión de las correspondientes deudas que tenga que soportar dicha herencia. Junto a ello, y por estar íntimamente conectada con ésta, se insta también la nulidad de la Escritura Pública autorizada en Granada el 7 de octubre de 1965 por el Notario don Abdón Torres Abajón, como sustituto del también Notario don Vicente Font Boix, bajo el núm. 2.977 del Protocolo de este último, en todo lo relativo a la disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales habida entre doña María Virtudes y don Javier y el posterior inventario de los bienes de este último, y que en ella se contienen, y ello por haberse infringido normas imperativas, dada la inclusión en la misma de bienes que no debieron consignarse con carácter ganancial cuando así se hizo, debiéndose incluir en la nueva partición anteriormente solicitada, y por sus mismos trámites, el negocio de cafetería-pastelería sito en la ... número ... como privativo de don Javier, y todos los frutos y negocios que de él traen causa y que, por tanto gozan de tal naturaleza privativa, y, subsidiariamente, para el caso de no prosperar la mentada acción de nulidad respecto de la citada Escritura Pública, se ordene la adición o complemento de la partición de los bienes quedados al fallecimiento de don Javier, con el bien privativo referido, y con los frutos y negocios de él derivados, permaneciendo afectos los mentados negocios al pago de las legítimas de mis representados, mediante intervención judicial de los mismos, y hasta no se lleve a efecto la partición solicitada. Todo ello, con expresa condena en costas a los demandados doña Carina, don Juan Miguel y don Sebastián y don Inocencio y don Claudio».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 12 de Granada dictó Sentencia el 1 de septiembre de 1997 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: «Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora doña María Isabel Serrano Peñuela, en nombre y representación de don Ángel y don Isidro, frente a doña Carina, don Ángel y don Sebastián y los albaceas don Claudio y don Inocencio, debo ordenar y ordeno que en trámite de ejecución de sentencia, se complete la partición practicada, añadiendo en el activo del caudal de la causante doña María Virtudes el establecimiento comercial, con todo su utillaje, ubicado en la CALLE 001 número NÚM 001 de esta capital, cuyo valor es de 53.061.000 pesetas, más otras 2.600.000 pesetas en concepto de beneficios económicos líquidos derivados de la explotación de los negocios, desestimando el resto de las pretensiones consignadas en el suplico de la demanda. Las costas vertidas a instancia de los albaceas son de preceptiva imposición a los actores, mientras que el resto de las vertidas a instancia de las demás partes serán satisfechas por éstas y las comunes por mitad».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Granada dictó Sentencia el 5 de mayo de 1998 confirmando la resolución apelada pero sin especial pronunciamiento sobre las costas del recurso.

⊙ Don Ángel y don Isidro interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Lo pedido en la demanda fue, por un lado, la nulidad de la escritura de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales habida entre el padre y la madre de los hermanos litigantes, escritura otorgada el 7 de octubre de 1965, por haberse incluido como bien ganancial un negocio de cafetería-pastería privativo del padre, y subsidiariamente la adición o complemento de los bienes quedados al fallecimiento del padre con el referido bien privativo más los frutos y negocios derivados del mismo, si bien en el fundamento de derecho de la demanda relativo a las acciones ejercitadas la nulidad se predicaba no de la escritura de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales sino de las operaciones particionales de la herencia del padre; y por otro lado, la nulidad de la escritura pública de inventario, avalúo y adjudicación de los bienes de la madre, escritura otorgada el 28 de marzo de 1995, por omisión en la misma de «bienes y valores de estimable cuantía», subsidiariamente la rescisión de la partición de la herencia de la madre por lesión en más de la cuarta parte y, subsidiariamente, su complemento o adición por omisión de objetos o valores.

La sentencia de primera instancia rechazó las pretensiones relativas a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, aun admitiendo el carácter privativo del negocio en cuestión al haberlo creado el padre de los hermanos litigantes en 1932 y no haberse casado con la madre de los mismos hasta 1942, por fundarse la acción de nulidad en un vicio del consentimiento prestado en su día por los demandados, tratarse por tanto de un caso de anulabilidad y, en consecuencia, haberse ejercitado la acción mucho después de vencido el plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 CC, denegándose asimismo la adición o complemento de la partición del padre porque al momento de ejercitarse la acción, 6 de octubre de 1995, la madre había usucapido el negocio litigioso en virtud de un título viciado inicialmente pero subsanado por el mencionado plazo de cuatro años y la posesión pública, pacífica, ininterrumpida, en concepto de dueña y de buena fe durante 10 años. En cuanto a las pretensiones de la demanda contra las operaciones particionales de la herencia de la madre, la sentencia rechazó la de nulidad por depender a su vez de las pretensiones anteriormente rechazadas sobre el negocio en cuestión, desestimó también la de rescisión por lesión al no superar ésta la cuarta parte según la prueba practicada y, en cambio, acogió la de adición o complemento de la partición, aunque únicamente respecto de un establecimiento comercial distinto del anterior con su utillaje más la cantidad de

2.600.000 pesetas en concepto de beneficios económicos líquidos, rechazándose la adición de otros bienes mencionados en la demanda por no haberse probado su existencia o por tratarse de contribuciones para adquirir locales hechas por los propios hermanos codemandados. Por lo que se refiere a las costas, se aplicó el artículo 523 LEC de 1881 para no imponerlas especialmente a ninguna de las partes con excepción de las causadas por la llamada al proceso de los albaceas contadores-partidores, que se impusieron a la parte demandante por no haber faltado aquéllos a los deberes del cargo al resultar que en la propia escritura de partición de la herencia de la madre ya se preocuparon de indicar la pendencia de un litigio todavía no resuelto sobre el establecimiento comercial cuya adición finalmente se acordaba en la propia sentencia.

Interpuesto recurso de apelación por los hermanos demandantes, el tribunal de segunda instancia, tras examinar pormenorizadamente los fundamentos de la sentencia apelada contrastándolos con las alegaciones de la parte recurrente, y recordando que la imprescriptibilidad del artículo 1965 CC tenía como excepción la adquisición por usucapición, desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada.

Para la resolución del recurso, se ponen de manifiesto por el Tribunal Supremo los siguientes hechos:

A) El padre de los hermanos litigantes falleció el 20 de febrero de 1964 tras haber otorgado testamento el 11 de mayo de 1963 legando a su esposa el tercio de libre disposición de su herencia, en pleno dominio, e instituyendo y nombrando únicos y universales herederos en el remanente de sus bienes, derechos y acciones a sus cinco hijos sin perjuicio de la cuota usufructuaria que por ministerio de la ley correspondiera a su esposa.

B) Con fecha 7 de octubre de 1965, en virtud de lo acordado por resolución judicial de 2 de septiembre anterior, se protocolizó el cuaderno particional de los bienes del finado en el que se procedía a inventariarlos, se establecían las bases o normas de la partición, se liquidaba la sociedad conyugal y herencia de aquél y se hacían las adjudicaciones correspondientes. Todas las operaciones fueron formalizadas conjuntamente por la viuda del causante, por sus dos hijos hoy demandantes-recurrentes, uno de ellos mayor de edad y el otro emancipado, por la hija hoy demandada-recorrida, también mayor de edad, y por el defensor judicial nombrado a la sazón a los otros dos hijos, hoy demandados-recorridos, por ser menores de edad.

C) Como bienes relictos se inventariaron una casa y el negocio de confitería-pastelería litigioso, indicándose respecto de éste que el causante lo había establecido en el año 1930, en estado de casado, cuando en realidad por entonces aún era soltero.

D) A partir de dicho inventario los otorgantes procedieron conjuntamente a liquidar la disuelta sociedad conyugal con arreglo al sistema legal de gananciales, con el resultado de adjudicar a la viuda en pleno dominio el referido negocio más el usufructo vitalicio del 34'60% de la casa y a cada uno de los hijos la quinta parte indivisa del pleno dominio y la quinta parte indivisa de la nuda propiedad de la casa.

E) Durante los años siguientes el negocio de confitería-pastelería fue francamente próspero, permitiendo la apertura de otros establecimientos, y uno de los demandantes incluso desempeñaba funciones de encargado mientras el otro permanecía ajeno a los negocios familiares aunque se le permitía retirar productos de la pastelería.

F) Las desavenencias de los demandantes-recurrentes con su madre y con sus hermanos demandados-recorridos no empezaron a manifestarse hasta el año 1989, en cuyo mes de junio el que no participaba en los negocios envió un telegrama telefónico a su madre manifestando que quería incorporarse a la empresa, en tanto que el otro fue despedido en 1992.

G) La madre otorgó testamento el 4 de agosto de 1992 instituyendo herederos universales a sus cinco hijos pero en la proporción de una quinceava parte, su legítima estricta, para cada uno de los demandantes-recurrentes, y las trece quinceavas partes restantes, por iguales partes, para sus otros tres hijos, los demandados-recorridos.

H) La madre falleció el 23 de septiembre de 1994 dejando siete bienes inmuebles y dos establecimientos más de pastelería, uno de los cuales no se incluyó sin embargo en el inventario del cuaderno particional de su herencia porque, según mención expresa en el propio cuaderno, su titularidad se encontraba sometida en ese momento a decisión judicial.

I) La demanda rectora del litigio causante de este recurso de casación se presentó el 6 de octubre de 1995.

Entrando ya a examinar los motivos del recurso, el primero, fundado en infracción de los artículos 1300, 1302, 1303, 1324, 1345, 1398, 1410, 1963, 1965 y 1301 CC, insiste en pedir la nulidad de la escritura de 7 de octubre de 1965 por haberse tratado como ganancial un bien que era privativo del causante, lo que en opinión de la parte recurrente determinaría una nulidad radical, no sujeta a plazo alguno de

prescripción ni caducidad, por haberse vulnerado normas imperativas. Así planteado, el motivo ha de ser desestimado por dos razones, cada una de las cuales resulta suficiente por sí sola para justificar tal decisión: la primera, que según jurisprudencia reiteradísima de esta Sala no se observa debidamente el artículo 1707 LEC de 1881 cuando en un mismo motivo se acumula la cita de una multitud de preceptos, buscando un nuevo examen total de la cuestión litigiosa; y la segunda, que la parte recurrente parece desconocer la acción ejercitada por ella misma en su propia demanda, inequívocamente fundada en un vicio del consentimiento como era el error en la cualidad del bien, de suerte que no se alcanza a comprender cómo la misma parte cuestiona la aplicabilidad del plazo de duración de cuatro años, desde la consumación del contrato, establecido en el artículo 1301 CC. Si a todo ello se une la ambigüedad de los propios hechos de la demanda («al parecer se procedió a la partición y adjudicación de los bienes», operaciones realizadas «con ánimo ocultista que las dotaron de muy poca claridad», invocaciones a la «corta edad» que entonces tenían los demandantes-recurrentes, «mis mandantes tendrían que haber tenido cierta participación en los bienes del padre»), en abierta contradicción tanto con la total publicidad y control judicial de las operaciones cuestionadas como con el propio silencio de los hoy demandantes-recurrentes a lo largo de veinticinco años, es decir, superada más que suficientemente su «corta edad», la desestimación del motivo no viene sino a corroborarse, pues el error sobre la condición del negocio litigioso se podía detectar ya en la propia escritura pública cuya anulación se pretende.

Las mismas razones desestimatorias son predicables del motivo segundo, fundado en infracción de los artículos 1959, 1943, 1945, 1950, 1951, 1952, 1953, 1954, 1941, 1942, 444, 433, 435, 1957 y 1079 CC y orientado a rebatir el razonamiento de la sentencia recurrida sobre improcedencia del complemento de la herencia del padre con el negocio litigioso por haberlo usucapido la madre mediante justo título y posesión en concepto de dueña, pública, pacífica e ininterrumpida durante diez años. En cuanto a la forma, porque la acumulación de preceptos es tan patente que no menos lo es la inobservancia del artículo 1707 LEC de 1881; y en cuanto al fondo porque, al margen de que la cuestión habría podido admitir otra perspectiva más sencilla, de adquisición por la madre mediante título (contrato en el que fueron parte todos los interesados) y modo (tradición), quedando subsanado cualquier vicio del consentimiento de los transmitentes por el transcurso del plazo de cuatro años de la acción de anulabilidad, lo cierto es que ni puede negarse al título meramente anulable la

condición de justo título para la usucapión, punto de coincidencia unánime de doctrina científica y jurisprudencia, ni cabe cuestionar como clandestina o contraria a la buena fe una posesión por la madre que rindió enormes frutos a lo largo de los años, en la que incluso participó muy directamente uno de los demandantes-recurrentes como encargado del negocio, que desde 1965 hasta 1989 no suscitó la más mínima queja y que, en suma, no se discutió con verdadera seriedad hasta después de morir la madre y advertir entonces los demandantes-recurrentes que aquélla sólo les había dejado su legítima estricta, lo que apunta como verdadera cuestión latente o causa oculta de la demanda a una impugnación de la última voluntad de la madre.

Los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso pueden tratarse conjuntamente porque todos ellos adolecen de un similar defecto de planteamiento que determina su desestimación. Fundados en infracción del artículo 1073 CC en relación con el 632 LEC de 1881 (motivo tercero), de los artículos 1074 y 817 CC (motivo cuarto) y del artículo 1079 CC (motivo quinto), los tres tienen como denominador común la pretensión de que esta Sala revise la valoración de los bienes hecha por el tribunal sentenciador según la prueba practi-

cada para, así, insistir el recurso en la nulidad de la escritura de 1995 (motivo tercero), en su rescisión por lesión (motivo cuarto) o en un complemento mayor que el acordado en la sentencia recurrida (motivo quinto). Pero semejante planteamiento es de todo punto inviable porque para defenderlo la parte recurrente hace supuesto de la cuestión, bien apartándose directamente de los hechos probados al dar por sentada la existencia de bienes que el tribunal sentenciador declaró no probada, bien criticando la valoración de la prueba pericial por el mismo tribunal mediante argumentos especialmente centrados en el informe acompañado en su día con la demanda, de cuya falta de valoración se queja la parte recurrente en los tres motivos sin advertir, de un lado, que en el acto de la ratificación de los informes periciales pidió y obtuvo todas las aclaraciones que tuvo por convenientes y, de otro, que al ser objeto de impugnación unas concretas operaciones particionales la lógica imponía que la prueba pericial versara precisamente sobre las valoraciones asignadas a los bienes en tales operaciones, contrastándolas con el informe de los peritos, pues precisamente de ese contraste resultaría si era o no fundado el informe de valoración, que no prueba pericial, acompañado con la demanda.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter privativo de la deuda generada por el afianzamiento que realizó en exclusiva el esposo y sin el consentimiento de la esposa, a diferencia de la deuda, que sí se reputa ganancial, por otro afianzamiento en la que fueron parte ambos cónyuges.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Ramón Ferrándiz Gabriel

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Pedro y doña Bárbara interpusieron demanda de menor cuantía contra don Ignacio y doña Montserrat solicitando que se dictase sentencia condenando a los demandados a abonar a la actora la cantidad de 38.831.276 pesetas más otra cantidad que se determinará en ejecución de Sentencia para intereses y costas del presente procedimiento.
- ⦿ Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de doña Montserrat como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte Sentencia por la que se condene a mi mandante en los términos estrictos del allanamiento que se formula, sin imposición de costas, y, en el resto, se desestime la demanda formulada con expresa imposición de costas a la parte actora. Por propuesta de providencia

de fecha 7 de octubre de 1996, se declaró la rebeldía procesal del demandado don Ignacio, al haber transcurrido el plazo concedido para personarse y contestar a la demanda.

- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Gijón dictó Sentencia el 18 de septiembre de 1997 estimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Asturias dictó Sentencia el 28 de mayo de 1998 desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña Montserrat.
- ⊙ Doña Montserrat interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que condena a la demandada únicamente a abonar la cantidad de 15.000.000 de pesetas y los intereses moratorios.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los demandantes, fiadores que, como tales, habían pagado a los respectivos acreedores las deudas garantizadas, ejercitaron en la demanda acción de regreso, por la parte proporcional, contra los otros dos coafiadores solidarios, casados entre sí.

El marido demandado no contestó la demanda y la mujer se allanó a ella en parte, pues declaró fundada la pretensión deducida en su contra hasta la suma correspondiente a una deuda que ella había afianzado; el resto negó deberlo, por no tener la condición de garante de las deudas que lo generaron.

Se considera probado, porque así se declaró en la instancia, que: a) los cónyuges demandados estaban casados en régimen de gananciales, b) las deudas afianzadas tenían naturaleza ganancial o consorcial y c) la ahora recurrente no fue parte (fiadora) mas que en uno de los tres contratos de fianza causantes de los pagos efectuados por los demandantes.

Para dar respuesta al primero de los motivos del recurso, se hace necesario distinguir entre deuda (deber de realizar la prestación) y responsabilidad patrimonial (sujeción del patrimonio propio a la facultades de agresión de los acreedores, para la satisfacción coactiva de los créditos). Distinción que da pie para declarar que, en los matrimonios regidos por las normas de la sociedad de gananciales, si la obligación la contrae, *nomine proprio*, uno de los cónyuges él será el único deudor, no el otro (ni aquella sociedad, carente de personalidad jurídica); y que, pese a ello, responderán directamente ambos cónyuges con los bienes comunes si (como se ha dicho, habiéndola contraído sólo uno y, por lo tanto, no los dos o uno con el consentimiento del otro, casos previstos en el artículo 1367 del Código

Civil) la deuda es de la naturaleza que el legislador toma en consideración para facultar a los acreedores a que hagan efectivo su derecho con una ejecución directa sobre los bienes comunes.

Una de las deudas de tal condición es la que menciona el artículo 1365.1.º del Código de Comercio, precepto que aplicó la Audiencia Provincial para calificar las que causaron la condena (en cuanto nacidas del ejercicio de la gestión de los bienes gananciales), en términos que no cabe sino mantener.

Por ello, doña Montserrat adeuda la suma que admitió deber, al allanarse a la demanda, pero no el resto, ya que no celebró el contrato que lo generó, aunque, junto con su cónyuge, el otro demandado, responda directamente de todo el débito con los bienes gananciales.

De ahí que deba ser estimado el primero de los motivos del recurso de casación interpuesto por dicha demandada. En él se denuncia, con apoyo en el artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la infracción del artículo 1261 del Código Civil, al haber sido condenada como deudora a consecuencia de dos contratos de fianza en los que no fue parte contratante, ya que no consintió en celebrarlo.

El segundo de los motivos no merece especial comentario, como no sea el consistente en reproducir lo expuesto sobre el anterior, ya que en él, aunque se denuncie la infracción de los artículos 1362.4.º (no aplicable a las relaciones con los terceros) y 1365.2.º del Código Civil (no aplicado en la Sentencia recurrida, que, como se ha dicho, encuentra apoyo en el apartado 1.º del mismo precepto), la recurrente realmente reproduce la misma cuestión planteada en el primero: no habiendo

consentido las dos fianzas no puede ser condenada como fiadora.

En los motivos tercero y cuarto, con fundamento en el artículo 1692.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, acusa la recurrente la infracción del artículo 359 de la misma Ley. Afirma que la Sentencia recurrida es incongruente.

La congruencia constituye un requisito de la Sentencia impuesto por los principios dispositivo y de contradicción, que se identifica con la necesaria adecuación entre ella y las peticiones de las partes. Para calificar una Sentencia como congruente se impone confrontar su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivo y objetivo (causa de pedir y petición).

Pues bien, la comparación de esos términos pone de manifiesto que la Sentencia recurrida es plenamente congruente, pues desestimó la apelación de la ahora recurrente respecto de una Sentencia que había condenado a los dos demandados a pagar a los demandantes exactamente lo que

éstos habían pretendido en el suplico de la demanda (la suma de treinta y ocho millones ochocientos treinta y una mil doscientas setenta y seis pesetas y los intereses moratorios), con causa en el pago por ellos de las deudas garantizadas por diversos contratos de fianza.

Han de ser desestimados, en consecuencia, los dos referidos motivos, que, a mayor abundamiento, nada tienen que ver con la congruencia. En efecto, el inexistente vicio se vincula, en el tercer motivo, al orden en que, en opinión de la recurrente, deberían responder los demandados con sus bienes gananciales (ya se ha dicho que se trata de una responsabilidad directa). Y, en el cuarto, a una supuesta reducción de la cuantía de lo debido por haber percibido los actores determinadas cantidades de las que no hay reflejo en los escritos de alegaciones de las partes ni en las Sentencia de las dos instancias.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se declaran de la propiedad de la esposa varios inmuebles que figuran en el Registro de la Propiedad a nombre exclusivo del esposo al igual que en el contrato de compraventa que dio origen a las inscripciones al acreditarse, mediante una carta que el esposo envió a un tercero, que los fondos para la adquisición de dichos inmuebles pertenecían a su esposa.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada Gómez

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Jesús Luis interpuso demanda de menor cuantía contra su ex esposa doña Ariadna (de nombre al nacer Lidia) solicitando que se dicte sentencia por la que: a) se declare que don Jesús Luis es único y exclusivo propietario de la vivienda y plaza de aparcamiento descritos en el hecho primero de la demanda, cuya descripción se da aquí por reproducida para evitar innecesarias repeticiones. b) Se declare que doña Ariadna o Lidia no ostenta derecho posesorio alguno respecto a las fincas de autos. c) Se declare a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y al inmediato desalojo de la vivienda y aparcamiento de autos, dejándolo libre y a disposición del actor, así como al pago de las costas del juicio.
- ⦿ Admitida a trámite la demanda la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia desestimatoria y, a su vez formuló demanda de

reconvencción en solicitud de que se dictara sentencia por la que se declarara: 1.º) Que la totalidad de los fondos utilizados por don Jesús Luis, para el pago a Urbanizadora Calvia, SA, del precio de la vivienda y aparcamiento núms. NÚM000 y NÚM001 de orden descritos en el hecho Cuarto de esta reconvencción procedían de cuentas y activos propiedad exclusiva de su entonces esposa, doña Ariadna, nacida Lidia. 2.º) Que el Sr. don Jesús Luis, había recibido instrucciones de su meritada esposa para adquirir a nombre de ésta las citadas viviendas y aparcamiento, y registrarlos a nombre de dicha Sra. Ariadna, nacida Lidia. 3.º) Que, en consecuencia, las indicadas viviendas y aparcamiento son de la exclusiva propiedad de doña Ariadna, nacida Lidia. 4.º) Que, por tanto, la titularidad dominical y registral aparentes en favor del Sr. don Jesús Luis, son totalmente nulas, debiendo rectificarse los oportunos asientos en favor de doña Ariadna, nacida Lidia. 5.º) Que, como consecuencia de todo lo anterior, el Sr. don Jesús Luis, ningún derecho ostenta de naturaleza posesoria o de otra clase sobre las fincas de referencia, y que, por ello, ha de abstenerse a perturbar la pacífica posesión de doña Ariadna, nacida Lidia, que en las mismas habita junto con el hijo común, don José María. Condenando al demandado a estar y pasar por los mismos, realizando y soportando los actos necesarios para que la titularidad dominical y registral de la vivienda y aparcamiento descritos sea de la Sra. doña Ariadna, nacida Lidia. Y todo ello con expresa imposición de las costas de esta demanda reconvenccional al Sr. José María, por su manifiesta temeridad y mala fe.

⊙ Conferido traslado a la parte actora del escrito de reconvencción, contestó ésta a la mencionada reconvencción alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes para terminar suplicando sentencia desestimatoria.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Palma de Mallorca dictó Sentencia el 25 de marzo de 1994, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Que estimando la demanda principal formulada por el Procurador don Francisco Javier Gayá Font, en nombre y representación de don Jesús Luis, contra doña Ariadna o Lidia, debo declarar y declaro: 1.º) Que don Jesús Luis, es único y exclusivo propietario de la vivienda y plaza de aparcamiento descritos en el hecho primero de la demanda. 2.º) Que doña Ariadna o Lidia, no ostenta derecho posesorio alguno respecto a la finca de autos. Y, en su consecuencia, debo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y al inmediato desalojo de la vivienda y aparcamiento de autos, dejándolo libre y a disposición del actor. Y debo desestimar y desestimo la demanda de reconvencción formulada por doña Ariadna, nacida Lidia, contra don Jesús Luis y, en su consecuencia, debo absolver y absuelvo a dicho demandado de todas las pretensiones contra él deducidas en la referida demanda. Con expresa imposición de las costas a la demandada principal y actora de reconvencción».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Baleares dictó Sentencia con fecha 15 de mayo de 1998, estimando el recurso de apelación interpuesto por doña Ariadna, nacida Lidia y en su sustitución su heredero, don José María y revocando la sentencia del juzgado desestimó íntegramente la demanda principal al mismo tiempo que estimaba la demanda reconvenccional declaró: «a) Que los inmuebles a los que el presente procedimiento se contrae son de la exclusiva propiedad de la demandada y, ahora, de su causahabiente, doña Ariadna y don José María respectivamente; b) que deben declararse nulas la titularidad dominical escriturada y la inscripción en el Registro de la Propiedad de los mismos a favor del accionante don Jesús Luis debiéndose rectificar al efecto los asientos registrales, apercibiéndose al actor para que deje de perturbar la pacífica posesión de las fincas definidas en la presente resolución, y c) se imponen las costas de la demanda reconvenccional a la parte actora. No se hace especial pronunciamiento sobre costas en esta alzada».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Juzgado en su decisión razona que la compra-venta de los inmuebles de autos fue otorgado por el actor principal, don Jesús Luis, como comprador y actuando en nombre propio y con la certificación del Registro de la Propiedad, aportada en período probatorio, ha quedado acreditado que dichos inmuebles figuran inscritos a nombre del referido actor principal. Además con los documentos acompañados con la demanda (Documentos núms. 6 al 18) en relación con la testifical del representante legal de la entidad Urbanizadora Calviá, SA, ha quedado acreditado que el precio de compra de los inmuebles de autos fue satisfecho a la entidad vendedora por parte del actor principal.

La Audiencia, por su parte, revoca esa sentencia al afirmar en su FJ 4º: «... Se decía en la demanda inicial y principal que el actor había satisfecho el precio de adquisición mediante pagos provenientes de cuentas bancarias propias y mediante su trabajo personal como vendedor de apartamentos propiedad de “Urbanizadora Calviá, SA”. Dicha proposición era negada por la demandada, señalando que los fondos con los que hicieron los pagos le pertenecían en exclusiva. Esta última afirmación contaba con evidentes indicios en autos, algunos de ellos asumidos por las Autoridades alemanas que conocieron del caso dentro de sus peculiares y concretos planteamientos. Sucede, sin embargo, que no fueron estimados bastantes, ante la potencia de la presunción legitimadora del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en la primera instancia. Quizás esta Sala sustentaría igual criterio si no se hubiera producido un vuelco probatorio casi espectacular en esta alzada. Nos referimos –obviamente– a la carta unida al rollo de Sala y atribuida al demandante don Jesús Luis y dirigida a un tercero, la cual ha sido objeto de amplio comentario en este segundo grado jurisdiccional. La autenticidad de la firma que la autoriza no puede ser puesta en cuestión, pues ha sido averada por distintos peritajes caligráficos y grafológicos realizados en esta alzada e incluso no ha sido discutida en la impugnación del recurso. Dicho documento fue correctamente admitido como prueba, a través de lo dispuesto en el artículo 863.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, a pesar de que en sede penal, junto con otros argumentos decisorios, los hechos no fueron considerados *ab initio* suficientemente consistentes para iniciar juicio oral para depuración de responsabilidades criminales, no cabe duda de que la óptica civil es distinta y se mueve en distintos parámetros y con diversos principios. Bastaría rememorar alguno de los pasajes de dicha misiva, para alcanzar una conclusión completamente contraria a las tesis del demandante por su claridad y su contundencia.

Este Tribunal se remite a su íntegro contenido que obra en el rollo de Sala, mas le resulta ineludible entresacar una de sus frases más relevantes “Todo el dinero y la vivienda de Anchorage (la de autos), que bien conoces, le pertenecen a ella (la demandada), pero jamás volverá a recuperarlos”. En el mismo texto se intenta justificar, en términos total y absolutamente inasumibles jurídicamente, el motivo de dicha conducta, lo que no hace sino agravar los planteamientos fácticos del apelado...», añadiéndose que, «... Este órgano decisor ha sopeado y examinado detenidamente el contenido del documento y los reparos que el impugnado opone a su autenticidad. Hay que partir de la premisa comprobada de que la firma estampada a su pie está puesta del propio puño y letra del Sr. José María, de ahí que combatir que no se asume su texto sea una tarea probatoria que sólo a él le incumbe y que, de no realizarla o acabarla con éxito, conduce a estimar que se ha resquebrajado y desvirtuado la presunción *iuris tantum* de la que partía la sentencia de instancia. No es obstáculo válido el que se diga que el destinatario de la carta afirme en prueba testifical que no la recibió, pues es respuesta lógica (aunque no excusable, de ser incierto) y esperable en las circunstancias examinadas. Pero es que, en cualquier caso, la no recepción por el destinatario no implica su falta de remisión y, lo que es más decisivo, la inautenticidad de la misiva. La altura de la firma, la extensión del documento en papel común, o que, incluso se hable en ella de un perfecto conocimiento de una vivienda supuestamente inacabada, tampoco desmerecen su contenido. Las insinuaciones de que pueda tratarse de una firma conseguida por sorpresa o de un documento firmado en blanco carecen de cualquier consistencia probatoria, como así sucede con las afirmaciones de hecho de las que partía la demanda inicial...», por lo que, se concluye, como argumento principal decisorio, que «... Este poderoso dato acreditativo, junto con los indicios de los que se ha dejado mérito y la ausencia de toda prueba en contrario, inclinan –por lo argumentado– a decidir que, en efecto, los fondos para la adquisición de la vivienda y aparcamiento cuestionados procedían de la demandada, lo que conduce a invertir los términos de la Sentencia combatida y, por tanto, a revocarla, con desestimación de la demanda principal y acogimiento de la reconvencción».

En el primer motivo del recurso, se denuncia en base al artículo 1692.3.º de la LEC, la infracción de las normas que rigen el procedimiento, al haberse aplicado incorrectamente lo dispuesto en el artículo 863.2 de la LEC en relación con el artículo 506 de la misma ley y, se aduce que, el artículo 863, en su

párrafo segundo, establece que se podrán aportar al procedimiento en segunda instancia, los documentos que se hallen en los supuestos contemplados en el artículo 506 de la LEC. La demandada aportó una supuesta carta de 29 de julio de 1985, amparándose en el segundo párrafo del artículo 506, es decir, jurando que no había tenido conocimiento de la misma hasta después de pronunciada la Sentencia en 1.ª Instancia. Y, se expresa como argumentos en contra de la recurrida que, se adujo en escrito de alegaciones cumpliendo con el artículo 1693 LEC, que no se debió admitir dicha prueba, que en base al artículo 1214 CC, el que alega ha de probar, que la declaración jurada que realizó la parte demandada sobre ese documento aportado junto con la apelación, se recibió con posterioridad a dictarse la primera sentencia y, sobre todo, que «la demandada mintió cuando presentó esa carta, pues, la misma era conocida cuando el proceso de la instancia estaba en fase probatoria y, que ello ha causado indefensión». Todo los alegatos del Motivo fracasan, por cuanto:

1.º) La Propia Sala *a quo*, en su FJ 4 expresa, literalmente, que «dicho documento fue correctamente admitido como prueba a través de lo dispuesto en el artículo 863.2 LEC, anterior», y, se constata la autenticidad de su firma y la relevancia de su contenido según lo transcrito (la confirmación de esa autenticidad, se constata en que, el actor negó en prueba de confesión, la autoría de susodicha carta, lo que precisó prueba caligráfica al respecto, que demostró aquella fidelidad).

2.º) Como es sabido, esa habilidad aportatoria en la segunda instancia, según lo preceptuado en ese artículo 863.2 («que se traigan los autos... documentos que se hallen en alguno de los casos expresados en el artículo 506») y éste, sin más, sanciona, que esos documentos aportados en la Instancia, según su núm. 2, serán los «anteriores respecto a los cuales jure la parte que los presente no haber tenido conocimiento de su existencia».

3.º) Que no es posible tildar de falso –o de que la parte MINTIÓ al manifestar ese desconocimiento– sin que, previamente, por el órgano colegiado no se declare la falsedad o irregularidad de tal juramento, que, como todo acto volitivo intransferible, es, en principio, válido salvo descalificación judicial, lo que no ha sucedido en autos, cualesquiera que sean las circunstancias que sobre esa patología se viertan en el Motivo.

4.º) Que tampoco, en su caso, se han cumplido por la recurrente con todos los instrumentos de protesta o recurribilidad total que preceptúa el artículo 1693 LEC –se habla en el Motivo sólo de un escrito de ALEGACIONES que, obvio es, no agota esa exigencia.

5.º) Que tampoco se desvirtúa o se rebate con pruebas constatadas el contenido de esa carta, sobre la procedencia del dinero objeto de la compraventa, cuestionada. Todo lo cual, pues, confluye en el citado fracaso del Motivo.

En el segundo motivo, se denuncia en base al artículo 1692.4.º de la LEC, la incorrecta aplicación de la jurisprudencia reguladora de la institución de la simulación pues, la demandada ahora recurrida ha utilizado como único argumento jurídico para intentar acreditar que la finca objeto del presente procedimiento correspondía en propiedad a la demandada Sra. Ariadna (tras su muerte a su causahabiente), que el contrato de compraventa suscrito en septiembre de 1993 –*sic*– por mi mandante y Urbanizadora Calviá, SA, había sido un contrato simulado. Esto se desprende del apartado II del escrito de alegaciones presentado ante la Audiencia (los otros dos apartados se refieren a antecedentes de hecho y a la excepción de litispendencia). Así, según la demandada, el contrato de compraventa celebrado por el Sr. Jesús Luis a su nombre, realmente había sido un contrato realizado como mero mandatario verbal de la misma a favor de la mencionada demandada, su entonces esposa (penúltimo párrafo de la página cuarta del escrito de alegaciones). Siendo éste el único argumento de la demandada y habiendo dictado la Audiencia Provincial una sentencia por la que acepta los argumentos de la misma, parece obvio que la Audiencia, aunque no lo declare expresamente, también opina que se ha producido una simulación (así se desprende asimismo del fallo).

El Motivo, por consiguiente, se dedica a demostrar que la compraventa originaria del actor de 14 de septiembre de 1986, respecto a los inmuebles litigiosos no fue constitutiva de una simulación relativa, y amplía sus argumentos en torno a esa figura negocial; no obstante, se reconoce que la Sala *a quo*, no contempla *ad hoc* esa simulación (al decirse que «la Audiencia aunque no lo declara expresamente opina que se ha padecido una simulación») y, ello es relevante, asimismo, para desmontar el Motivo, porque, aunque se derive esa ineficacia negocial de la realidad emergente del propio contenido de la repetida carta –con valor análogo al de una confesión bajo juramento indecisorio (en los términos de los aplicables, en su día artículos 580 LEC y 1232 CC), es claro, que las razones para reconocer el derecho de la recurrida se han explicitado a lo largo de la fundamentación jurídica de la recurrida, en resumen, en el final transcrito de su FJ 4, por lo que se rechaza el Motivo, al igual que el TERCER MOTIVO, que denuncia en base al artículo 1692.4.º de la LEC, por incorrecta aplicación de lo dispuesto en el

artículo 38 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 609 del Código Civil y, se razona que, todos los argumentos de la demandada no han podido romper el juego presuntivo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, tal y como reconoció el Juzgado, y que, de cualquier forma, con base al artículo 609 CC, se cumplen los dos requisitos del título y el modo a favor del recurrente, el primero según la citada compraventa de 14 de septiembre de 1986 y, el segundo, porque está en posesión de las fincas y, todo ello, con independencia de la

procedencia del dinero para aquella adquisición. Es bien inconsistente esa argumentación, ya que, por el juego de la conocida subrogación real –y, aunque los contendientes estuvieron casados en régimen de separación de bienes, es claro, que la titularidad del dinero aportado en el precio de la compraventa o, para su satisfacción se sustituye por el objeto material comprado–, y ello, tan así, deriva en la titularidad de lo adquirido, objeto, evidentemente, sustituido o de reemplazo por quien actuó con esas circunstancias.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Reconocimiento de un crédito a favor de un cónyuge por las mejoras realizadas en bienes privativos del otro, debiendo deducirse los beneficios que de las mismas haya obtenido exclusivamente su autor.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Romero Lorenzo

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Concepción, que se hallaba en trámites de separación con su esposo don Jesús Manuel, formuló demanda contra éste interesando que se dictase sentencia condenando al demandado a desalojar y dejar libre y a disponer de la actora las fincas que se describen en el hecho primero de la demanda, con todos los elementos agrícolas existentes en la misma, así como de la casa existente en las fincas, adoptando cuantas medidas sean precisas para dar cumplimiento a la sentencia, e imponiendo las costas al demandado.
- ⊙ Admitida la demanda y emplazada la demandada, se personó en autos el demandado quien contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que: «sin entrar en el fondo del asunto y apreciando la excepción de litispendencia contemplada en el artículo 533.5.º de la Ley Adjetiva, desestime la demanda con expresa imposición de costas a la actora; y subsidiariamente, entrando en el fondo del asunto, se desestime igualmente la demanda por ostentar mi mandante sobre la finca que posee, una posesión legítima al tener bajo su custodia un hijo del matrimonio y constituir dicha finca también vivienda familiar, por lo que no procede el desalojo de mi mandante y su hijo, con expresa imposición de costas también a la actora».
- ⊙ A su vez, el demandado formuló demanda reconventional y tras oponer los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos, terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que «A) Declarar la nulidad de la inscripción de dominio con carácter privativo en favor de doña Concepción de las fincas registrales núm. ..., inscrita al Tomo NÚM001, Libro NÚM002, folio NÚM003 vuelto, y la núm. NÚM004, Tomo NÚM005, libro NÚM006, folio NÚM007, ambas del Registro de la Propiedad de Yecla, ordenando practicar dicha inscripción de dominio con carácter ganancial

de ambos cónyuges. B) Declarar la existencia de un crédito de mi mandante frente a la sociedad ganancial disuelta pero no liquidada, cuya cuantía asciende al aumento de valor de las fincas como consecuencia de las mejoras realizadas, computándose dicho aumento de valor como la diferencia entre el valor actual de las fincas anteriormente referenciadas y el valor que actualmente tendrían las mismas si se encontrasen en el estado en que se compraron, determinándose dichos valores por lo que resulte probado en fase probatoria de acuerdo con los informes periciales que se practiquen y en su defecto por lo que resulte acreditado en ejecución de sentencia. C) Declarar la existencia de un crédito de mi mandante frente a su esposa, cuya cuantía asciende al aumento de valor de la finca NÚMoo8, folio NÚMoo7, Tomo NÚMoo9, libro NÚMoio del Registro de la Propiedad de Yecla, determinándose dicho crédito conforme a lo expuesto en el apartado anterior. Alternativamente, y para el caso de que no se declarara la ganancialidad de las fincas del apartado A), procedería declarar el crédito señalado en el apartado B), pero en lugar de frente a la sociedad de gananciales, frente a su esposa doña Concepción; y también procedería en este caso, declarar el crédito previsto en el apartado C) tal cual.

⊙ Doña Concepción contestó a la demanda reconvenzional, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, y terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que: «acordando todas y cada una de las medidas dictadas en el cuerpo de este escrito del núm. uno al 6 ambos inclusive imponiéndole las costas al demandado don Jesús Manuel si se opusiere».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia de Novelda dictó Sentencia en enero de 1997 estimando la excepción de litispendencia frente a la demanda promovida por doña Concepción absolvió al demandado de los pedimentos de la misma sin entrar a conocer del fondo del asunto y con expresa condena en costas a la parte demandante principal. Estimando íntegramente el suplico alternativo de la demanda reconvenzional de don Jesús Manuel contra doña Concepción declaró el carácter privativo en favor de ella de las fincas registrales ... de Jumilla y declaró la existencia de un derecho de reembolso en favor de él por importe de las mejoras que a costa de su peculio privativo hubiese hecho en las fincas antedichas privativas de ella y a cargo de ésta, desde el otorgamiento de las respectivas Escrituras de Compra hasta la hecha de interpelación judicial, cuantía que se determinará en fase de ejecución de Sentencia, y sin expresa condena en costas.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 7 de julio de 1998 estimando el recuso interpuesto por doña Concepción y revocando la sentencia del juzgado acordó: «a) estimar la demanda promovida por la referida apelante contra don Jesús Manuel que lo condenamos a que desaloje y deje libres y a disposición de la actora las fincas registrales descritas e identificadas en el hecho primero de la demanda; b) dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia recurrida contenido en el párrafo segundo de su fallo; y c) confirmar dicha resolución en cuanto al rechazo de los pedimentos A, B y C del suplico de la reconvección. Todo ello condenando al demandado al pago de todas las costas de primera instancia, esto es, tanto las generadas por la demanda como por la reconvección y sin verificar especial pronunciamiento en lo que afecta a las costas de esta alzada».

⊙ Don Jesús Manuel interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que declaró que don Jesús Manuel ostenta frente a doña Concepción un crédito por el importe de las mejoras por aquél realizadas en las fincas a que se refiere la demanda, del que se deducirán los beneficios que el mismo haya obtenido, y cuya cuantía habrá de determinarse en fase de ejecución de sentencia en atención a las bases que se indican en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente resolución.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo se sostiene que se ha solicitado el reconocimiento del crédito del ahora recurrente derivado del aumento de valor de las fincas de litigio como consecuencia de las mejoras realizadas por aquél, al ser imposible determinar dichas mejoras y su importe una por una, por cuanto las mismas se efectuaron a lo largo de varios años. Dicho crédito se pedía se reconociese contra la sociedad de gananciales o, alternativamente, para el supuesto de que se declarase el carácter privativo de aquéllas contra su esposa.

Se pone especial énfasis en que la actora en el hecho segundo de su contestación a la reconvencción haya manifestado que en la casa se habían hecho reformas, pero no por ese importe, así como a que hubiera afirmado en el hecho tercero del mismo escrito, aludiendo a la pretensión del demandado de que el aumento de valor de las fincas se hubiera producido por sus inversiones en ellas, que a lo único que podría tener derecho el demandado es a las inversiones referidas, pero deduciéndose de ellas los beneficios obtenidos, y no a la revalorización por el transcurso del tiempo.

Entiende el recurrente que la actora admite la realización de las mejoras, discutiendo únicamente el importe de las mismas y expresamente ha reconocido en confesión –según se recoge en la sentencia del Juzgado– que su marido había realizado de su pecunio (*sic*) durante los últimos años innumerables reformas y mejoras en la finca que ahora reclama (refiriéndose a las que son objeto de litigio).

Ha de tenerse en cuenta, a partir del razonamiento del recurrente, que realmente existen en los autos datos suficientes para que con asunción de la instancia por esta Sala se acoja, al menos parcialmente, la pretensión por el mismo deducida.

A tal efecto, habrán de ser tenidos en cuenta los siguientes datos: a) Que las peticiones de la reconvencción, si bien con importantes matizaciones, han sido admitidas por la actora en la forma que se ha indicado; b) la existencia en el apartado H del hecho primero de la contestación a la demanda de una mención de las mejoras que el Sr. Jesús Manuel

dice haber efectuado en las fincas (allanar y cercar el terreno, conducciones de luz y agua, plantación de almendros y construcción de elementos y sistemas de riego); c) Su aportación de un informe pericial en relación con el aumento de valor de las mismas, y de una relación de las obras realizadas en la casa a partir de 1993.

De cuanto queda expuesto se desprende que pueden sin grandes dificultades extraerse de lo actuado las bases para que en fase de ejecución de sentencia se determine el importe de las mejoras realizadas por el demandado en las fincas mencionadas en la demanda, previa deducción, como solicita la actora, de los beneficios por el mismo obtenidos como consecuencia de ellas, constituyendo la cantidad resultante el importe del crédito que ha de reconocerse al marido contra la esposa, como propietaria privativa de dichos predios.

Procede, en consecuencia, acoger el motivo objeto de consideración, lo que hace innecesario entrar en el estudio del 2.º motivo del recurso, y casar y parcialmente anular la sentencia impugnada con revocación de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

No existe incongruencia porque en el activo del inventario se haya incluido una partida por el importe actualizado, conforme al interés legal del dinero, de la cantidad que extrajo la esposa de una cuenta de carácter ganancial, ya que aunque dicha actualización no se pidiese en la demanda es imperativa su aplicación conforme a lo establecido en el artículo 1397 del CC.

No existe falta de litisconsorcio pasivo necesario porque no se demande al hijo en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, por más que la esposa alegue el carácter de donatario del mismo respecto a una cantidad que se extrajo de una cuenta común.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter privativo de la pensión de jubilación que percibe el ex esposo al tratarse de un derecho personal del trabajador, sin que pueda tampoco incluirse en el activo un derecho de reembolso de la sociedad de gananciales por importe del valor del dinero de las cotizaciones que abonadas vigente la sociedad de gananciales han servido para generar la pensión.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Benedicto interpuso demanda de menor cuantía contra doña Encarna en la que solicitaba que se dictase sentencia acordando: 1. La liquidación de la sociedad de gananciales conforme a lo expuesto en el hecho cuarto de la demanda y 2. La adjudicación a cada uno de los cónyuges de los bienes, tal y como se solicita.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, la demandada contestó a la misma solicitando su desestimación y formuló demanda reconvenzional en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se acordara: 1) Que constituyen los bienes de la extinta y no liquidada sociedad conyugal de gananciales del matrimonio litigante, que compondrá en consecuencia, el inventario de los mismos, los siguientes: a) La vivienda que sirvió de domicilio conyugal en Irún. Pesando sobre la misma la carga del uso de la vivienda que se concedió a la esposa. b) Las seis fincas que los litigantes tienen inscritas en el Registro de la Propiedad de Ciudad Rodrigo. c) El ajuar y mobiliario existente en la vivienda sita en Irún ya referida. Sobre tales bienes pesa la carga del uso concedido a la esposa. d) Las 846.255 pesetas que el esposo se llevó cuando desalojó el domicilio, en metálico y en la libreta de la Caja Postal, las que deberá devolver actualizadas al tiempo de la liquidación. e) Todas las pensiones que el esposo se ha quedado, y que van desde el 1 de noviembre en que desalojó el domicilio conyugal, hasta el momento de la sentencia definitiva de separación matrimonial, las que deberá devolver actualizadas, al tiempo de la liquidación. f) La totalidad de las pensiones que el mismo ha cobrado a partir de la sentencia firme de separación matrimonial, así como las que cobre en el futuro, las que deberá devolver, actualizadas, al tiempo de la liquidación. 2) Que fijados los bienes del inventario procede liquidar la sociedad conyugal de gananciales, con su avalúo, participación y adjudicación, por las normas de los artículos 1051 y siguientes y 1392 y siguientes del Código Civil, lo que se llevará a efecto en ejecución de sentencia. 3) Que procede imponer las costas a la parte actora reconvenida. Como petición subsidiaria a la petición 1.f), y conservando íntegras las demás: que el esposo deberá reembolsar al activo de la sociedad conyugal de gananciales el equivalente al valor del dinero de cotizaciones y similares, que ha servido para que cobre la pensión que cobra, y ello actualizado al momento de la liquidación.
- ⊙ Conferido traslado a la parte actora de la demanda reconvenzional formulada, lo evacuó en tiempo y forma y solicitó la desestimación de la reconvección y la estimación de la demanda, con imposición de costas a la parte demandada.
- ⊙ El juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Irún dictó Sentencia el 9 de octubre de 1996 estimando parcialmente las demandas y acordando: «1.º Que el activo de los bienes de la extinta y no liquidada sociedad conyugal de gananciales del matrimonio litigante está compuesto por los siguientes bienes: a) la vivienda que sirvió de domicilio conyugal en Irún, pesando sobre la misma la carga del uso de la

vivienda que se concedió a la esposa; b) las seis fincas que los litigantes tienen inscritas en el Registro de la Propiedad de Ciudad Rodrigo. c) el ajuar y mobiliario existente en la vivienda referida sita en Irún, sobre los que pesa la carga del uso concedido a la esposa, d) las 106.255 pesetas que el esposo se llevó cuando desalojó el domicilio, ingresadas en la Libreta de la Caja Postal, las que deberá devolver actualizadas al tiempo de la liquidación, e) las pensiones de jubilación que el esposo se ha quedado, devengadas desde el 3 de febrero 1995 hasta el 29 de julio de 1995, que deberá devolver actualizadas al tiempo de la liquidación. 2.º Que la liquidación, partición y adjudicación de los referidos bienes del inventario se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1396 y siguientes y 1051 y siguientes del Código Civil».

- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Guipúzcoa dictó Sentencia el 18 de junio de 1997 estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por doña Encarna y revocando parcialmente la sentencia de instancia acordó incluir dentro del activo de la sociedad conyugal las 740.000 pesetas que se encontraban en metálico, en el domicilio conyugal, y que el esposo se llevó del mismo, sin expresa condena en costas de esta alzada.
- ⦿ Doña Encarna interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Incongruencia *extra petita* al haberse incluido en el activo partidas no reclamadas por ninguna de las partes.

El primer motivo del recurso (artículo 1692.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil antigua), denuncia incongruencia *extra petita*, con violación, por ello, del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que, se ha incluido en el inventario de bienes de la sociedad de gananciales una partida de once millones de pesetas, no reclamada por ninguna de las partes. Tal motivo debe tratarse conjuntamente con el segundo, también formulado al amparo del dicho ordinal, por incongruencia, aunque referida, esta vez, al pronunciamiento de la sentencia acerca de la «actualización» de la referida cantidad, «actualización» no pedida, en lugar de limitarse a la concesión de los «intereses» así reclamados. Sin embargo, la sentencia recurrida parte, por aceptación de la primera instancia, como hechos ciertos de que la demanda considera que en el activo del inventario se deben incluir quince millones novecientos ochenta y dos mil trescientas setenta y dos pesetas en metálico, que se encuentran en poder de Encarna, correspondiendo dicha cantidad a los once millones de pesetas que la dicha sacó, sin consentimiento del esposo, de una cuenta de la Caja Salamanca y Soria el día 5 de julio de 1991, actualizados conforme al interés legal del dinero, aprobado en los Presupuestos de cada

año, y establece, como probado, —al igual que hizo la sentencia firme de separación, que fue la esposa la que extrajo los once millones de pesetas de la cuenta donde se hallaban depositadas. En consecuencia, determina que se incluyan en el activo del inventario los referidos once millones de pesetas actualizados al momento presente, remitiendo, a ejecución de sentencia, la actualización, dinero que deberá ser reembolsado por la esposa. Sin entrar en el alcance de la aclaración solicitada, en su día, y del auto de «rectificación de errores» (15 de octubre de 1996 que escapan al ámbito de la congruencia) ha de señalarse que la sentencia recurrida da respuesta coherente a la cuestión relativa a los mencionados once millones de pesetas, al expresar, que en el presente caso no existe la pretendida incongruencia *extra petitem* basada en el hecho de que la parte demandante no solicitó la inclusión de los once millones de pesetas en el activo, ya que si analizamos el escrito de demanda, en el hecho tercero de la misma, en la letra d), referente a dinero en metálico ganancial, ya se hace referencia a los mencionados once millones de pesetas pidiendo su inclusión en el activo y apoyando estas pretensiones mediante prueba documental, debiendo señalar, tal y como hace la jurisprudencia en numerosas sentencias, que el principio de congruencia prohibitorio de toda resolución *extra petita* comporta adecuación entre las pretensiones de los litigantes,

deducidas oportunamente en el proceso y la parte dispositiva de la resolución judicial, lo que no significa una conformidad rígida y literal entre las entidades fundamentales de una y otra, sino racional correspondencia. Por cuanto, al segundo motivo se refiere la imperatividad del artículo 1397 del Código Civil, no deja lugar a dudas, sobre la licitud jurídica del pronunciamiento, al aplicar una norma que no tiene carácter dispositivo, como función propia del oficio de juzgar. Consecuentemente, ambos motivos se desestiman.

2. Excepción de litisconsorcio pasivo necesario en cuanto a la presencia del hijo en el procedimiento de liquidación.

El tercero de los motivos (artículo 1692.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil citada) considera que no se ha formalizado el contradictorio adecuadamente, pues no se demandó al hijo del matrimonio, supuestamente donatario de la cantidad referida en el fundamento anterior, por lo que procedía la estimación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, criterio absolutamente rechazable, sin perjuicio de la eficacia *inter partes* de la sentencia, entre los únicos sujetos legitimados necesariamente en el pleito que versa sobre la liquidación de la sociedad de gananciales, o sea, los componentes de la misma, o, los cónyuges, ahora separados. Como afirma la Sala de instancia la parte no acreditó que el mencionado dinero se encontrara fuera del activo ganancial por donación. Existe, sólo al respecto, la prueba testifical a la que la Sala no otorgó credibilidad, ya que sería el hijo el beneficiario de dicha donación; y por las mismas razones no se puede considerar que el hijo tenga un crédito a su favor contra la sociedad de gananciales por haber tenido que soportar las cargas de la casa ya que no existe prueba en tal sentido. Por tanto, el motivo sucumbe.

3. Carácter privativo de la pensión de jubilación.

Los motivos cuarto, quinto y sexto (artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil citada), referidos todos a la calificación jurídica de la «pensión» que obtiene el cónyuge se examinan, dada la unidad del tema, conjuntamente, alegándose infracciones de los artículos 1347.1.º (motivo cuarto), 1347.3.º (motivo quinto) y 1349 (motivo sexto), todos del Código Civil. Sostiene la esposa que la pensión que cobra el marido se ha obtenido como consecuencia de su trabajo, durante el matrimonio, o bien a costa del caudal común. En todo caso, estima que la dicha pensión de jubilación, que antes

de la separación matrimonial ya cobraba el esposo debido a los cuarenta años que estuvo cotizando para alcanzar la misma, con dinero ganancial, es también ganancial, a cuyo efecto, plantea las dudas que le sugiere el artículo 1349 y pretende llegar a una solución favorable a sus intereses mediante la aplicación de su criterio interpretativo que juzga el adecuado, según el artículo 3.º del Código Civil. Empero, referidas pretensiones, centradas en el supuesto de estimar ganancial la pensión que viene percibiendo el esposo por jubilación, no pueden ser atendidas por cuanto que como razona la sentencia de instancia, con criterio que compartimos, debemos remitirnos al artículo 1362 del Código Civil que establece que «serán a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1.º) el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia», es decir, vigente el matrimonio el dinero que cobraba el esposo se encontraba sometido a la obligación de soportar el sostenimiento de la familia, pero una vez disuelto no puede entenderse que subsiste dicha obligación sin que por ello, el camino de considerar como ganancial la pensión del marido sea válido ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no es tampoco aplicable el artículo 1358.

Por último el motivo séptimo (artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil citada) denuncia la infracción del artículo 1358 del Código Civil. Mas la petición que se infiere, según la argumentación del motivo, no es conforme al precepto que se invoca, pues no cabe apoyar en el mismo el reembolso a la sociedad de gananciales del valor del dinero de las cotizaciones que han servido para generar la pensión, ya que como explica acertadamente la sentencia de primera instancia, aceptada por la de segunda instancia, más bien se considera aplicable el artículo 1362 del Código Civil, por tratarse la cotización legalmente obligatoria de un gasto necesario para poder obtener rendimiento del trabajo que el esposo realizó durante la vigencia de la sociedad, rendimiento que fue ganancial, siendo por tanto la cotización abonada con cargo a la sociedad de gananciales, no debiéndose reembolsar nada ahora a su activo. Por tanto, el motivo se desestima.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Desestimación de la acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte ya que hay que estar a lo aprobado por las partes voluntariamente, sin vicios del consentimiento respectivo, tras la labor del Letrado que aunó la voluntad de las mismas pues ello supone una composición de las disputas que surgieron durante el periodo negocial entre los cónyuges.

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

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ El matrimonio contraído en 1970 por los cónyuges, don Luis Ángel y doña María Luz, obtuvo su separación de mutuo acuerdo en 1991, mediante Sentencia de fecha 23 de septiembre de 1991, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia de Bilbao núm. 5 que aprobó, homologándolo, el convenio regulador formalizado por los interesados.
- ⊙ En escritura pública, previa al proceso, otorgada por los interesados en 15 de julio de 1991, además de acordar los mismos el citado Convenio Regulador, por ellos se practicó, simultáneamente, también de mutuo acuerdo, la liquidación de bienes de la sociedad económico-matrimonial, realizando la partición de los bienes de la misma, que fueron valorados de acuerdo con los datos fiscales de la Hacienda Foral, y realizándose la correspondiente adjudicación de los mismos en los lotes procedentes.
- ⊙ En la cláusula II.ª del Convenio Regulador coetáneo, se pactó que la vivienda familiar, adjudicada a la esposa, sita en la zona de Santutxu, de la capital vizcaína, y que se constituyó en residencia de ésta, debía ser abandonada por la misma, por encontrarse en la citada zona los negocios adjudicados al marido, y aquélla lo debía hacer en el término de 3 meses, por lo que la misma la vendió a tercero, junto a la plaza de garaje que existía en el edificio, sito en la c/ Santo Rosario, núm. 1.
- ⊙ En el Convenio Regulador citado, y no formando parte de los bienes objeto de la liquidación correspondiente, se convino que el marido pagara a la mujer, en concepto de «pensión compensatoria», relativa a la separación matrimonial, la cantidad de 17.866.028 pesetas.
- ⊙ En la valoración del patrimonio negocial adjudicado al esposo, no se tuvo en cuenta la del «fondo de comercio».
- ⊙ Doña María Luz promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Luis Ángel sobre nulidad de liquidación de gananciales, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «Se declare la nulidad o, alternativa y subsidiariamente, la rescisión por lesión de la liquidación de la sociedad de gananciales, condenando al demandado, don Luis Ángel a que consienta la práctica de una nueva partición, con la obligación de adición de los bienes y valores omitidos y ocultos que se acrediten, así como lo legalmente accesorio a tal pronunciamiento».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda y comparecido el demandado, su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que «se declare, en primer término, por la concurrencia de las excepciones expuestas, la desestimación de la demanda presentada de contrario, declarando no haber lugar a lo solicitado por la misma en el suplico de su demanda, y, con carácter subsidiario, si se entrase en el fondo de la cuestión, igualmente desestimar totalmente la pretensión

formulada de contrario, por las razones expuestas en nuestra contestación, condenando a la parte demandante a las costas de este procedimiento.»

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 12 de Bilbao dictó Sentencia el 6 de junio de 1996, estimando parcialmente la demanda y declarando la rescisión por lesión de la liquidación de la sociedad de gananciales constituida por doña María Luz y don Luis Ángel, condenando al demandado a que consienta la práctica de una nueva partición a salvo la facultad de opción prevista en el artículo 1077 del CC, absolviendo al demandado del resto de las pretensiones contra el mismo formuladas, sin especial declaración en cuanto a las costas del juicio.
- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Vizcaya dictó Sentencia el 24 de julio de 1998 desestimado el recurso de apelación interpuesto por ambas partes.
- Doña María Luz y don Luis Ángel interpusieron recursos de casación que fueron estimados por el Tribunal Supremo que finalmente desestimó la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Doña María Luz ejercitó una acción de nulidad de la partición: a) con carácter principal de nulidad absoluta, en fundamento de que el don Luis Ángel ocultó premeditadamente, a la citada, elementos de tal importancia que la suma de los mismos puede ascender, o incluso superar, a lo que ésta recibió con motivo de la partición; b) nulidad relativa, en cuanto que el conocimiento de la Sra. María Luz, se encontraba viciado, existiendo presiones, y aprovechamiento de las circunstancias difíciles en las que la citada señora se encontraba; asimismo, ejercitaba acción de rescisión por lesión de la partición, por la causa específica de lesión de más de una cuarta parte. En congruencia con tales acciones, la Sra. María Luz, en su demanda, suplicaba la declaración de nulidad, o alternativa y subsidiariamente, la rescisión por lesión de la liquidación de gananciales, con obligación del demandado, don Luis Ángel, a que consienta la práctica de una nueva partición, con la obligación de adición de los bienes y valores omitidos y ocultos que se acrediten.

Don Luis Ángel se opuso a la demanda planteando la excepción de «defecto legal en el modo de proponer la demanda», así como inadecuada redacción del suplico de la demanda y en cuanto al fondo sostuvo la inviabilidad de la acción de rescisión por lesión, por aplicación del artículo 1078 del CC y la imposibilidad de anular las adjudicaciones y rehacer el haber ganancial, y para el supuesto de que se entre sobre el fondo, solicitaba se desestimase totalmente la pretensión de la actora.

Sostiene don Luis Ángel que el artículo 1078 CC imposibilitaba la rescisión por lesión, a la parte o en la medida en que se han vendido o enajenado bienes procedentes de la partición, entendiendo que

en el presente caso, la Sra. María Luz ha enajenado el inmueble adjudicado, y por tanto es imposible rehacer la masa ganancial, y en este sentido lo que se determina en el convenio no es la posibilidad de enajenar, sino que la Sra. María Luz se compromete a abandonar la vivienda; analizó la testifical del Sr. Alberto; hizo referencia a que en poco espacio de tiempo de efectuada la partición la Sra. María Luz se siente engañada, enajena enseguida la vivienda y espera al último día del plazo de caducidad para este procedimiento. El Sr. Luis Ángel abona la cantidad de 17.000.000 de pesetas en los tiempos estipulados y en su punto de aceptación, supone la conformidad de la Sra. María Luz con la liquidación. E insiste en la disconformidad de lo argumentado en la resolución recurrida, en la medida en que, enajenados los bienes, no puede rehacerse el patrimonio, lo veda el artículo 1078 CC, y en relación con el 1077 del mismo Cuerpo legal.

Insistía igualmente en que la liquidación fue objeto de arduas negociaciones, continuaba alegando la inatacabilidad de la liquidación efectuada. Seguidamente, y en cuanto al «fondo de comercio», expresó las razones por las que se oponía a que sea admitido tal «fondo de comercio» en punto a la valoración que se ha efectuado de 30.240.000 pesetas, y ello, primero, por cuanto los negocios son anteriores al matrimonio, a los cuales da vida el Sr. Luis Ángel; disconformidad con la aplicación de los módulos de Hacienda, en cuanto que los entendía no válidos. En cuanto a los bienes inmuebles especificaba que existe por el Perito una determinación sobre valores de 1991; asimismo, y en cuanto a la vivienda de la actora, entendiendo que debía efectuarse, para mejor proveer, nueva prueba pericial. Asimismo, y

en cuanto a los trasteros que el Perito valora, no son del Sr. Luis Ángel, sólo los usa. Igualmente denunciaba error material, en cuanto que, dentro del cómputo total, incluye los 17.000.000 que han sido abonados a la actora. Entendía, como conclusión, que no procedía la rescisión (ap. 2.º).

Doña María Luz la misma mostró su conformidad con la estimación de la acción de rescisión, pero insistía en que se acojan todos los pedimentos de la demanda; en este sentido, hizo referencia al valor del inmueble sito en la Avda. de las Universidades, que es de 35.000.000, y no el declarado; además, la parcela de garaje, así como el mobiliario. Se refirió, igualmente, a que el mobiliario y las existencias pueden alcanzar un valor muy superior, se oculta parte en la valoración de mobiliario y existencias. La pensión que percibió la Sra. María Luz, no puede integrar el patrimonio familiar, son conceptos diferentes. Subsidiariamente, a través de la acción de «adición», deben estimarse sus pretensiones (ap. 3.º).

Ambas partes litigantes, interponen, contra la anterior Sentencia, y ante esta Sala, sendos Recursos de Casación, si bien se declara caducado, por falta de formalización del mismo en tiempo, el de la mujer, siguiendo sólo el del marido, el que solicita su admisión, y que se dicte Resolución por la que se case y anule la Sentencia recurrida, desestimando en definitiva la demanda contra él formulada por la otra parte, y declarando el pago de las Costas conforme a la ley.

En el primero motivo del recurso alega el recurrente que se ha infringido, por interpretación errónea el artículo 1078 del CC, ya que no podía ejercitarse la acción rescisoria por lesión, por el litigante que hubiere enajenado el todo o parte considerable los bienes adjudicados al mismo, lo que había hecho la otra parte, y así no podía rehacerse la partición, al faltar los mismos, y dado que el pacto del Convenio Regulador de la separación (cláusula II.^a), que se argüía como motivo de la venta (incluso del garaje, no incluido en ella), no establecía más que el abandono por la actora de su residencia en Santutxu, pero no la venta de la vivienda familiar, por lo que carecía de legitimación para reclamar ahora;

En el segundo motivo se alegaba la infracción del artículo 1077 CC, pues, según decía, la Sentencia del Juzgado, confirmada en ello por la de la Audiencia, salvaba la facultad del marido de optar por el derecho establecido en dicho precepto, lo que era imposible, dado que la venta por la actora, de la vivienda y garaje, impedía recomponer la masa ganancial;

En el tercer motivo se alegaba la infracción del artículo 1079 CC, al establecerse en él que la

omisión de algunos bienes o valores no daba lugar a la rescisión por lesión, sino a la de complemento o adición de la partición, no siendo, pues, compatibles las dos acciones, como decidió la Audiencia, aparte de que la referida partición fue consensuada, tras más de tres meses de conversaciones, y así lo reconocía el Letrado que la hizo, y que actuó de buena fe, por lo que no se podía volver sobre ello, ya que estaba prohibido por la «vinculación de los actos propios», conforme a los artículos 1058 y 1255 CC;

En el cuarto motivo se denunciaba la infracción del artículo 1074, en relación con el 1410 CC, ya que la aplicación de las reglas sobre partición de la herencia, sólo eran aceptables, para las de la sociedad de gananciales, con ciertas matizaciones, ya que éstas se asemejaban más a las obligaciones contractuales, que eran libremente asumidas, no existiendo, por tanto, voluntad de un tercero que imponga la partición, como en el caso del testador o el Contador designado por él, y en el presente supuesto hubo voluntad de «pasar» por los valores fiscales de Hacienda, y así, en contra de ello, el Juzgado, suma, a las adjudicaciones de la esposa, la «pensión compensatoria», puramente familiar, del Convenio Regulador, y a las del esposo, el «fondo de comercio», que lo consideraba «inflado», y éste último para poder pagar aquella pensión, pidió un préstamo de 7.500.000 pesetas, que pagó en plazos durante 5 años, por lo que esa pensión no podía formar parte del patrimonio ganancial;

En el último motivo se alegaba la infracción del artículo 99 CC, regulador de la «pensión compensatoria» en caso de separación matrimonial, que el artículo 97 la establecía, en principio, como pensión periódica, si bien aquél permitía sustituirla por un capital en bienes o dinero, que nunca constituiría patrimonio ganancial, ni podía la pensión pagarse a costa de él, sino del patrimonio del cónyuge obligado a su pago.

Los dos primeros están dedicados a la excepción procesal opuesta a la demanda por el marido mediante la que éste niega a su esposa actora la «legitimación activa» (artículo 533.2.º LEC) para ejercitar la acción «rescisoria de la partición de bienes» efectuada, procedente del artículo 1074 CC, basada en haber sufrido una lesión en más de una cuarta parte en el valor de los bienes adjudicados a la recurrida, y ello, fundándose en el artículo 1078 del mismo Cuerpo legal, que impide tal ejercicio al adjudicatario «que hubiere enajenado el todo o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieran sido adjudicados», siendo cierto, y admitido, que la esposa, demandante, a la que se le adjudicó en su lote, dentro de la división-partición de bienes realizada, los bienes principales que, en concepto de inmuebles, le correspondieron, vendió inmediatamente la vivienda familiar (con la plaza

de garaje, que suele ser un accesorio de este tipo de bienes) sita en la zona de Santutxu, de Bilbao, a un tercero, por precio real. Las dos Sentencias de la instancia desestiman tal excepción, pues entienden que la citada venta vino provocada por lo acordado por las partes en la cláusula II.^a del Convenio Regulador de la Separación matrimonial amistosa de las mismas, coetánea a la liquidación-partición referida, según la que, «Doña María Luz se compromete a abandonar su actual residencia en la zona de Santutxu en el plazo de 3 meses (contado) a partir de la firma del presente Convenio, es decir, en (el que finaliza) el próximo mes de septiembre», y justifican las partes la introducción de tal estipulación con el fin de «evitar los trastornos y molestias ocasionados por la proximidad existente entre la vivienda que fue conyugal y los establecimientos comerciales adjudicados al esposo, don Luis Ángel». El primer motivo del Recurso pretende, pues, rebatir estas afirmaciones, diciendo que «comprometerse (la esposa) a abandonar su actual residencia», no significa que la única «salida» a ello sea la obligación de su enajenación, y que, por lo tanto, si la interesada optó por ésta, se puso en el trance de «deslegitimarse» para poder recurrir de la partición en sí; y en el motivo 2.º, refuerza la excepción planteada, en el sentido de que la propia Sentencia del Juzgado (ratificada en ello por la de la Audiencia), al otorgarle al marido la opción del artículo 1077 CC, confunde al mismo, pues los bienes (inmuebles) desaparecidos, por ser los principales, no pueden volver al acervo común para hacer con ellos, dentro del mismo, una nueva partición, de rescindirse la anterior. No conviene, aunque tiene mucho fundamento esta tesis, planteada a través de los dos motivos indicados, y sobre todo en el segundo, aceptarla de entrada, aunque luego se volverá sobre ella, pues si hay que entender, como repiten las Sentencias aquí impugnadas, y lo acepta el propio recurrente (éste en parte de los motivos que siguen), que la escritura de liquidación de la Sociedad económico-conyugal, con la partición de bienes, es simultánea a la relativa a la propia separación, que establece un Convenio Regulador de ésta (luego homologado en la Sentencia judicial correspondiente), en el que se acuerda una «pensión compensatoria» capitalizada a favor de la mujer y a costa del otro cónyuge, y que ambas forman un todo, por voluntad de las partes, todo este acuerdo debe ser comprendido e interpretado conjuntamente, pues no se debe, *a priori*, y antes de entrar a conocer del fondo del asunto con todas sus consecuencias, establecer una solución que varíe totalmente sobre lo aceptado en las Sentencias, que, en principio, está bien planteado. El 2.º motivo sí podría hacer colisionar lo acordado en la Resolución, como se dice, con lo dispuesto en el artículo 1077, pero ello afecta, también como se

dice, al fondo de la cuestión, respecto a la que es obligado aprobar un resultado unívoco, dado que la recomposición del patrimonio partible pudiera peligrar ante el resultado ofrecido, si bien ello no conviene ahora resolverlo en el aspecto procesal de la «legitimación», ya que afecta, más bien y se repite, al fondo del asunto, para poder entender mejor el compromiso de las partes, y su relación con la acción de rescisión ejercitada.

En los otros tres motivos se plantean los temas de fondo, los que, en conjunto, y aunque entre sí, mantienen posturas en cierto sentido dispares, que resultan de que alguno deriva del posible rechazo del anterior, por lo que tiene carácter alternativo o subsidiario del mismo, deben ser acogidos, en un examen conjunto de ellos, de acuerdo con lo siguiente:

a) Es cierto el planteamiento general que deriva de tales motivos, en el sentido de que no son aplicables en toda su extensión los principios que rigen la partición hereditaria a la de la masa de la sociedad económico-conyugal (en este caso, de la sociedad de gananciales regidora de tal tema entre las hoy partes litigantes), y que derivaría de la remisión legal, en conjunto, que el artículo 1410 CC hace a los artículos 1074 y siguientes del mismo (en este caso concreto, pues, también lo serían, entre otros, los 1061 y 1062), pues en el sistema hereditario se pueden producir, no una, sino hasta tres posibilidades de partición (la hecha por el mismo testador, la formalizada por el Contador-Partidor designado por éste, al que se le dan instrucciones por aquél, y la que, a falta de las anteriores, realicen los propios herederos, sin perjuicio de la que pueda ser realizada judicialmente si fracasan, o no están ajustadas legalmente, las anteriores), mientras que la que afecta al haber de la sociedad matrimonial, no puede ser impuesta «desde fuera» de sus partícipes, sino que debe ser hecha por éstos (o por el Juez, en su caso); pero ello no significa que éste y el 3.º de los supuestos de la primera no coincidan, pues en ambas, y esto es lo principal, se anuda el resultado a un convenio de los interesados, en el que la voluntad contractual es decisiva.

b) También parece tener sentido el último motivo del Recurso, en el aspecto de que, en principio, debería excluirse, de la partición la «pensión compensatoria» del artículo 97 CC, pues su raíz jurídica es puramente matrimonial, tratándose con ella de compensar un desequilibrio que pueda afectar a uno de los cónyuges separados después de la ruptura del lazo matrimonial, en relación con la situación existente cuando éste se daba; lo que nada tiene que ver jurídicamente, con el haber patrimonial de la sociedad al momento de liquidarse ésta.

c) En definitiva, y partiendo de que sólo ha quedado estimada la acción de «rescisión por lesión», dado que han sido desestimadas definitivamente (por falta de Recurso de la esposa, frente a las decisiones de los Órganos judiciales de instancia) las acciones de nulidad (absoluta o relativa) de la partición, y la de adición de bienes o de complemento de la misma, la decisión judicial se combate, afectando la impugnación en sustancia al hecho de que en ésta se incluya, como formando parte de la partición, la antedicha «pensión compensatoria matrimonial» y la valoración del «fondo de comercio» correspondiente a los negocios mercantiles repartidos (con sus inmuebles y existencias), que han sido éstos atribuidos al esposo, así como el referente sobre las valoraciones en sí en que se basaron los acuerdos de las partes.

d) Las Sentencias recurridas buscan una solución de conjunto para todos los posibles derechos de las partes, por haberse acordado aspectos tan dispares en un solo documento y con acuerdos simultáneos, aceptando una valoración real de los bienes componentes de los lotes respectivos, y desechando el que sirvió para el pacto único, aceptado de consenso, y basado en datos fiscales de la Hacienda Pública. Pero, a juicio de esta Sala, yerra la solución judicial adoptada, pues si, para unas decisiones (como la de inclusión de la «pensión compensatoria», principalmente, aparte de los efectos de la aceptación, no «deslegitimadora», de la posible enajenación de los inmuebles atribuidos a la esposa) se parte de que el «documento único» constituye la voluntad unívoca de los contratantes, a la que hay que estar en definitiva si respetamos

esa voluntad (así, SS. de esta Sala, de 16 de enero de 1993 y 8 de marzo de 1995), ésta convalidará también, para la formación de los lotes, con voluntad de equilibrio o compensación, tanto la valoración fiscal buscada (S. de 5 de marzo de 1995), como la exclusión del valor del «fondo de comercio», y asimismo, inclusión de la abultada «compensación pensional» a la esposa, respecto a la que las Sentencias reconocen que la descompensación o desequilibrio para ella, como consecuencia de la separación, no se dio. En definitiva, pues, hay que estar a lo aprobado por las partes voluntariamente, sin vicios del consentimiento respectivo, tras la labor del Letrado que aunó la voluntad de las mismas (a modo de Contador-Partidor dedicado a lograr el «equilibrio» buscado), pues ello supone una composición de las disputas que surgieron durante el período negocial entre los cónyuges, y que en el pleito se han querido suscitar de nuevo, tras ese acuerdo vinculante (aplicación de la doctrina del *venire contra proprium factum*, derivada de los artículos 1058 y 1255 CC, cuyo amparo también lo pretende la recurrente, al finalizar su motivo 3.º), y dado que, en definitiva, la valoración de los bienes, no es preciso que sea exacta matemáticamente hablando, sino aproximada, conforme al artículo 1061 CC (SS. de esta Sala de 13 de junio de 1970 y 6 de octubre de 2000, es decir, «según las circunstancias del caso»).

e) Partiendo de todo ello, conviene ahora resaltar que ganan consistencia los motivos 1.º y 2.º, estudiados al principio, sobre todo este último, pues propiamente, de acuerdo con lo convenido, la actora carece de «legitimación» para proceder como lo ha hecho, con base en el artículo 1078 CC.

UNIONES DE HECHO

Declarada la existencia de una convivencia *more uxorio* entre varón, separado judicialmente de su anterior esposa, y mujer, con duración de 17 años y terminada por fallecimiento de aquél, si bien no se reconoce la existencia de una comunidad de bienes entre ambos, sí se reconoce el derecho a una compensación económica a la mujer que consistirá en el valor de un tercio de los bienes en aplicación de los principios generales del derecho ya que su no concesión supondría un enriquecimiento injusto en los herederos en perjuicio de aquélla.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Irene promovió demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra los herederos de don Agustín: don Juan Pablo, don Rodrigo y don Esteban sobre división de la cosa común en la que, tras

alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «a) Se declare la existencia del régimen de comunidad de bienes de los artículos 392 y siguientes del CC, entre doña Irene y don Esteban y con relación a los bienes que han quedado descritos en los hechos de esta demanda. b) Que se proceda a su división en proporción a las aportaciones de cada uno de los comuneros que queden acreditadas en este procedimiento y en ejecución de Sentencia, y que, teniendo en cuenta la presunción del artículo 393 del CC, deberá partirse de la base del reparto y adjudicación del 50% a favor de la actora. c) Subsidiariamente, en base a la acción ejercitada de enriquecimiento injusto o sin causa, se compense satisfactoriamente a doña Irene por el empobrecimiento sufrido en una cuantía equivalente al valor de la mitad de los bienes adquiridos constante la unión extramatrimonial. Todo ello con expresa imposición de costas a los demandados».

- ⊙ Los demandados contestaron a la demanda negando la existencia de la comunidad de bienes cuya declaración solicitaba la actora, argumentando que, entre ésta y el fallecido, don Agustín, nunca existió pacto alguno, expreso o tácito, mediante el cual se pudiera acreditar una voluntad inequívoca de hacer comunes los bienes que adquiriría don Agustín.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Madrid dictó Sentencia el 15 de septiembre de 1997 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia el 25 de septiembre de 2000 desestimando el recurso de casación.
- ⊙ Doña Irene interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien con revocación de la sentencia de la Audiencia acordó que a doña Irene le corresponde, en los bienes dejados a su fallecimiento por don Agustín, un tercio del valor de los mismos, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración, realizándose la liquidación, y reparto correspondiente de los mismos o de su valor, en trámite de ejecución.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia de la Audiencia, en relación con la existencia de la unión *more uxorio* cuestionada, señaló que la certeza de la convivencia entre don Agustín y doña Irene, no ofrece duda, convivencia que se prolongó durante 17 años (desde después de julio de 1974 hasta el 6 de agosto de 1991, fecha la segunda en que se produjo el fallecimiento de don Agustín, nunca antes, según se deduce del informe confidencial obrante en autos. En cambio dicha Sentencia niega que esté acreditada la creación, entre ambas partes, de una comunidad de intereses económicos similar a la generada por el matrimonio.

A los anteriores efectos, la sentencia de la Audiencia Provincial constata, como acreditados, los siguientes «datos fácticos», que transcribe en el FJ 6, y que se resumen así:

a) En 1970, el fallecido, constante su matrimonio, y manteniendo constantes desavenencias conyugales con su esposa, ya explotaba un negocio de chapa en el taller abierto en la c/ DIRECCIÓN 000 núm. NÚM000, de Madrid, el que le fue expropiado en 1975.

b) Entre 1971 y 1974, el mismo conoció a la demandante.

c) El indicado adquirió, por contrato privado, en 1972, y aún en estado de casado, y por precio de 4.600.000 pesetas la finca compuesta por vivienda y local, sita en la c/ DIRECCIÓN 000 núm. NÚM000, de la Capital, en la que instala un nuevo taller (siendo la licencia de apertura del mismo de 19 de febrero de 1973), efectuando sus pagos (a través de su cuenta corriente abierta en el Banco Atlántico), el primero, de 800.000 pesetas, al contado, y el resto a plazos, siendo los últimos pagados, en 2 abonos de 1.077.500 pesetas cada uno, en 23 de noviembre de 1976, fecha en que se otorga la escritura pública de la compraventa y ello poco después de haber firmado con su esposa la escritura de capitulaciones matrimoniales y de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales existente en su referido matrimonio, y aquella adquisición se otorga a su nombre.

d) En las actuaciones civiles correspondientes a la separación matrimonial eclesiástica de su referida

esposa, el Juzgado de 1.ª Instancia de Madrid núm. 11- Familia, dicta Auto de Medidas Provisionales con fecha 25 de enero de 1974, y en él se acuerda que el uso exclusivo del domicilio familiar se atribuye a la mujer e hijos comunes, por lo que aquél lo abandona. En el proceso de separación matrimonial canónica seguido entre ambos cónyuges ante el Tribunal Eclesiástico correspondiente, se desestima la demanda del esposo y se admite la de la mujer, mediante Sentencia de Separación, de 29 de octubre de 1975.

e) En la escritura pública por la que se otorgan capitulaciones matrimoniales y se disuelve y liquida la sociedad de gananciales por la que se regía el matrimonio, y otorgada en 7 de abril de 1976, se establece que el nuevo régimen económico-conyugal, por el que se regirían los mismos sería el de separación absoluta de bienes, valorándose en bloque, el patrimonio habido, sin descripción de los en él incluidos, en 4 millones de pesetas, y adjudicándose a la esposa determinados derechos arrendaticios en la vivienda familiar ocupada en régimen de alquiler, así como el mobiliario contenido en la misma, y al marido el resto del patrimonio, abonando éste 2 millones a aquélla.

f) Durante los estudios de Enfermería, realizados por la Sra. Irene, manteniendo su convivencia con el Sr. Agustín, siendo los mismos costeados por éste, entre octubre de 1973 y julio de 1996, en un Centro universitario y en régimen de media pensión, su horario fue de 8 a 20 horas, salvo el período vacacional, librando en algún período los sábados por la tarde y algunos otros días, y la misma realizó luego prácticas y guardias (éstas, de 22 horas a las 7 horas del siguiente día).

g) Unos meses después del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales y de la liquidación de la sociedad económico-matrimonial por el Sr. Agustín, en 23 de noviembre de 1976, el mismo realiza pagos por importe de 2.155.000 pesetas y finiquita el pago del precio aplazado de la finca de la c/ DIRECCIÓN001 núm. NÚM001 [como se indica en el precedente ap. c')].

h) El referido Sr. Agustín, en 1977, adquiere una casa, sita en Riaza (Segovia), c/ HOSPITAL000 núm. NÚM002, y una finca de 25.000 m², con tres naves industriales en la localidad de Venturada.

i) Después de esa fecha, el mismo adquiere y vende diversos inmuebles, como el taller de la c/ DIRECCIÓN002, de Madrid (vendido en 1980), por el que obtiene una gran plus-valía; el piso de la c/ DIRECCIÓN003NÚM003, piso NÚM004, (el que vende en 1987); un chalet sito en la parcela NÚM005 de la URBANIZACIÓN000» (adquirido en 1980); un piso en c/ DIRECCIÓN004 núm. NÚM006, con la plaza de garaje núm. NÚM007 (adquirido en 1982), y varias fincas en Venturada

que fueron objeto de agrupación y de un proyecto de urbanización (una de las parcelas, adquirida en pro-indiviso por ambos convivientes, fue luego vendida, por la Sra. Irene al Sr. Agustín, que las agrupó); así como acciones nominativas del RACE, del Banco Central SA (depositadas en la Agencia núm. 2 de la c/ Bravo Murillo), valores, depósitos, pagarés del tesoro y otros bienes.

j) El 15 de febrero de 1982, se dicta Sentencia de Divorcio en el pleito matrimonial seguido entre el Sr. Agustín y la que fue su esposa, Sra. Isabel.

k) Todos los bienes dejados a su fallecimiento por el Sr. Agustín (y que fueron objeto de interdicto de adquirir por sus tres hijos y herederos ab intestato del mismo), fueron adquiridos por él mismo, pagando su precio al contado (o en algún caso, mediante pago aplazado), pero sin la obtención y aplicación de préstamos hipotecarios y escriturados a su nombre, y en favor del mismo están los inmuebles, acciones, saldos de cuentas corrientes y cuenta personal, en diversos Bancos (si bien en alguna de ellas tenía la Sra. Irene firma autorizada), así como depósitos bancarios, un vehículo marca «Mercedes-300-E» y un tractor «Nissan-Kubota».

l) El negocio de Taller de reparaciones (en sus diversas ubicaciones) giró en todo momento bajo la firma de «Talleres Barrios», realizándose todos los pagos y cobros y obteniéndose todas las licencias y autorizaciones a nombre del Sr. Agustín, que lo dirigía y tomaba todas las decisiones y trabajaba en él.

ll) La actora, Sra. Irene, ejerció de enfermera en el Hospital «La Paz», de Madrid, durante todo el tiempo de la convivencia con el Sr. Agustín, una vez obtenido el título que le habilitaba para ello (en horario de 8 a 15 horas, incluidos los sábados).

m) Desde 1976, hasta el fallecimiento de éste, en los talleres (negocio) de su propiedad, explotados por él, siempre ha habido empleados para llevar su contabilidad, pues la actora sólo tuvo relación de trabajo en los mismos desde 1979, supliendo las bajas de los administrativos y la llamada «contabilidad general».

n) Para 1979, el Sr. Agustín ya había adquirido numerosos bienes, incluidos aquéllos (talleres) en que explotó su actividad industrial.

ñ) En el proceso de divorcio antes indicado, en confesión judicial practicada al Sr. Agustín, éste mantuvo que ni su ex esposa, ni la Sra. Irene, trabajaron nunca en el taller.

o) Firme la Sentencia de separación matrimonial, en la que se impuso al fallecido Sr. Agustín, el pago a su esposa de una pensión alimenticia en favor de sus hijos, y a partir de marzo de 1982, se produce entre los ex cónyuges una fuerte litigiosidad, a consecuencia de la solicitud de la mujer de la modifica-

ción de tales pensiones alimenticias, y ello coincide con la titularidad en favor de la Sra. Irene de algunas cuentas corrientes, en las que se hacen cargos y abonos del negocio de taller mencionado, dado que en cuanto tuvo abiertas otras a su nombre en los Bancos, las mismas fueron embargadas judicialmente para el pago de las pensiones alimenticias adeudadas a los hijos, habiéndose retenido sus saldos, con lo que se pagaron las pendientes hasta finales de 1984, y quedó también pendiente de abonar con ellos la tasación de costas del pleito habido, la que se realizó el 25 de abril de 1985; y es en dicho período cuando se abonan y se cargan los líquidos correspondientes al negocio de taller, tanto en cuanto estuvo éste instalado en DIRECCIÓN000, NÚM000, como en DIRECCIÓN000, NÚM000, y todo lo relativo al sostenimiento de la vivienda de los Sres. Juan Pablo y Canencia, en la cuenta abierta a nombre de ésta, estando autorizado para disponer el Sr. Agustín, que es el que dispone efectivamente de ella, sin que conste documentalmente que lo hiciera la última.

p) La prórroga de licencia de obras para la remodelación de la agrupación de viviendas adquirida por el Sr. Agustín en Venturada, se efectuó en noviembre de 1991 por la Sra. Irene, después del fallecimiento, el 6 de agosto anterior, del Sr. Agustín, a cuyo nombre, como propietario, aparece el proyecto de una construcción de vivienda unifamiliar en ella.

q) Durante el procedimiento de nulidad matrimonial del Sr. Agustín, seguido ante el Tribunal Eclesiástico competente, que concluyó con sentencia desestimatoria de dicha nulidad, en 1987, se le practicó al Sr. Agustín una prueba de análisis psiquiátrico, valorada por el citado Tribunal en el sentido de que el mismo ofrecía una madurez normal biológica e intelectual.

r) El Sr. Agustín, falleció el 6 de agosto de 1991, como consecuencia de un accidente sufrido por él mismo el día anterior, y en aquélla fecha se produjo la apertura de la Caja de Seguridad existente en el Banco Atlántico, alquilada a nombre de los Sres. Esteban, Juan Pablo, Rodrigo e Irene.

En base a los hechos anteriores, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.^a, resuelve el Recurso de Apelación formulado por la Sra. Irene contra la del Juzgado, y en su Sentencia de 25 de septiembre de 2000, desestima dicho Recurso, y confirma la de 1.^a instancia, manteniendo, como ésta, la no acreditación de la existencia de pacto, expreso o tácito, que evidencie la voluntad concorde de los convivientes de hacer comunes todos o los más importantes bienes adquiridos mientras duró la unión de hecho de los mismos.

La recurrente plantea recurso de casación en petición de que se case y anule la misma, y se dite

otra por la que se reconozca, conforme a la demanda, la existencia de una comunidad de bienes entre ella y el fallecido y el derecho de la primera a la titularidad de la mitad de los adquiridos durante la convivencia, y plantea al efecto 6 motivos de casación, los que conduce, los 5 primeros por el núm. 4.º del artículo 1692 LEC (infracción de las normas jurídicas o de la jurisprudencia que han servido para resolver los puntos objeto del debate), y el 6.º, por el núm. 3.º del mismo (infracción de las formas esenciales de la Sentencia o de los actos procesales, que haya producido indefensión), y los articula así: el 1.º, infracción del artículo 392 CC, en relación a la inaplicación de la doctrina jurídica sobre la convivencia *more uxorio*, que genera derechos y obligaciones para los convivientes, citando las SS de esta Sala de 29 de octubre de 1997 y 10 de marzo de 1998, y las del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 1992, 18 de marzo de 1994, y 8 de febrero de 1993, éstas en relación a la sucesión en el contrato de arrendamiento de vivienda, de la LAU de 1964; el 2.º, por infracción del mismo artículo 392 CC y SS. del TS de 1 de marzo de 1995 y 23 de julio de 1998, en cuanto la Sentencia recurrida entiende como obstáculo insalvable la ausencia total de prueba sobre el pacto expreso o voluntad acorde de los componentes de la unión de hecho de hacer comunes los bienes adquiridos, lo que, decía, iba en contra de la referida doctrina; el 3.º, por error de derecho en la apreciación de la prueba, en relación a la utilización de la de «presunciones», que entendía no ha sido aplicada correctamente en el presente caso, infringiéndose los preceptos que la regulaban: artículos 1249 y 1253 CC; el 4.º, por lo mismo, en relación al principio de la «prueba tasada», constituida por la Sentencia ejecutoria de un proceso matrimonial anterior, y por las certificaciones bancarias, sobre titularidad de cuentas de clientes y su uso, con infracción de los artículos 1216 y 1218 CC, en relación con los 596.7 y 598.1 LEC; el 5.º, por igual alegación, en relación a la prueba testifical, dado que se acogía en la Sentencia recurrida lo apreciado al efecto en la de primera instancia, y esto se había impugnado en el acto de la Vista de la Apelación, a lo que no se había contestado, y con infracción del artículo 1248 LEC. y 6.º, por infracción de los artículos 120 y 24.1 CE, y las SS del TC 174/85, de 17 de diciembre y 116/86, de 8 de octubre, por ser ilógica e irracional la apreciación hecha de la prueba testifical.

En relación con las consecuencias económicas que se plantean en relación a los uniones no matrimoniales, o *more uxorio*, cuando se pone fin a las mismas, debe aquí empezarse por declarar lo que esta Sala ha establecido al respecto, recogiendo, por su claridad, la doctrina de la misma, explicada en la S. de 17 de enero de 2003, en la que se contienen los siguientes puntos:

A) «Con lo cual, la cuestión clave queda planteada: tras una larga convivencia, no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido formalmente adquiridos por uno solo, como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de casa; en otro aspecto, se trata, no tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación» (ap. final del FJ 1).

B) «Ante la realidad de la doctrina y la ausencia de la legislación, ha sido la jurisprudencia la que se ha ocupado con detenimiento de este tema, resolviendo los casos concretos que han llegado a la jurisdicción, prácticamente siempre en relación con la disolución o ruptura de la convivencia por razón de muerte o de voluntad unilateral. Se ha referido a la misma como familia natural (Sentencia de 29 de octubre de 1997), situación de hecho con trascendencia jurídica (Sentencia de 10 de marzo de 1998), realidad ajurídica, con efectos jurídicos (Sentencia de 27 de marzo de 2001), realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 5 de julio de 2001). Ha destacado que carece de normativa específica, pero no constituye un vacío legal (Sentencias de 28 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997) lo que se resume así: La convivencia *more uxorio*, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo –hoy por hoy inexistente– sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica.» (FJ 2, ap. 4.º).

C) «Lo que, respecto a la normativa, ha declarado reiteradamente esta Sala es que no es aplicable a la unidad de hecho la regulación del régimen económico-matrimonial (Sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997). Aplicando los principios generales del Derecho, ha declarado la atribución de vivienda familiar a la conviviente más débil (Sentencia de 10 de marzo de 1998) y, recientemente, ha aplicado por analogía la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil (Sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002). En definitiva,

no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil (Sentencias de 10 de marzo de 1998, cuyo párrafo ha sido transcrito y 27 de marzo de 2001)» (FJ 2, ap. 5.º).

D) «Ante dicha cuestión, la jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la norma más adecuada para la solución más justa. Salvo en escasísimos supuestos en que no se ha estimado la demanda, por no ser aplicable la normativa (Sentencia de 24 de noviembre de 1994) o por negar todo tipo de comunidad (Sentencia de 22 de enero de 2001), la ruptura por decisión unilateral no ha sido admitida como causante de un perjuicio injusto para la parte más débil (en todos los casos, ésta era la mujer), sino que se le ha reparado acudiendo a distintas soluciones: estimando que se ha producido una responsabilidad extracontractual (Sentencia de 16 de diciembre de 1996), o un enriquecimiento injusto (Sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001), o concediendo una pensión compensatoria (Sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002) o apreciando la existencia de una comunidad de bienes (Sentencias de 18 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997).» (FJ 3, ap. 2.º).

E) «En el caso presente (dice la aludida Sentencia), no se estima necesario acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales (artículo 393, segundo párrafo, Código Civil), pues ello sería tanto como imponer a una convivencia *more uxorio* la normativa de una comunidad de gananciales o más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial (ni tampoco es ésta la solución que han dado las leyes de las Comunidades Autónomas que se han dictado sobre este tema) y presuponer una comunidad convencional (que no incidental) que nunca las partes quisieron establecer. Lo cual no significa –siempre en relación con el caso presente– llegar al absurdo de entender que una de las partes –la mujer, en este caso y en todos los que han llegado a esta Sala– deba quedar desprotegida, sino que se evita el perjuicio injusto que sufriría, acudiendo a soluciones jurídicas que, si no están expresamente recogidas en el Derecho positivo, derivan de los principios generales» (FJ 3, ap. 3.º final).

Deben ser estimados los motivos 1.º y 2.º, en cuanto denuncian la infracción, no sólo del artículo 392 CC, que no se aprecia, sino también la doctrina jurisprudencial que en ellos se cita, sobre la «convivencia de hecho», debiendo recordar la línea jurisprudencial que recoge la Sentencia de 10 de marzo de 1998 al decir: «Se trata de una situación que, como se ha apuntado, es de trascendencia jurídica,

derivada de una situación de hecho no regulada por ley. Ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el Ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código Civil y matiza el apartado 4 del mismo artículo. En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia *more uxorio*; así, la de 20 de octubre de 1994 dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación y la de 16 de diciembre de 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (artículo 10, principio de dignidad de la persona, artículo 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código Civil (el propio artículo 96) y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos [cuyo artículo 16.1.b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente], de las sentencias del Tribunal Constitucional (todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado» (FJ 4, ap. 3.º).

Sin necesidad ya de examinar los motivos 3.º y 6.º, ambos inclusive, del presente Recurso, afectantes a la valoración de la prueba, por no ser

ello necesario, y debiendo casarse la Sentencia de la Audiencia, que no reconoce, en definitiva, las consecuencias indemnizatorias de una «unión de hecho» de 17 años, terminada trágicamente por el fallecimiento del varón en un accidente, hay que concluir, pues, constituyéndose este Tribunal en Órgano de instancia, en que, queda excluido de la estimación el apartado 1.º de la demanda, sobre la existencia de una comunidad de bienes, que, como se ve, no se ha dado, a los efectos de su semejanza, tal como se pretende, con la sociedad de gananciales, o algo similar, y debe acogerse el apartado o *petitum* 2.º, o subsidiario, acudiendo al principio general del Derecho sobre el resarcimiento, basado en el «enriquecimiento injusto», que constituye la *causa petendi*, que, por ello no se fuerza, del planteamiento en dicho orden, hecho en demanda (SS. de 16 de diciembre de 1996 y 27 de marzo de 2001, citadas en la que se ha seguido, de 17 de enero de 2003).

La compensación a conceder, no puede ser la de la mitad de los bienes del varón, pedida, puesto que no se acepta la tesis de la existencia de la comunidad de bienes, en sí o asimilada a la de gananciales, sino en el tercio de los bienes existentes a nombre del mismo al finalizar la unión por su óbito, y que figuran descritos en la Sentencia de la Audiencia, y repetidos en ésta [FJ 1, ap. A).b)], puesto que los adquiridos antes de la unión, como allí se explica, fueron liquidados con la ex cónyuge, finalizándose así, en cuanto a ellos, su inclusión en la sociedad económico-matrimonial anterior, por un lado, y en cuanto también el fallecido adquirió, permanente la posterior unión, los que los reemplazaron, por otro lado. Su valor será el que corresponda al momento de la definitiva liquidación y adjudicación.

CUESTIONES PENALES

Condena por un delito de amenazas, consumado con la finalidad de que una persona contrajese matrimonio a efectos de poder obtener el condenado la nacionalidad española o el permiso oficial de residencia. No obstante, se deja sin efecto el pronunciamiento que declaraba la nulidad del matrimonio al carecer de jurisdicción el Tribunal Penal.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Juan Saavedra Ruiz

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Víctor, encontrándose ocasionalmente en España, y, puesto de acuerdo con una tercera persona, con el objeto de obtener la nacionalidad española, o, el permiso oficial de residencia allá a finales del año 1999, o, principios de 2000, aprovechándose del conocimiento previo que tenía de

la simplicidad mental y de la crisis psíquica por la que estaba pasando Begoña, la propuso contraer matrimonio con él. Al negarse ésta a ello, Víctor le dijo que si no accedía, atentaría no sólo contra su integridad física, sino también contra su vida y contra la de su hijo. Atemorizada ésta a causa de ello, accedió a la proposición, y acompañó a Víctor y a su hermana Marina al Registro Civil de Córdoba para iniciar la tramitación del Expediente Matrimonial, fijándose la fecha para la boda.

⦿ En un momento posterior en el tiempo, Begoña intentó suspender la celebración del matrimonio, pero, al tener conocimiento de ello Víctor, personalmente, de palabra, no por teléfono ni por otro medio, volvió a intimidarla en los mismos términos en que antes lo hiciera. Ante ello, Begoña terminó cediendo, y, con pleno conocimiento de la única finalidad que con dicha boda se pretendía, acudió al Registro Civil el día 24 de marzo de 2000, celebrándose el matrimonio entre ella y el acusado, sin que se pusiera en conocimiento del Juez Encargado, la existencia de impedimento alguno.

⦿ Tras la boda, ella se marchó con su hijo a su casa, y él lo hizo a la de su hermana Marina, sin que desde entonces hayan hecho vida marital. El mismo día en que el matrimonio se celebró, y después de éste, Clara, amiga, tanto de Begoña como de Marina, se encontró en la calle a esta última, la cual le contó todos los pormenores de la boda, incluyendo lo relativo a las intimidaciones y otros extremos, hechos que, posteriormente, le fueron confirmados por la propia Begoña, a la cual convenció aquélla para que formulara denuncia.

⦿ El Jurado, en su veredicto, declaró a Víctor culpable de tales hechos, oponiéndose a que, en su caso, se le apliquen los beneficios de la remisión condicional de la pena, así como la petición de indulto. La sentencia condenaba a Víctor, como autor criminalmente responsable de un delito de amenazas condicionales, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años de prisión, a la accesoria de inhabilitación especial para obtener la nacionalidad española, permiso de residencia o documento similar durante el tiempo de la condena, a la medida cautelar de prohibición de aproximarse a la víctima, comunicarse con ella, o acudir al lugar de su residencia, durante un período de cinco años a contar desde el cumplimiento de la condena privativa de libertad, así como al pago de las costas procesales, absolviéndole como le absuelvo del delito de amenazas no condicionales de petición dineraria por el que se le acusaba. Asimismo declaraba y declaro nulo el matrimonio celebrado entre Víctor y Begoña.

⦿ La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el recurso de apelación contra sentencia dictada en el Procedimiento del Tribunal Jurado dictó el siguiente Fallo: «Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el acusado don Víctor, representado en esta alzada por la Procuradora doña María del Mar Torre Marín Martínez, frente a la sentencia dictada, con fecha dieciocho de julio de dos mil dos, por el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Audiencia Provincial de Córdoba y en el rollo de que el presente dimana, cuyo fallo consta en el cuarto antecedente de hecho de la presente, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, excepto en el particular por el que se impuso al citado acusado la medida “cautelar” de prohibición de aproximarse a la víctima, comunicarse con ella, o acudir al lugar de su residencia, durante un período de cinco años a contar desde el cumplimiento de la condena privativa de libertad, cuya medida la debemos dejar y dejamos sin efecto, declarando de oficio las costas causadas en esta apelación».

⦿ Don Víctor interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo, si bien se apreció de oficio la falta de jurisdicción del tribunal penal para decretar la nulidad del matrimonio.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo básico del recurso de apelación se centra, con base en el artículo 24.2 CE que se ha vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del recurrente por cuanto su condena «se basa única y exclusivamente en la declaración de la denunciante, corroborada por un testigo que lo es de referencia...», oponiendo a la misma la versión de los hechos del acusado «que ha mantenido desde un principio que el matrimonio fue consentido por ambas partes y que no existió ningún tipo de amenazas».

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo.

En primer lugar, porque la declaración de la víctima es por sí sola prueba de cargo hábil para enervar la presunción de inocencia. En el presente caso además está corroborada por el testimonio de referencia de una testigo y lo manifestado por los vecinos de la perjudicada y la manifestación del hijo de la misma, como expone la sentencia de apelación en el fundamento jurídico segundo. La declaración de la denunciante está suficientemente corroborada, lo que despeja en cualquier caso las dudas suscitadas por el recurrente sobre su aptitud incriminatoria por sí sola. En segundo lugar, porque la contradicción sobre unos mismos hechos fruto de versiones distintas de personas enfrentadas a causa de ellos es una cuestión que afecta no a la legalidad de la prueba sino a la credibilidad que merezca al Tribunal una u otra y ello necesariamente debe resolverse conforme dispone el artículo 741 LECrim, es decir, el órgano judicial que ha percibido con inmediatez y directamente las distintas declaraciones contrapuestas es el llamado a valorar la credibilidad que le merecen unas sobre otras, no siendo posible en este trámite casacional valorar nuevamente lo que no hemos presenciado.

La sentencia dictada por el Presidente del Tribunal del Jurado declara además la nulidad del matrimonio celebrado entre las partes. En su fundamento jurídico séptimo razona que ejercitada la acción civil conjuntamente con la penal, tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular, teniendo en cuenta el contenido de los artículos 73.1 y 5, en relación con el 74, 76, 1261.1, 1265, 1267.2 y 1300, todos ellos CC, en la medida que regulan la nulidad del matrimonio celebrado sin consentimiento o estando éste viciado a causa de intimidación causante del miedo grave, debe accederse a dicha pretensión contenida en el ejercicio de la acción civil dimanante del delito. Teniendo en cuenta que las cuestiones sobre jurisdicción son de orden público, el Tribunal Superior, de oficio,

se plantea en relación con lo anterior la posible falta de jurisdicción del Tribunal del Jurado para declarar la nulidad del matrimonio, llegando a la conclusión que la misma se adoptó sin infracción de la legislación procesal y orgánica.

El artículo 9.6 LOPJ establece, tras proclamar la improrrogabilidad de la jurisdicción, que los órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, añadiendo que en todo caso, esta resolución será fundada y se efectuará indicando siempre el orden jurisdiccional que se estime competente, lo que justifica el examen de oficio de la cuestión por el Tribunal Superior y también por el Tribunal de Casación, puesto que ninguna de las partes ha ejercitado pretensión alguna al respecto.

Debemos partir en principio de la regla contenida en el propio artículo 9.1 según la cual los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley. Según el apartado 3.º del mismo artículo los del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, lo que significa en línea de principio que no corresponde a la Jurisdicción Penal la directa aplicación de las normas de derecho de familia que en el ámbito del derecho privado disciplinan en este caso la institución del matrimonio, y cuya aplicación compete a la Jurisdicción Civil, por los órganos integrados en ella a través de los procedimientos civiles correspondientes, lo que significa que los Juzgados y Tribunales ejercen su Jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por la Ley tal como dispone el artículo 9.1 referido (STS 780/2000, en un supuesto relativo a la privación de la patria potestad sobre su hijo impuesta a un condenado por un delito de homicidio, conforme al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 26 de mayo de 2000). No obstante lo anterior, entiende el Tribunal Superior, citando Jurisprudencia de esta Sala, que la unidad jurisdiccional tiene carácter expansivo por lo que si existe atribución legal se produce una extensión de la jurisdicción a cuestiones que, en principio, puedan ser competencia de otros órdenes jurisdiccionales, razonando que en este caso conforme al artículo 100 LECrim de todo delito o falta nace acción penal y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible, con cita también de los artículos 108 y 742 de la propia Ley procesal, planteándose la cuestión de si la

declaración de nulidad del matrimonio «puede entenderse comprendida dentro del concepto de la responsabilidad civil nacida de todo delito o falta» (artículo 110 CP/1995), llegando a una conclusión afirmativa según la cual la reintegración de la situación jurídica previa conculcada por el delito puede alcanzar también *ex* artículo 112 CP a situaciones como la presente, es decir, reparar el daño equivale en este caso a declarar la nulidad del matrimonio conforme a lo dispuesto en el artículo 112 mencionado. Esta conclusión no puede ser compartida por cuanto la declaración de nulidad del matrimonio, aunque pueda tener efectos patrimoniales reflejos (artículos 90 y siguientes CC), no es una medida de contenido patrimonial en sentido estricto, siendo cuestión que afecta al estado civil de las personas. Cuando el artículo 112 CP se refiere a que la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo la naturaleza de aquél y a las condiciones patrimoniales del culpable, se está refiriendo a las distintas clases de prestaciones que constituyen el objeto de una obligación patrimonial cual es la de reparar el daño causado. Por lo tanto, el hilo de la atribución legal para declarar la nulidad del matrimonio a través de la atribución de las responsabilidades civiles dimanantes del delito no tiene la consistencia suficiente para atribuir a los Tribunales penales la declaración sobre cuestiones que afectan al estado civil de las personas. Es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala, como argumenta el Tribunal de apelación, ha admitido que la Jurisdicción Penal, por la vía de la responsabilidad civil, pueda declarar la nulidad de un contrato, pero lo que se pretende en estos casos (alzamiento de bienes o insolvencias, generalmente) es reintegrar a un patrimonio bienes que fueron sustraídos del mismo mediante una conducta delictiva al objeto de preservar la integridad de aquél o para asegurar el principio de la responsabilidad patrimonial del deudor (artículo 1911 CC), y ello indudablemente tiene un reflejo patrimonial directo, luego no son supuestos asimilables con la declaración de nulidad del matrimonio.

Por otra parte, obsta a lo anterior la norma contenida en el artículo 5 LECrim, en materia

de cuestiones prejudiciales, que establece, frente a la regla general del artículo 3.º, que las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil, se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, criterio diáfano del Legislador en relación con las cuestiones mencionadas y su atribución exclusiva a la Jurisdicción Civil, como no puede ser de otra forma, teniendo en cuenta su propia naturaleza (no debemos olvidar al respecto que se trata de acciones constitutivas que producen una sentencia de igual clase, sólo susceptibles de ejercicio judicial, de forma que su efecto jurídico se produce con la sentencia, mientras la acción de responsabilidad civil es declarativa de condena, susceptible de ser influida por la declaración de voluntad de las partes). Es cierto que en el presente caso no se trata de una cuestión prejudicial en sentido procesal propio pero no obstante ello tiene valor como principio que sirve para la atribución de la Jurisdicción. La sentencia recurrida razona que lo anterior tampoco sería obstáculo en el presente caso para anular la declaración de la sentencia apelada relativa a la nulidad del matrimonio, citando la STS de 27 de octubre de 2001 (número 1939/2001), pero basta la lectura del fundamento jurídico primero de la misma, de donde se extrae el párrafo acotado por el Tribunal Superior, para advertir que se trata de supuestos de restitución totalmente heterogéneos. Por último, también debe tenerse en cuenta que la declaración de nulidad del matrimonio (artículos 73 y siguientes CC) conlleva la adopción de las medidas a que se refieren los artículos 91 y siguientes, sin que pueda admitirse la fragmentación jurisdiccional, sin base legal expresa para ello, entre la decisión sobre la nulidad y sobre sus consecuencias, efectos y ejecución de las medidas correspondientes. En síntesis, el Tribunal penal se ha excedido en el ejercicio de su Jurisdicción cuando ha declarado la nulidad del matrimonio como consecuencia del delito, decisión que corresponde a la Jurisdicción Civil, a la que deberá acudir la parte legitimada para ello (artículo 76 CC).

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

No existió error judicial cuando se estimó la oposición a la ejecución en la que se reclamaba el pago de la pensión compensatoria fijada en la sentencia de separación cuando en la sentencia de divorcio no se hizo pronunciamiento alguno sobre dicha pensión.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Leonor y su entonces esposo se separaron judicialmente ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid, que tramitó al efecto el procedimiento núm. 282/1991 en el que recayó sentencia acordando la separación conyugal y aprobando el convenido regulador en el que, entre otros puntos, se establecía una pensión compensatoria a favor de la esposa, vitalicia y actualizable en función de las vicisitudes laborales de la esposa.
- ⊙ Firme la referida sentencia de apelación por no haberla recurrido ninguno de los cónyuges litigantes, el esposo vino pagando la pensión compensatoria, «más o menos voluntariamente», hasta el mes de febrero de 2001.
- ⊙ Mediante escrito de 10 de julio de 2001 la demandante instó la ejecución de dicha sentencia por importe de 1.289.457 pesetas, correspondientes a las mensualidades de marzo, abril, mayo, junio y julio del mismo año.
- ⊙ Formada pieza separada, por Auto de 25 de septiembre de 2001 se despachó la ejecución interesada.
- ⊙ El ejecutado se opuso a la ejecución alegando que tras la sentencia de separación se había seguido juicio de divorcio y que, por haber recaído en éste sentencia firme, el título de ejecución, es decir, aquella otra sentencia, había perdido su eficacia.
- ⊙ Antes del juicio de divorcio el esposo había instado la modificación de las medidas de separación solicitando la extinción de la pensión compensatoria, y a tal efecto se tramitaron los autos núm. 696/1997 que, pendientes al iniciarse el juicio de divorcio, terminarían por sentencia de apelación desestimatoria de las pretensiones del esposo.
- ⊙ Impugnada por la demandante la oposición a la ejecución de la sentencia de separación, el Juzgado dictó Auto con fecha 12 de enero de 2002 estimando la oposición y dejando sin efecto la ejecución despachada.
- ⊙ Interpuesto recurso de apelación contra dicho auto por doña Leonor, la Sec. 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid lo desestimó por Auto de 24 de octubre de 2002.
- ⊙ Doña Leonor interpuso ante el Tribunal Supremo demanda de declaración de error judicial en relación con el Auto dictado con fecha 24 de octubre de 2002, por la Sec. 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid y en relación también con el auto apelado mediante dicho recurso, dictado con fecha 12 de enero de 2002 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 25 de Madrid en ejecución de la sentencia de separación conyugal recaída en los autos núm. 282/1991.
- ⊙ El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda de declaración de error judicial interesando su desestimación con imposición de costas a la demandante, ya que las resolu-

ciones del Juzgado y del Tribunal de apelación se ajustaban al ordenamiento jurídico y no mantenían interpretaciones disparatadas ni ajenas a los criterios de la lógica.

- ⊙ El Ministerio Fiscal, por su parte, se opuso igualmente a la demanda porque el criterio del Tribunal de apelación podría dar lugar a serios debates jurídico-doctrinales, pero en modo alguno podía tacharse de manifiestamente equivocado, irrazonable o arbitrario.
- ⊙ El Tribunal Supremo desestimó la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La instante de la declaración judicial considera manifiestamente equivocado, irrazonable y arbitrario el criterio de la referida Sección de la Audiencia Provincial aplicado por el Juzgado para dejar sin efecto la ejecución inicialmente despachada, al no existir norma ni jurisprudencia alguna que autorice a modificar o anular las medidas acordadas en una sentencia firme de separación sin mediar petición alguna al respecto en el subsiguiente juicio de divorcio, de suerte que el perjuicio causado a la demandante sería indiscutible por haberse visto privada de su derecho a la pensión compensatoria.

La cuestión a resolver consiste únicamente en determinar si constituye o no error judicial el criterio general de uno de los tribunales de apelación de la provincia de Madrid, especializado en asuntos de familia, según el cual la sentencia de divorcio deja sin efecto las medidas de estricto derecho privado acordadas en la precedente sentencia firme de separación conyugal, en concreto y en este caso la pensión compensatoria a favor de la esposa, si en el juicio de divorcio nada se pide al respecto por ninguno de los litigantes, en este caso ni por el esposo en su demanda de divorcio ni por la esposa, hoy demandante, al oponerse a la misma.

Conviene, no obstante, puntualizar otros datos de hecho también relevantes: primero, que al iniciarse el juicio de divorcio se estaba tramitando un incidente de modificación de las medidas de separación instado por el esposo, el cual finalizaría por sentencia del mismo tribunal de apelación posterior a la dictada en la apelación de la sentencia de divorcio; segundo, que por auto dictado en ejecución de la sentencia de separación habían quedado extinguidas las pensiones alimenticias acordadas en su día a favor de los hijos; tercero, que en su contestación a la demanda de divorcio la hoy demandante se limitó a manifestar su oposición y a alegar defecto legal en el modo de proponerla por pedirse en la misma únicamente la declaración de divorcio con los efectos inherentes a tal pronunciamiento; cuarto, que la sentencia de primera instancia desestimó dicha excepción por ser libre el esposo para limitar de ese modo las peticiones de su demanda

de divorcio «sin perjuicio de lo que la demandada pueda instar en su escrito de contestación bien por vía de oposición, bien por vía reconventional»; y quinto, que la hoy demandante centró su apelación de la sentencia de divorcio en esa misma excepción por entender que era el actor quien tenía que haber precisado los efectos inherentes a la declaración de divorcio para que el juzgador pudiera resolver al respecto y ella misma allanarse en su caso, planteamiento rechazado por el tribunal de apelación, que ratificó el criterio del juzgador del primer grado sobre la posibilidad de la entonces demandada de haber instado lo que le conviniera por vía de oposición o de reconvencción, máxime cuando habían quedado ya extinguidas las pensiones alimenticias a favor de los hijos.

Pues bien, sin necesidad de pormenorizar la jurisprudencia de ésta y las demás Salas del Tribunal Supremo sobre la magnitud que ha de tener la equivocación o el descuido del juzgador para llegar a constituir error judicial, jurisprudencia sobradamente conocida por las partes según demuestran sus escritos y los informes ante esta Sala en el acto de la vista, la presente demanda sobre reconocimiento de error judicial ha de ser desestimada porque, cualquiera que sea la opinión que merezca el referido criterio de uno de los tribunales de apelación de la provincia de Madrid especializados en asuntos de familia, lo cierto y verdad es que no incumbe ahora a esta Sala corregirlo, o en su caso ratificarlo, a modo de tribunal de casación o unificador de doctrina, sino determinar si, en función de todas las circunstancias concurrentes, su aplicación al caso concreto fue o no constitutiva de error judicial. Y la respuesta tiene que ser necesariamente negativa porque, aun cuando ciertamente no exista una norma que expresamente prevea la extinción de las medidas de separación conyugal al recaer sentencia firme de divorcio, ello no equivale a que, según pretende la parte demandante, en el caso examinado se haya aplicado una norma inexistente: en primer lugar, porque la superación de la separación por el divorcio, con la consiguiente disolución del vínculo conyugal, es algo indiscutible, por

muy firme que fuera la sentencia acordando la separación con sus correspondientes medidas; y en segundo lugar, porque no puede olvidarse la muy reduccionista oposición de la hoy demandante a la demanda de divorcio, limitándose prácticamente a reprochar la falta de concreción de los efectos

inherentes a la declaración de divorcio solicitada cuando, precisamente, nada le impedía a ella misma haber introducido en el debate la cuestión de la pensión compensatoria a su favor una vez que ya habían quedado extinguidas las pensiones alimenticias a favor de los hijos.

SUCESIONES

En la preterición intencional, la legítima del único heredero forzoso excluye la posibilidad de mejora, al no existir otros de la misma condición.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

◉ Doña María Inés nació el 29 de diciembre de 1952. Don Luis Miguel, padre biológico, falleció el 5 de septiembre de 1953. Don Ricardo (padre de don Luis Miguel y abuelo biológico de doña María Inés), falleció en enero de 1972 sin otra descendencia que le sobreviviera y conociera. Doña Cristina (madre de don Luis Miguel y viuda de don Ricardo, otorgante del testamento de fecha 11 de octubre de 1991), falleció el día 22 de julio de 1994.

◉ Doña María Inés interpuso demanda de menor cuantía contra don Cornelio, doña Estefanía, don Cornelio, doña Carmen, doña Encarna, don José Carlos, doña Alicia y doña Celestina sobre reclamación de paternidad no matrimonial, solicitando que se dictase sentencia por la que se declare la paternidad de don Luis Miguel respecto de doña María Inés, así como que se declare la nulidad de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial del testamento otorgado por doña Cristina (madre de don Luis Miguel y abuela, por tanto, de la actora) el día 11 de octubre de 1991 en la Notaría de don Manuel Sotoca García y que una vez declarado nulo el citado testamento, se abra la sucesión intestada, declarando a mi representada heredera de los bienes dejados a su muerte por doña Cristina, ordenando la cancelación y rectificación registral respecto de aquellos bienes que los demandados hayan adquirido por título hereditario de doña María Inés y que todavía estén inscritos a su nombre, así como que se condene a los demandados a reintegrar a la actora los bienes que han heredado de doña Cristina, y subsidiariamente para el supuesto de que dichos bienes hayan sido enajenados a terceros de buena fe, se condene a los demandados a indemnizar a doña María Inés el valor de los citados bienes a determinar en ejecución de sentencia, todo ello con expresa condena en costas a los demandados por su temeridad y mala fe.

◉ Admitida a trámite la demanda, por los demandados se contestó a la demanda alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «... se dicte sentencia por la que se desestime la demanda, y en todo caso se absuelva a mi representada respecto a las peticiones que contra ella se formulan, con imposición de costas a la parte actora». Por providencia del Juzgado de fecha 6 de mayo de 1996, se declara en rebeldía a doña Encarna, don Valentín, y doña Alicia, al no haber comparecido y dándose por precluido el trámite de contestación a la demanda.

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Hellín dictó Sentencia el día 3 de septiembre de 1999 estimando la demanda y declarando la paternidad de don Luis Miguel respecto de doña María Inés y desestimando la declaración de nulidad del testamento de la causante doña Cristina otorgado en fecha 11 de octubre de 1991, declarando a la actora heredera forzosa de doña Cristina en los términos dispuestos en el fundamento jurídico cuarto y concretamente en el último párrafo del mismo cuyo contenido se da por reproducido en aras a la brevedad, tanto en cuanto al módulo como en otro a las bases para llevar a cabo la ejecución como en cuanto a los pronunciamientos afectantes a los asientos registrales y respecto del legado instuido en favor de doña Celestina, se da por reproducido en cuanto a costas el contenido del fundamento jurídico quinto de la presente».
- En grado de apelación la Sec. 2.ª de la AP de Albacete dictó Sentencia el 25 de noviembre de 2000 estimando el recurso interpuesto por doña María Inés revocando la resolución y declarando la preterición intencional, validez de la institución hereditaria y el legado de cantidad, señalando dos tercios del haber hereditario en favor del descendiente legitimario, incluyendo en el activo de la herencia el importe de las donaciones en vida en beneficio descendiente; sin costas en ambas instancias.
- Doña Estefanía, don Alicia, don Cornelio, doña Penélope, doña Julia, doña Carmen y don José Carlos interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La demanda tramitada por el juicio de menor cuantía fue dirigida contra los legatarios y herederos testamentarios conocidos designados en el testamento señalado y contra cualquier otro desconocido.

Dejando a un lado la acción de reclamación de paternidad, que nadie discute, el objeto del recurso de apelación quedó circunscrito a la determinación de la naturaleza y efectos de la preterición, como heredera forzosa, de la demandante en el testamento de su abuela biológica otorgado el día 11 de octubre de 1991. Estimando en parte el recurso de apelación la Audiencia Provincial declara que hubo una preterición intencionada de heredero forzoso en el testamento referido y confirmando la validez de la institución de herederos y el legado de cantidad en él establecidos señala el derecho de la actora a percibir dos tercios del haber hereditario, incluyendo en el activo de la herencia el importe de las donaciones en vida.

En el primer motivo del recurso se denuncia infracción por aplicación e interpretación indebidas de la Disposición Transitoria Séptima de la Ley 11/1981, de Modificación del Código Civil, en relación con los artículos 807 y 139 y 140 del Código Civil, en su redacción anterior a 1981, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española sobre irretroactividad de las normas. A tal efecto los recurrentes alegan que como consecuencia de haber fallecido el padre de la actora en 1953, es decir, con mucha anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de Modificación del Código Civil, ha de aplicarse a la acción de filiación y sus conse-

cuencias las normas anteriores a 1981, es decir, el Código Civil en la anterior redacción y en concreto los artículos 807 y 139 y 140 del mismo. El segundo denuncia infracción por aplicación e interpretación indebidas de la Disposición Transitoria Octava de la Ley 11/1981, de Modificación del Código Civil, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española sobre irretroactividad de las normas. A tal efecto alegan los recurrentes que como consecuencia de haber fallecido el padre de la actora en 1953, en cuyo momento se abrió la sucesión del mismo, ha de aplicarse la legislación anterior a la Ley 11/1981, de Modificación del Código Civil, sin que a la actora le afecte la sucesión de su abuela biológica, respecto de la que tan sólo tendría el derecho a alimentos.

Los dos motivos expuestos no pueden ser tratados y, por tanto, no pueden ser atendidos.

Se incurre en la causa de inadmisión de falta de relación de las normas citadas con las cuestiones debatidas, con olvido de lo previsto en el artículo 1710.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que las partes ahora recurrentes no sólo no impugnaron la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en la que se declaraba la filiación biológica de la demandante, sino que expresamente interesó su confirmación, de tal manera que la Sala de instancia no tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión por ser incontrovertida.

Y se desconoce que nunca ha sido objeto del pleito la sucesión de don Luis Miguel, sino de su madre

doña Cristina, que falleció el 22 de julio de 1994, muchos años después de la entrada en vigor de la Ley invocada, por lo que en el segundo motivo se incurre en la misma prohibición señalada para el primero.

Sin perjuicio de todo ello, parece oportuno destacar, como lo hace el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad y del interés público, la trascendental Sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 1995 cuando afirma: «sólo se estima constitucional una interpretación de la Ley que conduzca a establecer que los llamados con notoria discriminación en el Código Civil “hijos ilegítimos”, tienen acción para reclamar su verdadera filiación durante toda su vida como ocurre con la “acción que para reclamar su legitimidad compete a los hijos legítimos”, conforme al artículo 118 del Código Civil en su versión legal precedente. Así pues, estimándose contrarios a la Constitución como se estiman y, por ello, derogados los artículos 139, 140 y 141 del Código Civil antes de la reforma operada por la Ley 11/1992 y admitida por imperativo del artículo 14 de la Constitución de los hijos no matrimoniales y matrimoniales a los efectos de disponer de acción, durante toda su vida, para reclamar su filiación, la disposición transitoria en cuestión tiene sentido al establecer la aplicación de las normas anteriores en cuanto constitucionales lo que, en definitiva, significa que no se extienden al hijo, sino a otros posibles legitimados “cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiera fallecido al entrar en vigor la Ley” (Ley 11/1981).»

El tercer motivo se formula al amparo del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por aplicación e interpretación indebida del artículo 814.1 del Código Civil, en relación con la doctrina contenida en Sentencias de 5 de octubre de 1991, 13 de julio de 1985 y 23 de enero de 1959. Los recurrentes sostienen que al haberse estimado la concurrencia de una preterición intencional en la sentencia, procedería limitar los derechos legitimarios de la actora a la legítima estricta por ser lo estrictamente reconocido por la Ley y no a los dos tercios del caudal de la herencia.

La preterición protege al legitimario en la intangibilidad cuantitativa de su legítima. Como declaración de principio el artículo 814 comienza diciendo que la preterición de un heredero forzoso (legitimario) no perjudica lo legítimo. Y termina previendo que: a salvo de las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002, declara que se ha dado la preterición, regulada por el artículo 814 del Código Civil que fue reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuya Disposición Transitoria Octava dispone que la nueva legislación se aplica a las sucesiones que se abran después de entrar en vigor. Se da exactamen-

te el concepto de preterición intencional: omisión de los legitimarios en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nada en concepto de legítima. El efecto lo declara, como principio, el inicio del artículo 814: la preterición de un heredero forzoso (legitimario) no perjudica a la legítima.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986 expone que en aplicación de tales premisas (relativas al artículo 814 del Código Civil), debe afirmarse que si los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (artículo 657 del Código Civil) y si el fallecimiento del causante, padre común de los litigantes, se produjo el día 31 de enero de 1979, es decir, vigente ya la Constitución y con tal vigencia, y por imperativo del principio de igualdad sin discriminación por razón de nacimiento proclamado en el citado artículo 14 y en la Disposición Derogatoria Tercera, quedaron sin efecto los preceptos de contenido discriminatorio por razón de origen matrimonial o extramatrimonial y entre ellos los que calificaban al nacido fuera del matrimonio de padre o madre casados como ilegítimo no natural, con las consecuencias que en el orden sucesorio tal condición llevaba aparejada, es manifiesto que debe darse lugar al indicado motivo 4.º en cuanto, por aplicación de normativa a la sazón derogada, niega al actor derechos sucesorios en la herencia del causante, padre común de los litigantes y por tanto niega su preterición en la herencia, por su cualidad de hijo ilegítimo no natural, cualidad desaparecida desde la entrada en vigor de la Constitución. Como quiera que en el testamento otorgado por el causante, el 5 de octubre de 1977, en el que instituyó herederos a los tres hijos matrimoniales, los hoy recurridos, resultó preterido el actor recurrente al devenir heredero forzoso a partir de la vigencia de la Constitución, derogatoria de las disposiciones discriminatorias por razón de nacimiento, es manifiesto que a tenor del artículo 814 del Código Civil debe reducirse la indicada institución de herederos para dejar a salvo la legítima del preterido, respetándose en todo lo demás lo ordenado por el testador.

Con esta inexcusable doctrina, resulta inadmisibles el motivo formulado por los recurrentes, pues olvidan que en el caso presente no hay concurrencia de la demandante, heredera forzosa (legitimaria), con otros legitimarios (como se desprende de la relación de hechos contenida en el fundamento de derecho primero), de tal manera que, siendo el único heredero forzoso de la actora, la legítima que le corresponde es la señalada por la sentencia que se recurre según sus propios y evidentes fundamentos; es decir, las dos terceras partes del haber hereditario, según lo previsto en el artículo 808, en relación con el artículo 823, ambos del Código Civil.

SUCESIÓN

Aunque se constata que existió una simulación contractual, ya que la voluntad de las partes no era la de perfeccionar una compraventa, lo que determina la inexistencia de dicho contrato, se declara la existencia de una donación sin que proceda, por tanto, entrega alguna de bienes a la demandante. Por otro lado, se considera que con dicha donación no se perseguía defraudar las expectativas hereditarias de la esposa del donante, un mes después el donante interpuso demanda de separación y otorgó testamento desheredándola.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 2004

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Eugenia interpuso demanda de menor cuantía contra sus cuñados doña Amparo y don Rafael solicitando que se dictase sentencia por la que: «1.º Se declare la inexistencia de contrato de compraventa, y por tanto la nulidad por simulación absoluta de la compraventa otorgada ante Notario el día 21 de junio de 1991 entre don Juan María –hoy fallecido– esposo de la demandante, quien actuó como vendedor, y los demandados doña Amparo y esposo don Rafael, quienes actuaron como compradores, habida cuenta que doña Amparo actuaba como casada con don Rafael, por cuya escritura aquél simuló vender a éstos la propiedad de los inmuebles que en dicha escritura se describen. 2.º Se condene a los demandados a estar y pasar por dicha declaración, y se obligue a los demandados a restituir lo recibido sin causa –sin precio cierto– aunque con apariencias de legalidad, al patrimonio del vendedor don Juan María –hoy fallecido– por tanto para su herencia en cuanto a los inmuebles de dicha escritura, con excepción del inmueble de almacén de una sola planta, en término de Onda, que por haber sido transmitido a terceros de buena fe, y con respecto a dicho inmueble se les condene a reintegrar el patrimonio y herencia del fallecido Juan María, el importe de su valor de venta en mercado en junio de 1992, o en todo caso como mínimo en el importe de 14.000.000 de pesetas, importe declarado como recibido en la venta de dicha finca. 3.º Se condene a los demandados a la restitución de todos los bienes, enseres muebles, dinero, propiedad del fallecido don Juan María, que se encontraban tanto en los inmuebles objeto de la escritura pública de 21 de junio de 1991 referida, así como en entidades de Crédito y Bancos, a la fecha de defunción de aquél el 29 de marzo de 1992, para pasar al patrimonio y herencia del fallecido don Juan María. 4.º Se acuerde la anulación y cancelación de las inscripciones de dominio derivadas de las transmisiones que a su favor pudieran tener hechas los demandados en el Registro de la Propiedad núm. 2 de los de Vilarreal, por la escritura de 21 de junio de 1991, objeto de esta demanda, con excepción de la finca registral detallada en el núm. 3 de dicha escritura pública. 5.º Se condene a los demandados a abstenerse en lo sucesivo de realizar cualquier acto de disposición de los bienes objeto de la escritura pública de 21 de junio de 1991, así como a indemnizar por daños y perjuicios a mi mandante caso de que otras fincas hubieran sido vendidas a terceros de buena fe. 6.º Se condene a los demandados al pago de las costas».

⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada don Rafael y doña Amparo, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dicte sentencia, desestimando totalmente la demanda, y por la que se declare la existencia y validez del contrato de compraventa de fecha 21 de

junio de 1991, o alternativamente al estimar la existencia de una simulación relativa de contrato de compraventa, se declare como válido el contrato como donación remuneratoria, absolviendo en todo caso a mis representados de los pedimentos de la demanda y condenando íntegramente en costas a la actora por su temeridad».

- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Nules dictó sentencia desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Castellón dictó Sentencia el 31 de diciembre de 1997 desestimando el recurso interpuesto por doña Eugenia.
- ⊙ Doña Eugenia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Sostiene la recurrente la escritura pública de fecha 21 de junio de 1991, por la que Juan María vendía a su hermana Amparo y a su cuñado Rafael, cinco inmuebles de su propiedad, era un acto simulado de liberalidad —encubría una verdadera donación—, pues sólo hay que ver el precio de la compraventa (6.300.000 pesetas), con el estimado por Hacienda en su liquidación (32.956.000 pesetas) o el precio por el cual uno de los «compradores» realizó uno de los inmuebles (14.000.000 pesetas).

Pues bien, tiene declarado esta Sala en su sentencia de 1 de febrero de 2002, que es epítome de toda la doctrina jurisprudencia, lo siguiente: «El problema básico que se suscita es el de la validez o no de la donación de inmueble encubierta en un contrato de compraventa formalizado en escritura pública. No se plantea ninguna discrepancia en relación con la inexistencia de precio que acarrea la falta de causa de la compraventa, por lo que resulta inamovible para la casación la concurrencia de un supuesto de simulación contractual en cuanto que la voluntad exteriorizada por las partes no es de una verdadera compraventa, lo que determina la inexistencia de dicho contrato (artículos 1261 y 1262, p. Primero, 1274, 1275 y 1445 CC). Por las Sentencias de instancia se estima que se probó la existencia de una causa verdadera y lícita (artículo 1276 CC), consistente en una donación, que para la resolución del Juzgado tiene el carácter de remuneratoria, en tanto para la de la Audiencia responde a la modalidad de ordinaria o simple. Para el recurso no cabe admitir la validez de la donación encubierta; y, con fundamento en la doctrina que supedita la validez de la simulación relativa a que el negocio disimulado reúna los requisitos estructurales (artículo 1261 CC) y se cumplan todas las formalidades establecidas por la ley con carácter imperativo para la figura jurídica de que se trata, sostiene que con la escritura pública en que se aparenta la compraventa no se llena la forma exigida para las donaciones de

inmuebles, la cual exige una escritura pública en la que conste el *animus donandi*, así como, bien en la misma o bien en otra separada, la aceptación del donatario, de conformidad con los artículos 618, 630 y 633 del Código Civil. La cuestión jurídica se reduce, por consiguiente, a si la escritura pública en que se exterioriza una compraventa es idónea para integrar la exigencia formal de que la ley prevé para la donación, siempre en la suposición de que ha resultado plenamente acreditado que la voluntad real de los intervinientes fue la de dar vida a una donación, porque, como dice la Sentencia de 7 de diciembre de 1948, y reitera la de 7 de enero de 1975, a la intención de beneficiar por parte del donante debe corresponder correlativamente en el donatario el *animus* de aceptar a título de liberalidad la atribución patrimonial puesto que el disenso en la causa impediría la perfección del contrato. Una poderosa corriente doctrinal es contraria a admitir la posibilidad que se examina. Se razona que no puede hacerse indirectamente lo que está prohibido hacer directamente y que resulta patente la inaptitud de la escritura de compraventa (simulada) para llenar la forma del artículo 633 CC porque no expresa, ni puede expresar, las circunstancias que éste exige. En definitiva, que no refleja la causa de liberalidad, ánimo de donar y voluntad de aceptar la donación. En sentido opuesto se alega que las partes serían fingidos compradores y reales donatarios, que cuando el Notario estaba autorizando una compraventa en realidad estaba autorizando una donación, la verdadera voluntad y finalidad perseguida por los interesados, el principio de conservación del contrato, razones de equidad, y especialmente que la tesis negativa adolece de un excesivo rigor formal. La Jurisprudencia ha sido sensible a las dos posturas. En un sentido contrario a la donación encubierta se han manifestado, entre otras, las Sentencias de 3 de marzo de 1931, 22 de febrero de 1940, 23 de junio de 1953, 29 de octubre y 5 de noviembre de 1956, 5 de octubre de 1957, 7

de octubre de 1958, 19 de octubre y 9 de diciembre de 1959, 10 y 20 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 1965, 14 de mayo de 1966, 22 de abril de 1970, 4 de diciembre de 1975, 6 de octubre de 1977, 24 de febrero de 1986, 24 de junio de 1988, 7 de mayo y 23 de julio de 1993 y 10 de noviembre de 1994; y en sentido distinto se manifestaron las de 29 de enero de 1945, 19 de enero y 24 de marzo de 1950, 13 de febrero de 1951, 2 de junio y 16 de noviembre de 1956, 15 de enero de 1959, 22 de marzo y 26 de junio (se encubre en préstamo) de 1961, 16 de octubre de 1965, 20 de octubre de 1966, 10 de marzo de 1978, 7 de marzo de 1980, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 23 de septiembre de 1989, 21 de enero, 29 de marzo, 20 de julio y 13 de diciembre de 1993, 6 de octubre de 1994, 14 de marzo de 1995, 28 de mayo de 1996, 30 de diciembre de 1998, 2 de noviembre y 14 de diciembre de 1999. En el seno de la Jurisprudencia, aparte de otras resoluciones que soslayaron el problema desde diversas perspectivas, se advierte una orientación intermedia en la que se contempla un régimen más permisivo para las donaciones remuneratorias que para las puras y simples. Sin embargo, aunque es cierto que las primeras sentencias defensoras del rigor formal se aludía especialmente a las donaciones puras y simples, y que la mayoría de las decisiones favorables se refieren a donaciones remuneratorias, si bien no siempre condicionando este carácter a la aplicación de la doctrina de la validez, lo cierto es que algunas Sentencias, incluso recientes (como la de 7 de diciembre de 1993), explícitamente se manifiestan contrarias en todo caso, sea la donación simple, modal, remuneratoria u onerosa, y otras no establecen diferencia de trato en materia de simulación, sea contrario o favorable, entre las remuneratorias y las ordinarias, lo que por lo demás parece tener cierto sentido porque, haciendo abstracción de factores históricos (las remuneratorias fueron objeto de un trato distinto) y de índole probatorio (exteriorización de su existencia), no se advierte, en cuanto al momento de su formación, diferencia sustancial que lo explique, dado que la Jurisprudencia exige la forma del artículo 633 CC para las donaciones remuneratorias (Sentencias de 24 de octubre de 1985, 27 de septiembre de 1989, 16 de febrero de 1990, 7 de mayo de 1993, entre otras), y a las mismas es también aplicable la exigencia del ánimo de liberalidad, con independencia del “plus” jurídico de la cualificación causal consistente en el beneficio o servicio que se remunera».

También en dicha resolución y con carácter conclusivo se afirma que: «Expuesto lo anterior, que responde singularmente al propósito de dar satisfacción motivada al encomiable esfuerzo argumentativo sobre la Jurisprudencia de esta Sala efectuado en el motivo del recurso que se examina, la presente decisión se manifiesta en el sentido de no extremar el rigor formal del artículo 633, en la línea de la jurisprudencia favorable a la donación encubierta, que es mayoritaria en las últimas Sentencias de la Sala, tomando en cuenta, –como presupuesto básico y mecanismo de ponderación de las diversas soluciones adoptadas–, “las circunstancias del caso concreto”, como exigen entre otras las Sentencias de 19 de noviembre de 1987 y 30 de diciembre de 1998».

Y es ahora el momento de ver «las circunstancias del caso concreto», y en este aspecto hay que estar de acuerdo con lo manifestado en las sentencias de instancia –la recurrida se remite a la de 1.^a Instancia–, cuando en ellas se dice: «Así resulta que mediante escritura de 21 de junio de 1991 don Juan María transmitió por mera liberalidad a su hermana doña Amparo y a su cuñado don Rafael cinco edificios de su propiedad que aceptaron los beneficiarios. Nos encontramos por tanto ante un caso de donación ya que según el artículo 618 del Código Civil mediante un acto de liberalidad una persona dispone de un bien en favor de otra que la acepta. Existe por tanto un acuerdo de voluntades entre el donante y los donatarios que aceptan los bienes, una causa que es la mera liberalidad del bienhechor y se cumple el requisito de la forma. Concluye atinadamente el juzgador que no se ha probado que con esta operación se persiguiese defraudar las preceptivas hereditarias de la Sra. Eugenia pues justo un mes después el donante Sr. Amparo interpuso contra ella demanda de separación, otorgando testamento por el que la desheredaba, esto unido a las relaciones nada apacibles ni cordiales entre ambos cónyuges debe prevalecer la donación, pudiendo deducirse desde luego si resultare inoficiosa pero este extremo no ha sido acreditado».

Por último hay que declarar que la posibilidad de la inoficiosidad de la presente donación simulada no debe ser estudiada, por la simple razón de que no ha sido perdida, ni muchos menos comprobada.

SUCESIONES

No procede declarar la nulidad del testamento otorgado ante Notario en el que la conviviente de hecho modificó su voluntad y en vez de instituir heredero al otro conviviente, lo hizo a favor de un hermano de la misma, al no existir ninguna prueba directa ni presunciones que permitan llegar a tal conclusión.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Baltasar interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Iván solicitando que se dictase en su día sentencia por la que se declare la nulidad del testamento otorgado por doña Cecilia ante Notario el día 13 de mayo de 1993 imponiendo las costas de este juicio al demandado.
- ⊙ Don Iván, contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia «por la que se desestime la demanda en su integridad absolviendo a mi representado en méritos de los fundamentos y excepciones alegados en el cuerpo del presente escrito, con la imposición a la parte actora de las costas causadas en este litigio».
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 16 de Sevilla dictó Sentencia el 2 de junio de 1997 estimando la demanda.
- ⊙ En Grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 2 de junio de 1997 estimando el recurso interpuesto por don Iván y desestimando la demanda instada por don Baltasar.
- ⊙ Don Baltasar interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Don Baltasar se dedujo demanda de declaración de nulidad de testamento otorgado por quien fuera su compañera durante mucho tiempo, doña Cecilia, el 13 de mayo de 1993, en el que revoca el autorizado por el mismo Notario el 25 de marzo del mismo año a favor del demandante, e instituye heredero a su hermano don Iván, contra el que se dirige la demanda.

La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, que estimó la demanda, configura la *ratio decidendi* sobre la prueba de presunciones, y se afirma que «existen elementos básicos, hechos inobjetables que califican como de dolosa o fraudulenta la acción del demandado, que realizó maniobras de captación de la voluntad de su hermana, dirigidas a desviar una anterior libre de determinación».

La Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia y la fundamentación determinante del fallo se resume en la falta de prueba de la concurrencia de los vicios de la voluntad de la testadora alegados en la demanda.

En el motivo primero se aduce infracción de las normas reguladoras de las Sentencias, y concretamente de los artículos 24 y 120.3 CE, 248.2 y 3 de la LOPJ, 1215 y 1249 a 1253 CC y 372 LEC, junto con toda la sentada y numerosísima jurisprudencia que se menciona en el cuerpo del motivo. El motivo se desestima. En lo que hace referencia a los preceptos relativos a la motivación porque la Sentencia recurrida contiene una exposición amplia, clara, coherente y razonable acerca de por qué no consideran probadas las causas de nulidad testamentaria

alegadas en la demanda. Y porque no cabe utilizar el principio de motivación de las resoluciones judiciales para tratar de obtener una nueva valoración probatoria o sustituir o impugnar la efectuada en la instancia. Y en lo que atañe a los artículos 1215 y 1249 a 1253 CC la desestimación se justifica porque, además de tratarse de normas ajenas al tema de la motivación, en su consideración de regulación legal de las presunciones no cabe tal forma de planteamiento para suscitar en casación un nuevo examen sobre las mismas.

En el motivo segundo se alega infracción de los artículos 1215, 1218 y 1249 a 1253 CC. El motivo se rechaza. No cabe acumular la infracción relativa al medio de prueba documental (artículo 1218 CC) con las referentes a las presunciones (artículos 1249 y siguientes CC). El contenido del artículo 1218 CC es totalmente ajeno a la fundamentación determinante del fallo, por lo que su invocación resulta casacionalmente irrelevante. No cabe alegar la infracción de las presunciones invocando los artículos 1215 y 1249 a 1253 CC, tanto más si se tiene en cuenta que los artículos 1249 y 1253 CC hacen referencia a cuestiones de naturaleza distinta, fáctica el primero, y por lo tanto sólo planteable como error en la valoración de la prueba, lo que requería indicar el precepto que contiene la regla de prueba que se entiende conculcada, y jurídica el artículo 1253.

En el motivo tercero se alega infracción de los artículos 673, 1215, 1249 a 1253, 1267 y 1269 CC y jurisprudencia que los desarrolla. El motivo también se rechaza porque acumula preceptos materiales con probatorios, además de que del contenido de la resolución recurrida claramente se deduce que el juzgador de instancia no sólo considera que faltan pruebas directas, sino que tampoco existen presunciones que permitan apreciar acreditados los datos fácticos soporte de las causas de nulidad alegadas; y, por otro lado, como se ha dicho en motivos anteriores, no cabe pretender en casación la aplicación de presunciones judiciales mediante la invocación genérica de los artículos 1249 a 1253 CC, tanto más si se tiene en cuenta la doctrina jurisprudencial con arreglo a la que dicha aplicación corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia (por todas, Sentencia de 13 de febrero de 2004).

En el motivo cuarto se aduce como vulnerado el artículo 24.1 CE porque se entiende que se exige a la parte una prueba imposible o diabólica que contrasta con la inactividad probatoria de la parte contraria, a pesar de la facilidad probatoria con que ésta podía haber rebatido las afirmaciones vertidas por la actora a lo largo del procedimiento. El motivo se desestima. La carga de la prueba de los hechos base de las causas de nulidad testamentaria alegadas corresponde a quien los invoca, teniendo carácter negativo para la contraparte, sin que a las circunstancias concretas del caso sean aplicables las doctrinas de la facilidad probatoria o de la *probatio diabolica*, pues no resulta aceptable que la mera imposibilidad probatoria de situaciones hipotéticas se traduzca en un desplazamiento del *onus probandi* de su no ocurrencia para la contraparte, pues se habría requerido que ello fuere factible para ésta. Y por lo mismo se desestima también el motivo quinto del recurso de casación, en el que se acusa como infringido el artículo 1214 CC, a través del que, como de los anteriores, se efectúa un esfuerzo tan loable como estéril para que se lleve a cabo en casación una nueva valoración probatoria, con claro olvido de que la misma no es una tercera instancia.

Y la misma suerte desestimatoria debe correr el sexto y último motivo en el que se yuxtapone la infracción de cuestiones de hecho y de derecho, al acumular la violación de los artículos 1215, 1249, 1250, 1251, 1252 y 1253 del Código Civil y el artículo 5.4 LOPJ en relación con el 24.1 CE, además de que la aplicación de las presunciones exige la existencia de un hecho admitido o probado del que quepa inferir, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la certeza de otro a los efectos del proceso, y en el caso no existen los hechos base fijados mediante la correspondiente valoración probatoria con la entidad suficiente para permitir extraer la conclusión pretendida por la parte recurrente, aparte de que el juicio de valor que integra la inferencia o deducción corresponde a los juzgadores de instancia y sólo es verificable en casación cuando se incurra en ilogicidad, arbitrariedad o irracionalidad, defectos que no se aprecian en modo alguno en la sentencia recurrida.

SUCESIONES

Declarado que la compraventa fue simulada encubriendo una donación modal cuyo modo o carga era la de cuidar y asistir a la donante, habiéndose acreditado que realizada la donación, los donatarios dejaron completamente de ocuparse de aquélla incumpliendo lo convenido, se acuerda la revocación de la donación por incumplimiento del modo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2004

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Eugenia, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra don Ismael y doña María José solicitando que se dictase en su día sentencia por la que se decretara: 1. La nulidad relativa del contrato de compraventa, en cuanto a la mitad indivisa comprada por don Ismael, celebrado entre doña Eugenia y don Ismael como compradores y don Ricardo y doña Elisa, como vendedores, de fecha 22 de marzo de 1990, ante el Notario don José María Martínez de Artola e Idoy, al número trescientos cuarenta y uno de su protocolo, declarando que el piso fue pagado en su totalidad por doña Eugenia y por tanto que le pertenecía a ella el cien por cien del mismo, librándose mandamiento al Registro de la Propiedad para la inscripción correspondiente, debiendo ser inscrita la otra mitad indivisa que estaba a nombre de los demandados, a favor de la actora. 2. La nulidad relativa del contrato de compraventa celebrado entre doña Eugenia y don Ismael, respecto de la compraventa correspondiente a la mitad indivisa que le fue vendida a este último para su sociedad ganancial, mediante escritura otorgada en fecha 8 de enero de mil novecientos noventa y tres, ante el Notario don Francisco García Sánchez, al número veinticuatro de su protocolo, por tratarse de una donación remuneratoria disimulada mediante un contrato de compraventa y darse las causas de revocación previstas en los textos legales citados en los fundamentos de derecho y que se dan aquí por reproducidos, declarando su revocación y por tanto la vuelta e integración en el patrimonio de la actora, librándose mandamiento al Registro de la Propiedad, para la inscripción de la totalidad del piso a nombre de la actora. 3. Que, con carácter subsidiario respecto a la primera compraventa y en el improbable caso de no estimarse que se está ante una donación remuneratoria disimulada, se decrete la deuda de los demandados respecto a la actora, en la cantidad de siete millones de pesetas de principal desde la fecha de la escritura, más los intereses legales gasto y costas así como el pago de la mitad de todos los servicios de comunidad, agua, luz, etc., desde la fecha de esta transmisión, hasta enero de 1993, en concepto de cantidades prestadas para la compra de la mitad indivisa de la vivienda objeto de autos, por lo que procedería su resolución pasando a integrar el patrimonio de la parte actora; librándose al efecto el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad correspondiente, para su inscripción a nombre de la actora. 4. Que asimismo se decrete la restitución de los muebles y objetos personales, que se encuentran dentro de la vivienda y que pertenecen a la actora. 5. Imposición expresa a los demandados de las costas y gastos del procedimiento.
- ⊙ Don Ismael y doña María José, contestaron a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se declare no haber lugar a ninguna de las peticiones de la demanda y por la que se impongan las costas del juicio a la parte actora.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Ávila dictó Sentencia el 26 de abril de 1997 estimando parcialmente la demanda y declarando que los demandados deben restituir los muebles y objetos

personales que se encuentren dentro de la vivienda, sita en la c/ ... de esta capital desestimando la demanda en el resto de las peticiones.

⦿ En grado de apelación, la AP de Ávila dictó Sentencia el 23 de marzo de 1998 estimando parcialmente el recurso interpuesto por la actora y revocando parcialmente la sentencia del juzgado se acuerda la revocación de la donación de la mitad indivisa de la vivienda sita en ... de Ávila encubierta bajo compraventa otorgada por doña Eugenia a favor de don Ismael en escritura pública de fecha 8 de enero de 1993, acordando la vuelta de la mitad indivisa de la vivienda al patrimonio de la actora, librándose el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad de Ávila, desestimando los restantes pedimentos y confirmando en lo demás la sentencia apelada, sin hacer especial declaración de las costas originadas en esta instancia.

⦿ Don Ismael y doña M.^a José interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se ha ejercitado en el presente caso una triple acción, de la que tan sólo una de las ha llegado a casación, por doña Eugenia contra el matrimonio formado por don Ismael y doña María José: la primera, acción de nulidad parcial del contrato de compraventa otorgado en escritura pública de 22 de marzo de 1990; subsidiariamente, que se declare un crédito frente a los demandados; la segunda, acción de revocación de donación disimulada bajo forma de compraventa simulada otorgada en escritura pública de 8 de enero de 1993; la tercera, acción reivindicatoria de muebles y objetos personales.

La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó la primera de las acciones, la de nulidad de la compraventa, por falta de litisconsorcio pasivo necesario ya que no habían sido demandados los vendedores y la de declaración de un crédito, por no haberse acreditado el préstamo; estimó, confirmando lo resuelto en primera instancia, la tercera de las acciones, ordenando la restitución de muebles y objetos personales.

La casación se refiere a la segunda de las acciones. Dicha sentencia, objeto de este recurso, revocando la dictada en primera instancia, declaró, como hecho probado, que en el contrato de compraventa de 8 de enero de 1993 «se simula o aparenta la adquisición onerosa de la mitad indivisa de la vivienda objeto del presente procedimiento por parte de don Ismael para su sociedad de gananciales, cuando en realidad lo producido fue una donación al mismo por parte de la actora doña Eugenia»; razonó la acreditación de la simulación; declaró la validez y eficacia de la donación disimulada; calificó ésta de donación modal, cuyo modo o carga era la de cuidar y asistir a la donante; declaró acreditado «que realizada la donación, los deman-

dados dejaron completamente de ocuparse de doña Eugenia incumpliendo lo convenido». Por ello, declara la revocación de la donación, por incumplimiento del modo.

Los demandados han formulado el presente recurso de casación respecto a esta acción, habiéndose aquietado las partes respecto a las otras dos acciones. El recurso se ha articulado en tres motivos, todos al amparo del núm. 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el primero se hace una insistente revisión de la prueba practicada; en el segundo se niega la calificación de la donación como modal y subsiguiente revocación; en el tercero, se plantea la caducidad de la acción.

El primero de los motivos del recurso de casación interpuesto por los demandados en la instancia, se formula –como se ha apuntado al amparo del núm. 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 1214 y 1281 y 1282 del Código Civil; en él, como también se ha apuntado, se discute la valoración de la prueba para mantener la certeza de la causa de la compraventa y negar la simulación y la existencia de una donación; son significativas las rotundas afirmaciones que se hacen en el desarrollo del motivo, tales como: «sin que quede acreditado de una forma cierta por la prueba practicada...», «prueba exhaustiva tratando de demostrar...», «... dentro de una ponderada apreciación de la prueba han reafirmado la certeza de las compraventas» «queda acreditada la certeza de la causa de la compraventa...», «... sin prueba válida en derecho obrante en los autos, la falsedad de la causa...», «las pruebas practicadas a instancia de la actora, desvirtúan sus afirmaciones sobre la falsedad de la causa de los contratos...».

Lo anterior acredita un desconocimiento de la función de la casación, que no es una tercera instancia, ni cabe, por ello, la revisión de la prueba, sino que controla la correcta aplicación del ordenamiento, sin revisar el soporte fáctico (sentencias de 31 de mayo de 2000, 10 de abril de 2003, 28 de octubre de 2004) y sin permitir hacer supuesto de la cuestión que, como dicen las sentencias de 9 de mayo de 2002, 13 de septiembre de 2002, 21 de noviembre de 2002 y reitera la citada de 28 octubre de 2004, «supuesto de la cuestión, es decir, se basan en otros datos de hecho distintos a los declarados en la sentencia de instancia, sin que se ataquen por una posible infracción de normas sobre valoración de la prueba, e incluso en el motivo tercero se pretende una nueva apreciación de la prueba pericial; hacer supuesto de la cuestión ha sido reiteradamente rechazado por esta Sala: así sentencias de 31 de enero de 2001, 3 de mayo de 2001, 9 de mayo de 2002.»

La sentencia de instancia ha declarado acreditada la simulación relativa, en el sentido de que el contrato de compraventa no tenía la causa que expresaba (función objetiva de cambio de cosa por precio) sino que oculta la causa vendedora (causa donandi), siendo válida la donación disimulada. Y ha calificado ésta como modal. No ha infringido el artículo 1214 del Código civil relativo a la doctrina de la carga de la prueba, que tan sólo se aplica cuando se produce una falta de prueba sobre algún hecho (sentencias de 31 de enero de 2001, 5 de julio de 2002, 3 de octubre de 2002) sino que se ha declarado y razonado la prueba de la simulación. Tampoco se han infringido los artículos 1281 y 1282 del mismo cuerpo legal, ya que no se ha planteado problema alguno de interpretación, sino de prueba de la simulación. Por todo lo cual, el motivo se desestima.

El segundo de los motivos del recurso de casación mantiene la infracción del artículo 647.1 en relación con los artículos 618 y 619 y 633 todos del Código civil. Si el anterior motivo se refería a la valoración de la prueba practicada, éste se centra en la calificación del contrato celebrado entre las partes, a cuya revocación ha dado lugar la sentencia de instancia.

Hay que partir de que ésta ha declarado probada la simulación relativa del contrato de compraventa, ha estimado la validez y eficacia de la donación disimulada y ha calificado ésta de donación modal; por último, ha considerado probado el incumplimiento del modo.

En el desarrollo del motivo se vuelven a hacer, como en el motivo anterior, constantes referencias a la valoración de la prueba, lo que queda fuera de la casación. Por otra parte, la calificación de un negocio jurídico es facultad privativa del Tribunal de instancia, a no ser que haya incurrido en una

calificación absurda, ilógica o contraria a ley (sentencias de 18 de febrero de 1997 y 22 de febrero de 1997), lo que no ocurre en el presente caso, sino todo lo contrario.

La correcta calificación como donación modal implica la imposición al beneficiario (en este caso los demandados, recurrentes en casación) el cumplimiento de una obligación (Sentencia de 6 de abril de 1999); el modo o carga puede consistir en cualquier tipo de conducta, incluso la no evaluable económicamente. Y el incumplimiento de la misma da lugar a la revocación de la donación, tal como dispone el artículo 647.1 del Código Civil que al expresar que «la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso», se refiere no a condiciones sino a la carga o modo.

En consecuencia, no se han infringido los artículos 618 y 619 ya que el Tribunal de instancia ha calificado el negocio jurídico de donación y de donación modal; cuya calificación, como se ha dicho, es función del juzgador *a quo* y es correcta, partiendo de los hechos declarados probados. En cuanto a la infracción del artículo 633 también denunciada por la parte recurrente, sólo podría redundar en su contra, pues en tal caso la omisión en la escritura del valor de las cargas determinaría si acaso, conforme a dicho precepto, una ineficacia de mayor grado que la revocación acordada por la sentencia recurrida. Este motivo, por tanto, se desestima.

El tercero de los motivos de casación alega la infracción del artículo 652 en relación con los artículos 647.1 y 648.1 del Código Civil en el sentido de que mantiene la caducidad de la acción de revocación de la donación modal por incumplimiento de la carga, por el transcurso del plazo de un año desde que se otorgó la escritura de compraventa (donación disimulada) en fecha 8 de enero de 1993.

Ante todo, hay que advertir que, como se expresa en el propio escrito del recurso, se trata de una cuestión nueva, no planteada en primera instancia ni en la apelación. Cuestión nueva que no cabe alegar en casación, so pena de caer en la violación del derecho de tutela judicial efectiva sin indefensión, como expresan las Sentencias de 8 de marzo de 2001, 31 de mayo de 2001 y 21 de abril de 2003; esta última dice literalmente, resumiendo la doctrina jurisprudencial que cita minuciosamente: «las cuestiones nuevas no examinables en casación por no tener acceso a la misma, por no haber sido propuesta en el período de alegaciones, afectan asimismo al derecho de defensa y van contra los principios de audiencia bilateral y congruencia».

En segundo lugar, no es claro el plazo de un año, como plazo de caducidad para el ejercicio de

esta acción. La sentencia que cita, de 11 de marzo de 1988, la transcribe parcial e interesadamente; lo cierto es que plantea los argumentos a favor del plazo de cuatro años y a favor del de un año, por el que se inclina, pero, a continuación, dice (fundamento 3): «cualquiera de las dos posturas expuestas que se acepte, ha de producir la caducidad de la acción», lo cual evidencia que lo expuesto sobre el plazo no es más que un *obiter dicta* que, al no ser fundamento del fallo, no forma jurisprudencia, como tampoco la puede integrar el que se trate de una sola sentencia. Es más defendible el plazo de cuatro años, por tratarse de un tipo de acción asimilable a la rescisión.

En tercer lugar, el *dies a quo* para el cómputo del plazo no es la escritura pública, es decir, el contrato de donación, sino el conocimiento del hecho, como dice el artículo 652, aplicándolo al incumplimiento de la carga, como dice el 647; en este caso concreto, tal incumplimiento es la falta de atención y cuidados a la donante; ésta es una conducta continuada, que no se puede concretar en un día concreto, sino que persiste continuamente, por lo que la acción seguía viva en el momento de interposición de la demanda, sin haberse producido el transcurso del plazo de caducidad. Por lo que el motivo se desestima.

SUCESIONES

Nulidad por simulación absoluta de la escritura de compraventa otorgada por la madre y uno de los hijos al acreditarse que no existió precio en la misma, siendo intrascendente que aquélla se hubiese llevado a efecto en escritura pública ya que la fe pública notarial no alcanza a la certeza y verdad de las manifestaciones que se hacen.

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

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Antonieta, madre de los tres hermanos Celestina, Jaime y Bernardo, de más de 70 años y enferma crónica, otorgó testamento abierto ante el Notario de Avilés con fecha 10 de noviembre de 1992, en el que ordenó los legados que estimó pertinentes favoreciendo a su hijo Bernardo.
- ⊙ Apenas transcurridos tres meses, concretamente el día 29 de enero de 1993, otorgó escritura pública de compraventa de la nuda propiedad de las fincas rústicas denominadas ... así como de la vivienda sita en Gijón en favor de su hijo don Jaime, que aparece como comprador de la nuda propiedad de dichas fincas en el precio que se confiesa recibido de 200.000 pesetas por las fincas rústicas y 1.500.000 pesetas por la vivienda.
- ⊙ El otorgamiento de esta escritura coincidió con el ingreso de la vendedora en la Clínica del Carmen de Gijón, por una presumible agravación de sus dolencias. Aquélla no precisaba vender sus bienes para disponer de dinero en metálico con el que hacer frente a los gastos asistenciales, pues contaba con ahorros suficientes en cuantía de 5.000.000 de pesetas depositadas en dos cuentas abiertas en la agencia urbana número 2 del Banco Herrero de Gijón, así como en otras cuentas abiertas en la Caja de Asturias.
- ⊙ El contenido de la referida escritura entraba en contradicción con la voluntad testamentaria claramente expresada poco antes. El precio figurado era claramente inferior al real, y, sobre todo, se declaró recibido, sin que haya la menor prueba de que el comprador don Jaime hubiese entregado, efectivamente a su madre, la cantidad de 1.700.000 pesetas o de cualquier otra, en fechas más o menos coincidentes con las de la escritura, ni que doña Antonieta hubiese recibido suma alguna de su referido hijo.

⊙ Doña Antonieta falleció en Gijón el día 29 de junio de 1993 en el Hospital de la Cruz Roja, constando en la certificación de defunción como causa: «Tromboembolismo pulmonar agudo, insuficiencia cardiaca en fibrilación auricular».

⊙ Don Bernardo interpuso demanda de menor cuantía contra doña Celestina, su esposo don Juan Luis y don Jaime, sobre nulidad transmisión, solicitando se dicte sentencia por la que admitiendo la demanda se declare: «1.º La nulidad por simulación absoluta de la transmisión otorgada ante el Notario de Oviedo con residencia en Gijón, don Esteban María Alú Mortera el día 29 de enero de 1993 entre doña Antonieta y don Jaime, por la cual aquélla simuló transmitir a éste la nuda propiedad de las fincas que en ella se describen, relacionadas en el cuerpo de esta demanda, así como la transmisión otorgada ante el mismo Notario antes reseñado el día 12 de abril de 1993 entre don Jaime y doña Frida, por la cual aquél simuló transmitir a ésta la nuda propiedad de las fincas que en ella se describen obligando a restituir lo recibido sin causa, sin precio cierto, aunque con apariencia de legalidad a su verdadero titular por disposición testamentaria, quedando como antes de la cesión la posición de las partes. 2.º Subsidiariamente, *ad cautelam*, de no prosperar la acción principal ejercitada, por estimarse, a tenor de la prueba practicada, que la compraventa fue real, se declare que sustrajo los bienes enajenados en evidente fraude o perjuicio de heredero legítimo, imposibilitando la satisfacción de su herencia y, por tanto, se revoque en la medida necesaria para que el heredero impugnante pueda resarcirse del importe de la misma. 3.º Por haber sido hecho en fraude de heredero y en perjuicio de la herencia, se declare la obligación de los demandados de devolver a mi representado o al caudal relicto la totalidad del importe del dinero existente en el Banco Herrero de Gijón, a plazo fijo, posteriormente ingresado en Banesto, por ser la última voluntad de la causante, con sus correspondientes intereses legales. 4.º Como consecuencia obligada de las peticiones, para el caso de que prosperase cualquiera de ellas, que se proceda a anular y cancelar las inscripciones de dominio derivadas de la referida transmisión que a su favor pudieran tener hechas doña Valentina y su esposo en el Registro de la Propiedad de Gijón y de Pravia, respecto de los bienes enajenados. 5.º Que se condene a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones y al pago de las costas procesales».

⊙ Admitida a trámite la demanda, los demandados se personaron en autos y se opusieron a las pretensiones del actor solicitando la desestimación de aquélla.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Avilés dictó Sentencia el 30 de septiembre de 1996 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Asturias dictó Sentencia el 16 de febrero de 1998, estimando el recurso y la demanda declaró la nulidad por simulación absoluta de la escritura pública de compraventa otorgada con fecha 29 de enero de 1993 doña Antonieta y don Jaime y asimismo la nulidad de la escritura celebrada entre don Jaime y doña Celestina y don Juan Luis; ordenando la cancelación de las inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad por las escrituras cuya nulidad se declara. Igualmente condenó a los demandados a que reintegren a la herencia de doña Antonieta la suma de cuatro millones setecientos veintiuna mil pesetas, que devengará los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y los previstos en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la presente resolución.

⊙ Doña Celestina y don Jaime interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los dos primeros motivos se formulan al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero, por infracción de los artículos 1218, 1274, y 1277 del Código Civil. Invoca insuficiencia probatoria para deducir el carácter simulado absolutamente de las escrituras. El segundo, por violación del artículo 1214 del Código Civil. Invoca desconocimiento de la carga de la prueba de la simulación a cargo del demandante.

El artículo 1218 del Código Civil regula con carácter general, la fuerza probatoria de los documentos públicos, pero no quiere decir que tenga proyección plena y absoluta, pues son más bien demostrativos de hechos y no de su naturaleza y repercusión jurídica, cuya interpretación corresponde a los órganos judiciales cuando surge contienda procesal sobre los mismos. (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1993.) La fuerza legal probatoria del documento público, limitada para terceros al hecho del otorgamiento y fecha del mismo, no alcanza a las declaraciones de las partes (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1998). En igual sentido la Sentencia de 29 de febrero de 1996.

Es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala –(Sentencias de 27 de octubre de 1966, 2 de noviembre de 1973, 9 de junio de 1982, 26 de febrero y 13 de diciembre de 1983, 6 de julio y 27 de noviembre de 1985, 24 de febrero de 1986, 19 de mayo de 1987, 10 de octubre y 10 de noviembre de 1988), entre otras,– la de que la fe pública notarial lo único que acredita, según se deduce del artículo 1218 del Código Civil, es el hecho que motiva el otorgamiento de la escritura pública y su fecha, así como que los otorgantes han hecho ante Notario determinadas declaraciones, pero no la verdad intrínseca de éstas, que pueden ser desvirtuadas por prueba en contrario, por lo que en el caso concreto que nos ocupa lo único que aparece amparado por la fe notarial es que los otorgantes de las respectivas escrituras públicas manifestaron que el vendedor había recibido el precio con anterioridad, pero no la certeza y la verdad de dicha manifestación, acerca de la cual la Sala *a quo* ha declarado probado que no existió precio alguno en las mencionadas escrituras públicas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1990.)

Según proclaman las de 2 de octubre de 1983 y 18 de mayo de 1984, los documentos públicos tienden a demostrar hechos, no cualidades o apreciaciones jurídicas, reservadas, en caso de controversia judicial, al correspondiente órgano judicial, es decir, al contenido del documento relacionado con el resto de la prueba (Sentencia del Tribunal

Supremo de 24 de febrero de 1986). En idénticos sentidos las Sentencias de 2 de abril de 1990 y 14 de noviembre de 1986.

Para dictar sentencia en base a un enjuiciamiento de hecho y de derecho, o, dicho de otra manera, de un enjuiciamiento que tiene su punto de partida en una comprobación de la existencia o inexistencia de los hechos, basta al Juez con que al final del proceso ese material fáctico quede fijado, con independencia de la fuente de donde haya provenido para la demostración de la existencia o inexistencia de los hechos. Si se le ha demostrado el hecho, le es indiferente quien lo haya llevado a cabo.

Todo lo expuesto indica la improcedencia de la alegación como infracción casacional de los preceptos citados en los motivos; toda vez que en el cuerpo de los mismos sólo se hace una unilateral negativa de la razonable apreciación de hechos probados que se contiene en la sentencia recurrida, sin que se invoque nada pertinente a que la apreciación haya podido ser irracional, ilógica o absurda.

El tercer motivo se formula al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Se alega que la fe pública registral tiene tal rango de veracidad respecto a la realidad jurídica, que el tercero se halla a cubierto de todo ataque que contradiga la adquisición de un derecho adscrito, no obstante que fuere inexistente o se declarase nulo el acto por el que adquirió de quien figuraba como titular registral. El motivo no puede ser tenido en cuenta, ya que en la sentencia impugnada se acredita y se parte de la apreciación de mala fe en los intervinientes demandados.

El motivo cuarto se formula al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del artículo 1720 del Código Civil. Se alega en el recurso que la sentencia recurrida acoge en lo sustancial la solicitud de reintegro a la herencia del metálico que dispusieron los, en principio, recurrentes; y frente a dicho acogimiento se esgrime en el recurso que a doña Celestina, la causante la confirió el día 13 de mayo de 1993 escritura de apoderamiento, realizando aquélla gastos de diversa índole; y que en la contestación de la demanda se manifestó la necesidad de rendición de cuentas del apoderamiento efectuado. Por ello se estima en este recurso que no puede condenarse a la entrega de 4.721.000 pesetas, sin previa rendición de cuentas.

Sin embargo, el motivo no debe prosperar, pues en el suplico de la demanda se formula una petición de reintegro a la que la sentencia da lugar y no una petición de rendición de cuentas, que sólo se trata

en la contestación y que lógica y soberanamente la sentencia recurrida no da lugar.

Dada la declaración de nulidad por simulación absoluta de las escrituras de compraventa en atención a las circunstancias probadas en la sentencia, resulta lógica la consecuencia de establecimiento de reintegro dinerario a que se extiende la misma; sin

que tenga sentido, por tanto, invocar la obligación del mandatario de dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato; y resulta sorprendente que dicha obligación sea invocada por el que, en su caso, estaría obligado a hacerla, marginando la reclamación concreta que se ha hecho y se ha estimado por el que tenía derecho a exigirla.

OTRAS CUESTIONES

Realizada la vasectomía al esposo y habiendo quedado embarazada la esposa no se estima la acción de reclamación de daños y perjuicios ejercitada por el esposo frente al médico que realizó aquella operación al no haberse acreditado que el esposo sea el padre del hijo que ha tenido su esposa.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2004

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Alfredo interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Pedro Miguel y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia por la que se condene al demandado de forma a pagar a mi representado la suma de veintidós millones y medio de pesetas (22.500.000 pesetas) en concepto de indemnización de daños y perjuicios por negligencia profesional médica, y con condena en costas.
- ⊙ Don Pedro Miguel contestó a la demanda oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, para terminar suplicando se dictase sentencia por la que, desestime dicha demanda en todas sus partes, absolviendo a mi mandante de los pedimentos que se formulan en la misma con expresa condena en costas a la parte actora.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Huelva dictó Sentencia el 5 de junio de 1997 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Huelva dictó Sentencia el 21 de mayo de 1998 desestimando el recurso interpuesto por don Alfredo.
- ⊙ Don Alfredo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El demandante y ahora recurrente en casación se sometió a la operación quirúrgica de vasectomía para obtener su infertilidad, que le practicó el médico demandado, recurrido en casación, en

fecha 18 de octubre de 1991; el siguiente 25 de noviembre se le efectuó una analítica de esperma con resultado de azoospermia. En julio de 1994 su esposa quedó embarazada y el 15 del mismo mes y

año se hizo análisis, que acreditó una oligozoospermia grave que justifica la existencia de una infertilidad en un hombre, sin que por ello se descarte la paternidad.

La sentencia de instancia, objeto de este recurso de casación, desestima la demanda: a) Por entender que la intervención médica fue correcta, sin que se le pueda atribuir una negligencia profesional; b) El deber de información que corresponde al médico, que requiere la práctica de una operación de vasectomía, no le fue proporcionado al paciente; c) No se ha acreditado la paternidad del demandante, respecto al hijo fruto del embarazo de su esposa.

Antes de analizar los motivos del recurso de casación, el Tribunal Supremo analiza tres cuestiones:

El primero de ellos, es la corrección de la intervención médica de vasectomía; se ha insistido en que el contrato que vincula al médico y paciente es de prestación de servicios, ya que aquél no se obliga a la curación de éste, sino a prestar los servicios adecuados a tal fin, como obligación de actividad o de medios; sin embargo, también en la actuación médica se da el contrato de obra, con obligación de resultado, en casos de cirugía estética (ya lo dijo la antigua Sentencia de 21 de marzo de 1950 y lo dicen las modernas 28 de junio de 1997 y 22 de julio de 2003), de odontología (Sentencias de 28 de junio de 1999 y 11 de diciembre de 2001) oftalmología (Sentencia de 2 de noviembre de 1999) y asimismo, en la intervención de vasectomía, lo que ya apunta la Sentencia de 11 de febrero de 1997 que dice literalmente: «no cabe duda que el “resultado” en el segundo aspecto examinado actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, asimismo, además, como tal resultado concreto para quien realiza la intervención, sin que, como ocurre, cuando hay desencadenado un proceso patológico que, por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud eleve a razón primera de la asistencia los medios o remedios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. De aquí que se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una “cirugía asistencial” que identificaría la prestación del profesional con la *locatio operarum* y una “cirugía satisfactiva” (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente) que identifican aquella con la *locatio operis*, esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso. En este orden ha sido, también,

una demanda por incumplimiento contractual en atención a que la operación de vasectomía no produjo los resultados esperados, lo que originó la reclamación resuelta por esta Sala en sentencia de 31 de enero de 1996». En el presente caso, no es que el resultado no se haya obtenido, sino que en una intervención correcta se puede producir una recanalización espontánea que da lugar a una fertilidad, situación que se produce en un mínimo porcentaje en estas intervenciones y que tiene que ser objeto del deber de información y que tiene que dar lugar a una veraz paternidad, lo que constituyen los dos restantes extremos.

El segundo de los extremos es el deber de información, que en este caso consiste en que el médico informe al paciente de los riesgos previsibles que comporta la intervención, esencialmente el del porcentaje de supuestos en que la vasectomía puede no resultar eficaz, por razón de una recanalización espontánea. Cuyo deber de información no se ha probado y esta Sala ha reiterado que el médico sufre la carga de la prueba de su cumplimiento; Sentencias de 2 de noviembre de 2000, 12 de enero de 2001, 11 de mayo de 2001, 2 de julio de 2002, 7 de abril de 2004.

El tercero de los extremos es la paternidad. Toda la acción indemnizatoria del paciente al que se le ha practicado la vasectomía, tiene como base el que sea el padre de la criatura que su esposa ha engendrado. En situaciones de normalidad, la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil es suficiente para atribuírla, pero para un caso de vasectomía en que, en principio, no cabe la paternidad, aquella presunción no basta para fundamentar la acción indemnizatoria por razón de la misma. Así lo estableció la sentencia, ya citada, de 11 de febrero de 1997 en estos términos literales: «la paternidad no es materia disponible sobre la que quepa su fijación probatoria por medio de admisión o confesión en cuanto responde al principio de verdad en la procreación. Tampoco cabe que la paternidad la funde el órgano jurisdiccional, tratándose, como ocurre en el caso, de un matrimonio, en el régimen de presunciones establecido en el Código Civil, especialmente en su artículo 116. Sin duda que estas presunciones que responden al conocimiento que transmiten reglas y máximas de experiencia seculares y que resguardan el ámbito de la intimidad del matrimonio y su estabilidad familiar, parten del hecho de la normalidad presumida de los cónyuges como sujetos aptos para la reproducción, no sólo, por tanto, porque tengan capacidad de copulación sino también en cuanto se considera gozan de potencia generatriz. Al ponerse en litigio la fertilidad o infertilidad del sujeto, con resultado posiblemente perjudicial para un tercero, si se demuestra el resultado defectuoso, los presu-

puestos de aquellas presunciones ceden, pues, de otro modo, quedaría en muchos casos, indefenso el demandado que, además, carece de legitimación para la impugnación de la filiación legítima. En consecuencia, la lógica interna de los hechos que se debaten exige en buena hermenéutica una decadencia de aquellas presunciones y la necesidad de probar como hecho constitutivo de la pretensión la paternidad».

En definitiva, el criterio que ahora se reitera es que la acción de indemnización por razón del fracaso del resultado de la intervención de vasectomía, tan sólo puede prosperar si se ha acreditado que el paciente es el padre del fruto del embarazo.

De lo anterior se desprende la desestimación del presente recurso de casación, cuya inadmisión ha sido propuesta por el Ministerio Fiscal en su dictamen.

Ante todo, procede rechazar el motivo cuarto que se funda en el número 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que no hay incongruencia cuando se trata de una sentencia desestimatoria; en efecto, en el presente caso, no podía la sentencia de instancia pronunciarse sobre una indemnización, siendo así que desestima la demanda.

El motivo primero, formulado al amparo del número 4.º –como los demás motivos– del mismo artículo 1692, cita como infringidos los artículos 1101 y 1104 del Código Civil por considerar que se

da un «claro supuesto de responsabilidad civil contractual». El rechazo del motivo queda razonado en el primero de los extremos que se han analizado en el fundamento anterior. No hay responsabilidad contractual porque la intervención de vasectomía fue correcta, el resultado no fue conforme a lo previsto y de ello no fue debidamente informado, pero –aquí se halla la razón de fondo de la desestimación de la demanda por la Audiencia Provincial– no se ha acreditado la paternidad.

El motivo segundo mantiene la infracción del artículo 1214 del Código Civil sobre la doctrina de la carga de la prueba, en relación con el deber de información y con la paternidad. También se ha expuesto anteriormente este extremo. La carga de la prueba, es decir, las consecuencias de la falta de prueba, del deber de información la sufre el médico demandado; la de la paternidad, el demandante que reclama por razón de la misma. En el presente caso, no se han probado ambos extremos; pero se desestima la demanda porque falta la prueba del hecho base de la indemnización, que es la paternidad, cuya carga la sufre el demandante.

El motivo tercero alega la infracción del artículo 116 del Código Civil que establece la presunción de paternidad. Este extremo se ha tratado con detalle y se ha expuesto la doctrina jurisprudencial que ahora se reitera: esta presunción no es suficiente para sustentar la acción de indemnización por el supuesto de hecho de la paternidad; es preciso probar ésta para ejercer aquella acción.

Carácter consorcial de un depósito existente en una entidad a nombre del esposo al ser de aplicación la presunción de consorcialidad dado que no se ha acreditado que el origen del fondo fuera privativo, procediendo en consecuencia su inclusión en el activo aun cuando el esposo retirase aquel fondo un mes antes de la presentación de las medidas previas a la separación.

TSJ DE ARAGÓN, SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Serrano Bonafonte

El motivo primero se refiere a la indebida aplicación de la Ley Aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, en lo relativo a las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda, con relación al artículo 65 de la misma. Sostiene el recurrente que no es de aplicación el artículo 65.2 de dicha norma aragonesa porque el Juzgado de 1.ª Instancia núm. cinco de Zaragoza, decretó la separación de los cónyuges y acordó la disolución del régimen económico matrimonial en Sentencia de 3 de marzo de 2000, resolución que fue recurrida y confirmada por la Audiencia Provincial, a excepción del particular relativo a la pensión compensatoria, con fecha 13 de marzo de 2001, fecha en la que adquirió firmeza la separación matrimonial. Habida cuenta, dice el recurrente, que la Ley 2/2003 entró en vigor el 23 de abril de 2003, no estaba en vigor en el momento de adquirir firmeza la resolución de 13 de marzo de 2001. Considera que «en la fase de liquidación, la Ley aragonesa no permite retrotraer la eficacia de la disolución del consorcio a la fecha de admisión a trámite de la demanda de separación», de ahí que defienda la indebida aplicación del artículo 65.2 en relación con las ya dichas Disposiciones Transitorias.

El Preámbulo de la Ley 2/2003 advierte de las innovaciones respecto del Derecho anterior en lo referente a las normas sobre disolución, liquidación y división del consorcio y se refiere a «la posibilidad de que el Juez retrotraiga los efectos de la disolución hasta el juicio de los procedimientos de nulidad, separación o divorcio». Así, el artículo 65.2 dispone: «En los casos de nulidad, separación o divorcio y en los de disolución de la comunidad conyugal por decisión judicial, el Juez podrá retrotraer los efectos de la disolución hasta el momento

de admisión a trámite de la demanda, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros».

Por su parte la Disposición Transitoria Primera se refiere a la aplicación inmediata de la Ley y dice: «Las normas de esta Ley serán aplicables de inmediato, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo viudal, con las excepciones señaladas en las disposiciones siguientes».

La Transitoria Segunda, referida a los hechos, actos y negocios, dispone: «Los hechos, actos o negocios relativos al otorgamiento o modificación de capítulos, adquisición de bienes, contratación de obligaciones, gestión o disposición de bienes y disolución, liquidación o división del consorcio conyugal, así como los relativos al derecho expectante y al usufructo de viudedad, sólo se registrarán por esta Ley cuando tengan lugar o hayan sido realizados con posterioridad a su entrada en vigor».

Se trata por tanto de determinar si la sentencia de la Audiencia al considerar –cual hiciera el Juzgado de 1.ª Instancia– de aplicación estas normas, cometió o no la infracción que el recurrente denuncia.

El artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil faculta al cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio para solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil. Son las medidas provisionales previas, que el Juzgado debe resolver mediante Auto en el plazo de tres días, medidas que subsisten si en el plazo de treinta días se presenta la demanda de separación. En el supuesto de haberse adoptado estas medidas, admitida la demanda se confirman o modifican (artículo 772 Ley de Enjuiciamiento

Civil) y tales medidas provisionales quedan sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo (artículo 773.5 Ley de Enjuiciamiento Civil). En todo caso el Tribunal debe determinar en la propia sentencia las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda, cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y cauteles y garantías, en el supuesto de que no se hubiese adoptado ninguna (artículo 774.4 Ley de Enjuiciamiento Civil).

Es decir, la nueva Ley de Enjuiciamiento ha introducido un nuevo sistema basado en unas medidas únicas, que a lo largo del proceso se van adaptando a las peculiares circunstancias de las distintas fases procesales, de suerte tal que cada medida sustituya a la anterior. O lo que es lo mismo, las medidas previas ordinarias se convierten o son sustituidas por las medidas provisionales las que, a su vez, se convierten o son sustituidas por las definitivas que se adopten en la sentencia de primera instancia, que igualmente pueden convertirse o ser sustituidas por las medidas firmes que puedan acordarse por la Audiencia, en el supuesto de haberse interpuesto recurso de apelación.

En el caso presente la Sra. Regina solicitó medidas provisionales de separación de su esposo que fueron acordadas mediante auto de 6 de mayo de 1999. Las medidas acordadas, en lo que aquí interesa, fueron: la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro; la imposibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica y el bloqueo de las cuentas corrientes, depósitos, acciones, títulos o cualquier otro producto financiero del que fueran titulares los esposos, conjuntamente o con terceros. En autos de separación 687/1999 del mismo Juzgado se dictó Sentencia de 3 de marzo de 2000 que mantuvo las medidas acordadas en el auto de anterior mención y declaró disuelto el régimen económico matrimonial, advirtiendo que desplegaría sus efectos a partir de su firmeza. Fue recurrida por el esposo y confirmada por la Audiencia (Sección 2.^a), en sentencia de fecha 13 de marzo de 2001, excepto en el particular relativo a la pensión compensatoria. Por tanto a partir de esta fecha quedaba disuelto el régimen consorcial.

Ello suponía, como dijo esta Sala en Sentencia de 20 de diciembre de 2004 con cita de las de 31 de diciembre de 1998, 25 de noviembre de 1999 y 14 de febrero de 2000 del Tribunal Supremo, que los bienes que hasta entonces habían tenido carácter consorcial, hasta el momento de la liquidación pasan a integrar una comunidad de bienes postmatrimonial que supone que ninguno de los cónyuges,

pueda disponer de los concretos bienes que la integran, quedando viciado de nulidad cualquier acto dispositivo realizado por los cónyuges, subsistiendo esta situación hasta que las operaciones de liquidación-división, determinare qué partes concretas de bienes pasan a pertenecer a cada uno de los comuneros.

En esta situación, el 24 de febrero de 2003 la Sra. Regina promovió procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal del que conoció el mismo Juzgado y al formalizar el inventario incluyó en el activo de la sociedad el depósito de 12.103.750 pesetas. existente en el Corte Inglés a nombre del esposo, al entender que era de aplicación la presunción de consorcialidad. Consideró la Audiencia, en la sentencia ahora recurrida, que no se había acreditado que el origen del fondo fuera privativo por lo que regía la presunción de ganancialidad, y sostuvo igualmente que los fondos 9.1 y 9.2 debían mantenerse en el activo, como acordó el Juzgado, al no haber quedado acreditado que los ingresos en ellos provinieran de terceros.

Debe dejarse constancia de que con fecha 9 de marzo de 1999 —un mes antes de la presentación de las medidas provisionales— el esposo retiró del fondo del Corte Inglés la dicha suma de 12.103.750 pesetas, si bien con posterioridad reconoció 1.800.000 pesetas, con carácter consorcial.

Tras todo lo expuesto la solución de este recurso ha de partir de la base de que la separación matrimonial y la consiguiente disolución de la sociedad consorcial, no se produjo sino hasta el 13 de marzo de 2001, fecha de la sentencia de la Audiencia dictada en recurso de apelación, pero sin olvidar que la Audiencia declaró probado que tanto el depósito del Corte Inglés, como las cuentas y depósitos 9.1 y 9.2 eran copropiedad de los esposos, así como que al tiempo de presentación de la demanda (24 de febrero de 2003) todavía no estaba en vigor la Ley aragonesa 2/2003.

En la Compilación el concepto de bienes comunes tenía un carácter residual: eran comunes todos aquellos bienes cuyo carácter privativo no constara o careciera de justificación. Así se desprendía del artículo 40.

Partiendo del hecho probado de que las partidas que el recurrente impugna son bienes consorciales, su administración correspondía «a ambos cónyuges conjuntamente o a uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro», según rezaba el artículo 48, y tenía prevista la forma de proceder en los supuestos de disolución de la comunidad, disponiendo el artículo 54 que «Extinguida la comunidad por causa distinta de la muerte, la administración provisional se regulará por acuerdo de los cónyuges y, en su defecto, resolverá el Juez

de Primera Instancia, pudiendo adoptar las medidas necesarias, hasta que se efectúe la liquidación».

Lo ocurrido en el caso presente encaja perfectamente en el supuesto que el precepto contempla: Solicitada por la esposa la adopción de medidas previas a la separación conyugal, el Juzgado de Primera Instancia adoptó las medidas a que se hizo referencia anteriormente, bloqueando cuentas corrientes, depósitos, acciones, títulos o cualquier otro producto financiero del que fueran titulares los esposos, conjuntamente o con terceros, y acreditado que de forma indebida el recurrente dispuso

de un capital que era consorcial, la sentencia que acordó la liquidación, ordenó correctamente su inclusión en el activo de la sociedad, resolución ésta que fue confirmada por la Audiencia Provincial. Pero vigente la Compilación en el momento de interposición de la demanda, no podía aplicarse el artículo 65.2 de la Ley aragonesa 2/2003, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, ni resultaba necesario decretar retroacción alguna por el carácter indiscutible de la consorcialidad de los bienes y porque ya habían sido tomadas a su tiempo las oportunas medidas.

El juzgado que dictó las medidas que ahora se pretenden modificar no atrae automáticamente la competencia para conocer del procedimiento de modificación debiendo acudirse a las normas generales de competencia.

TSJ ANDALUCÍA, SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Pasquau Liaño

En los artículos 769.1, 769.3, 771.1 y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se establecen diversos fueros territoriales no idénticos para diferentes procedimientos en materia de «procesos matrimoniales y de menores», todos ellos de carácter imperativo (aunque en algún caso ofreciendo alternativas al demandante), conforme a lo dispuesto en el artículo 769.4.º del mismo cuerpo legal.

El artículo 775 LEC, que contempla el caso específico de las demandas de modificación de medidas definitivas, hace referencia al «tribunal» en general, sin especificar cuál de ellos, si bien el apartado segundo de dicho artículo hace una remisión al artículo 771 LEC en lo que se refiere a la tramitación de esas demandas. El Tribunal Supremo interpretó inicialmente, en su auto de 10 de octubre de 2001, que la remisión que se hace en el artículo 775.2 al 771 lo es sólo en cuanto al «trámite» o al «iter procesal», pero no en cuanto a la competencia, y que el término «tribunal» a que se refiere el artículo 775 va referido «al que las dictó, al que acordó tales medidas definitivas», lo que argumenta diciendo que ésta venía siendo la praxis ordinaria en los Juzgados. Sin embargo, en posteriores autos (como los de 24 de octubre de 2002, 11

de febrero de 2003 y 22 de octubre de 2004) cambiaron este criterio, afirmando que «la modificación de medidas definitivas una vez recaída sentencia firme no se puede considerar como un incidente del juicio principal ni como ejecución de sentencia», y que «una interpretación sistemática de los artículos 769.1, 771.1 y 775.2 LEC determinan la competencia del Juzgado de Primera Instancia donde tienen su domicilio las partes en el procedimiento a seguir para modificación de las medidas adoptadas en sentencia firme de divorcio, al margen de cuál haya sido el Juzgado que haya conocido previamente de este procedimiento». Esta última doctrina, que la Sala comparte, excluye la competencia territorial del Juzgado de Melilla, habida cuenta de que en la actualidad ni el demandante ni la demandada residen en dicha ciudad.

Excluida la primera de las interpretaciones que el Tribunal Supremo dio a la remisión del artículo 775.2 al 771, y a la expresión «del tribunal», utilizado por el 777.1, una interpretación literal de dichos preceptos conduciría sin más al fuero previsto en el artículo 771.1, es decir, el tribunal del domicilio del demandante, que, según sus propias manifestaciones, es Santa Cruz de Tenerife.

No obstante, y al margen del hecho de que esta Sala no podría declarar la competencia de un Juzgado distinto de los que han suscitado la cuestión de competencia (así se ha dicho en Autos de esta Sala de 11 de marzo de 2003, 24 de marzo de 2004 y 15 de marzo de 2005, por citar los más recientes), ha de tenerse presente cuál es la finalidad de ese especial fuero del artículo 771.1, que no concurre en el presente supuesto. El Auto del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2001, antes citado, dijo que «no debe olvidarse que el artículo 771 se encuentra destinado a las medidas provisionales previas a las demandas de nulidad, separación o divorcio». En tales supuestos puede parecer lógico permitir a quien con urgencia, y antes de la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio, solicita la adopción de medidas que anticipan la situación que se creará con la formulación judicial de la crisis matrimonial, que lo haga en el tribunal de su domicilio. Es, pues, un fuero establecido en interés del cónyuge demandante: se trata de una medida de protección del cónyuge que en este caso no concurre, pues, el propio demandante ha elegido el Juzgado del domicilio de la demandada, donde además reside uno de los dos hijos menores, el de menos edad, además de que no se acierta a comprender por qué cuando se trata de modificar una situación establecida por sentencia firme, habría que favorecer a quien lo pretende. Cabe, pues, haciendo uso de los criterios sistemático y teleológico de interpretación establecidos en el artículo 3.1 del Código Civil, considerar que lo atinente a la competencia territorial para los procedimientos de medidas definitivas no se resuelve ni por el artículo 775 (que se refiere vagamente al «tribunal», sin especificar) ni por el artículo 771 (pues la remisión al mismo hecha en el artículo 775.2.º lo es, en efecto, a los efectos de la tramitación, pero no de la competencia), sino por las reglas generales para los procedimientos contemplados en el Capítulo IV del Libro IV de

la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, la que se contempla en el artículo 769.

No queda, sin embargo, con ello todo resuelto, pues aún habrá que optar por la aplicación del párrafo primero, o del párrafo tercero. Si el párrafo primero no sería literalmente aplicable, pues va referido a «cónyuges» y a demandas «de separación o divorcio, «la literalidad del tercero también ofrece un obstáculo para su aplicación a este caso, puesto que en la demanda no se ejercitan «exclusivamente» pretensiones referidas a la guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos para los menores, pues también se pide, como primera pretensión, la atribución del que fue domicilio conyugal al actor, por no uso del mismo por la demandada.

Con todo, ambas reglas (la del número 1.º y el número 3.º del artículo 769) tienen en común algo que sirve sin duda para resolver la presente cuestión de competencia: cuando demandante y demandado (ya sean «cónyuges» –número 1– o «progenitores» –número 3–) no residen en el mismo partido judicial, como ocurre en este caso, el demandante tiene la posibilidad de elegir, como Juzgado competente, el del domicilio o residencia del demandado. Como la demandada, junto a una de los hijos menores, reside en Ceuta, el Juzgado elegido por el demandante ha de ser tenido por competente para el conocimiento del asunto, lo que a mayor abundamiento se justifica en aras del principio de tutela judicial efectiva, habida cuenta de la disponibilidad del demandante para litigar en Ceuta, la dificultad que para la demandada supondría desplazarse, con su hija menor, para litigar en Santa Cruz de Tenerife, y la dificultad que para todos tendría desplazarse a Melilla, donde ninguno de ellos reside desde hace tiempo.

Procede, en consecuencia, declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Ceuta, al que se remitirán las actuaciones.

Aunque de la documentación acompañada con la demanda puedan deducirse ciertas controversias en torno a cuál fue el último domicilio familiar, si se está peticionando la atribución del uso de la vivienda familiar habrá que entender que será competente para tramitar el procedimiento aquél en el que esté ubicada dicha vivienda.

TSJ ANDALUCÍA, AUTO DE 14 DE MARZO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Pascuau Liaño

Como el fuero establecido en el artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es de carácter electivo

(para el demandante) pero imperativo (ya que en su número 4 expresamente se dice que el tribunal

«examinará de oficio su competencia»), y como el demandado (aún no personado, pero con la consideración de «parte» a los efectos del artículo 60.2 LEC, según la doctrina sentada por el Auto del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2001, que esta Sala hizo suya en su Auto de 22 de diciembre de 2004) no ha sido oído a los efectos de competencia, la cuestión negativa de competencia ha sido correctamente formulada desde el punto de vista formal al amparo de dicho artículo 60.2 LEC.

En orden, pues, a determinar el fuero aplicable, ha de partirse de que no existe al tiempo de la interposición de la demanda un domicilio común, según lo afirmado por la demandante, lo que determina la aplicación de lo dispuesto en el último inciso del número primero del artículo 769: «en el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante (...) el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado».

Las dudas se han planteado en el presente caso porque de la documentación acompañada por la actora aparecen dos domicilios de la actora: por una parte, el de la CALLE000 núm. NÚM000 de Almonte-El Rocío (declaración del IRPF y contrato de arrendamiento de un local comercial en el que consta como arrendataria la demandante y se atribuye ese domicilio); y por otra parte, el de la CALLE001 núm. NÚM001, de Sevilla (es el indicado en la demanda, en la escritura de apoderamiento al Procurador para la interposición de la demanda, y en el de la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de la tercera hija habida de dicho matrimonio, doña Nieves (folio 13 de las actuaciones).

La incertidumbre sobre si en la CALLE000 núm. NÚM000 de Almonte-El Rocío los litigantes

tuvieron o no fijado su domicilio familiar, o si más bien es el domicilio de los padres de la actora y la referencia al mismo en documentos fiscales y negociales se hizo sólo por razones de comodidad u oportunidad, debe ceder ante el hecho de que forma parte del objeto del litigio la adjudicación del uso de lo que la actora considera vivienda conyugal, que es la señalada en la CALLE001 núm. NÚM001 de Sevilla, la cual, además, encuentra el apoyo de la mención que se hace al mismo, como domicilio del matrimonio, en la inscripción de nacimiento de la hija menor de los litigantes.

Ya no es, pues, que la actora se atribuya unilateralmente ese lugar de residencia; es que está pidiendo que judicialmente se le atribuya, junto a su hija menor, el uso de esa vivienda (punto cuarto del suplico de la demanda, y punto primero del otrosí en el que insta la adopción de medidas cautelares). El carácter de «vivienda conyugal» podrá ser, naturalmente, discutido a lo largo del procedimiento por el demandado a efectos de evitar el régimen especialmente protector del artículo 96 y 103.2.º del Código Civil, pero en este momento procesal, que es el determinante para pronunciarse sobre la competencia, ha de dársele esa condición, lo que determina que el Juzgado competente para resolver sobre lo solicitado deba ser el del lugar donde se halla la vivienda cuyo uso se reclama

En consecuencia de todo lo expuesto, declarando la competencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de los de Sevilla, deberán devolverse las actuaciones originales, con testimonio de la presente resolución, para que continúe con su tramitación con arreglo a Derecho, sin necesidad de emplazar a la demandante, única parte hasta ahora personada en las actuaciones, al estarlo ya en debida forma ante dicho Juzgado.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

El hecho de que la esposa ignorara que su marido incurriría en infidelidad no es causa de nulidad matrimonial.

AP LUGO, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Manuel Varela Prada

A la vista de los datos obrantes en las actuaciones y demás prueba realizada, la valoración llevada a cabo por el Juzgador *a quo* y la conclusión a que ha llegado, han de entenderse acertadas.

En efecto, –tal y como se ponía de manifiesto en la sentencia de instancia–, el hecho de que si la actora hubiese sabido que el esposo incurriría en infidelidad conyugal, no hubiese contraído matrimonio, no es suficiente para entender tal situación encuadrada en alguna de las causas de nulidad establecidas en el artículo 73 del Código

Civil, pues, en la propia demanda interpuesta, la parte demandante, decía que «habiendo existido infidelidad conyugal por parte del aún esposo, una vez comenzaron su vida en común...» allanándose el demandado a los pedimentos, pero no precisando tampoco ni siquiera, que tal infidelidad proviniese de tiempo anterior al matrimonio, y que aquella fuese una situación consolidada, con el propósito de continuación de la misma, no estándose pues, ante una causa de nulidad del matrimonio, por todo ello, debe de ser desestimado el recurso interpuesto.

GUARDA Y CUSTODIA

Procede que la guarda y custodia de ambos menores sea atribuida a ambos progenitores de forma compartida, dado que no se ha demostrado que haya sido perjudicial para el desarrollo de los menores durante el tiempo que se lleva ejerciendo de hecho.

AP JAÉN, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María Esperanza Pérez Espino

Atendiendo al resultado de las pruebas practicadas en autos, podemos decir lo siguiente. La trabajadora social doña Regina, autora del informe social elaborado el 27 de mayo de 2004 y obrante en autos, manifestó que algunas de las cosas que allí constaban habían cambiado; que el demandado le reconoció tener ingresos superiores a 1.200 euros al mes; que los niños estaban bien en el colegio y socialmente; que la hija Carmen quiere estar con los dos padres, que desde los jueves a domingo están con la madre, incluso pernoctando, y que ella ve a los niños bien.

La otra testigo doña Mari Luz, psicóloga, perteneciente al Servicio de Atención a las Víctimas de Andalucía, manifestó que ella tuvo contactos con la actora a través de teléfono por unos supuestos malos tratos, que le ofrecieron apoyo psicológico, y que no tiene constancia de que ella padezca algún trastorno psicológico, ni observó nada llamativo.

Los menores, Carmen de 13 años de edad, Isidro de 11 años y Juan Antonio de 10 años, dijeron en el acto de la exploración o audiencia practi-

cada que «actualmente viven con su padre, que la relación con él es buena y que con su madre también es buena y que desean que se mantenga la situación actual, que con sus hermanos se llevan bien, que saben que sus hermanos también están bien en la situación actual, que los jueves, viernes y sábados se quedan siempre con su madre, y que el domingo los recoge su padre, y que además todos los días están con su madre desde las cuatro a las diez horas y por la noche su padre también los recoge».

Estas manifestaciones de los menores coinciden con lo afirmado por el propio padre en el acto del juicio, que reconoció que el jueves sus hijos se van por la tarde a casa de la madre, que el viernes por la mañana los recoge y los lleva al colegio, hasta el domingo en que los vuelve a recoger de la casa de ella, y que los lunes, martes y miércoles también se van después de comer, por la tarde a casa de la madre hasta por la noche en que los recoge.

Expuesto lo anterior, vemos que, por la propia manifestación de los tres niños (la otra menor Ariadna sólo tiene 6 años), y por la del padre y de la madre, los jueves, viernes y sábado (tres días de la semana) viven con la madre, y además todos los días también están con ella desde las cuatro horas de la tarde hasta las diez en que los recoge el padre. Si tenemos en cuenta el horario escolar,

resulta que el padre sólo tiene a sus hijos los lunes, martes y miércoles durante la hora de la comida, y también durmiendo en su casa, pasando las tardes en la casa de la madre.

Estamos así ante un supuesto de custodia compartida, que aunque actualmente no está regulada legalmente, tampoco está prohibido que así se establezca, máxime teniendo en cuenta que ésta es la idea prevista para una reforma legislativa en esta materia.

En consecuencia, y atendiendo fundamentalmente al deseo de los niños, a la situación que de hecho se está manteniendo, al interés de los mismos que de esa forma tienen contactos asiduos con su padre y con su madre, lo cual redundará en un mejor desarrollo afectivo y familiar, además de que esa situación actualmente mantenida en modo alguno ha repercutido negativamente ni en los estudios de los niños, ni en su vida social, se está en el caso de declarar la procedencia de que la guarda y custodia de los cuatro menores sea ejercida por ambos progenitores, tal y como solicita la actora con carácter subsidiario en su recurso, manteniéndose el régimen de visitas y permanencia de los niños como de hecho se está realizando actualmente con cada uno de sus padres y en la forma que se dirá en la parte dispositiva de la presente resolución.

GUARDA Y CUSTODIA

No existen motivos que justifiquen la modificación del régimen de guarda y custodia atribuida a la madre por el de custodia compartida.

AP TERUEL, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Fermín Francisco Hernández Gironella

Pretende en primer término la parte recurrente que se sustituya el actual régimen de custodia de los hijos menores por parte de la madre, por el sistema de custodia compartida; pretensión esta que ha sido denegada por el Juzgador de instancia con el argumento de que la misma no tiene sustento en la legalidad vigente. Ciertamente la actual regulación del Código Civil no contempla específicamente la custodia compartida, pero tampoco impide que la misma pueda ser establecida por los cónyuges en el convenio regulador de la separación, o acordada por el juzgador, en interés de los menores, en la resolu-

ción judicial correspondiente; ahora bien, partiendo del criterio expuesto en el fundamento jurídico anterior es evidente que, salvo el propio interés del recurrente, ni se ha producido ni se ha alegado hecho nuevo o circunstancia alguna que justifique la variación del criterio que, sobre la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio, se adoptó en la sentencia que puso término al proceso judicial de separación, y lo mismo cabe decir de la pretensión relativa a la reducción en un mes de la contribución al levantamiento de las cargas familiares, cuestión esta que ya el recurrente planteó ante el Juzgado de

Instancia, en trámite de ejecución de la sentencia de separación matrimonial, y que fue resuelta por el

mismo en sentido negativo, mediante auto de fecha veintiocho de abril de dos mil tres.

GUARDA Y CUSTODIA

No ha lugar al pretendido cambio de régimen de guarda y custodia por el hecho de que la madre haya modificado su residencia dentro de la misma Isla.

AP BALEARES, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María Rosa Rigo Roselló

Para el adecuado estudio de la primera cuestión planteada relativa a la guarda y custodia de las dos hijas menores del matrimonio, se impone recordar que, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, el principio inspirador del dictado de cualquier medida atinente a los hijos, es el de que su interés debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, consagración de dicho principio que se encuentra recogido de forma expresa en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92, 93, 103, 154 y 170) y en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, latiendo en todas ellas la idea de que el beneficio de los hijos o menores constituye la razón de ser o el fundamento de las prescripciones legales.

En el supuesto hoy enjuiciado, aparte del derecho de la madre de fijar libremente su residencia, dicho cambio viene justificado por el hecho de haber encontrado un trabajo estable en Mallorca, y para alejarse de las tensiones que la residencia de los dos litigantes en Es Castell originaba, como lo demuestra la abundante prueba documental obran-

te en autos, consistente en las denuncias formuladas por el Sr. Luis Ángel, –folios 14 y siguientes– la sentencia recaída en su contra como autor de un delito de lesiones –folio 20– así como la orden de alejamiento que pesa sobre el mismo –folio 35–.

Dicho cambio de residencia de la madre no implica, a juicio de este Tribunal, un cambio en el régimen de guarda y custodia de las hijas de los hoy litigantes, como pretende la parte hoy apelante, por cuanto:

– La perito psicóloga doña Esperanza ha reconocido que la estancia en Mallorca de las niñas ha resultado positiva, tanto emocional como físicamente.

– No existe ningún dato en los autos del que pueda desprenderse que la atribución de la custodia de las hijas al padre sería más beneficiosa y enriquecedora para ambas.

– Por el contrario, se estima que ahora que las menores se encuentran integradas en su nuevo colegio y entorno, sería perjudicial someterlas a un nuevo cambio de colegio, vivienda y amistades.

GUARDA Y CUSTODIA

Procede modificar la guarda y custodia de los menores a favor del padre, habida cuenta la existencia de un proceso penal por un presunto delito de abuso sexual del compañero de la madre a una de las hijas. Se constata la mejor idoneidad del padre con la mejoría en la estabilidad y rendimiento escolar de los menores desde que conviven con él.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Sánchez Franco

Que en fecha 12 de julio de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Leganés (Madrid), se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que estimando la demanda

interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña Rafaela Massó Hermoso, en nombre y representación de don Íñigo, contra doña Antonia; debo adoptar y adopto los siguientes pronunciamientos:

A) Acordar la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de separación matrimonial de 11 de febrero de 2004, dictada en los autos civiles número 549/2003 de este Juzgado única y exclusivamente en el siguiente sentido:

1. Atribuir la guarda y custodia de los tres hijos menores de edad a don Íñigo, si bien la patria potestad continuará siendo de titularidad y ejercicio compartido.

2. Como régimen de visitas la madre podrá estar en compañía de sus hijos todos los miércoles desde la salida del colegio o finalización de las actividades extraescolares hasta las 20 horas; y en fines de semana alternos, los viernes con ese mismo horario, y los sábados y domingos, desde las 10 hasta las 20 horas que serán reintegrados al domicilio paterno. Recordando a la progenitora la vigencia de la medida de alejamiento número cinco de esta localidad, cuyo incumplimiento, además de las posibles sanciones penales, conllevaría la inmediata supresión de este régimen de visitas.

3. La atribución del uso de la vivienda familiar sita en esta localidad AVENIDAooooNÚMooo, NÚMoor, a los hijos en compañía de su padre.

Independientemente del curso de las diligencias penales incoadas contra un tercero, compañero sentimental de la demandada y por un presunto delito de abusos sexuales sufrido por la única hija menor del matrimonio; y que dio lugar a la adopción por el Juez penal de medidas de protección a la menor como la de suspender la guarda y custodia que ostentaba la madre de la misma con carácter provisional y ello por Auto de 28 de

febrero de 2004; lo cierto es que a través de tales hechos denunciados se ha demostrado por una serie de datos y circunstancias nuevas, insólitas e imprevisibles derivadas de las actuaciones penales incorporadas a las actuaciones como practicadas en este procedimiento y de entidad suficiente que justifica al amparo del artículo 91 *in fine* del Código Civil las medidas definitivas acordadas en la sentencia hoy disentida en relación a las que fueron pactadas y sancionadas en la sentencia de separación matrimonial los litigantes; y donde se pone de manifiesto la mayor idoneidad de la figura paterna para ostentar la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio, en beneficio e interés de los mismos, ante la situación de conflicto vivida con anterioridad y en virtud de los hechos denunciados un mejoramiento en su situación actual de guarda por el padre de los mismos lo que se acredita con los informes escolares acordados y unido a las actuaciones; siendo, por otra parte, conveniente, no separar a los hermanos en el cuidado cotidiano y en el ejercicio de la guarda y custodia según preceptúa el artículo 92 del Código Civil.

Por lo tanto deben ser desestimadas las pretensiones formuladas por la parte demandada ahora apelante.

Procede hacer pronunciamiento de condena en costas causadas en esta instancia de conformidad con el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

GUARDA Y CUSTODIA

Habiéndose pactado en el convenio regulador que la guarda y custodia correspondería a la madre, y constatado que el menor se encuentra bien en compañía de aquella, no concurre motivo alguno que justifique la pretensión de modificar dicho régimen sustituyéndolo por el de guarda y custodia compartida.

AP TOLEDO, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Manuel de la Cruz Mora

Que se recurre la sentencia de instancia alegando en primer término, incongruencia, y en segundo lugar, violación del principio *favor filii*.

En demanda de divorcio y modificación de medidas, el demandante solicita que se declare el divorcio de su matrimonio en virtud de la causa 3.ª del artículo 86 de Código Civil, y que se modificara

la medida de la custodia del hijo menor y único del matrimonio, Eugenio, de 7 años de edad, solicitando la custodia compartida.

Constatado el paso del tiempo previsto en la Ley, más de dos años de cese de la convivencia conyugal desde la sentencia de separación (6 de septiembre de 2001), el Juez *a quo* decreta el

Divorcio pero no accede a la petición del cambio en la custodia del menor.

El recurrente interpreta que el Juez no ha entendido su petición, que no era de cambio de custodia del hijo por la madre a favor del padre, sino de establecimiento de una nueva fórmula de custodia, la compartida, y tacha la sentencia de incongruente.

Del examen de la resolución puede deducirse que, en efecto, su fundamentación se aplica a un supuesto (*petitum*) no solicitado, porque se limita a considerar sobre la no alteración de circunstancia para cambiar la custodia, sin hacer expresa mención a una custodia compartida.

Sin embargo, las razones jurídicas que expone pueden ser aplicables tanto a la petición parcial como a la petición total, puesto que se basan en la inmodificabilidad de las circunstancias, como presupuesto de la denegación.

En relación con dicho motivo de impugnación esta Sala tiene declarado en resoluciones precedentes entre las que puede citarse la de 17 de diciembre de 2002, que «el principio de congruencia de las sentencias, previsto en el artículo 218.1 de la LEC de 2000, requiere para su efectividad que entre la parte dispositiva de la resolución judicial y las pretensiones deducidas por los litigantes en la fase expositiva del proceso exista la necesaria concordancia, tanto en lo que afecta a los elementos objetivos y subjetivos de la relación jurídico-procesal como en lo que atañe a la acción ejercitada, evitando que se produzca cualquier alteración o mutación sustancial del tema objeto de debate o de la causa de pedir, susceptible de dar lugar a una situación de indefensión y a una vulneración del principio contradictorio prohibidas por el artículo 24 CE (SSTC de 5 de mayo de 1982, 18 de diciembre de 1985, 21 de diciembre de 1987, 16 de marzo de 1989, 30 de septiembre de 1991 y 4 de diciembre de 1997 y TS de 7 de junio de 1985, entre otras) lo que no exige el principio de congruencia es una respuesta pormenorizada a todas las alegaciones de las partes, bastando que el Juzgado exprese las razones jurídicas en que se apoya para adoptar su decisión, ni que la coincidencia entre lo solicitado y lo concedido sea literal, siendo suficiente que exista una conformidad sustancial (SSTS de 16 de marzo de 1987 y 25 de mayo de 1995). Por ello no hay incongruencia cuando el Juez da acogida a aspectos que están implícita y sustancialmente comprendidos en el objeto del debate o en las pretensiones deducidas en la demanda y contestación, siempre que sean consecuencia lógica y legal de ellas o se refieran a extremos accesorios o complementarios que, sin alterar los pronunciamientos principales, conduzcan a la efectividad del

fallo (SSTS de 6 de octubre de 1984, 27 de junio de 1986 y 18 de septiembre de 1991). En definitiva, sólo cuando la resolución judicial altere de modo decisivo los términos de la contienda, sustrayendo a las partes el verdadero debate contradictorio propuesto y planteado entre ellas, produciéndose un fallo no ajustado sustancialmente a sus recíprocas pretensiones, puede decirse que la incongruencia tiene relevancia constitucional al vulnerar materialmente el derecho de defensa (STS de 4 de diciembre de 1997, por todas). Por otro lado, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 permite, más allá de la simple aclaración o corrección de conceptos oscuros o errores materiales de las resoluciones, prevista en el artículo 214, la subsanación y complemento de las resoluciones defectuosas o incompletas, de manera que cualquier omisión, defecto o incongruencia al haberse omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso puede ser corregido mediante auto, de conformidad con el artículo 215 de la citada Ley Procesal. El hecho de no haber denunciado la parte, oportunamente y por la vía expresada, la infracción procesal que ahora alega en el recurso debe conducir a la desestimación formal una vez más del motivo de impugnación por aplicación de lo dispuesto en el artículo 459 de la LEC».

Que entrando en el fondo del motivo de recurso, razona el juez que no se han producido alteraciones sustanciales de las circunstancias para modificar la medida, medida que no olvidemos, fue un acuerdo de las partes en el Convenio Regulador presentado con la demanda de Separación y judicialmente aprobado. La única alteración que se ha producido, totalmente previsible y por ello sin categoría de sustancial modificación a la que alude el artículo 90 *in fine* del Código Civil para cambiar las medidas adoptadas, es el paso del tiempo. Cuando se convino entre los progenitores la guarda y custodia de Eugenio, éste tenía cuatro años y ahora tiene siete. El padre no luchó por su custodia en la separación y ahora lo hace en el divorcio.

Aunque, *de lege ferenda*, la custodia compartida pueda ser en breve una realidad, y aunque de hecho exista y se mencione en algunas resoluciones judiciales, ha sido siempre sobre la base del común acuerdo entre los progenitores, porque en caso de desacuerdo, el artículo 90 determina una sola persona (deberá indicarse la persona a cuyo cargo deben quedar los hijos). Es por tanto innegable que el compartimiento es algo excepcional, cuando las circunstancias lo demanden (económicas fundamentalmente) o cuando los padres así lo pacten, ya que la experiencia enseña, dice la SAP Las Palmas de 15 de abril de 2004, que la medida sólo es buena en la medida en que sea buena la relación entre los

cónyuges, que es lo que permite la observancia del régimen entre quienes son capaces de postergar sus desencuentros personales en beneficio del hijo común. En el presente caso eso no se acredita.

Del examen de los informes periciales (psicológicos) el Tribunal aprecia que el presentado por el demandante dice respecto de Eugenio que «es un niño estable, sin problemas psicológicos, exquisitamente educado. El resto son opiniones sobre lo que convendría para un futuro desarrollo: la presencia paterna y materna.

Esta necesidad aparece cubierta porque el régimen de visitas pactado fue amplio (el padre podrá comunicar siempre que lo estime pertinente, con su hijo) y el de estancias también (mitad vacaciones escolares, martes y jueves de 17 a 20'30 horas, viernes a lunes en fines de semana alternos), es decir, Eugenio no ha perdido ni minimizado la representación de la figura paterna, teniendo en cuenta además, que padre y madre viven en la misma ciudad y a escasa distancia.

Nada dice el examen psicológico aportado por el actor de lo que quiere el hijo respecto al punto concreto que se discute.

El informe psicológico aportado por la madre, tras reconocer el correcto desarrollo evolutivo psico-físico del niño, pone de relieve su preferencia por la figura materna y apunta rasgos de ansiedad

en el menor ante la posibilidad de que su situación cambie.

La primera psicóloga no le ha preguntado al niño sobre su posición ante el cambio, limitándose a decir que podría ser beneficioso. La segunda sí, e informa que sería perjudicial.

Según esto, tenemos que las circunstancias no se han alterado esencialmente, tenemos un convenio entre los padres aprobado judicialmente, y tenemos unos informes psicológicos, el primero, en forma de *desideratum*, el segundo, significando que la alteración sería perjudicial para el menor, porque hasta el momento al niño (*favor filii* que se invoca por el actor) le ha ido bien y porque de su examen personal parece que el cambio le puede ir peor.

El actor solicita el cambio para lograr un equilibrio emocional y futuro desarrollo de la personalidad estable del menor. Pero eso ya lo tiene el menor, según informes de las dos partes. Otra cosa es el lógico, asumible y encomiable deseo paterno y sus reconocidos esfuerzos para alcanzar una situación similar a la de la madre por atender a su hijo tanto tiempo como sea menester, pero ese derecho, que nadie discute, ya fue pactado en el convenio de mutuo acuerdo, y en tanto la *lege ferenda* no devenga *lege data* la situación fue contemplada y resuelta, sin que las circunstancias hayan variado esencialmente.

GUARDA Y CUSTODIA

No se aprecia que el régimen de guarda y custodia alternativo por anualidades solicitado sea oportuno dada la edad de la hija, cuya opinión ha de ser tenida en cuenta, y quien ha rechazado tal posibilidad.

AP LUGO, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María Luisa Sandar Picado

La primera de ellas se refiere a la guarda y custodia de la menor habida del matrimonio, que hasta el día de la fecha es ostentada por la apelada, madre de la menor. Apunta el recurrente que se articule de tal modo que la madre la ostente los años pares y el padre los impares. Observada la evolución de la menor, interés primordial en estos procedimientos

de familia, no se advierte oportuna la medida que plantea. La hija menor tiene ya una edad donde su opinión ha de ser tenida en cuenta, rechazando la medida instada, y sin que se advierta motivo alguno para variar, ante la oposición del cónyuge custodio, el régimen de guarda y custodia tal y como venía desarrollándose.

GUARDA Y CUSTODIA

Procede atribuir la guarda del menor al padre puesto que dispone de una infraestructura organizativa estable con una red de apoyo social suficiente lo que resulta más beneficioso para el menor.

AP LAS PALMAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Víctor Manuel Martín Calvo

Respecto al alegado error en la valoración de la prueba esta Sala analizando el material probatorio y teniendo en cuenta especialmente el informe psicosocial elaborado por el gabinete adscrito al Juzgado ha de coincidir con la Sentencia apelada y es que, por más que ambos progenitores se muestren capaces de atender adecuadamente a su hijo, el padre dispone, al contrario que la madre, de una infraestructura organizativa estable con una red de apoyo social suficiente lo que, a no dudar,

resulta más beneficioso para el menor a cuyo beneficio están orientadas las medidas acordadas. Por lo demás, estando el menor integrado en su actual situación al llevar en compañía exclusiva del padre y familia paterna aproximadamente dos años, encontrándose adaptado a tal convivencia, no parece razonable acordar un cambio en la potestad de guarda que únicamente provocaría inestabilidad en el menor cuando ninguna razón objetiva existe para ello.

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede limitar el régimen de visitas del padre con el hijo porque éste padezca una enfermedad crónica ya que ello únicamente implica mantener una profilaxis durante algunos meses de primavera y otoño y tratamiento en las crisis que puedan presentarse, control que no presenta dificultades insalvables para que pueda hacerlo el padre.

AP GRANADA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

Con relación al régimen de visitas –que la sentencia otorga, amén de los períodos vacacionales, en régimen regular de fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes hasta las 20 horas del domingo con entrega en el domicilio familiar– la recurrente, alegando la enfermedad crónica del menor, interesa un régimen restrictivo, con contactos habituales entre padre e hijo pero sin pernocta, y sin que se permita la salida del entorno familiar, salvo los períodos en que se encuentre estable en su enfermedad.

El denominado derecho de visita no es más que el reconocimiento específico de la forma en que los padres han de cumplir con el deber de tener a los hijos en su compañía y educarlos, a los que se refie-

re el artículo 154 del Código Civil, debiendo percibirse que, más que un derecho del padre, es un derecho del hijo con el correlativo deber del padre de cumplir con él, por cuanto, mal puede llevarse a efecto un desarrollo integral de la personalidad de los hijos si se ven privados del contacto regular y suficiente con sus progenitores. Por tanto, dicho «derecho de visita», o con mejor sentido, «régimen de estancia» se establece siempre en interés del hijo, de modo que sólo en aquellos casos en que, por la conducta de los padres, sus circunstancias temporales-espaciales, las propias necesidades del hijo o cualquier otra circunstancia, se considere perjudica al menor, será cuando se establezca un régimen restrictivo o, incluso, podría llegar a suprimirse el mismo.

Como en el caso de autos no se ven elementos suficientes para impedir el cumplimiento por el padre de tal deber, relativizando y devaluando el derecho del hijo a relacionarse con su padre, la decisión judicial debe ser confirmada, sin que a ello afecte la enfermedad crónica del menor, pues amén de que la misma se ha diagnosticado como leve (folio 104), su carácter crónico y específica naturaleza sólo supone mantener una profilaxis durante algunos meses de primavera y otoño y tratamiento en las crisis que puedan presentarse (folio 18), control que no presenta dificultades

insalvables para que pueda hacerlo el padre, y sin que se pueda admitir la alegación de que desconoce el padre, y los abuelos paternos en cuyo domicilio aquél habita, las características de los cuidados que el menor necesita, pues bastaría para eliminar ese escollo acudir a una mínima sensibilidad de colaboración entre los progenitores, comunicándose con detalle los referidos cuidados y la evolución de los mismos, como debe esperarse de unos padres a quienes se encomienda una función tan relevante como el cuidado, vigilancia y educación de sus hijos.

RÉGIMEN DE VISITAS

No ha lugar a fijar en el régimen de visitas una «tarde intersemanal» dado que quebranta y distorsiona el régimen de juegos y estudio del menor.

AP GRANADA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Jiménez Burkhardt

Pero no le falta razón a los apelantes, en lo concerniente al régimen de visitas, cuando muestran su disconformidad con la «tarde intersemanal» desde las 18 a las 20 horas que, a partir de los cuatro años de edad, se establece en la sentencia, a cuyo régimen siempre se ha opuesto la Sala en vista del trasiego que ello representa para el

menor al quebrantar y distorsionar el régimen de juegos y estudio que ha de tener. Piénsese que si teóricamente se dice que el horario ha de ser de 18 a 20 horas, se nos dirá la operatividad de la medida cuando sólo con la recogida y entrega, y con el transporte, la mayor parte de las dos horas se ha consumido.

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede privar al padre de la pernocta con la hija, al no constar que en modo alguno sea perjudicial para la menor. La limitación ha de ser restrictiva y ha de acreditarse que concurra una causa grave. La mera alegación de la madre de que el padre carece de infraestructura para atender a la hija no es motivo para no conceder la pernocta.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª del Rosario Hernández Hernández

En la sentencia de instancia se fijó el siguiente pronunciamiento: Como régimen de visitas a favor del cónyuge no custodio, éste podrá estar en la compañía de su hija menor en la forma que concierte con la demandante y en caso de desacuerdo le tendrá consigo los viernes desde la salida del colegio hasta las 20 horas y uno de cada dos fines de semana alternos desde las 10 horas hasta las 20 horas del sábado

y desde las 10 horas, hasta las 20 horas del domingo, mitad de vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares.

En orden al régimen de visitas y contactos con la hija común del matrimonio, a fijar a favor del progenitor no custodio, estima la Sala conveniente la revocación de la resolución apelada y estimación

del recurso en los términos que interesa el apelante, en cuanto no viene en modo alguno informado, por medio de dictamen psicosocial, ni consta, más allá de las manifestaciones de la madre, que la pernocta con el progenitor masculino sea perturbadora a la menor, ya por falta de infraestructura, ya por cualquier otra razón, siendo lo único cierto que sin justificación suficiente se limita el ejercicio del derecho que regula el artículo 94 del Código Civil, que difiere las reservas y restricciones a los supuestos de

conurrencia de graves circunstancias que lo aconsejen, y que aquí no se prueba concurran, de donde ha de ser instauradas las pernoctas en las visitas de fin de semana, por la misma razón que vienen fijadas en los períodos vacaciones, sin que tal extremo se recurra por la contraparte y sin perjuicio de que, si tal pernocta se revelara en lo futuro perturbadora, pueda variarse el sistema de visitas en ejecución de sentencia, previo informe psicosocial del equipo técnico adscrito al juzgado de origen.

RÉGIMEN DE VISITAS

Aun cuando la acción penal seguida contra el padre haya obtenido sentencia absolutoria, al no haber quedado acreditados los hechos, es lo cierto que la menor ha protagonizado una grave vivencia traumática y desarrollado una actitud de rechazo hacia al padre con el que no ha mantenido contacto alguno desde hace años, y precisamente por ello se acuerda que en fase de ejecución de sentencia se fije un régimen de visitas diseñado y supervisado por especialistas en psicología infantil.

AP LEÓN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Muñiz Diez

Con independencia de que la acción penal seguida contra el demandante haya obtenido sentencia absolutoria (documento núm. tres de la demanda), al no haber quedado acreditados los hechos, es lo cierto que la menor, como se desprende de la testifical practicada y del informe de la psicóloga doña Paula, ha protagonizado una grave vivencia traumática, y desarrollado una actitud de rechazo hacia al padre con el que, por otra parte, no ha mantenido contacto alguno desde hace años, por lo que la preservación de su estabilidad psíquica y emocional, determina que no deba ser sometida a las nuevas tensiones que se derivarían de la confirmación del régimen de visitas fijado en convenio regulador aprobado en Sentencia de separación de 25 de noviembre de 2000, que contempla un régimen de estancias y visitas con el padre, en los términos habituales de fines de semana alternos y períodos vacacionales, y que, en definitiva, y aun que se proponga su restablecimiento en forma

progresiva, es lo acordado en la sentencia de instancia. Resulta prudente pues, en las circunstancias actuales, que tal sistema deba ser modificado, procediendo a la implantación de un nuevo modelo de comunicación que, en todo caso, habrá de ser diseñado y supervisado por especialistas en psicología infantil y especialistas del equipo psicosocial, al objeto de no deparar mayores sufrimientos y angustias a la niña, todavía de muy corta edad. En consecuencia con lo anterior, y con la matización expuesta de no tener que ajustarse al régimen de visitas establecido en anterior sentencia de separación, este Tribunal se muestra conforme con diferir la concreción del régimen de visitas, como así se establece en la sentencia recurrida, a la fase de ejecución de sentencia para que, sobre las anteriores bases, se establezcan las condiciones en que deben reanudarse los contactos y las visitas entre el padre y la hija, y siempre con absoluto respeto de los intereses prevalentes de la niña.

RÉGIMEN DE VISITAS

Mantenimiento de la pernocta aun a pesar de lo manifestado por la menor en la diligencia de exploración, ya que no ha dado ninguna razón de peso para suprimirla, contando el padre con una infraestructura material necesaria y suficiente para procurarle a la menor el alojamiento oportuno.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado que el régimen de visitas del padre para con la hija se fije, tanto en fines de semana como en vacaciones, sin pernoctas, dado que la hija no quiere las mismas y se muestra contraria a visitar a su padre en la localidad donde actualmente reside (Torre del Campo –Jaén–), y dado que dicha hija mantiene malas relaciones con la pareja del mismo, al tiempo que afirma que tanto su padre como su compañero consumen hachís delante de dicha hija.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, solicita la confirmación de la sentencia.

Hemos de tener en cuenta que las visitas y comunicaciones de los hijos menores para con los progenitores, se configuran, antes que como un derecho, como una función y deber que comporta la obligación del progenitor no custodio, cuando tiene la compañía de la prole, de atender y cuidar de dichos hijos menores, procurando lo mejor en favor del interés que debe protegerse, en todos los aspectos, y a este respecto conviene hacer mención a lo dispuesto el artículo 39 de la Constitución Española, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y el artículo 94 del Código Civil, pues sólo si se acredita que las comunicaciones entre dichos hijos y el progenitor no custodio puede generar un riesgo en perjuicio del interés y el desarrollo integral de aquéllos, o cuando se incumplen de modo grave las obligaciones impuestas en la resolución judicial, sólo en estos supuestos es posible suspender, limitar o restringir el derecho de visitas.

En el supuesto de autos, ha quedado acreditado que en su momento se dictó Sentencia de divorcio, en un anterior procedimiento, de fecha 8 de octubre de 2001, otorgándose la custodia a la

madre, y en favor del padre un régimen de visitas normalizado.

Actualmente la hija, de doce años de edad, reside en Alcalá con su madre, mientras que el padre lo hace en Torre del Campo –Jaén– y aun siendo cierto que últimamente, dada la difícil situación personal, laboral y económica en la que se ha encontrado aquél no se ha relacionado con normalidad con dicha hija, dada la imposibilidad de aquél para viajar a Alcalá, es lo cierto que no ha dejado de comunicarse con dicha hija en vacaciones.

Actualmente, el padre reside en una vivienda alquilada, en la localidad antes indicada, en compañía de su pareja, y aun a pesar de lo manifestado por la menor en la diligencia de exploración, esta última no ha dado ninguna razón de peso para suprimir las pernoctas de aquélla con su padre, quien cuenta con la infraestructura material necesaria y suficiente para procurar a la menor el alojamiento oportuno. Por lo demás, del informe pericial psicosocial que se ha emitido tampoco puede deducirse que la pernocta pueda ser perjudicial, por el momento, para la menor, al margen de la voluntad y el deseo de la misma de querer ver a su padre, de modo que si el apelado está en posibilidad de mantener una comunicación con la menor durante el día, tanto en fines de semanas como en vacaciones, es por lo que, por el momento, debe mantenerse la comunicación paterno-filial, en los términos señalados en la sentencia de divorcio, sin perjuicio de las advertencias que se señalan en la sentencia apelada, en orden al adecuado comportamiento del apelado cuando tenga en su compañía a la hija, y todo ello sin perjuicio, también, de lo que pueda resolverse en el futuro, y en cada momento, por parte del Juzgado, según evolucione la situación familiar.

RÉGIMEN DE VISITAS

Habiendo superado la menor el período de lactancia ha de establecerse el régimen ordinario de visitas, con pernocta. Se revoca la Sentencia de Instancia en que se acordaba la «no pernocta» los fines de semana hasta que la hija cumpliera 3 años.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª del Rosario Hernández Hernández

Que en fecha de 20 de octubre de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 75 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Se estima parcialmente la demanda interpuesta por don Ángel Jesús contra doña María Inmaculada sobre reclamación de medidas de guarda y custodia y alimentos. Se establecen las siguientes medidas definitivas, que sustituyen a las provisiones adoptadas por Auto de 9 de julio de 2004:

1.ª La atribución de la guarda y custodia de la hija común, Ángela, a doña María Inmaculada, pero ejerciendo conjuntamente ambos padres la patria potestad sobre aquélla.

2.ª Como régimen de visitas para don Ángel Jesús, se establece, sólo para el caso de que no exista acuerdo entre los progenitores, que podrá comunicar y estar en compañía de Ángela:

– Hasta que la niña tenga 3 años de edad: Los fines de semana alternos desde las 11 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo, una tarde entre semana, que a falta de acuerdo será la del miércoles desde la salida de la guardería hasta las 19 horas; la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo dichos períodos los años pares la madre y los impares el padre. La entrega y recogida de la niña se producirá en el punto de encuentro más próximo al domicilio de la menor, salvo los miércoles, en que la recogida se realizará en la guardería.

– A partir de los tres años de edad, se establece el mismo régimen de visitas salvo la recogida de los fines de semana, que tendrá lugar el viernes a la salida del colegio o las 18 horas.

Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso Recurso de Apelación por la representación de don Ángel Jesús mediante escrito de fecha 27 de diciembre de 2004, en base a las alegaciones contenidas en el mismo, cuyo SUPPLICO es del tenor literal siguiente: «que teniendo por presentado este escrito y por hechas las manifestaciones que contiene, se sirva admitirlo y en mérito a lo expuesto, tenga por interpuesto en tiempo y forma recurso de apelación contra los

pronunciamientos referidos de la sentencia de instancia y, previos los trámites legales oportunos, se dicte Sentencia por la que estimando íntegramente el presente recurso, acuerde:

– En relación al régimen de visitas establecido a favor del progenitor no custodio: los fines de semana alternos comenzarán desde el viernes a la salida del colegio hasta los domingos a las 20 horas. Manteniéndose el resto de los extremos».

Son dos los motivos de recurso que se deducen por el demandante frente a la Sentencia de fecha 20 de octubre de 2004, referido uno al régimen de visitas y comunicaciones entre el recurrente, como progenitor no custodio, y la hija común de los litigantes, Ángela, nacida a 8 de julio de 2002, propugnando se haga extensivo el contacto de cada fin de semana alterno que le corresponde, a los días viernes, desde la hora de salida del colegio, al domingo a las 20:00 horas, frente al más limitado, de sábado a las 11:00 horas, a las 20:00 horas del domingo, hasta tanto la hija cumpla los 3 años de edad, afectando el segundo de los motivos a la cuantía de la pensión alimenticia de 240,40 euros mensuales que establece la sentencia disidente, ofreciendo al apelante obligado un importe de 150 euros, también al mes.

Por lo que respecta al primer motivo de recurso, ha de ser favorablemente acogido, compartiendo esta Sala plenamente el criterio del recurrente, en cuanto se estima beneficioso para la menor la amplitud del contacto, como medio de superar la carencia que para la misma supone verse privada en lo cotidiano de la presencia paterna, de cuya referencia precisa para su pleno desarrollo en todo orden, emocional, familiar y social, careciendo de todo fundamento el mero hecho de no haberse alcanzado cierta edad, una vez concluida la lactancia, de no constar, ni venir informada causa grave alguna que justifique la limitación, como es el caso, cuando por el contrario fue pactada la visita en los términos que pide el recurrente, a la hora de emitirse el informe psico-social fechado a 21 de septiembre de 2004, pacto cuyos peritos firmantes valoraron positivamente, y calificaron de aceptable, lejos por tanto siquiera incluso de

insinuar contraindicación alguna, lo calificaron de aceptable, siendo por lo demás que, por tal motivo de superar carencias afectivas, se considera que, cuanto antes, y a más temprana edad se alcance el régimen de visitas y comunicaciones ordinario, o acostumbrado en el foro, mayor será la satisfacción del interés del menor en el plano que indicamos, cuando los progenitores son capaces de atender al hijo, y no se advierte ningún indicador o factor de riesgo que aconseje lo contrario, tratándose de

personas capaces y cualificadas, o, cuando menos, no viniendo, como se dijo, informada otra cosa, relegando las restricciones a los supuestos que contempla el artículo 94 del Código Civil, añadiendo a mayor abundamiento, que doña María Inmaculada, manifestó en el acto de la vista de Medidas Provisionales, que estaba de acuerdo con la pernocta, de donde no vemos razón para excluirla los viernes, cuando se acuerda incluso para vacación de Semana Santa, Navidad y verano.

VIVIENDA FAMILIAR

Procede el desahucio al no constar la ocupación de la vivienda en virtud de comodato toda vez que mientras que no haya un documento conteniendo un pacto expreso sobre el término, la voluntad de las partes es que la cesión esté sujeta a la voluntad del comodante.

AP ZARAGOZA, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Javier Solchaga Loitegui

En el presente juicio verbal, el actor propietario del piso, adquirido por su esposa para la sociedad conyugal, solicita en su demanda, se dicte sentencia por la que se declare que ha lugar al desahucio por precario, y se condene a los demandados a desalojar y dejar a disposición de la propiedad, la vivienda objeto de la presente litis.

Los demandados, contrajeron matrimonio en noviembre de 2003, y de forma gratuita los padres del esposo les ceden el uso de un piso de su propiedad en Tarazona, en tanto en cuanto buscan vivienda donde establecer su domicilio conyugal, sin tiempo pactado, sino el día a día; sin título alguno, y sin pagar renta o merced alguna; es más, abonando los padres del esposo los gastos del piso (electricidad, tasas de basura, alcantarillado, y canon de agua).

La cuestión a determinar en el presente recurso, y antes en primera instancia, es si la cesión del piso fue un comodato (artículo 1749 del Código Civil) o en precario (artículo 1750 de dicho cuerpo legal).

La sentencia apelada estima la situación de precario; así es en efecto dando por reproducida su argumentación.

El recurso basa la tesis a favor del comodato, interpretando el artículo 1749 del Código Civil, en el sentido, de que se ha cedido la vivienda con un fin concreto (servir de habitación a los demandados) y con una duración, mientras buscan una vivienda donde establecer el domicilio conyugal definitivo, salvo que surja en el comodante una necesidad urgente.

Pero, mientras, no haya un documento concreto conteniendo un pacto expreso sobre el término, la voluntad real de las partes es que la cesión está sujeta a la voluntad del comodante.

Por otra parte, se está, como ha dicho la doctrina ante un precario cuando no existe título, y no se paga renta, que son los dos requisitos que lo caracterizan, de tal manera que la cesión era una simple posesión consentida, y que en cualquier momento podía el titular del derecho pedir la devolución del piso.

VIVIENDA FAMILIAR

El hecho de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad no es causa para modificar la atribución del uso de la vivienda familiar.

AP VALLADOLID, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ramón Alonso-Mañero Pardal

En cuanto a la atribución del uso y disfrute de la vivienda conyugal y familiar a la Sra. Constanza, que la resolución judicial dictada en la instancia también mantiene, debe indicarse por esta Sala que las alegaciones efectuadas en el escrito de interposición del recurso de apelación en modo alguno desvirtúan los acertados razonamientos de la Juez de Instancia, que esta Sala asume y hace suyos evitando innecesarias repeticiones. Cabe señalar al respecto, en todo caso, y abundando en lo indicado por la Juez de Instancia, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene manifestando de forma reiterada –Sentencias de 22 de diciembre de 1992, 20 de mayo de 1993, 14 de julio de 1994, 16 de diciembre de 1995 y 27 de diciembre de 1999 entre otras–, que la cesación de la comunidad a consecuencia del ejercicio de la acción de división de la cosa común por uno de los cotitulares dominicales, no afecta a la subsistencia del derecho de uso que corresponde al otro cotitular, ex cónyuge, en virtud de sentencia de divorcio, manteniéndose indemne dicho derecho ante una eventual venta de la cosa en pública subasta, la cual debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo podrá

ser modificada por voluntad de los interesados o decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó. En el caso presente, la atribución del controvertido derecho de uso a favor de la Sra. Constanza tuvo en consideración que constituía el suyo el interés más necesitado de protección, atendiendo a la situación económica del matrimonio y la atribución a ésta de la guarda y custodia de Sergio, menor de los hijos del matrimonio, y en aquel momento menor de edad, y ello pese a que la guarda y custodia del otro hijo, Silvio, residente en Barcelona, le fue atribuida a don Clemente. En el momento actual, la situación es la misma que al tiempo de la separación, con la salvedad de que Sergio, que sigue viviendo con su madre, ya no es menor de edad pues cuenta en la actualidad 18 años de edad, con lo que dado que al respecto ninguna trascendencia tiene el ejercicio por el Sr. Clemente de la acción divisoria ejercitada, sigue siendo el interés de la Sra. Constanza el más necesitado de protección, tal y como con acierto entiende la Juez de Instancia.

VIVIENDA FAMILIAR

La atribución del uso de la vivienda familiar ha de extenderse mientras que las hijas convivan en el domicilio y no sean independientes económicamente. Se revoca el pronunciamiento de instancia que atribuía el uso hasta que alcanzaran la mayoría de edad.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Que en fecha 19 de julio de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de San Lorenzo de El Escorial, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO: «Que estimando en parte la demanda interpuesta por la representación de don Juan Manuel contra doña Victoria, declaro:

1.º la separación matrimonial de los mismos, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, y en especial los siguientes:

La atribución del uso y disfrute del que fue domicilio familiar, sito en la CALLE000, núm. NÚM000, de San Lorenzo de El Escorial, y su ajuar doméstico a las hijas del matrimonio en tanto

sean menores de edad, y al progenitor con el que conviva. Sin perjuicio de que las partes en liquidación del régimen económico matrimonial puedan adjudicar o enajenar dicha vivienda de forma acorde con la economía familiar. En tanto se mantenga esta situación, las partes abonarán los impuestos, gastos de comunidad e hipoteca por mitad, y los gastos de servicios y suministros serán abonados por quien habite el inmueble.

Por la representación legal de doña Victoria se recurrió la indicada resolución para que tras su revocación la Sala acuerde:

b) La atribución del domicilio familiar y el ajuar doméstico a las hijas del matrimonio y al progenitor que con ellas conviva hasta la independencia económica de las hijas del matrimonio.

Conocida ya la razón de ser de la presente alzada, en la extensión y términos antes dichos por la expresión de los motivos que llevaron a las partes a recurrir la resolución de instancia, es llegado el momento de dar respuesta concreta a las anunciadas pretensiones a la luz de la legalidad vigente, doctrina jurisprudencial y circunstancias concurrentes.

Procede estimar los apartados “b” y “c” del recurso de la Sra. Victoria, y ello sin necesidad de alargarnos en consideraciones jurídicas al ser sencillo que en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 93 del CC, según Ley de 15 de octubre de 1990 el uso del domicilio familiar y la pensión de alimentos para las hijas llamadas Lorenza y Sandra se extenderá mientras convivan en el domicilio familiar y no sean independientes económicamente, aun habiendo alcanzado la mayoría de edad, y cumplan con los conocidos requisitos legales y jurisprudenciales al respecto.

Debemos revocar y revocamos la expresada resolución en el sentido de declarar que el uso del domicilio familiar y la pensión de alimentos de las hijas subsistirá, aún alcanzada la mayoría de edad, mientras convivan en el domicilio familiar y carezcan de independencia económica y se den los demás requisitos legales y jurisprudenciales al respecto; confirmándose el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes».

VIVIENDA FAMILIAR

Percibiendo ambos cónyuges ingresos, no procede que se condene sólo a uno de ellos al pago del préstamo hipotecario alterando así las relaciones que se establecieron con un tercero.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Sánchez Franco

Que en fecha uno de junio de 2004 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Móstoles, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por la representación de José Enrique, contra Susana, debo acordar y acuerdo haber lugar a la separación de los cónyuges litigantes, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, sin hacer expresa imposición de las costas procesales y aprobando, las siguientes medidas definitivas:

No procede la condena a una de las partes a abonar la totalidad del préstamo, alterando las relaciones que se establecieron entre ambos cónyuges litigantes y un tercero ajeno a este procedimiento, a la vista de que ambos cónyuges perciben

sus propios ingresos; todo ello sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar las partes litigantes, y a las reclamaciones y reembolsos que puedan hacerse, para el caso de que uno de los progenitores en exclusividad haga frente a los pagos, al liquidarse la sociedad de gananciales.

La representación procesal de don Juan María solicita en su recurso y como motivos del mismo el abono únicamente de una cuarta parte de la hipoteca inmobiliaria.

Debe ser igualmente desestimado; dado que las rentas así como las cargas familiares por crédito hipotecario debe ser repercutida a la sociedad legal de gananciales, y por lo tanto al 50% de sus titulares».

VIVIENDA FAMILIAR

No procede en el procedimiento matrimonial hacer atribución de uso de una vivienda que no constituye domicilio familiar, y menos aun cuando además se encuentra alquilada a un tercero. Las rentas del alquiler de una segunda vivienda pertenecen a la sociedad de gananciales y no pueden ser atribuidas a un solo cónyuge.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Sánchez Franco

Que en fecha uno de junio de 2004 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Móstoles, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por la representación de Jose Enrique, contra Susana, debo acordar y acuerdo haber lugar a la separación de los cónyuges litigantes, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, sin hacer expresa imposición de las costas procesales y aprobando, las siguientes medidas definitivas:

No procede dictar pronunciamiento alguno sobre el uso y disfrute de la vivienda que no consti-

tuye el domicilio familiar dentro del procedimiento matrimonial.»

La representación procesal del don Juan María solicita en su recurso y como motivos del mismo la atribución a su favor de una segunda vivienda o en su defecto de los frutos percibidos por el alquiler.

Debe ser igualmente desestimado; dado que la segunda vivienda además de lo dicho por el Juez de instancia, se encuentra ocupada por tercero en calidad de arrendatario, y las rentas así como las cargas familiares por crédito hipotecario debe ser repercutida a la sociedad legal de gananciales, y por lo tanto al 50% de sus titulares.

VIVIENDA FAMILIAR

Es ajustada la pensión compensatoria fijada a favor de la esposa de 100 euros mensuales durante un año y medio, pero no la atribución del uso de la vivienda ya que consta que ella reside en casa de sus padres en otra población distinta, por lo que es más ajustado atribuir dicho uso al esposo que sí reside en la localidad donde se halla la finca.

AP PALENCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Muñiz Delgado

De entre todos los pronunciamientos contenidos en la sentencia de separación conyugal se impugnan la atribución a la esposa del uso de la vivienda conyugal y el señalamiento en su favor de una pensión compensatoria por importe de 100 euros mensuales durante año y medio. Para resolver ambas cuestiones es menester analizar la situación económica, vital y laboral de ambos cónyuges, lo que nos dará una idea de cuál de ellos representa el interés más necesitado de protección y si existe un desequilibrio económico que justifique la pensión.

Nos encontramos así con que la convivencia conyugal ha durado unos 12 años, no existiendo hijos. La esposa cuenta con unos 40 años de edad y buena salud, ha venido trabajando prácticamente

de forma ininterrumpida como empleada de hogar, percibiendo en la actualidad unos ingresos mensuales que rondan los 480 euros, según se reconoce en la sentencia impugnada, desarrollando su trabajo en Palencia capital donde radica el domicilio de sus padres con los que reside al menos la mitad de la semana. Ella misma admite que no ocupa permanentemente en la que fue vivienda conyugal, ubicada en Venta de Baños a unos 10 Km de distancia, sino que se desplaza hasta allí en autobús, testificando los vecinos del inmueble que la ven por allí muy esporádicamente y que les manifestó su deseo de no continuar con la presidencia de la Comunidad de Propietarios que le correspondía ya que no podría atenderla debidamente por tal motivo, teniendo intención de que se vendiese el

piso cuanto antes. A mayor abundamiento obra en autos documentación bancaria respecto a cuentas corrientes que figuran a su nombre, así como órdenes de transferencia de la cuenta común del matrimonio a otras particulares, que permiten deducir dispone de una cantidad de metálico de cierta consideración. La naturaleza ganancial o privativa de dichos fondos es cuestión que habrá de dilucidarse a la hora de liquidar la sociedad conyugal, más si goza de relevancia a los efectos que aquí nos interesan en tanto ahora ostenta la disponibilidad de ese dinero. El marido tiene 52 años, es trabajador fijo discontinuo de la azucarera de Venta de Baños y viene a percibir unos ingresos mensuales de unos 800 euros por tal concepto, a los que cabe añadir otros 150 euros mensuales cuando menos que le transfiere un hermano por los rendimientos de las fincas rústicas familiares.

Así las cosas los ingresos del marido vienen a doblar prácticamente a los de la esposa, cuya

posición económica por tanto deviene más débil cara a la separación conyugal, que le supone un desequilibrio en relación al marido que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Por ello consideramos prudencial, conforme a los parámetros contemplados en el artículo 97 del Código Civil, la pensión compensatoria establecida en la sentencia impugnada con la limitación temporal de un año y medio para subvenir a sus necesidades en tanto logra una integración a tiempo completo en el mercado laboral. Sin embargo parece que trabajando y residiendo con sus padres en una población distinta a aquella en que radica la que fue vivienda conyugal, sin ocupar ésta de forma efectiva, la atribución de su uso en tanto se liquida la sociedad ganancial conviene más al esposo, que trabaja y vive en la propia localidad. En este sentido vamos a acoger parcialmente el recurso revocando la resolución impugnada.

VIVIENDA FAMILIAR

No ha lugar a atribuir el uso en exclusiva del otro inmueble propiedad de la sociedad de gananciales y que no constituye vivienda familiar, sin perjuicio de lo que resulte de la liquidación que de la misma se realice.

AP CIUDAD REAL, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Astray Chacón

Mayores problemas tiene la cuestión atinente a la atribución del domicilio familiar. La Sentencia atribuye su uso a la esposa, por considerarlo el interés más necesitado de protección, sin pronunciarse sobre cuál ha de considerarse como tal domicilio familiar. Ello es obvio, pues tal carácter, a los efectos de atribución de su disfrute, conforme al artículo 96 del Código Civil, es el domicilio donde conviven los cónyuges en el momento de la separación. La parte demandante, contrariamente, en su demanda, había solicitado tal atribución, denominando así al inmueble de carácter ganancial sito en Barcelona. Dicho inmueble, no constituía la residencia actual de los cónyuges, sin perjuicio de que pudiera solicitarse, expresando motivos, bajo la petición de la atribución del uso o administración de bienes pertenecientes a la Sociedad de Gananciales. Mas ello no es el caso, pues no sólo no se expresan los motivos y las razones en las que se asienta al petición, sino que ni siquiera se evidencia algún tipo de interés, más allá de limitar

el uso del otro cónyuge o demorar su liquidación, toda vez que la esposa ni reside ni manifiesta su voluntad de residir en el futuro en Barcelona.

Circunscrito el recurso a la atribución del inmueble de carácter ganancial, o a su limitación al uso temporal, la Sentencia de Instancia no se pronuncia, en realidad, sobre tal petición, pues únicamente se limita a atribuir el uso de la vivienda familiar que no puede ser otro que el sito en Almedina, independientemente de su titularidad y sin perjuicio de los derechos de sus propietarios. Tampoco existen razones, para salvando dicha omisión, motivada por la confusión generada en la demanda, se le atribuya en exclusiva el disfrute a la esposa, y como antes se ha referido, ninguna razón de peso se opone. Por lo expuesto, no procede atribución del uso en exclusiva del inmueble propiedad de la Sociedad de gananciales, sin perjuicio de lo que resulte de la liquidación que de la misma se realice.

VIVIENDA FAMILIAR

Procede atribuir el uso del domicilio familiar a la esposa aunque actualmente esté viviendo en casa de sus hermanos.

AP TOLEDO, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro

Por la esposa, doña Pilar se recurre la resolución de instancia impugnando la atribución del domicilio familiar a su ex esposo don Jon; y que es motivo que debe prosperar en cuanto la Sala no acepta el razonamiento de la resolución de instancia. Por mucho que la recurrente tenga actualmente un domicilio de acogida, el mismo no tiene carácter permanente, ni es de su titularidad, ni tiene otro poder de disposición o siquiera de uso del mismo que la mera liberalidad de sus hermanos, que le autorizan a permanecer en el mismo hasta tanto se solucione la situación por la que actualmente atraviesa. No puede la sentencia de instancia atribuir carácter de permanencia a una situación transitoria. La vivienda que actualmente ocupa la

recurrente tiene el mero carácter de «acogida», sin que se pueda obligar a sus hermanos –como se hace en la resolución que se recurre– a transformar una situación provisional en permanente; es más, parece procesalmente inadecuado que el argumento que se utiliza para conceder la pensión compensatoria se esgrima para privar a la mujer de la vivienda familiar. Ciertos es que la medida tiene carácter transitorio, dada la naturaleza del bien, pero ello no debe ser óbice para que la misma sea ocupada por la recurrente, hasta tanto se llegue a la liquidación de la sociedad ganancial; tratándose de razonamientos que deben llevar a la revocación de la sentencia de instancia en este extremo y a la atribución de la vivienda familiar a la recurrente.

VIVIENDA FAMILIAR

Es ajustado fijar el pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar en proporción a los ingresos de ambos cónyuges.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Francisco Bote Saavedra

Alega infracción de los artículos 1399 y 1256 CC en relación con la distribución entre los cónyuges de los préstamos bancarios que gravan la vivienda, al entender que deben ser abonados al 50% entre ambos esposos y no en la proporción establecida en la sentencia de instancia.

Pues bien, estando en un procedimiento matrimonial no son de aplicación los preceptos citados por el apelante, toda vez que, la juzgadora de instancia ha determinado la contribución a las cargas del matrimonio, en proporción a los ingresos

de uno y otro cónyuge, no existiendo duda que dichos préstamos que gravan la vivienda son cargas del matrimonio, y como los ingresos de la esposa son muy inferiores a los del esposo, el préstamo de menor importe lo atribuye a la esposa y el de mayor importe al esposo, aplicando las reglas de la proporcionalidad correctamente, sin perjuicio de las obligaciones que tengan las partes con las entidades bancarias, que quedan al margen de este procedimiento, y que poco tienen que decir si los esposos abonan las cuotas mensuales como vienen haciendo hasta este momento.

VIVIENDA FAMILIAR

No existe base para fijar un límite temporal a la adjudicación del domicilio familiar y menos hacerlo coincidir con la liquidación de la sociedad conyugal dada la corta edad de los hijos menores.

AP LEÓN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Alberto Francisco Álvarez Rodríguez

Si no la adjudicación al Sr. Fernando del uso de la vivienda conyugal, sí se impugna el que no se haya limitado temporalmente su uso y más en concreto que no se haya fijado el *dies ad quem* de dicha atribución en la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

La representación recurrente, en la formulación del motivo parte del error de que la atribución es a favor de uno de los cónyuges, cuando es así que el artículo 96 del Código Civil, en defecto de acuerdo de aquéllos aprobado por el Juez, estable-

ce la atribución de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden.

Todavía pequeños los habidos del matrimonio cuya disolución se acordó en la resolución recurrida, no hay base para fijar *a priori* un límite temporal a la adjudicación del domicilio familiar y menos para hacerlo coincidir con la liquidación de la sociedad conyugal. Los hijos permanecerán en él mientras objetivamente lo precisen y las circunstancias lo aconsejen.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Si en el Convenio Regulator de separación sólo se hablaba de «alimentos» han de entenderse referidos a los ordinarios del artículo 142 CC, por lo que en el procedimiento de divorcio procede mantener la misma pensión de alimentos y añadir la obligación de ambos progenitores de abonar al 50% los gastos extraordinarios. Diferencias y caracteres entre gastos ordinarios y extraordinarios.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Que en fecha 30 de septiembre de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Móstoles, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO: «Que estimando la demanda de divorcio planteada por la representación procesal de don Daniel contra doña María Consuelo, debo decretar y decreto la disolución del matrimonio de los litigantes, determinando como medidas inherentes a dicho pronunciamiento las siguientes:

– Se mantienen y confirman las medidas establecidas en el convenio regulador de separación de fecha 5 de diciembre de 1995, aprobado por Sentencia de separación de fecha 12 de noviembre de 1997, con la modificación que en relación al régimen de visitas se acordó en Sentencia de modificación de medidas de fecha 29 de diciembre de 1999.

– Los gastos extraordinarios de enfermedad o médicos no cubiertos por la Seguridad Social o cualesquiera otros seguros médicos, o aquellos necesarios para la educación de los hijos comunes, de carácter eventual u excepcional, serán sufragados al 50% por ambos progenitores, previo acuerdo sobre la oportunidad o necesidad de los mismos y justificación de su importe.

En caso de desacuerdo entre ambos progenitores deberá recabarse la autorización judicial procedente».

Notificada la anterior resolución a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación legal de don Daniel a fin de conseguir su revocación y la Sala, en su lugar, excluya el pronunciamiento de que los gastos extraordinarios de los hijos se atenderán por las

partes al 50% y ello en atención a lo argumentado en el escrito de fecha 9 de diciembre de 2004.

Y así centrado el debate en la presente alzada, es conveniente al caso primeramente aclarar que deben considerarse como gastos ordinarios en concepto de alimentos las voces comprendidas en el artículo 142 del CC, es decir, todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción con los parámetros que se indican; y deben considerarse extraordinarios aquellos que no tienen una frecuencia constante o periódica, aquellos imprevisibles que, ciertamente, cuando se producen o acaecen son necesarios como por ejemplo, largas enfermedades, operaciones quirúrgicas, tratamien-

tos o prótesis dentales o de otro tipo, etc. Pues bien, del estudio de las actuaciones cabe decir que, el convenio regulador firmado por las partes, en su cláusula décima sólo habla de alimentos y habrá de referirlos exclusivamente a los ordinarios del artículo 142 del CC, por lo que es correcto en el presente divorcio remitirse a las medidas del citado convenio y además añadir que los gastos extraordinarios de los hijos, como los ejemplos citados y otros muchos más cuya naturaleza ya se ha indicado, deben atenderse por las partes al 50% como algo normal y típico en el ámbito de familia. Procede, en su consecuencia, desestimar el presente recurso de apelación.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede el pago directo de la pensión de alimentos en una cuenta de la hija mayor de edad; ha de realizarse a la madre que es quien representa a su hija en el pleito de divorcio.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Que en fecha 22 de junio de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Navacarnero, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO: «Estimando la demanda interpuesta por la Procuradora doña Epifanía Esther Ginés García-Moreno en la representación indicada en el encabezamiento, debo declarar y declaro la disolución legal por divorcio del matrimonio formado por doña María Luisa y don Cristóbal».

Se acuerdan como medidas definitivas:

Alimentos: Cristóbal deberá contribuir en concepto de alimentos de ambas hijas en la cantidad de 250 euros mensuales por cada una, más el 50% de los gastos extraordinarios. Ambas cantidades serán actualizadas anualmente según las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u organismo que lo sustituya y deberán ser abonadas a la madre dentro de los cinco primeros días de cada mes, en el número de cuenta que ésta designe. Si por el contrario Julia decide vivir con su padre, deberá María Luisa, contribuir con la cantidad de 60 euros mensuales para su manutención, más el 50% de los gastos extraordinarios. Dicha cantidad será igualmente actualizada anualmente según las variaciones que experimente el IPC publicado por

el INE u organismo que lo sustituya y deberán ser abonadas al padre dentro de los cinco primeros días de cada mes, en el número de cuenta que éste designe.

Notificada la anterior resolución a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación legal de don Cristóbal a fin de conseguir su revocación y la Sala, en su lugar, señale de pensión de alimentos de las hijas las del Convenio Regulador de la separación de 215,88 euros mensuales por hija y el pago de la pensión de alimentos de la hija llamada Julia se hará ingresando directamente el dinero en la cuenta bancaria abierta a nombre de esta hija; y todo ello en virtud de lo argumentado en el escrito de fecha 4 de noviembre de 2004.

En cuanto al pago directo de la pensión de alimentos a la hija llamada Julia; procede igualmente desestimar este motivo por cuanto estamos en un proceso de divorcio donde solamente pueden ser parte don Cristóbal y doña María Luisa; y ésta, en cuando a la pensión de alimentos, representaba a sus hijas.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Procede reducir la pensión de alimentos de la hija pactada en Convenio Regulador, al haberse acreditado que la madre ahora trabaja y no lo hacía al momento de la separación. Respeto al principio de proporcionalidad.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Mª del Rosario Hernández Hernández

Que en fecha de 16 de abril de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Leganés, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Estimando en parte la demanda instada por el Procurador don Emiliano Carretero Morales, en nombre y representación de don Benedicto, contra doña Catalina, declaro disuelto por divorcio el matrimonio de ambos cónyuges, acordando el mantenimiento de todas las medidas complementarias decretadas en la sentencia de separación».

Todo ello sin pronunciamiento expreso respecto de las costas causadas.

El primer motivo de recurso que se articula frente a la Sentencia de divorcio de los litigantes, de fecha 16 de abril de 2004, afecta a la cuantía de la pensión de alimentos, que propone el recurrente se reduzca a 120,20 euros mensuales, respecto de la que estableció la Sentencia de separación de 20 de diciembre de 2001, por la que se aprobó el convenio regulador de 29 de septiembre del mismo año, importe que mantiene la disentida, en cuanto acuerda el mantenimiento de todas las medidas complementarias decretadas previamente.

En este estado de cosas, conviene primeramente precisar que nos encontramos en fase de divorcio, donde puede la Sala examinar *ex novo*, la totalidad de las circunstancias concurrentes, sin venir vinculados por lo decidido y resuelto en previo proceso de separación, así como convenido por los esposos, a diferencia de lo que acontece en el trance de modificación de medidas, en que ha de constatarse una variación de circunstancias sustancial.

Hecha esta puntualización, consideramos más ponderada a cargo del recurrente una cuantía de pensión alimenticia de 230 euros mensuales que la ofrecida por éste, y la que hasta la fecha se venía abonando en méritos a lo pactado en convenio regulador judicialmente sancionado, como más proporcionada a las necesidades de la hija común y capacidad económica del padre, y habida cuenta la actual reinserción de la madre al mundo laboral,

con estabilidad, a diferencia de lo que aconteció en momentos anteriores, por cuanto, según ella misma reconoce, al momento del convenio se encontraba en situación de desempleo, percibiendo el correspondiente subsidio.

En definitiva, esta actual estabilidad laboral y percepción de ingresos, nos determina a reducir en los términos dichos y como se efectuará en la parte dispositiva de la presente resolución, la cuantía de la pensión alimenticia, guardándose así la debida proporción, y observando lo dispuesto en los artículos 143, 91, 145, 146 y 147, todos ellos del Código Civil, de conformidad con la doctrina legal y jurisprudencial en la materia, reiterada en señalar:

«Que para la fijación de la pensión de alimentos a favor de los hijos en supuestos de crisis matrimoniales deben tenerse en cuenta los ingresos de cada uno de los litigantes, los cuales permitirán fijar la proporcionalidad; y en atención a lo dispuesto en los artículos 142, 144, 146, y 147 del Código Civil, la cuantía de los alimentos tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, normativa que no suscita ningún problema teórico de interpretación y alcance, solamente una cuestión de hecho consistente en determinar de una manera efectiva y real esa proporcionalidad con los medios de uno y las necesidades del otro (*vid. SSTS de 14 de febrero de 1976 y 5 de noviembre de 1983*).»

Para concluir, a nada nos mueven otras alegaciones que deduce el recurrente, afectantes a cuestiones que tan sólo han dependido de su voluntad, o que son de fácil previsión y desde luego consideró, o cuando menos debió considerar al momento de firmar el convenio regulador, como puede ser la renovación periódica del vehículo auto taxi adscrito a la licencia de que es titular, o los medios que invierte para dar cobertura a la necesidad de vivienda.

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Benedicto, representado por el Procurador don Manuel de Benito

Oteo, contra la Sentencia de fecha 16 de abril de 2004, del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Leganés, en Autos de divorcio número 182/2003; seguidos con doña Catalina, debemos revocar y revocamos la expresada resolución fijando en 230 euros mensuales, abonables y a actualizar

como viene establecido, la cuantía de alimentos a favor de Luna, hija común de los litigantes, y a cargo del padre, confirmando en lo demás la resolución apelada; todo ello sin expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Procede aumentar la pensión de alimentos de las hijas al haberse acreditado que el padre percibe en nómina otros emolumentos tales como «comidas» y «plus de transporte» que no percibía en el momento de la separación. El sistema de fijación de la pensión en base a un porcentaje sobre los ingresos, se sustituye por una cantidad fija, habida cuenta la incertidumbre y continua problemática que este sistema encuentra.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª José De la Vega Llanes

El presente recurso se centra en el extremo relativo a la determinación cuantitativa de la pensión alimenticia de las hijas menores habidas en el matrimonio y especialmente en la posible modificación de la cláusula quinta del Convenio Regulador de la separación conyugal suscrito por los cónyuges el 29 de junio de 1999 (doc. núm. 5 de la demanda) en cuanto en la misma además de fijarse una suma de 35.000 pesetas para cada una de las menores, es decir un total de 70.000 pesetas mensuales por las dos, se pactó la entrega de la mitad de las comisiones que trimestralmente el padre percibía en aquel momento como Delegado Comercial de la Cía Bicicletas Orbea.

El padre solicita en su demanda la supresión de abonar el 50% de las comisiones, en base a la aportación de un documento emitido por la empresa en el que figura que a partir de enero de 2004 va a dejar de percibir las mismas, mientras que la madre solicita que se fije una cantidad fija al mes de 300 euros para cada una, a fin de evitar litigios y complicaciones para determinar la suma contributiva.

En definitiva procede entrar a valorar, en este caso, si se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias económicas de las partes en orden a mantener o no la cláusula pactada, y en este senti-

do además de la incertidumbre que crea la fijación de pensiones mediante la aplicación de porcentajes sobre ingresos, y la continua problemática que generalmente este sistema encuentra, aconseja y justifica la modificación planteada por la madre en la fijación de una suma global de 300 euros por hija, la documental aportada y en particular el examen de las nóminas de don Cornelio obrantes a los folios 202 a 243 y en las que se observa que sus ingresos en el año 2004 han aumentado considerablemente en relación con los años 2001, 2002 y 2003, de modo que aunque efectivamente los conceptos incluidos en la nómina fuera del salario base sean distintos a los de «comisiones» sin embargo se evidencia que percibe otros emolumentos, no contemplados con anterioridad como son los de «comidas» y plus de transporte (folio 206) de modo que frente al mes de octubre de 2003 que percibió un total de 3.109 euros en el mes de abril de 2004 percibió 3.489,05 euros.

Es decir no existe merma de sus ingresos, sino por el contrario éstos se han venido incrementando, continúa trabajando en la misma empresa y la dinámica habida en el cumplimiento de lo pactado, favorece la fijación de una suma global por ambas hijas de 600 euros al mes.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Es ajustado fijar la cuantía de la pensión compensatoria en el 30% de los ingresos del obligado al pago.

AP ASTURIAS, SEC. 1.^a, SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Guillermo Sacristán Represa

El derecho a la pensión compensatoria es discutido desde el propio concepto, es decir que parece –al menos así fue con el texto de la demanda– discutirse incluso la existencia del mismo por parte de doña Flora. Ahora bien, atendiendo al conjunto de circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil a la hora de determinar su existencia, parece indudable, y no sólo por la duración de la convivencia, sino por el hecho del nacimiento de cuatro hijos, por la dedicación de la demandada a la familia y porque la única fuente de ingresos de la unidad familiar fue la actividad del esposo. Tales datos demuestran la desigualdad que produce en la situación de la apelada la declaración de la separación conyugal.

Si a la cuantía nos referimos, tampoco puede tener éxito el recurso puesto que, partiendo de una afirmación realizada por el propio apelante en cuanto a que los ingresos actuales a que asciende su pensión son idénticos a los percibidos en el momento en que en procedimiento de separación anterior (el número 887/1994) ya se estableció una pensión compensatoria a favor de la demandada y a cargo del demandante, ha de concluirse la justeza de lo aquí acordado, puesto que ese 30% supone un ligero incremento de lo allí acordado, absorbible incluso por el porcentaje revisor del transcurso de los años desde 1999 hasta este mismo momento, extremo este que explica la sentencia de instancia en su fundamento de derecho segundo y que no ha sido impugnado por el recurso de apelación.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se fija una pensión compensatoria de 240 euros mensuales durante 6 meses, teniendo en cuenta que la esposa es todavía una persona joven, que seguramente habrá venido a España a trabajar, que la duración del matrimonio no ha llegado a los seis años, que del mismo no ha habido descendencia y que los ingresos del esposo sólo ascienden a 824 euros.

AP LEÓN, SEC. 2.^a, SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Alberto Francisco Álvarez Rodríguez

Con reiteración tiene declarado este Tribunal y la generalidad de los Tribunales de apelación que la pensión cuestionada, regulada en los artículos 97 y siguientes del Código Civil, tiene su carácter estrictamente compensatorio o reparador del desequilibrio patrimonial ocasionado por la separación o el divorcio en la posición de uno de los cónyuges respecto a la conservada por el otro, en relación con la que ambos venían disfrutando durante el matrimonio, que tiende específicamente a evitar que la ruptura o la cesación de la vida conyugal suponga para uno de los esposos un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado en el transcurso de esa relación, y compensar a quien, debido a

la actividad de dedicación a la familia desplegada, se ha visto impedido de conservar u obtener una independencia económica.

Aplicados los anteriores criterios al caso de autos, tenemos que la existencia de ese necesario desequilibrio patrimonial entre los esposos, surgido como consecuencia directa de la separación, aparece evidente a los ojos de este Tribunal, pese a las dudas que pudieran derivar de la rebeldía del demandado y que en nada deben perjudicar a la actora. En efecto, casados el 10 de octubre de 1998, desde agosto de 2000 han residido en una vivienda alquilada por el primero por una

renta mensual de 210,35 euros, no constando otros ingresos fijos de la unidad familiar que los obtenidos por el Sr. Alexander como empleado de «Everest de Ediciones y Distribuciones, SL» (9.897,31 euros anuales en el año 2004) y figurando la Sra. Mercedes como demandante de empleo en los años 2004 y 2005, no constando que cuente con trabajo remunerado.

Ahora bien, a la vista de las circunstancias que se deben tener en cuenta a la hora de concretar la pensión compensatoria, determinadas en el citado artículo 97 y teniendo en cuenta que la esposa es todavía una persona joven, que seguramente

habrá venido a España a trabajar, que la duración del matrimonio no ha llegado a los seis años, que del mismo no ha habido descendencia y que los ingresos del Sr. Alexander son más bien bajos, la pensión que se señala y que se cuantifica en 240 euros mensuales, se ha de limitar en el tiempo a seis meses, tiempo que se estima suficiente para dar la ocasión a su receptora, como perjudicada por la separación, a una situación de potencial igualdad de oportunidades, así laborales y económicas, a las que habría tenido de no haber mediado el vínculo matrimonial.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede modificar la pensión compensatoria libremente fijada por los cónyuges en el Convenio Regulador puesto que la entidad en la que viene colaborando la esposa no tiene fines lucrativos.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Por la representación del Sr. José Daniel se interesa de la Sala que, con revocación parcial de dicha resolución, no se reconozca, en pro de la esposa, el derecho al percibo de una pensión por desequilibrio, y que se excluya el derecho de uso que, sobre el domicilio familiar, ha sido concedido a la misma.

La contraparte propugna que la pensión compensatoria quede establecida en 700 euros al mes, y que se mantenga la de alimentos que, en pro del segundo de los hijos comunes, fue establecida en el antecedente procedimiento de separación matrimonial. Por último suplica dicha litigante que se declare la subsistencia del derecho de uso sobre el domicilio familiar en pro del referido descendiente, y ello en tanto no se haga efectivo el acuerdo que, sobre venta del inmueble, se recogió en el Convenio regulador suscrito en fecha 1 de abril de 1993.

Y así definido el debate litigioso en el presente momento y trámite procesales, dado que cada parte se opone a las pretensiones deducidas de contrario, procede analizar cada una de las cuestiones suscitadas a la luz de la doctrina emanada de la vigente legalidad en la materia, en su proyección sobre las circunstancias concurrentes en el caso, según resulta del contexto alegatorio y probatorio sometido a nuestra consideración.

Los cónyuges hoy litigantes se encuentran separados en virtud de Sentencia que, dictada en 3 de mayo de 1993, refrendó íntegramente el convenio regulador que, en 1 de abril de dicho año, fue suscrito por los mismos.

En el referido documento, y entre otras estipulaciones, se reconocía, en pro de doña Lucía el derecho al percibo de una pensión de 50.000 pesetas al mes, con sus correspondientes actualizaciones anuales, lo que se justifica por «la situación laboral de la esposa, sin empleo alguno al día de hoy, la duración del matrimonio, la dedicación de ésta a la familia y el desequilibrio económico que esta separación le produce».

Y es lo cierto que, a tenor de lo actuado en la presente contienda litigiosa, subsisten en la actualidad los antedichos condicionantes fácticos pues, conforme resulta del informe expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social en fecha 17 de marzo de 2004, la Sra. Lucía no figura de alta laboral desde el mes de septiembre de 1976 (folio 141), habiendo justificado dicha litigante que la entidad Madrid Accueil, en la que viene colaborando, no tiene fines lucrativos (folios 142 y siguiente). El mero transcurso del tiempo tampoco puede operar como factor extintivo del derecho debatido, pues ni ello viene contemplado entre las causas al efecto recogidas en el artículo 101 del

Código Civil, ni en el antedicho convenio se estableció un concreto límite temporal apriorístico a la vigencia del derecho, sin que el mismo quedara específicamente vinculado al *status* de separación matrimonial.

Y en cuanto en la actualidad se mantiene el citado desequilibrio pecuniario, pues el Sr. José Daniel no ha acreditado la alegada disminución de sus ingresos ni que, en su caso, la misma le impida hacer frente a la obligación voluntariamente asumida, ha de concluirse, desde la perspectiva de esta alzada y en coincidencia con el criterio decisorio plasmado en la sentencia recurrida, en la procedencia de seguir sancionando, tras el divorcio, el derecho debatido, por la indiscutible concurrencia de los requisitos al efecto exigidos en el inciso inicial del artículo 97 del Código Civil.

Conforme se ha expuesto, fueron los propios cónyuges hoy litigantes quienes, libremente y de mutuo acuerdo, establecieron, en el antedicho convenio, tanto el *quantum* inicial de la referida pensión como el sistema de su revisión anual.

Al efecto resulta significativo que, en la enumeración de circunstancias que contiene el antedicho artículo 97, en orden a la cuantificación de la pensión compensatoria, figure en primer lugar la de «los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges», ya que tal ubicación no responde, en

modo alguno, al mero azar, sin trascendencia alguna, pues el legislador otorga una gran importancia, en el ámbito de las obligaciones y contratos, al principio de autonomía de la voluntad, conforme previene el artículo 1255 del Código Civil. Debe recordarse que la estudiada circunstancia venía recogida en el Proyecto de Ley enviado a las Cortes en el octavo y último lugar, acabando, en la redacción definitiva del articulado, por desplazarse a su prioritaria ubicación; en tal modo se abandonaron otros criterios, cuales los de culpabilidad o inocencia, que figuraban en el referido proyecto, para primar los posibles acuerdos de las partes que, en definitiva, constituyen la base fundamental para el reconocimiento y la cuantificación del derecho.

Siendo ello así, no puede ahora desconocerse lo libremente estipulado, dado que el desequilibrio económico que debe valorarse es el concurrente al tiempo de la ruptura convivencial, y ello ya quedó definitivamente fijado en el antedicho convenio, del que ahora no es lícito prescindir, máxime cuando no consta que las circunstancias actualmente concurrentes hayan experimentado una mutación sustancial, ya que, en otro caso, se vulneraría lo prevenido en el artículo 1256 del Código Civil.

Razones que determinan el rechazo de la pretensión de la demandada sobre la elevación del *quantum* de la referida pensión.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No puede prosperar la pretensión de reducción de la pensión compensatoria puesto que los ingresos que el actor presenta en sus declaraciones de la renta no son los reales, dados los signos externos de vida.

AP VALLADOLID, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Salinero Román

Pretende el esposo que se reduzca la pensión compensatoria de la esposa. La Juzgadora explica razonada y suficientemente las conclusiones a las que llega y la Sala las hace suyas para evitar innecesarias repeticiones. Poco han cambiado las circunstancias desde el dictado por esta Sala de la Sentencia de fecha 22 de diciembre de 2003. Sólo el trabajo de Rodolfo, pues Pedro Enrique en aquella época estaba a punto de conseguir el puesto de trabajo que ahora tiene y vivía fuera de casa por sus estudios. Los importantes recursos económicos

del esposo no podemos considerarlos disminuidos por la mera prueba de la declaración de la renta que presenta, que además corresponde al año 2003 y la sentencia se dictó a final de dicho año, por lo que no podemos considerarlas circunstancia novedosa, al margen de que como ya dijimos entonces no podemos considerar como auténticos ingresos los que presenta el esposo en sus declaraciones de la renta, pues los signos externos de vida que ya resaltamos no se corresponden con los ingresos fiscalmente declarados.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Es acorde fijar una duración de 5 años a la pensión compensatoria, tiempo en el que se espera que pueda rentabilizar el bien recibido como donación y los bienes que se le atribuyen en la liquidación de la sociedad de gananciales.

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Carmen Padilla Márquez

Examinadas nuevamente las actuaciones procede la confirmación de la resolución recurrida, sin que los motivos alegados en el recurso tengan incidencia para la modificación de la misma. La pensión que, en principio, se fija, 650 euros, lo es por cinco años, y partiendo del hecho de que la esposa se ha dedicado siempre a la casa familiar, tal cantidad y por tal período, resulta adecuada a fin de que

durante ese tiempo pueda rentabilizar el bien que ha recibido en donación y los bienes que se le atribuyan tras la liquidación de los gananciales. De igual forma, la cantidad que se fija para cuando el marido pase a la jubilación es acorde a la situación que ahora se prevé, pudiendo ser revisada en su momento, y sin que, se alegue justificación alguna, para la reducción de 20 euros interesada.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede pensión compensatoria para la esposa al haber transcurrido tres años desde el cese de la convivencia sin haber solicitado ayudas económicas para su subsistencia.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Que en fecha 11 de noviembre de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 75 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: estimo en parte la demanda formulada por doña Cecilia contra don José Ramón expresados, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración».

Se adoptan las siguientes medidas definitivas:

Se acuerda a favor de la esposa en concepto de pensión compensatoria, la suma de setecientos euros (325 euros) al mes. Dicha suma se abonará por el esposo en la cuenta que a tales efectos designe la primera en el Juzgado, dentro de los cinco primeros días de cada mes. Dichas sumas se actualizarán todos los años automáticamente en el mes de enero de cada año, sin necesidad de previo requerimiento, con arreglo a las variaciones que experimente el IPC, publicado por el INE o el que legalmente lo sustituya.

Que en fecha 16 de diciembre de 2004 se dictó auto aclaratorio cuya parte dispositiva literalmente dice: «se rectifica Sentencia, de 11 de noviembre de 2004, en el sentido de que donde dice: se acuerda a favor de la esposa en concepto de pensión compensatoria, la suma de setecientos euros (325 euros) al mes, debe decir: se acuerda a favor de la esposa en concepto de pensión compensatoria, la suma de setecientos euros (700 euros) al mes».

Notificada la anterior resolución a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación legal de doña Cecilia a fin de conseguir su revocación y la Sala, en su lugar, señale de pensión compensatoria la cantidad de 1352,28 euros mensuales.

La pensión del artículo 97 del CC (compensatoria) por su propia esencia o naturaleza viene encaminada a rectificar un desequilibrio producido en el momento de la cesación de la convivencia y por causa directa eficiente y determinante *per se*

de la suspensión o disolución del vínculo matrimonial tal como resulta de la referencia del artículo citado a la «situación anterior del matrimonio», por lo que de conformidad con constante doctrina jurisprudencial de esta Audiencia Provincial de Madrid desde mayo de 1992 no puede señalarse pensión compensatoria tras un cese prolongado de la convivencia sin ayudas económicas de la otra parte y no solicitadas anteriormente. En efecto, la propia demandante en su demanda, la propia Sra. Cecilia al folio 3 señala aproximadamente el 18 de junio de 2001 como día en que don José Ramón sale del domicilio familiar, abandono de hogar, y presenta la demanda el 30 de marzo de 2004; es decir, casi tres años después. Las cantidades entregadas, se dice, por el Sr. José Ramón eran en metálico y por medio del hijo mayor del matrimonio; sin prueba, entonces, absolutamente de ser cantidades para la demandante y en el con-

cepto indicado del artículo 97 del CC y las únicas entregas de dinero documentadas obrantes en el documento 14 de la demanda, folio 76; se especifica manuscritamente que pertenecen a J.R. (debe ser el hijo Carlos Ramón). Ha de entenderse, en consecuencia, que de existir en el caso desequilibrio, la causa directa, eficiente y determinante por sí no es el cese de la convivencia por causa de la separación que es la única que ampara el artículo 97 del CC; pues cuando se produjo la separación matrimonial de hecho no se solicitó judicialmente tal prestación.

Por cuanto antecede, procede estimar el recurso del Sr. José Ramón y en el caso, no cabe señalar pensión por desequilibrio a favor de la Sra. Cecilia y, en lógica consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso de la Sra. Cecilia, pues ya no cabe hablar de la cuantía de esta prestación.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Procede fijar la cuantía de la pensión compensatoria en 130 euros mensuales, cantidad que si bien deja en cierto grado de penuria económica al obligado, esta situación será transitoria hasta la liquidación de los gananciales y venta del piso, en que dejará de tener la carga del pago de la hipoteca.

AP SEGOVIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ignacio Pando Echaverría

Alega la parte en este y en el otro motivo que el esposo sólo percibe 645 euros mensuales, y que con ese dinero resulta imposible hacer frente a las cargas impuestas y al mismo tiempo poder subsistir, pues sumadas todas ellas le quedarían únicamente 130 euros mensuales.

Acoge en parte la razón al apelante. Debe tenerse en cuenta como premisa inicial que todo proceso de separación supone inexorablemente un empobrecimiento relativo para ambos cónyuges, puesto que la separación supone la ruptura de la sinergia que supone una economía compartida, esencialmente a nivel de vivienda, pero también por la propia economía de escala que supone a nivel de alimentación. Y cuando la situación económica del matrimonio que pretende separarse es débil, este empobrecimiento puede convertirse en un problema de difícil solución.

En el presente caso nos encontramos en esta situación. Aunque por la Sala no se admita la pre-

tensión del recurrente acerca de los ingresos del esposo (que harían imposible que hubiese podido subsistir la familia cuando estaban juntos), lo cierto es que aun admitiendo los ingresos que manifiesta en el acto de la vista la actora, y que da por buenos el juez de instancia, sus ingresos no son en caso alguno elevados.

En este punto se discrepa de la valoración del juez de instancia, puesto que no existe prueba alguna de que el esposo recibiese un salario de al menos 1.080 euros cada mes, como manifiesta su esposa. Resulta sorprendente, una vez visionada el acta del juicio, que esa cifra coincida con la suma de las cantidades de la letrada de la actora, o que el hijo que declara a favor de la madre manifieste de forma tan segura que esa cantidad es la que el esposo entregaba a su esposa de forma mensual. Por otra parte esta cantidad ahora alegada se opone a la que se manifiesta en la demanda, en que se dice que el esposo percibe 962 euros mensuales.

Examinada la declaración de la renta aportada se comprueba que los ingresos mensuales, prorrateando los declarados ascienden a unos 700 euros. Hemos de tener en cuenta que la actividad laboral que desarrolla el esposo se caracteriza por la percepción de incentivos o de cantidades que no tiene acceso a la nómina, como sucede con las propinas o las «extras», que suponen un generalizado incremento respecto de las nóminas fiscales. Dada la experiencia del acusado como camarero y la afirmación por la esposa que realizaba estas actividades extras, es evidente que no puede considerarse que sus ingresos se limitasen a los declarados oficialmente, estimándose por tanto más aproximada la afirmación de la parte en su demanda, cifrando por tanto los mismos de una forma ponderada en unos 950 euros.

Con este dato de partida, debemos examinar las cargas y necesidades del esposo. Dado que debe abandonar el domicilio, y que tiene que comer y subsistir de forma independiente, se considera que precisa al menos 480 euros mensuales para poder subsistir de una forma mínimamente digna (qué

menos que 300 por un alquiler y 180 para comida y gastos indispensables). Si a ello añadimos el pago de los 240 euros del crédito que se le impone, y los 100 euros de pensión para su hijo, la cuantía que resta es de 130 euros. Y por lo tanto es de esta cifra, a la que queda reducida su capacidad económica de la que debemos partir para calcular lo que deba abonar a su esposa como pensión compensatoria, por el desequilibrio económico sufrido. En esta tesitura, y habida cuenta de los años que ha durado el matrimonio y la dedicación de la esposa al cuidado del hogar, y la ausencia por su parte de otros ingresos (a salvo de las pensiones asistenciales que se pueda ver obligada a solicitar, o la ayuda de sus hijos en tanto compartan el mismo domicilio) se estima que la misma se fije en 130 euros; cantidad que supone la totalidad del remanente expresado, y que si bien le deja en una situación momentánea de cierta penuria patrimonial será transitoria hasta la liquidación de los gananciales y venta del piso, en que dejará de tener la carga del pago de la hipoteca.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No ha lugar a extinguir la pensión compensatoria puesto que subsiste el desequilibrio económico que la motivó, no siendo decisivo que el ex esposo tenga un nuevo gasto por el alquiler de una vivienda.

AP SEGOVIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Gonzalo Criado del Rey Tremps

En lo que se refiere a la supresión de la pensión compensatoria que el apelante y demandante, Simón, viene obligado a pagar a Mari Luz por importe de 10.000 pesetas, debe ser desestimado el recurso de apelación interpuesto por el mismo porque una vez analizadas las condiciones de vida de una y otra parte, subsiste todavía en la actualidad el desequilibrio económico que se apreció en las sentencias de separación y divorcio y ello aunque el apelante pague el alquiler de una vivienda por importe de 200 euros que no tenía

que pagar antes, porque el resto de la cantidad que percibe supera en casi el doble a la que recibe la apelada lo que le permitirá llevar una vida más acomodada que la de la demandada. Por otra parte no debe tampoco suprimirse dicha pensión porque la cuantía de la misma es muy reducida y su pago no genera mayor tipo de complicación al apelante que puede seguir llevando a pesar de dicha carga una vida similar a la que llevaría si se suprimiera dicha obligación.

CONVENIO REGULADOR

Se desestima la impugnación del Convenio Regulador efectuada por el Ministerio Fiscal en cuanto a que no se explican las razones por las que se atribuye la custodia de la menor de cinco años de edad al padre y no a la madre.

AP VALLADOLID, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Ángel Sendito Arenas

El representante del Ministerio Fiscal recurre en apelación la Sentencia de 9 de marzo de 2005 que aprueba, con alguna matización la Propuesta de Convenio Regulador de su situación de vida separada, presentada por don Luis Enrique y Consuelo. Impugna dicha resolución en cuanto aprueba la estipulación que se confiere la guarda y custodia de la hija menor al padre y el régimen de visitas con la madre (estipulación segunda). Denuncia en cuanto a lo primero, que no se explican las razones por las cuales la guarda se confiere al padre y no a la madre y en cuanto a la segunda, que no se reparte entre ambos progenitores el tiempo de ocio a fin de que la hija tenga referentes idénticos del padre y de la madre. Interesa se revoque la Sentencia recurrida tan sólo en el apartado relativo a la controvertida cláusula del convenio para no aprobar la misma y en consecuencia, ordenar al Juez de la Instancia que en el plazo legalmente establecido requiera a los cónyuges la proposición de un nuevo convenio en lo relativo a dicha cláusula y que presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido, dicte auto en tercer día resolviendo lo procedente.

La defensa de ambos progenitores se opone al recurso solicitando la íntegra confirmación de la sentencia recurrida.

No comparte esta Sala las objeciones planteadas por el Ministerio Público respecto a la cláusula en cuestión.

Por lo que se refiere al acuerdo por el que se confiere la guarda y custodia de la hija menor al padre, porque las alusiones que la Sentencia apelada hace a la «edad de la niña, la dependencia con la madre, según estudios psicológicos...» y a las que alude el Ministerio Fiscal a fin para poner de relieve la preferencia de la madre en la guarda y custodia de la hija menor, exclusivamente vienen referidas al régimen de visitas y comunicaciones de la hija para con la madre, no pueden por ello ser aplicadas sin más para desvirtuar el acuerdo por el que ambos progenitores deciden atribuir al padre la guarda y custodia de la menor, atendiendo, como es lógico, suponer el mayor beneficio e interés de dicha hija, tal y como ambos manifiestan en sus escritos conjuntos. Nada obsta a la aprobación de este acuerdo ya que como dice en la propia Sentencia apelada refiriéndose al convenio, nada contiene contrario al orden público matrimonial, ni a los intereses de los progenitores, ni, lo que es más importante, a los de la hija menor.

CUESTIONES PROCESALES

Ante la desestimación de una demanda de modificación de medidas procede la condena en costas en Primera Instancia al actor, pero por aplicación del criterio del vencimiento objetivo. No debe calificarse de temerario ni prohibirse el ejercicio apasionado del derecho por quien cree que tiene razón. El Tribunal está para dar o quitar la razón, pero no para asustarla.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Que en fecha 24 de febrero de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Majadahonda, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal

siguiente: «FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de don Esteban contra doña Ángela, debo

declarar y declaro no haber lugar a los pedimentos contenidos en la misma, ratificando íntegramente las medidas aprobadas en los autos de Divorcio 52/1998 seguidos ante este Juzgado».

Con expresa imposición de costas a la actora por su temeridad.

Por lo que se refiere a las costas de la presente alzada, en virtud de la flexibilidad que permiten los artículos 398 y 394 de la LEC; no obstante desestimarse el recurso, no procede hacer pronunciamiento de condena y ello en atención a la naturaleza del pleito y de las circunstancias concurrentes. Ahora bien, en la condena en costas de la primera instancia, siendo correcta dicha condena en opinión del órgano *a quo* por el criterio objetivo del vencimiento; no debe calificarse de temerario el litigar en el presente caso según los datos que

existen, porque no debe prohibirse nunca el ejercicio apasionado del derecho o, al menos, la idea de creer que se tiene razón, que aquí estamos para darla o quitarla, pero no para asustarla.

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Esteban, representado por el Procurador don Justo Alberto Requejo Calvo, contra la Sentencia de fecha 24 de febrero de 2004; del Juzgado de 1.^a Instancia número 6 de Majadahonda; dictada en el procedimiento número 660/2003 sobre modificación de medidas; seguido con Ángela, representada por la Procuradora doña Sandra Osorio Alonso; debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución; si bien, la condena en costas de la primera instancia, correcta, no debe calificarse como se califica, de temeraria.

CUESTIONES PROCESALES

Cuando la demanda de divorcio se plantea de mutuo acuerdo por un cónyuge con el consentimiento del otro, no es necesario para la admisión a trámite de la demanda el otorgamiento de poder especial de representación por el otro cónyuge.

AP LAS PALMAS, SEC. 4.ª, AUTO DE 2 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Víctor Caba Villarejo

La demanda de divorcio es solicitada no por ambos cónyuges de mutuo acuerdo sino por uno de ellos contando con el consentimiento del otro sustanciándose por los trámites del artículo 777 LEC. La competencia territorial corresponde al Juez del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes (artículo 769.2 LEC), y conforme al certificado de empadronamiento incorporado a la litis doña Eva reside en el término municipal de Las Palmas de G.C. desde el 19 de enero de 2002 lo que justifica la competencia territorial de los Juzgados de Las Palmas de G. C.; ciertamente el juez debe examinar de oficio su propia competencia territorial (artículo 769.4 LEC) mas se aportó documentación acreditativa del domicilio determinante de la competencia territorial de los Juzgados de esta capital. La apelante compareció en la litis otorgando su representación procesal mediante comparecencia *apud acta*, y la prestación del consentimiento, del cónyuge ausente del lugar donde se sigue el juicio, a la solicitud de divorcio presentada por el cónyuge presente (artículo 777.3 LEC) podrá hacerse por

medio de poder especial o acudiendo al auxilio judicial, al objeto preste su consentimiento y se ratifique por separado en la petición de divorcio. De suerte que si no fuera ratificada por alguno de los cónyuges, se acordará de inmediato el archivo de las actuaciones. De modo que no es necesario para la admisión a trámite de la demanda de divorcio instada por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro el otorgamiento inicial de poder especial de representación procesal, ya que no es el caso de haber sido instado por ambos cónyuges de mutuo acuerdo, sino por uno de ellos con el consentimiento del otro. Cuestión distinta es la prestación del consentimiento y ratificación posterior de la solicitud de divorcio por el cónyuge no residente en el lugar donde se sigue el juicio, y para ello nada empece se acuda al auxilio judicial internacional (artículo 177 LEC) o a la presentación de poder especial, por lo que el recurso de apelación ha de ser estimado y, consecuentemente, la demanda de divorcio admitida a trámite.

CUESTIONES PROCESALES

Al no existir un procedimiento articulado en la LEC para la averiguación del último domicilio familiar, se presume que es el manifestado por la parte, sin perjuicio de que el demandado pueda plantear una declinatoria.

AP LAS PALMAS, SEC. 4.^a, AUTO DE 13 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Emma Galcerán Solsona

Es objeto del recurso de apelación el Auto de fecha 21 de diciembre de 2004, por el que se acordó la inhibición del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Arucas, a favor de los Juzgados de Burgos, con remisión de lo actuado al Juzgado Decano de Burgos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 769 LEC, el juez tiene la facultad y la obligación de examinar de oficio su competencia, en los procedimientos de divorcio, como es el caso de autos en que se presenta demanda de divorcio por uno de los cónyuges, en los Juzgados de Arucas, por elegir el último domicilio del matrimonio, conforme al inciso final del artículo 769.1.1.^o LEC, manifestando la parte que presenta la demanda ser el mencionado el último domicilio familiar, y tras ser requerida, presentó certificado de empadronamiento en Arucas de doña Consuelo y doña Angelina con fecha de alta en 1999, ofreciendo

prueba testifical de las dos hijas del matrimonio, doña Encarna y doña Angelina, ambas mayores de edad.

Sentado lo precedente, al no existir un procedimiento articulado en la Ley para la averiguación del último domicilio familiar, se presume que es el manifestado y no contradicho, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 769.4 LEC, procediendo estimar el recurso de apelación, apreciar la competencia territorial del Juzgado de Arucas a efectos del artículo 769.4 LEC, y admitir a trámite la demanda, sin perjuicio de que el demandado pueda plantear la declinatoria, en su caso, ya que, en el procedimiento que surgiera, como consecuencia del planteamiento de la declinatoria, ambas partes tendrán la oportunidad de debatir tal cuestión y de proponer las pruebas que estimen pertinentes (artículos 63 y siguientes LEC).

CUESTIONES PROCESALES

Es incongruente la sentencia que atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa cuando ésta no solicitó dicha medida y cuando el hijo común es mayor de edad.

AP MADRID, SEC. 22.^a, SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Previene el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que las sentencias han de ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones las mismas exijan y decidiendo todos los puntos que hayan sido objeto del debate. Añade la doctrina jurisprudencial que la congruencia se mide por la adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que los litigantes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera que no puede la decisión otorgar más de lo pedido en la demanda,

ni menos de lo admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente y no pretendida (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1992 y 30 de marzo de 1999, entre otras muchas).

En el caso que hoy examinamos, la parte demandada, en su escrito de contestación, no reclamaba para sí el derecho de uso sobre la que fuera vivienda familiar, de la que había sido desalojada, al menos formalmente, en fase de ejecución del anterior procedimiento de separación matrimonial, pues, quizás asumiendo tal situación jurídica, se limitó a interesar que se mantuviera el

citado derecho en pro de los hijos del matrimonio, alegando que el menor de ellos, Alejandro, «no tiene ingresos ni trabajo que le permita independizarse...».

La sentencia recurrida, aunque rechaza la pretensión en tal forma planteada, al ser dicho descendiente mayor de edad y no estar en período de formación, acaba, sin embargo, por reconocer, en favor exclusivamente de la esposa, un derecho de uso que la misma no había postulado y que, en el pasado, se había erigido en una rémora prácticamente insalvable para proceder a la acordada venta

del inmueble, lo que determinó, según resolución del Órgano *a quo* refrendada por esta misma Sala, que se requiriera a doña Lucía para desalojar definitivamente dicho bien.

En tal forma, la resolución ahora impugnada incumple las exigencias del antedicho artículo 218, amparando de oficio un interés que, de conformidad con el principio dispositivo, debe quedar supeditado al planteamiento de las partes.

Consideraciones que determinan el acogimiento del segundo de los motivos de impugnación que formula el actor.

CUESTIONES PROCESALES

No procede fijar en la litis de divorcio una pensión de alimentos para el hijo de 21 años que abandonó los estudios a los 15 años, y que ha estado trabajando, siendo indiferente que actualmente esté desempleado. No obstante, si precisara tales alimentos podría reclamarlos a ambos progenitores al margen de este procedimiento.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª del Rosario Hernández Hernández

Que en fecha de 11 de junio de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Leganés, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don José Ramón Rego Rodríguez, en nombre y representación de doña Elvira, contra don Fermín; debo adoptar y adopto los siguientes pronunciamientos:

1.º Acordar la disolución del matrimonio, por divorcio, de los expresados, con todos los efectos legales.

2.º Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

3.º Una vez firme esta sentencia comuníquese al Registro Civil de esta localidad para su anotación marginal en su Sección 2.ª, Tomo 42, Página 31».

Se interpone el presente recurso de apelación frente a la sentencia recaída en primera instancia, de divorcio de los litigantes, fechada a 11 de junio de 2004, en la que no se acordó pensión de alimentos a favor del hijo común mayor de edad,

de 21 años cumplidos, en méritos al abandono de los estudios por su parte, lo que tuvo lugar a los 15 años, y siendo conocedor del mercado de trabajo.

En estas circunstancias, habiendo quedado plenamente acreditado en las actuaciones que Inocencio no se encuentra ahora en período de formación, pues dio por concluidos sus estudios hace más de 6 años, habiendo ya prestado en diversas ocasiones servicios por cuenta ajena, como electricista y como frutero, según declaró en el acto de la vista que tuvo lugar a 9 de junio de 2004, procede confirmar íntegramente la resolución recurrida, al carecer ya de encaje la contribución paterna en el proceso matrimonial, de divorcio de los progenitores en el que nos encontramos, donde resulta por completo indiferente una situación de desempleo, circunstancial y atribuible como indicó el Juez *a quo*, a la actual coyuntura socio-laboral, de manera que si en lo sucesivo Inocencio precisara de alimentos, habría de solicitarlos en el proceso correspondiente y de ambos progenitores, al margen de un juicio de familia como el que nos ocupa.

CUESTIONES PROCESALES

Al carecerse de dato alguno respecto al cónyuge demandado, resulta competente el juzgado donde tiene su domicilio la parte actora.

AP GUIPÚZCOA, SEC. 3.ª, AUTO DE 17 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Luis Blánquez Pérez

Puede entender este Tribunal el legítimo interés del Ministerio Fiscal, como defensor de la legalidad, para que el presente asunto, separación contenciosa, se sustancie ante el Tribunal competente, ahora bien, a nada que se examinan los datos obrantes en la actuaciones se llega a la conclusión de que la inicial resolución del Juzgado de Familia, amén de acorde con el Ordenamiento Jurídico, era la más razonable.

Efectivamente el artículo 769 de la LEC se refiere como Tribunal competente en los asuntos matrimoniales en primer lugar al del domicilio conyugal; y para el supuesto de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, a elección del demandante, será competente, el del último domicilio del matrimonio o el de la residencia del demandado.

Sólo en último caso, es decir, cuando el demandado no tenga domicilio o residencia fijo, será competente el Tribunal de donde esté o de su última residencia, y para el supuesto de no determinarse, el del domicilio del actor.

Bien pues en el caso que ahora nos ocupa, entendiendo y admitiendo la argumentación y documentación de la solicitante, procede estimar y aceptar como Tribunal competente el de San Sebastián, al carecerse de dato alguno respecto al cónyuge demandado.

Finalmente un mero repaso a datos afectantes a los contrayentes decanta sin ningún género de dudas como lugar adecuado San Sebastián, decisión que viene a compartir el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 2 de Irún a la hora de rechazar la inhibición.

CUESTIONES PROCESALES

Tiene legitimación activa la madre para pedir alimentos a favor del hijo mayor de edad por más que el hijo durante los meses que dura el curso académico resida, por razón de estudios, en una localidad diferente.

AP SEGOVIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Pilar Álvarez Olalla

Entrando ya en el fondo de la cuestión controvertida, el recurrente se opone a la actualización de rentas acordada por el Juzgador de Instancia alegando, por un lado, falta de legitimación activa de la madre para pedir la actualización al ser el hijo mayor de edad y no concurrir el requisito de la convivencia con el hijo, establecido en el artículo 93 CC. Por otro lado alega que la posibilidad de que la madre reclame los alimentos de los hijos mayores de edad en el procedimiento de separación o divorcio fue introducida en el Código Civil por la Ley 11/1990, es decir con posterioridad al

inicio del procedimiento de separación y divorcio del que trae causa la presente ejecución, por lo que no es aplicable retroactivamente.

Tales alegaciones no pueden prosperar por cuanto, si bien es cierto que el requisito de la convivencia viene determinado por el artículo 93 CC como necesario para reconocer legitimación al progenitor en relación a las reclamaciones relativas a la pensión de alimentos, tal requisito concurre en el presente caso por más que el hijo durante los meses que dura el curso académico resida, por razón de estudios, en una localidad diferen-

te. Como señala la representación procesal de la madre en su escrito de oposición al recurso, la residencia durante esos meses en otra ciudad a fin de cursar estudios universitarios no determina la no concurrencia del requisito de la convivencia. En efecto, resulta razonable entender que concurre la convivencia requerida aunque el hijo se ausente durante temporadas del domicilio por causas justificadas, siempre que la vivienda del progenitor que reclama la pensión sea su domicilio, además de seguir dependiendo económicamente de dicho progenitor por carecer de ingresos propios.

Por otro lado, el artículo 93 ha sido correctamente aplicado por el juzgador de instancia

por cuanto siendo una norma procesal la misma es de aplicación desde el mismo momento de su entrada en vigor, sin que sea predicable en toda su extensión el principio de irretroactividad de las normas, propio de los preceptos sustantivos. Ello se deduce de la aplicación analógica de la Disposición Transitoria Cuarta del Código Civil, en virtud de la cual, las acciones y derechos no ejercitados con anterioridad a la vigencia de la nueva norma subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación anterior pero sujetándose en su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a la nueva norma.

CUESTIONES PROCESALES

No ha lugar a fijar litis expensas dado que tal posibilidad se constriñe a la pieza de medidas provisionales.

AP LEÓN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Alberto Francisco Álvarez Rodríguez

Se insiste en esta alzada en la reclamación de litis expensas.

Este Tribunal tiene reiteradamente declarado, así en Sentencias de 15 y 23 de mayo de 1998, 28 de septiembre de 2000 y 24 de enero de 2001, la improcedencia de fijar en los autos principales cantidad alguna por tal concepto por cuanto el artículo 103 del Código Civil, en la litis matrimo-

nial, constriñe tal medida a la pieza de medidas provisionales.

Por ello, aunque la resolución recurrida haya guardado silencio sobre tal concreta pretensión, ya en la primera instancia ejercitada, el rechazo implícito de la misma debe ser confirmado y desestimado, pues, el motivo del recurso.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Razones de economía procesal llevan a concretar, en fase de ejecución de sentencia, un régimen de visitas distinto al recogido en la sentencia, para adaptarlo a las exigencias laborales de los progenitores.

AP ZARAGOZA, SEC. 5.ª, AUTO DE 4 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Luis Pastor Oliver

Partiendo de esas bases, resulta difícil cuadrar y milimetrar los espacios y momentos de convivencia de los padres separados con sus hijos, cuando no existe esa posibilidad entre los propios interesados. Por eso es necesario llegar a soluciones prudentes y ponderadas que satisfagan en la medida de lo

posible los derechos de todos los intervinientes en la relación familiar.

Así, es difícil poder afirmar o negar a esta Sala si el Sr. José Ángel trabaja o no los viernes por la tarde. Pero, es presumible que así pueda ser. Por lo tanto, el permitirle que como regla general

deje sin consulta los primeros viernes de cada mes porque en ellos tendrá derecho a visitar a sus hijos, parece una medida lógica. Además, el resto de los fines de semana del mes se distribuyen de forma que doña Trinidad podrá compaginarlos con su efectiva estancia en Madrid. Por lo que la decisión

adoptada por el juez *a quo* (para lo cual no ha recibido excesivas facilidades por ninguna de ambas partes) se representa como equitativa y respetuosa de todas las posturas y de la letra y espíritu de los artículos 94 y 3.1.º Código Civil. Por lo que procederá su confirmación.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Estimación de la causa de oposición alegada por el ejecutado ante la solicitud de lanzamiento, al apreciarse por el tribunal la existencia de abuso de derecho en la ejecutante que pretende ejecutar el convenio regulador de la separación cuando posteriormente se reconciliaron los cónyuges, sin que sea obstáculo para ello que, en su momento, dicha reconciliación no la pusieran en conocimiento del tribunal.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 13 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

La problemática jurídica que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración tiene su origen en el convenio regulador que, suscrito por los cónyuges hoy litigantes en fecha 6 de mayo de 1996, fue íntegramente refrendado mediante la Sentencia que, dictada en 16 de julio siguiente, puso fin al procedimiento de separación matrimonial que aquéllos habían promovido por vía consensual. En el referido documento, y entre otras estipulaciones, se acordó asignar al Sr. Juan el uso de la vivienda familiar, ubicada en la localidad de Alcobendas, en tanto que a la esposa se le atribuyó el disfrute de un segundo inmueble de titularidad ganancial sito en El Barraco (Ávila). Igualmente se reconoció, en dicho convenio, el derecho de doña Paula al percibo de una pensión por desequilibrio, en cuantía de 25.000 pesetas mensuales, con las correspondientes actualizaciones anuales, de conformidad con el Índice de Precios al Consumo que publicara el Instituto Nacional de Estadística.

En la demanda rectora del presente incidente de ejecución, la representación procesal de doña Paula alega que el esposo ha procedido a instalarse en la vivienda asignada a aquélla, negándose a abandonar el inmueble, pese a los requerimientos que se le han hecho en tal sentido, exponiendo que tampoco ha pagado, desde el mes de agosto de 1997, los incrementos de la pensión compensatoria. Y se acaba por suplicar que se requiera a don Juan para que abandone el citado inmueble, y se despache ejecución por la suma de 1.095,35 euros,

a que ascienden los atrasos por actualización de la expresada prestación económica.

Frente a la ejecución despachada, mediante auto de 13 de noviembre de 2003, opone la representación del Sr. Juan que los esposos se reconciliaron al poco tiempo de dictarse la sentencia de separación matrimonial, pasando a convivir, previa venta de la vivienda sita en Alcobendas, en el inmueble cuyo uso había sido asignado a la esposa.

Y acogida la oposición por la juzgadora *a quo*, mediante Auto de fecha 28 de junio de 2004, se alza la ejecutante contra dicho criterio decisorio, suplicando de la Sala que, con revocación del mismo, acuerde la continuación de la ejecución despachada, dejando además «sin efecto toda resolución dictada, y/o, actuación llevada a cabo, a los fines de dejar sin efecto lo resuelto en el procedimiento de separación 250/1996, tramitado en el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Alcobendas».

Del contexto de lo actuado ante el Órgano *a quo*, junto con la prueba practicada en esta segunda instancia, resulta debidamente acreditado que, a los pocos meses de dictada la sentencia de separación matrimonial, los esposos ahora litigantes reanudaron plenamente su convivencia conyugal, y ello por iniciativa de la Sra. Paula, quien solicitó a su esposo e hija menor que se trasladaran a residir, junto con ella, al inmueble de titularidad común sito en la localidad de El Barraco, lo que así se llevó a efecto, procediendo los cónyuges a vender la vivienda que, ubicada en Alcobendas, había constituido la sede

de la vida familiar, con cuyo producto se procedió, entre otras inversiones, a realizar reformas y mejoras en la que, a partir de ese momento, se erigió en la vivienda común de ambos cónyuges y su hija menor.

Sin embargo tal situación fáctica, en cuanto absolutamente desconectada de la que se reflejó en el convenio regulador, no fue puesta en conocimiento del juzgado, conforme exige el artículo 84 del Código Civil a fin de poder dejar sin ulterior efectividad jurídica el *status* legal de separación matrimonial y sus medidas complementarias. Y así, conforme se desprende de la mera lectura de tal precepto, el juez no puede suplir la manifestación de voluntad de los esposos, ante la mera noticia de la reanudación de su convivencia, debiendo, por el contrario, ser aquéllos quienes, al igual que para contraer matrimonio, manifiesten su decisión libre y voluntaria del revitalizar, con todas sus consecuencias legales, la unión matrimonial, que no se les puede imponer por los tribunales, no obstante su reconciliación fáctica.

Como viene manteniendo esta Sala, tal previsión legal trata de dar seguridad al ámbito de relaciones jurídicas derivadas de la crisis matrimonial y sus posteriores vicisitudes, de tal modo que el *status* legal de los esposos inmersos en un procedimiento de separación pueda ser conocido por todos aquéllos a quienes, de una u otra forma, pudiera afectar o interesar, extendiéndose lógicamente la necesidad de la constancia en el Registro Civil a las posibles situaciones posteriores de reconciliación de los esposos que, conforme al precepto analizado, deja sin efecto ulterior lo resuelto en el procedimiento de separación, pero que, a tenor de lo expuesto, requiere, como condición *sine qua non*, que los esposos lo pongan en conocimiento del Juzgado, a fin de que el mismo ordene la cancelación de la anotación registral de la sentencia de separación, a los fines de que la reconciliación pueda producir plenos efectos jurídicos *inter partes* y frente a terceros.

Ello, sin embargo, y contra lo postulado por la dirección Letrada de la recurrente en el acto de la vista celebrado ante la Sala, no puede determinar la revocación, en el presente cauce procesal, del auto dictado, en la litis principal de separación, en la misma fecha que la resolución hoy apelada, pues aquél debió ser objeto de impugnación diferenciada, lo que hasta el momento no ha acontecido, en tanto que el que es objeto de la presente contienda se limita a ordenar que se expida testimonio del mismo para acordar lo procedente en aquel procedimiento principal de separación, pero sin dejar sin efecto directamente, pues tampoco lo podía hacer, la sentencia que puso fin al mismo.

Por ello, y sin perjuicio la resolución que, de oficio en cuanto afectando al estado civil de las personas, haya de adoptarse por el Órgano *a quo* en el referido procedimiento de separación, de conformidad con las ineludibles exigencias del analizado artículo 84, ciertamente vulnerado en el caso, a tenor de lo expuesto, no procede en el presente cauce, y por razones puramente formales, ni revocar aquella resolución que dejaba sin efecto la separación matrimonial, ni modificar lo ordenado en el auto ahora recurrido sobre la expedición del testimonio, pues ello no vinculaba, en modo alguno, aquella otra decisión que, sin perjuicio de lo expuesto sobre su anulación de oficio, bien pudo ser recurrida, en su momento, por la representación de la esposa.

No obstante la antedicha situación formal que, por falta de postulación expresa de los cónyuges, conlleva el mantenimiento del *status* legal de separación matrimonial, es lo cierto que, por iniciativa y voluntad de la hoy recurrente, como antes se expuso, quedó radicalmente modificada la realidad que reflejaba el convenio regulador, que partía necesariamente, en orden a la efectividad jurídica de lo allí acordado, de la ruptura convivencial de los esposos que, como se ha dicho, dio paso, a escasos meses de su sanción judicial, a una larga etapa de plena reanudación de su convivencia, sin perjuicio del ulterior deterioro de sus relaciones.

A mayor abundamiento, tal *status* fáctico ha ido acompañado de una serie de actuaciones económicas que arrancan de la venta de la vivienda conyugal y de la inversión del producto obtenido, al menos en parte, en la adaptación y mejora de la que, en todos estos años, ha constituido la sede de la vida familiar, y que ha determinado el que los cónyuges compartan los gastos de la misma. Ello impide la proyección a la nueva realidad de lo entonces convenido, y que ha quedado alterado por una coincidente decisión voluntaria de ambos litigantes, uno de los cuales quedaría obligado, de accederse a la pretensión de la recurrente, en absoluta contradicción con la anterior conducta de ésta, a desalojar, en unión además de una de las hijas, aún dependiente económicamente, el único inmueble de que actualmente disponen los cónyuges.

El planteamiento de la parte apelante, en cuanto asentado en la mera formalidad de un título (artículo 549.1.1.º LEC), que trata de ignorar una situación fáctica propiciada por la misma, y que voluntariamente ha asumido durante largos años, debe atraer al caso las previsiones que, sobre el abuso del derecho, recoge el artículo 7.º del Código Civil. Declara, al respecto, el Tribunal Supremo que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta

en la que hizo confiar a otro, vulnerando con dicha conducta las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho las que, lejos de carecer de trascendencia, determinan que su ejercicio se torne inadmisibles (Sentencia de 21 de septiembre de 1987). Por todo ello, y sin perjuicio de la posible regulación judicial, a instancia de parte, de la

realidad actualmente concurrente, radicalmente distinta de la que determinó la suscripción del Convenio Regulador, según facultan los artículos 90 y 91, *in fine*, del Código Civil y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no pueden acogerse las pretensiones revocatorias articuladas por la parte apelante.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Es aplicable a la pensión compensatoria la excepción al embargo del sueldo dispuesta en el artículo 608 LEC, pues de una u otra manera, ésta viene a cubrir necesidades alimenticias de la beneficiaria.

AP ZARAGOZA, SEC. 5.ª, AUTO DE 6 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Luis Pastor Oliver

En la ejecución de sentencia de separación la esposa ha venido reiterando las peticiones de ejecución relativas al pago de la pensión que le fue concedida en dicha sentencia. Al considerarse como una pensión compensatoria de las recogidas en el artículo 97 Código Civil se ordenó el embargo de la nómina del esposo en su centro de trabajo, concretamente el Regimiento del Ejército al que pertenece aquél. Sin embargo, resultando la pensión algo superior a los 600 euros, la cantidad retenida por aplicación del artículo 607 LEC se contraía a la de 144 euros. Obviamente, la deuda se iba y se va acumulando. Sin perjuicio de los resultados de las ejecuciones que se puedan instar sobre otros bienes del esposo. Por esta razón se solicitó por la esposa la aplicación del artículo 608 LEC que constituye una excepción a los límites del precepto anterior cuando lo que ha de satisfacerse es una pensión de alimentos. De esta forma, el citado artículo recoge una clara discrecionalidad judicial en beneficio del alimentista.

Ahora bien, para que pueda aplicarse esta excepción que configura el artículo 608 LEC es preciso que la pensión sea de naturaleza alimenticia. Es decir, obedezca a causas de necesidad en el sentido descrito por el artículo 142 Código Civil. Por ello, el elemento fundamental para decidir esta cuestión será, precisamente, la calificación de la pensión concedida en la sentencia de reposición a favor de la esposa.

Aunque no se califica específicamente como compensatoria en el convenio regulador incorporado a la sentencia, se puede deducir dicha denominación del contexto general de la sentencia, pues recoge una situación compatible con ingresos por

parte de la esposa, además del goce por parte de ella del domicilio familiar. Supone, pues, una respuesta al desequilibrio que la separación le supone a la Sra. María Dolores.

Desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial se ha explorado la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria y, con alguna excepción, la gran mayoría de autores y de resoluciones judiciales coinciden en negarle carácter de «alimentos» a la citada pensión. Se habla de naturaleza compensatoria o indemnizatoria; incluso de un híbrido de ambas al tratarse de funciones complementarias y no excluyentes entre sí. Pero, distinto, en todo caso, al derecho de alimentos. Así, STS 29 de junio de 1988, SAP Zaragoza, Sección 5.ª, de 25 de mayo de 1998, Córdoba Sección 2.ª, de 12 de enero de 2004, Toledo de 17 de mayo de 2004, entre otras.

Es cierto que aunque negado doctrinalmente el elemento alimenticio de la pensión compensatoria, la praxis de los tribunales, aun de forma subliminal, o quizás sólo de forma subconsciente, recoge en la cuantificación de dicha pensión en alguna medida (en ciertas resoluciones matrimoniales en importante medida) un componente alimenticio en favor del cónyuge desfavorecido, pues en ocasiones esa pensión compensatoria es el elemento de subsistencia. No en vano la circunstancia 8.ª del artículo 97 CC contiene nítidamente una definición propia del «derecho de alimentos», cuando dice que habrá que tenerse en cuenta «El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge». Esta tesis viene a ser recogida de alguna manera en nuestra Sentencia 19/2001, de 17 de enero, en la que se citan algunas resoluciones proclives a

integrar en la pensión compensatoria un difuso derecho de alimentos (SAP Ciudad Real, Sección 2.ª de 26 de marzo de 1998).

Las SSAP de Valencia 11 de junio de 2003 (Sección 10.ª) y de Madrid de 3 de junio de 2003 (Sección 22.ª) siguen también ese criterio, concluyendo la aplicabilidad del artículo 608 LEC a la pensión compensatoria, pues como señala la última de ellas «de una u otra manera, esta última prestación

(pensión compensatoria) viene a cubrir necesidades alimenticias que no pueden ser ignoradas». Es más, la legislación civil en materia de separación y divorcio no contempla para el cónyuge una pensión de alimentos con independencia de la compensatoria. Por lo cual quedaría sin contenido el citado artículo 608, cuando se refiere a «los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge...».

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No se aprecia abuso de derecho ni mala fe en el no reintegro de los hijos comunes al domicilio materno, ya que la problemática surgida es debida a la tensión existente entre ambos progenitores.

AP LEÓN, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Luis Adolfo Mallo Mallo

Constituye el eje argumental de la demanda y del presente recurso el que la denuncia formulada por la demandada contra el actor, por el no reintegro de los hijos comunes al domicilio materno, constituye un ejercicio abusivo y antisocial del derecho prescrito por el artículo 7.2 CC.

La doctrina del abuso del derecho que inicia su evolución a partir de la conocida Sentencia de 14 de febrero de 1944 se puede concretar afirmando que los derechos subjetivos tienen unos límites de orden moral, teleológico y social, y cuando se obra en aparente ejercicio de un derecho, traspasando en realidad los límites impuestos al mismo por la equidad o la buena fe, con daño para terceros se incurre en responsabilidad; en estricto sentido quien usa de su derecho no puede cometer abuso alguno; abusa quien ejecuta un derecho que la ley no le ha concedido (STS de 21 de diciembre de 2000). Procede el abuso de derecho como institución de equidad, cuando el derecho se ejercita con intención bien decidida de causar a otro un daño o utilizándolo de un modo anormal y contradictor de la armónica convivencia social, exigiendo su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia e interés legítimo) como recoge la S. de esta Sala de 30 de mayo de 1988 con antecedentes en otras resoluciones como la de 5 de marzo de 1996 (STS de 18 de julio de 2000).

Estimamos nosotros que la denuncia formulada por la demandada el día 16 de agosto de 2003 (folio 19) no reúne los requisitos enunciados

para integrar un ejercicio antisocial o abusivo del derecho.

En efecto, aun cuando se insiste por el actor en que según el régimen de visitas judicialmente aprobado le correspondía tener en su compañía a los hijos durante 41 días en el verano (la mitad del período vacacional) y que no tenía que reintegrar a los niños al domicilio materno el día 15 de agosto, lo cierto es que ésa era la creencia de la madre y que el padre no comunicó fehacientemente a aquélla la fecha de reintegro de los menores, contribuyendo esas difíciles relaciones entre los progenitores y su incomunicación a generar dudas sobre la fecha de finalización del período de estancia con el padre.

Por otro lado la madre se ve imposibilitada para comunicar con sus hijos, no pudiendo tampoco contactar con el demandante, comunicación que resultó incluso dificultosa para la policía (folio 22), lo que pudo generar inquietud en la madre, cuya actuación no estimamos guiada por el propósito de perjudicar al actor.

Seguramente la denuncia y subsiguientes actuaciones policiales y judiciales pudieron y debieron haberse evitado, pensando sobre todo en el interés de los menores; ahora bien, la desafortunada actuación no es imputable en exclusiva a la demandada, sino que, como sostiene la sentencia apelada, es corresponsabilidad el propio actor, pues las tensas relaciones mantenidas entre ambos, las diferencias surgidas en torno al régimen de visitas, la incomunicación en suma entre ambos es el desencadenante de los acontecimientos y es responsabilidad de ambos progenitores.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El *dies a quo* a los efectos del cómputo de la prescripción para el ejercicio de la acción de reintegro a la masa patrimonial de las cantidades que indebidamente salieron de la misma es desde que se decreta la disolución de la sociedad de gananciales.

AP OURENSE, SEC. 2.^a, SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana María del Carmen Blanco Arce

Se alega asimismo por el recurrente la prescripción de la acción ejercitada, al entender que conforme al artículo 1964 del Código Civil, ha transcurrido el término de 15 años previsto en el mismo para el ejercicio de las acciones personales desde el momento en que la esposa hizo suyas en el año 1987, cantidades propias de la sociedad de gananciales.

Tal pretensión tampoco tiene acogida, puesto que el *dies a quo* de la prescripción ha de

computarse desde el momento en que el actor pudo ejercitar la acción de reintegro a la masa patrimonial de las cantidades que indebidamente salieron de la misma, y éste no es otro que aquél en el que se decreta la disolución de la sociedad de gananciales merced a la Sentencia de divorcio recaída con fecha 1 de junio del 2000, desde la cual no ha transcurrido el referido plazo de 15 años.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Hasta la disolución de la sociedad de gananciales los ingresos del marido procedentes de su trabajo deben estimarse gananciales y deben incluirse en el activo las cantidades ingresadas en la cuenta bancaria.

AP VALLADOLID, SEC. 3.^a, SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Salinero Román

Por la misma razón de situar el tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales en el momento de la separación de hecho cuestiona el esposo la sentencia en el pronunciamiento que otorga el carácter de ganancial de los ingresos procedentes del trabajo del marido hasta el día 6 de junio de 2001. Volvemos a argumentar lo mismo. No es criticable la tesis del Juzgador para señalar el momento de la disolución en el tiempo del dictado de la sentencia de separación, pues el

tiempo transcurrido es el común u ordinario para los trámites de un proceso de esta naturaleza y la cesación de la convivencia no era más que la consecuencia del inicio del proceso de separación. Por tanto hasta el cese de la disolución de la sociedad de gananciales los ingresos del marido procedentes de su trabajo deben estimarse gananciales y deben incluirse en el activo las cantidades ingresadas en la Cuenta de Caja Duero en la suma fijada en la sentencia.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El avalúo de los bienes que integran el patrimonio ganancial ha de realizarse en la fase liquidatoria propiamente dicha (artículo 810 LEC), y no en la de formación de inventario (artículos 808 y 809 LEC), sin que sea ello obstáculo para que junto a las partidas del inventario se puedan dar por las partes los valores de dichas partidas.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Que en fecha 11 de noviembre de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Móstoles, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que habiendo visto la oposición formulada por don Serafín, acuerdo que el inventario de la sociedad de gananciales constituida por los cónyuges doña Rebeca y don Serafín, quedará integrado por las partidas del activo y del pasivo establecidas en el fundamento jurídico primero de la presente sentencia. Ello sin expreso pronunciamiento sobre costas procesales».

Y así centrado el debate en la presente alzada, cabe decir que dentro del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial se contemplan dos fases procesales claramente diferenciadas: una, la formación de inventario de los bienes y deudas que integran el patrimonio consorcial (artículos 808 y 809 de la LEC) y, otra, la fase liquidatoria propiamente dicha sobre la base del inventario previamente realizado y sobre el que ha recaído conformidad de los cónyuges o ha sido aprobado en virtud de sentencia (artículo 810 de la LEC). Sobre en qué fase debe figurar el avalúo de los bienes, la mayoría de la doctrina se inclina a entender que es tema de la segunda fase o de liquidación como se desprende del artículo 784.1 de la LEC al que se remite el artículo 810.5 LEC pues es en fase de liquidación donde se prevé la designación del contador, así como el nombramiento de

peritos que hayan de intervenir en el avalúo de los bienes; así también lo indica el artículo 785 LEC cuando habla del avalúo a practicar por contador y peritos; el artículo 786.1 LEC habla del contador y avalúo y el 786.2 LEC habla del cuaderno o escrito que ha de presentar el contador con el avalúo de los bienes inventariados; es decir, actuaciones claramente de la segunda fase; que no impiden que junto a las partidas del inventario se puedan dar ya por las partes el importe de dichas partidas; pero que, se insiste, el verdadero valor de los bienes y el verdadero importe de las deudas ha de determinarse en la segunda fase del artículo 810 de la LEC y máxime si entre las partes hay controversia. El órgano *a quo* correctamente en el caso, remite a las partes a la segunda fase para la determinación del crédito del Sr. Serafín por la amortización del préstamo con Caja Madrid al ser el momento procesal idóneo y pertinente para ello y al no ser, además, el tema pacífico en los litigantes; en su consecuencia, procede desestimar el presente recurso de apelación.

Por lo que se refiere a las costas de la presente alzada, en virtud de la flexibilidad que permiten los artículos 398 y 394 de la LEC; no obstante desestimarse el recurso, no procede hacer pronunciamiento de condena; y ello en atención a la naturaleza del pleito y de las circunstancias concurrentes.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Procede incluir en el activo de la sociedad la deuda del esposo por haber detraído dinero ganancial mediante transferencia a una cuenta de su única titularidad, sin que se haya acreditado que la destinara al pago de deudas gananciales.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Sánchez Franco

Que en fecha 28 de junio de 2004 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 66 de Madrid, se dictó Sentencia

cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que debo declarar y declaro incluidas en

la sociedad de gananciales las siguientes partidas del activo:

– 4.958,34 euros que adeuda el esposo a la sociedad de gananciales.

El segundo motivo del recurso es la pretensión que la deuda del demandado con la sociedad de gananciales sea 1.509,83 euros en vez de los 4.958,34 que acuerda la sentencia de instancia.

Debe ser desestimado tal motivo pues como hecho real consta que unilateralmente dispuso de 825.000 euros que pertenecían a la sociedad de gananciales y que estaba depositado en la cuenta del Banco Zaragozano mediante orden de transferencia a una cuenta privada suya según consta en la información de la entidad financiera, sin que conste, por otra parte de forma seria e inequívoca que dicha cantidad se aplicara parcialmente al pago de deudas de la sociedad de gananciales».

REGÍMENES ECONÓMICOS

Deben incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales las obligaciones de la Seguridad Social que se reclamaron en su día y que dieron lugar al expediente de apremio.

AP ZAMORA, SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Andrés Manuel Encinas Bernardo

Por Gabriel, separado de Constanza por Sentencia de 5 de julio de 2000, se solicitó formación de inventario, estando la discrepancia únicamente en relación al crédito por deuda con la Seguridad Social, que el esposo mantenía debe o no incluirse en el inventario y frente a la sentencia de instancia que lo incluye, se alza el apelante alegando error en la valoración de la prueba.

No puede olvidarse que el artículo 1392.3.º CC declara que la sociedad de gananciales concluye de pleno derecho cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges (STSS de 26 de abril de 2000, 24 abril de 1999, 27 de enero de 1998 y 23 de diciembre de 1992), llegando a decir que en algunos supuestos la disolución de la sociedad conyugal se produce con la separación de hecho, para ello es necesario la concurrencia de una serie de presupuestos como son la inequívoca voluntad de poner fin a la misma con tal conducta y que se dé un largo período previo de separación en el que ha habido una absoluta independencia económica en la relación interna entre los cónyuges. En el presente caso, pues no puede olvidarse que la sentencia de separación es del año 2000, dictada en rebeldía del hoy apelante, que la deuda con la TGSS fue satisfecha el 30 de abril de 2003, efectuándose el primer pago el 18 de junio de 1999, por lo tanto se trata de una deuda anterior a la liquidación de la sociedad de gananciales, incluso a la sentencia de separación, y por lo tanto, contrariamente a las alegaciones del recurrente, resulta indiscutible que en las fechas en que se originó la deuda con la

Tesorería de la Seguridad Social era imputable a la sociedad de gananciales del matrimonio constituido por los hoy litigantes, y que se hallaba vigente entre ambas partes litigantes el referido régimen económico matrimonial, (folio 28); consta de las certificaciones bancarias que todos los ingresos los realiza su hija Francisca (*vid.* folios 31 a 42) a excepción del efectuado el 8 de agosto de 2000 (folio 34) por importe de 32.000 pesetas, si bien no consta firma alguna; el último pago se efectuó el 30 de abril de 2003, cancelándose la deuda. Igualmente resulta de la testifical, que Francisca ingresaba las cuotas, no por encargo de su padre, sino de su madre, quien a su vez le daba el dinero sus hijos para poder saldar la deuda, y ello es comprensible si tenemos en cuenta que el esposo desapareció, tramitándose en rebeldía el procedimiento de separación, por lo que malamente podría entregar él el dinero a su hija para que lo ingresara en su nombre. De conformidad con lo expuesto, no hay género de dudas que se trata de una deuda pagada por uno solo de los contrayentes, en este caso la esposa, que debe incluirse en el inventario máximo cuando no está probado que se abonara con dinero ganancial y en consecuencia, ningún error al valorar las pruebas, ni testifical ni documental se ha producido, por lo que procede desestimar en su integridad el recurso, pues no puede olvidarse, como colofón, conforme al principio general que la informa, comunidad de gananciales o beneficios, pertenecerán a la sociedad, conforme al artículo 1347.1.º los bienes obtenidos por el trabajo

o la industria de cualquiera de los cónyuges; pero como contraposición y reconocimiento del que dice que cuando se está a los beneficios se debe estar a los perjuicios, el artículo 1362.4.º, dentro de la Sección dedicada a las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, estima como una de ellas «las que se originen por la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge».

Precepto estimado justo y acertado por la doctrina y que no deja de traducir el efecto de que esas obligaciones no son nada más que bajas en el momento de los frutos que serán atribuidos a la comunidad conforme al artículo 1381; cargas que han de ser las ordinarias y en tal concepto han de ser incluidas las obligaciones de la Seguridad Social que se reclamaron en su día y que dieron lugar al expediente de apremio.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Reconocida la ganancialidad de un determinado bien ha de presumirse que los incrementos derivados también tienen tal consideración.

AP LAS PALMAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Augusto García Van Isschot

Alega el recurrente que en el acto del juicio mantuvo que el allanamiento se circunscribía sólo a la consideración de bien ganancial de la licencia de taxi y vehículo afecto, sin que la contraparte haya acreditado la relación de causalidad de los depósitos habidos en la entidad Deutsche Bank de fecha posterior a la separación del matrimonio de los litigantes sin que haya comparecido el testigo interesado para acreditarlo.

El Acta levantada del juicio del día diez de noviembre de 2003 recogió que la parte demandada «se allana en cuanto a la inclusión de la licencia de taxi», a continuación pone en boca del actor la expresión «la partida relativa a los intereses que ha generado» y como contestación del demandado consigna «es ganancial».

Con esto basta para desestimar la impugnación pues como dijo el Juez en aquel acto *a priori* reconocida la ganancialidad de un determinado bien ha de presumirse que los incrementos derivados lo son también, y es, más, al margen de la dispuesto en el artículo 1347 del Código Civil, nosotros hemos revisado la grabación en DVD de aquel

acto y observamos cómo la dirección letrada del demandado expresamente dijo que no venía a discutir eso cuando el demandante precisó que el allanamiento se extendía también a la partida 4.ª o intereses del Depósito.

En cualquier caso, la coincidencia cronológica y la importancia económica de la operación, según los documentos aportados por el demandante, revela que el demandado/apelante transfirió su licencia del taxi en fecha tres de agosto de 2000 y ese mismo mes, el día 18, recibe una transferencia en cuenta por importe de 90.151,82 euros, dinero que, lógica y cabalmente, ha de extraerse que procede de la venta de la licencia que transfirió administrativamente en agosto de 2000 (fecha de la aprobación por Decreto de la Alcaldía; doc. núm. 7 de la demanda) al tratarse de un jubilado que se ha desprendido de su fuente de ingresos única, amén de que la sentencia firme de separación no recayó hasta el 29 de abril de 2002 momento en que conforme al artículo 95 del Código Civil no se disuelve la sociedad de gananciales.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

El mero hecho cronológico de haber superado la adoptanda los 18 años de edad no puede determinar, *per se*, la constitución de una relación jurídica que hubiere resultado inviable en etapas anteriores, ante la negativa del progenitor biológico.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Tras su rechazo en la instancia, reproduce el Sr. Juan Pedro ante la Sala de su pretensión de que se constituya la adopción entre el mismo y doña María Rosario.

En apoyo de dicho *petitum* revocatorio, aduce la dirección Letrada del apelante que se cumplen en el caso los requisitos al efecto exigidos por el artículo 175 del Código Civil, tanto los de edad de adoptante y adoptanda, como el relativo a la convivencia ininterrumpida de ambos desde antes de cumplir esta última los catorce años de edad. Y añade que el presente caso, por la mayoría de edad de doña María Rosario, queda fuera del ámbito de la Ley Orgánica 1/1996, rigiendo el principio de la autonomía de la voluntad. Respecto del padre biológico, hoy apelado, se afirma que ha observado una conducta de total dejadez de sus funciones como padre, a lo que une un absoluto desconocimiento de la vida de su hija.

Y así definida la controversia litigiosa en el presente momento y trámite procesales, pues la parte apelada interesa la íntegra confirmación de la resolución dictada por el Órgano *a quo*, procede analizar la problemática suscitada a la luz de la doctrina emanada de la vigente legalidad en la materia, en su proyección sobre las circunstancias concurrentes en el caso, según pone de manifiesto el contexto alegatorio y probatorio sometido a nuestra consideración.

Al contrario de lo que afirma la parte recurrente, no puede sostenerse, con apoyo en nuestro ordenamiento jurídico positivo, especialmente tras la reforma operada por la Ley 11 de noviembre de 1987, que la adopción siga gravitando sobre el consentimiento de las partes, como si de un negocio jurídico privado se tratara, con la trascendencia que al principio de autonomía de la voluntad otorgan los artículos 1254 y siguientes del Código Civil.

Así, conforme se desprende de la mera lectura de las previsiones contenidas en los artículos 175 y siguientes de dicho texto legal, la voluntad privada, al contrario de lo que acaece en los supuestos contractuales, a tenor de lo que establece el número 1.º del artículo 1261, no se erige en un elemento

constitutivo del efecto jurídico contemplado en aquellos preceptos, suponiendo tan sólo un simple presupuesto, eso sí indispensable, para que la relación jurídica postulada pueda ser acogida por la decisión judicial, sin que ésta quede vinculada por las referidas manifestaciones de voluntad.

En efecto, no nos encontramos ante una declaración de voluntad negocial, sino, en último término, cuasi negocial, esto es de libre aceptación por las partes de la relación jurídica adoptiva, que sólo se constituye en virtud de la decisión de los tribunales, que pueden denegar la misma cuando consideren que, no obstante la inexcusable concurrencia de los consentimientos y demás expresiones de voluntad legalmente exigidos, la constitución del vínculo de filiación no sea acorde al interés del adoptando, o cuando falte algún otro de los requisitos exigidos por la expuesta normativa legal.

De otro lado, y como viene manteniendo esta Sala, con apoyo en la vigente legalidad, no ha de olvidarse que la adopción aparece configurada como un instrumento de integración familiar referida esencialmente a quienes más lo necesitan, y supone la completa ruptura del vínculo legal que el adoptando mantenía con su familia de origen el que, en la generalidad de los casos, no responde ya al *status* fáctico al efecto existente, creando, en su lugar, una relación de filiación, de conformidad con lo prevenido en los artículos 108 y siguientes del Código Civil, que sólo es aplicable, «salvo supuestos muy excepcionales», para los menores de edad, según se recoge en el preámbulo de la Ley de 11 de noviembre de 1987. En el mismo se excluye la posibilidad indiscriminada de adoptar a los mayores de edad, especialmente a través de la antecedente figura de la adopción simple, que se revelaba como instrumento, en la mayoría de las ocasiones, para la consecución de fines marginales no merecedores de una protección especial.

Tales principios se recogen, de forma clara e inequívoca, en el artículo 175.2 del Código Civil, al prevenir que «únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados». Ciertamente es que tal genérica proclamación ofrece, en el mismo

precepto, un mínimo resquicio, al disponer que «por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años».

Como ya hemos tenido ocasión de pronunciarlos en similares casos antecedentes, la lectura de esta última previsión revela la viabilidad, eso sí excepcional, de sancionar legalmente un *status* fáctico en el que, partiendo de una ruptura radical con la familia biológica, se haya creado una intensa relación entre adoptante y adoptando, ya prolongada en el tiempo y con plena integración a todos los efectos, salvo su amparo por la ley, de este último en el entorno familiar del primero.

En el supuesto que hoy analizamos, resulta acreditado que doña María Rosario, nacida, en fecha 21 de abril de 1985, de las relaciones entre don José Ramón y doña Mercedes, quedó integrada, tras el matrimonio de esta última con el hoy apelante, celebrado en 20 de octubre de 1990, en el entorno familiar constituido por los mismos, cumpliéndose además los condicionantes de edad exigidos en el apartado número 1 del artículo 175, ya que el señor Juan Pedro nació en el año 1940.

Sin embargo, la concurrencia de tales circunstancias no ha de bastar para acoger la pretensión articulada por don Juan Pedro, en cuanto la expuesta situación fáctica, generadora de indiscutibles vínculos de familiaridad y afecto, ni ha supuesto la ruptura de toda relación con el progenitor biológico de la adoptanda ni, durante la reciente minoría de edad legal de la misma, existieron motivos que pudieran haber determinado que al Sr. José Ramón se le privara de la patria potestad sobre aquélla, de conformidad con lo prevenido en el artículo 175,

en relación con el 170, ambos del repetido texto legal, y que hubiera excluido la ineludible necesidad de su asentimiento al respecto.

Así, la prueba unida a las actuaciones revela que doña María Rosario mantuvo un contacto regular con su padre, en forma de estancias en fines de semana y períodos vacacionales, hasta que cumplió 13 años, a partir de cuyo momento la misma se negó a pernoctar en el entorno paterno, sin que se haya acreditado qué causas provocaron tal decisión. Ello, sin embargo, no implicó la total ruptura de las relaciones paterno-filiales, continuando los contactos entre ambos hasta el año 2003, a partir de cuyo momento tan sólo mantienen comunicación telefónica.

Don José Ramón ha venido cumpliendo el deber alimenticio que le incumbía respecto de su hija, en los términos sancionados judicialmente, asumiendo inclusive un préstamo para afrontar los atrasos en que, por su situación económica, había incurrido.

Y siendo ello así, el mero hecho cronológico de haber superado la adoptanda los dieciocho años de edad no puede determinar, haciendo tabla rasa de los expuestos antecedentes, la constitución de una relación jurídica que hubiere resultado inviable en etapas anteriores, ante la negativa del progenitor biológico. Así debió entenderlo el hoy apelante al no ejercitar su pretensión hasta la mayoría de edad de doña María Rosario, ofreciendo como única explicación, de difícil credibilidad, que fue la misma quien, sólo a partir de dicho momento, le manifestó su deseo de integración jurídica plena en su núcleo familiar.

En consecuencia, el planteamiento del promotor del expediente no puede obtener el impetrado amparo de los tribunales.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Acreditado que la madre biológica está incurso en causa de privación de la patria potestad por el abandono físico y moral de su hijo desde su nacimiento, no queriendo verlo ni inscribirlo en Registro alguno, no es necesario el asentimiento materno para constituir la adopción del menor, debiendo únicamente ser citada para ser oída.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Sánchez Franco

Que en fecha 30 de marzo de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 28 de Madrid, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que desestimando, como

desestimo la demanda formulada por el procurador doña Eugenia Carmona Alonso en nombre y representación de doña Asunción, contra el Instituto Madrileño del Menor y la Familia de

la Comunidad de Madrid, así como contra los adoptantes de su hijo menor de edad Lorenzo, debo declarar y declaro que no es necesario el asentimiento materno para constituir la adopción del menor, y si únicamente deberá ser citada para ser oída, acordando alzar la suspensión acordada del referido procedimiento de adopción.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes».

La petición de la parte recurrente debe ser desestimada, pues conforme los hechos acreditados sitúa a la madre biológica en causa para la privación de la patria potestad conforme el artículo 170 del Código Civil, por el abandono no sólo físico sino moral del menor; desde su nacimiento, además de no reclamar, oponerse, querer ver a su

hijo, ni siquiera le inscribió en Registro alguno, unido a su deseo decisión de no querer asumir los cuidados del menor; y todo ello queda reflejado en informes sociales del Hospital de la Paz, y además de los de la Comunidad de Madrid y resoluciones de ésta que ella nunca impugnó; lo que evidencia que la madre biológica no cumplió ninguno de los deberes de protección que conlleva el ejercicio de la patria potestad y según el artículo 154 del Código Civil, ni tampoco la evidencia de una actitud seria y fundada de querer recuperar a su hijo.

Por lo que debemos concluir que el Juez de instancia no ha cometido un error de hecho o derecho en la apreciación de la prueba sometida a su consideración.

FILIACIÓN

Procede imponer las costas de primera instancia al demandado en un procedimiento de reconocimiento de paternidad, dado que se negó a la misma y no se avino a realizar las pruebas extrajudicialmente, pese a que mantuvo una relación estable con la actora.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª José De la Vega Llanes

Que en fecha, dieciséis de octubre de dos mil cuatro por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Aranjuez, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que estimando como estimo la demanda planteada por el Procurador Sr. Lozano Nuño en nombre y representación de doña Magdalena quien a su vez actúa como representante legal de su hijo Claudio, debo acordar como acuerdo al demandado don Julián como padre del mismo, con todas las implicaciones legales, derechos y deberes inherentes a tal declaración.

Se confía la guarda y custodia del menor a la madre sin que su padre ostente la patria potestad por su oposición a la demanda. Queda así como privado de las demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o sus descendientes, ni en sus herencias.

El padre deberá abonar en concepto de alimentos a favor de su hijo la cantidad de 270 euros mensuales a satisfacer con carácter retroactivo desde la fecha de interposición de la demanda (26 de diciembre de 2003). Para lo sucesivo dicha suma será satisfecha anticipadamente dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designe la madre, y se verá actualizada

anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC fijado por el INE u organismo que la sustituya.

Se ordena la inscripción de la filiación paterna en el Registro Civil y al haber sido interesado por la madre en su condición de representante legal, el hijo ostentará el apellido de su padre en el orden habitual pasando a ser llamado Claudio. Las restricciones que afectan al padre y que se declaran en esta sentencia dejarán de surtir efecto por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Se imponen al demandado las costas originadas en el presente juicio.»

El presente recurso de apelación se centra en un único extremo, a saber, el relativo a la condena en costas de primera instancia, según se alega porque dado que la actora solicitó una pensión alimenticia para el hijo consistente en el 20% de los ingresos del demandado que valoró en una suma no inferior a 240 euros, la sentencia fijó dicha cuantía en 270 euros mensuales, lo que según su entender supone una estimación parcial de la demanda.

El recurso no puede prosperar, dado que la fijación de una cuantía superior a los 240 euros mensuales para el hijo, no implica una estimación parcial de la demanda, en cuanto es suma superior a la solicitada y que en todo caso, queda fuera del principio de rogación, y por ende no está limitado por el mismo.

Por otro lado, las costas de 1.ª Instancia se han impuesto también ante la conducta del demandado, que ha dado lugar al procedimiento de

reclamación de paternidad, dado que el mismo negó la misma y no se avino a realizar pruebas extraoficiales, no obstante la relación estable que mantuvo con la actora. Consecuentemente, procede confirmar la condena, en primera instancia, al pago de las costas procesales.

La desestimación del presente recurso conlleva la imposición de las costas devengadas a la parte apelante (artículos 398 y 394 LEC).

FILIACIÓN

Procede estimar que la menor no lleve el apellido del padre, manteniendo los impuestos al momento de la inscripción de nacimiento, sin perjuicio de la petición de modificación que puede llevar a cabo una vez alcance la mayoría de edad por sí misma.

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Concepción Macarena González Delgado

La Sentencia de Tribunal Supremo de 7 de julio de 2004, recogiendo jurisprudencia anterior de la misma Sala, señaló que junto a la privación de la patria potestad fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, artículo 170 del Código Civil, el artículo III.2 del mismo texto legal excluye la patria potestad del progenitor cuando la filiación ha sido judicialmente determinada contra su oposición, exclusión que se impone por ministerio de la ley, no por sentencia y que se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y demandado no se allana a la pretensión, bien que, como no podía ser de otro modo, acepta la decisión judicial tras seguir el proceso, de tal manera que esa exclusión de la patria potestad sólo puede tener lugar cuando la determinación de la filiación se haya producido con la oposición del progenitor, oposición que ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado y ha de ser firme, sin poder identificarla con el derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundados seriamente.

Son pues, con los citados criterios interpretativos como deben ser examinadas las actuaciones a la vista de lo que ha resultado acreditado en ellas, a fin de determinar si la actitud del demandado ha sido la de oposición a dicha declaración, o si la oposición llevada a cabo debe ser estimada como el legítimo derecho de defensa y en tal sentido, debe

tenerse en cuenta no sólo que el demandado no se allanó a la demanda, practicándose las pruebas biológicas solicitadas, antes las dudas que la referida paternidad le suscitaba, sino que debe ser tenida en cuenta la actitud del padre desde el nacimiento de la menor, del que no sólo tuvo cumplido conocimiento, como queda acreditado, sino también de la relación con la hija no sólo al tiempo del nacimiento sino años más tarde a instancia de las madre, haciendo que ésta conociera a su familia e integrándose en ella en algún modo, sin que por el contrario, intentara de forma extrajudicial despejar las dudas que la paternidad le ofrecía, según sus manifestaciones, y es después de un acto de conciliación y otro juicio instado por la madre, cuando, por fin se consigue la determinación de la filiación en éste. Todas estas situaciones no pueden llevar a otra conclusión que la procedencia de la aplicación de lo dispuesto en el artículo III del Código Civil, que como mismo reconoce la anteriormente citada sentencia del Tribunal Supremo, esta solución no perjudica al menor, cuyo interés debe ser siempre prevalente, puesto que la exclusión del ejercicio no equivale a privación; basta leer el artículo III cuando concluye que sobre los poderes excluidos, quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos y con el cumplimiento de tales deberes y el ejercicio materno de la patria potestad queda cubierto el interés preponderante del menor, además de que dichas

restricciones podrán cesar, como también prevé el artículo III.

El artículo III dispone que en los casos de exclusión de la patria potestad a que se refiere el citado precepto el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión mas que si lo solicita el mismo o su representante legal, restricciones que dejarán de tener efecto por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad. En estas actuaciones, la actora como madre de la menor cuya filiación ha sido declarada, solicitó en la demanda que la declaración de la filiación se hiciera constar en

el acta del nacimiento del menor, sin que pidiera expresamente que se llevara a cabo la imposición de apellidos de acuerdo con la filiación que se declarara. Situación que sólo puede darse cuando la filiación haya sido determinada con oposición del padre y en el sentido antes señalado, de manera que en atención a lo anteriormente expuesto, procede estimar que la menor no llevará el apellido del padre, manteniendo los impuestos al momento de la inscripción de nacimiento, sin perjuicio de la petición de modificación que puede llevar a cabo una vez alcance la mayoría de edad por sí misma, o antes, por medio de la representante legal, y previa aprobación judicial. Por lo expuesto, procede estimar el recurso de la actora.

FILIACIÓN

Se desestima la acción de reclamación de filiación por no ser llamado al proceso el padre que figura inscrito como tal en el Registro Civil: es persona cuyo interés resulta jurídicamente protegible al poder resultar afectado por la resolución judicial (artículo 766 LEC). Condena en costas en primera y segunda instancia a la actora por aplicación de la teoría del vencimiento objetivo.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Sánchez Franco

Que en fecha trece de mayo de 2004 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que desestimo la demanda presentada por doña Aranzazu Fernández Pérez en nombre y representación de doña María Cristina para que se determinara la filiación de la misma respecto a don Sergio presentada contra don Braulio, doña Remedios y don Carlos Daniel sin hacer pronunciamiento en cuanto a la cuestión de fondo y sin hacer expresa condena en costas.».

Deben ser desestimadas las pretensiones de la parte actora ahora recurrente, pues sus alegaciones contenidas en su escrito de formalización de recurso carecen de razón de ser pues cuando se ejercita una acción de reclamación de filiación cuando existe otra legalmente reconocida para que la relación jurídica procesal quede válidamente constituida es necesario ineludiblemente que sean llamadas al proceso también todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por la declaración judicial y tengan un interés jurídicamente protegible, en este caso al padre que aparece inscrito en el Registro Civil, artículo 766 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil; igualmente procede la desestimación de su petición de condena en costas a la parte contraria al prosperar sus pretensiones; según resulta *a sensu contrario* del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Procede estimar la petición de condena en costas causadas en primera instancia a la demandante según solicita la representación procesal de doña M.ª Cristina, pues al no contener la sentencia de primera instancia en sus consideraciones jurídicas razón o justificación alguna que justifique la no imposición de costas, debe estarse al criterio de vencimiento objetivo para su imposición.

De conformidad con el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede hacer pronunciamiento de condena en costas causadas en esta instancia, respecto al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la actora-apelante; por lo que no procede hacer pronunciamiento de condena en costas respecto al recurso interpuesto por la demandada-apelante de conformidad con el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

UNIONES DE HECHO

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

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Álvarez Seijo

Por el actor don Félix se interpuso demanda en juicio ordinario contra doña Mari José, con quien afirmó haber mantenido una convivencia *more uxorio* durante unos diez años, interesando que habiéndose producido su ruptura, se declarase que durante dicho período de tiempo se había constituido entre ambos una sociedad de gananciales, relacionando una serie de bienes en el escrito rector que tendrían tal condición y solicitando su disolución; subsidiariamente, interesó que se considerase que entre ambos se había constituido una comunidad de bienes, que asimismo había de ser disuelta.

La demandada negó la existencia de régimen de comunidad señalando que además el único bien adquirido por ambos había sido la vivienda sita en la C/ (...) de Pola de Lena y en la que residían, formulando por su parte reconvencción en reclamación de la mitad de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario que gravaba dicha vivienda y que habían sido abonadas por ella, así como se declarase que el mobiliario inventariado en dicho escrito era de su propiedad exclusiva, habiendo sido sustraído el mismo por don Félix, por lo que solicitó su devolución o, en su defecto, la indemnizase su valor, que estimó en 3.375,52 euros. Finalmente, en dicha demanda reconvenccional solicitó que dicho reconvenido le indemnizase en concepto de daños causados en la vivienda en la cantidad de 2.215,60 euros.

La sentencia de instancia, tras analizar la prueba practicada, reconoció la existencia de la convivencia *more uxorio*, mas entendió que no se había constituido entre las partes contendientes ni sociedad ni comunidad alguna, estimando que el único bien que había sido adquirido por la pareja de manera conjunta había sido el inmueble indicado, desestimando por tanto la demanda. En cuanto a la reconvencción, estimó tanto la primera como la segunda petición, declarando, de un lado, la existencia de un crédito de doña Mari José frente a don Félix por 3.619,39 euros en concepto del abono de la mitad de las cuotas de amortización del referido

crédito hipotecario y, de otro, la exclusiva propiedad de los bienes muebles inventariados, condenando a don Félix a su restitución en perfecto estado o a indemnizar su valor de 3.373,52 euros.

El actor interpuso recurso de apelación.

Indiscutida como ha quedado la cuestión relativa a la existencia de la convivencia *more uxorio*, como no podía ser de otro modo, la parte recurrente discrepa frontalmente de la sentencia por cuanto que aún considerando la unión de hecho no estimó la existencia de una comunidad económica entre ambos componentes de dicha unión. Entiende que el hecho de la convivencia implica una comunidad de objetivos, de aportaciones patrimoniales e ingresos, que no puede tener otro sentido que el constituir un acervo económico común, y así lo demuestra la adquisición de la vivienda por mitad, así como la asunción del préstamo hipotecario que gravaba la misma.

Asimismo, dicha parte apelante, sin atacar ni combatir el pronunciamiento de la sentencia por el que se reconoció a doña Mari José el crédito derivado del abono de las cuotas del préstamo hipotecario, alega prejudicialidad penal respecto al pronunciamiento que le condenó a la restitución de los bienes muebles que la reconviniente afirmó ser de su propiedad y sustraídos por don Félix, pues tal cuestión es objeto de un proceso penal en trámite, concretamente las dos Previas núm. 658/03 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Pola de Lena.

Sentadas así las cuestiones objeto del recurso, y por tanto sobre las que exclusivamente este Tribunal ha de centrarse, tal y como señala el artículo 465.4.º de la LEC, cabe comenzar indicando que, como ya abundó el Sr. Juez de instancia con cita de la doctrina sobre la cuestión, no resulta de aplicación a las parejas de hecho el régimen de la sociedad de gananciales *per se*, ello sin perjuicio de que al amparo de lo establecido en el artículo 1255 del CC puedan pactar las normas o reglas por las que deseen regir dicha unión desde el punto

de vista económico. Ahora bien, cierto es que no resulta necesaria la existencia de un pacto expreso, pues también lo puede ser tácito o presunto desde el momento en que la convivencia personal conlleva de ordinario intereses económicos comunes, mas no es menos cierto que esa presunción debe apoyarse en hechos concretos, reveladores cuando menos del ánimo de crear una comunidad de bienes, figura que viene asociándose normalmente a las uniones estables de pareja.

En el presente caso, tal y como se analizó en la sentencia de instancia, y no ha quedado desvirtuado por las alegaciones del recurso, no existe pacto expreso que indique la presencia de un régimen económico acordado entre los componentes de la pareja, sino que los datos extraídos de las actuaciones considerados como más relevante llevan a inferir lo contrario, de manera que no puede alcanzarse la conclusión de la existencia, ni aún de manera presunta, de una comunidad de bienes

acordada, y así basta señalar que cada uno tenía su propia cuenta, sus propios ingresos y lo que es más revelador fueron abonando por separado los recibos de amortización de la hipoteca del único bien inmueble que consta haber adquirido por mitad, lo que ciertamente resulta indicativo de la ausencia de ánimo de formar un patrimonio común, a lo que no obstante el hecho de que ambos coadyuvasen al abono de los gastos de consumo ordinario, que como tales nunca formarían parte integrante de una comunidad.

Así pues, se imponía, como así se resolvió, el rechazo de la demanda, habida cuenta además que si bien el inmueble tantas veces mencionado había sido adquirido por mitad y, por ende, sí pertenece pro-indiviso a ambos, en modo alguno se solicitó en la demanda la *actio comun dividendo*, sino que se ejercitó una acción de liquidación de un régimen económico que se reveló inexistente.

UNIONES DE HECHO

Aplicación analógica del artículo 97 del CC en las rupturas de uniones de hecho. Procede conceder a la mujer una pensión compensatoria durante dos años, que será prorrogable hasta que se resuelva definitivamente el litigio sobre la titularidad de la vivienda familiar: la convivencia ha durado 11 años, no existen hijos, y durante ese tiempo ha dejado sus empleos de labores domésticas que desempeñaba con anterioridad.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª José De la Vega Llanes

Que en fecha, doce de julio de dos mil cuatro por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Majadahonda, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que debo estimar y estimo parcialmente interpuesta por la representación procesal de doña Ariadna contra don Gaspar, decretando la separación de hecho de los expresados con todos los efectos inherentes, los siguientes:

1. La separación de los litigantes, pudiendo señalar libremente su domicilio.

2. Una pensión compensatoria a favor de la demandante y con cargo al demandado por importe de 600 euros mensuales que será actualizada anualmente conforme al IPC que establezca el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya, y será abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto establezca la demandante».

En la sentencia apelada se concede a doña Ariadna el derecho a una pensión compensatoria de 600 euros mensuales actualizables conforme al IPC. El apelante alega en primer lugar la improcedente aplicación del artículo 97 del CC dado que no se trata de una unión matrimonial y al margen de esta cuestión impugna la cuantía de la pensión así como su duración indefinida.

Respecto a la aplicación del artículo 97 del CC el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de marzo de 2001, 5 de julio de 2001, y 16 de julio de 2002, realiza en definitiva una aplicación por analogía de la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del CC concediendo una pensión compensatoria a uno de los convivientes de una unión de hecho.

En definitiva existe el principio de protección a la parte que ha quedado perjudicada por razón de

la convivencia y se pretende en definitiva evitar el perjuicio injusto para el más débil.

Para la valoración de este derecho, ha de apreciarse la existencia de un enriquecimiento injusto para uno de los cónyuges o bien que la convivencia haya disminuido la capacidad de uno de ellos para obtener ingresos o que el cuidado de los hijos comunes o en definitiva de la familia haya disminuido o pueda disminuir en adelante la posibilidad de obtener ingresos propios.

En el caso que se examina, es de tener en cuenta que la convivencia se inició en el año 1991, contando con 42 años ella y 55 años él. No hubo descendencia común y sus respectivas posibilidades económicas eran sustancialmente distintas, pues mientras él poseía un patrimonio importante, ella realizaba tareas domésticas por cuenta ajena.

La convivencia ha durado a penas once años.

Ante estas circunstancias fácticas se estima que procede fijar un límite temporal a la pensión que ha de atribuirse a doña Ariadna, merecedora de la misma por cuanto durante todos estos años ha dejado sus empleos, lo que supone cierta dificultad al incorporarse nuevamente a la actividad laboral.

A ello se añade que tenga que buscar una nueva vivienda al menos hasta que se resuelva el litigio sobre la propiedad de la vivienda familiar.

La suma que por este concepto debe abonar don Gaspar, habida cuenta del saneado patrimonio con que cuenta será la de 1.200 euros mensuales durante un período de 2 años, que se prorrogará hasta tanto se resuelva definitivamente el proceso sobre la titularidad de la vivienda familiar.

UNIONES DE HECHO

Admisibilidad de que en una demanda de juicio ordinario se acumulen todas las acciones para regular la problemática personal y económica dimanante de la crisis de pareja (guarda y custodia, visitas, alimentos, vivienda, pensión compensatoria, ...) al no existir ningún óbice competencial para ello ya que en el partido judicial no existen órganos especializados en Familia.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 10 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

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 la admisión de la demanda interpuesta, a tramitar por las reglas del juicio ordinario, o subsidiariamente, se requiera a la actora para que en el término de cinco días mantenga las acciones cuya acumulación fuese posible, con indicación de las mismas y, en su caso, apertura de la correspondiente pieza de medidas provisionales.

La pretensión principal, sobre solicitud de la admisión a trámite de la demanda interpuesta por la parte recurrente-demandante debe tener favorable acogida, siendo de reseñar los acertados fundamentos y argumentos recogidos en el escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra el auto apelado, en lo que se refiere a las corrientes doctrinales y jurisprudenciales que han puesto fin a la problemática que, aun suscitada inicialmente al momento de la entrada

en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, es lo cierto que, actualmente, no ofrece duda la cuestión procesal planteada, de manera que la Sala hace propia la fundamentación expresada en dicho escrito de interposición del recurso; en cualquier caso, por su interés, aunque lo hace también la parte recurrente en dicho escrito, conviene hacer mención a la propia jurisprudencia de esta sección, que ya tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en un caso análogo dictándose Auto de 11 de junio de 2003, cuyo tenor literal se reseña por la apelante, afirmándose entonces, resolviendo el debate suscitado, después de hacer referencia al ámbito que corresponde el juicio verbal, con mención a los preceptos de la ley procesal que regulan tales procedimientos, indicándose, después, que aunque no es posible aceptar el cauce procesal, el del juicio verbal, para dar respuesta a cuestiones distintas a las que se refiere el artículo 770, «... ello, sin embargo, no excluye la posibilidad del análisis conjunto, esto es, en un solo procedimiento, de

toda la problemática personal y económica dimanante de la crisis de la pareja, en cuanto abarcando no sólo las medidas relativas a la prole, sino también las consecuencias patrimoniales y económicas afectantes a los propios miembros de la pareja, de modo similar al tratamiento de dicha problemática conjunta cuando dimana de la crisis conyugal. Tal posibilidad, al menos en aquellas poblaciones donde no existe juzgado de familia, que tiene su competencia constreñida a las cuestiones dimanantes de los Títulos cuarto y séptimo del Libro 1.º del Código Civil, habría de reconducirse, no a los trámites del juicio verbal, pues ello implicaría la pérdida de fases, y por tanto, de garantías, establecidas en el ámbito de los procesos especiales, sino a los del juicio ordinario, por mor de lo prevenido en el artículo 249,2, en relación con el artículo 251.7.º y 252 de la repetida ley procesal, al menos en aquellos supuestos, cual es el caso que acaece, en que

una de las prestaciones interesadas (pensión compensatoria) excede por sí solo del tope cuantitativo establecido en los referidos preceptos.»

Así las cosas, es clara la procedencia de la admisión a trámite de la demanda, pues a través del trámite del juicio ordinario que interesa la actora se viene a solicitar un conjunto de medidas que excede de aquellas que podrían interesarse a través del trámite del juicio verbal, siendo así que el órgano judicial al que se plantea la demanda no tiene una competencia especial atribuida, según está previsto para los Juzgados de Familia.

Por todo cuanto antecede, y siendo posible la acumulación de todas las acciones en el proceso ordinario elegido, ante el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Alcalá, es lo procedente la admisión a trámite de la demanda interpuesta, a tramitar por las reglas del juicio ordinario.

UNIONES DE HECHO

La convivencia *more uxorio* durante 12 años no es suficiente para constituir *per se* una comunidad de bienes.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Morales Mirat

Se alega por la recurrente error en la valoración de la prueba realizada por el Juzgador señalando que la practicada demuestra la existencia de una *facta concludentia* demostrativos de la existencia, entre actor y demandado de una comunidad de bienes sobre el NÚMoor construido en la c/ (...) núm. NÚMoo0 y el chalet construido en la c/ (...) núm. NÚMoo2 en Vecindario.

Señala la Sentencia del TS de 21 de octubre de 1992 que: «en principio no cabe presumir la existencia de un régimen de comunidad de bienes de la convivencia extramatrimonial que desarrolla una pareja» por ello no cabe la posibilidad de considerar que toda unión extramatrimonial por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes, sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por pacto expreso o por sus *facta concludentia* (aportación continua y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común) evidencien su inequívoca voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión de hecho.

No consta en las actuaciones, las partes ni siquiera lo alegan, la existencia de un acuerdo expreso sobre la constitución de una comunidad de bienes, ni siquiera y respecto a los dos inmuebles cuya división y adjudicación del 50% pretende la actora, pues el pretendido sito en la (...) se construyó sobre terreno perteneciente a la demandada (extremo no discutido) y el situado en la (...) se levantó en un solar en el que aparece como compradora únicamente la demandada.

Tampoco consta acreditada aportación continua y duradera de la actora de sus ganancias o de su trabajo al acervo común de ambos litigantes, limitándose la actora a señalar que todas sus ganancias las percibía en efectivo y entregaba la totalidad de las mismas a la demandada, extremo éste no corroborado por ninguna prueba e incluso contradictorio con lo manifestado por el propio actor que manifestó que él realizó algunos pagos, al Sr. Rosendo, y que compró diversos materiales, aparte de que también manifestó que pagaba alimentos a su hijo así como unas deudas que tenía pendientes.

Los hechos que alega la recurrente como concluyentes a la hora de acreditar la existencia de dicha comunidad no podemos considerarlos así pues éstos, a diferencia de las presunciones, tienen que ser inequívocos, en el sentido de que sin ser los mismos medio directo de exteriorización del interno sentir, los dan a conocer sin asomo de duda, y tal carácter no puede deducirse de los alegados por la recurrente dado que:

La convivencia *more uxorio* durante 12 años; como señalamos no es significativa de la existencia de una comunidad.

La construcción de un ático y un chalet por parte del demandante que fue construida y abonada por aportaciones de la pareja, excepto la estructura del chalet. De dicha manifestación lo único que está acreditado es la aportación del trabajo por parte del actor a la construcción del chalet, ahora bien la misma le daría derecho, en su caso, a una indemnización pero nunca a la propiedad de una parte de lo construido.

Los créditos solicitados por las partes, el primero a MAPFRE a nombre de los dos y los restantes de la Caja Insular solicitados por los dos y concedido a uno de ellos por el tema de las nóminas de la pareja. Aparte de que no existe prueba de que los créditos de la Caja de Ahorro fueran solicitados por ambos litigantes, lo cierto es que fueron suscritos únicamente por la demandada, siendo ella la única obligada, no entendiéndose la excusa dada por la actora acerca de la no suscripción de los mismos por el tema de las nóminas pues por un lado como reconoce expresamente habían suscrito, conjuntamente, un crédito con la entidad MAPFRE, y en segundo lugar si el crédito solicitado iba a ser abonado por los dos en nada perjudicaba al acreedor el hecho de que el actor figurara en el mismo, antes al contrario aumentaba la garantía del crédito concedido al introducir en la obligación a otro deudor.

El acuerdo tácito que tenía la pareja y manifestaban a todos sus amigos, manifestando que tenían un solar en propiedad y habían construido un chalet, haciendo de esa forma pública su voluntad de crear una comunidad. Dichas manifestaciones no fueron acreditadas en los autos pues todos los testigos que depusieron en las actuaciones manifestaron desconocer si entre la pareja existía algún acuerdo para constituir una comunidad coincidiendo únicamente en el hecho de que ambos manifestaban que querían construir una casa.

Las facturas del material de construcción de la (...) núm. NÚM002 giradas a nombre del actor. Dichas facturas no acreditan dónde se emplearon los materiales, ni tampoco la procedencia del dine-

ro, aparte de que como se dijo anteriormente la realidad de las mismas no acreditan ni la existencia de una comunidad ni la adquisición de un derecho de propiedad sobre la casa construida.

El reconocimiento de la actora de que estaban de acuerdo con su pareja en construir y en los presupuestos dados. Dicho reconocimiento únicamente acredita el hecho manifestado, esto es el hecho de querer construir una casa y el acuerdo con el importe de la construcción.

La falta probatoria de que los ingresos de la demandada fueran superiores. Tampoco acreditó la actora sus ingresos.

El reconocimiento por parte de la actora de que su pareja desempeñaba su trabajo, ponía los pisos del chalet, pintaba, decoraba y aportaba los beneficios del trabajo que desempeñaba en el taller de rotulación que tenía instalado en ambos domicilios. No acreditan dichos hechos la existencia de una comunidad.

La declaración don Rosendo de que él solo hizo la estructura del chalet y que el actor lo terminó con sus propias manos. Al igual que lo señalado con anterioridad dicho hecho no acredita la existencia de una comunidad.

El comportamiento como un matrimonio. No es suficiente para acreditar la existencia de una comunidad.

La voluntad real exteriorizada y la situación existente entre las partes en el momento que se obtienen los bienes. Es la de una unión de hecho la cual, por sí sola no basta para constituir una comunidad de bienes.

A lo anterior debe añadirse el hecho de que las partes nunca tuvieron una cuenta en común, salvo la abierta para pagar el crédito de MAPFRE, que había sido solicitado de común acuerdo, lo cual lleva a la conclusión de que las partes cuando quisieron que algo fuera común así lo plasmaron de forma expresa. El solar sobre el que se construyó la vivienda, sita en la (...), fue adquirido exclusivamente por la mujer sin que el actor haya podido acreditar la realización de ningún pago aplazado los cuales se satisfacían a través de una cuenta corriente abierta a nombre exclusivo de la mujer y sin que se acreditara, ni se manifiesta, que el actor hiciera algún ingreso en la misma, es más de las propias declaraciones del actor puede deducirse que en ningún momento la demandada tuvo intención de constituir una comunidad de bienes pues dicho actor declaró en el acto del juicio que en diversas ocasiones solicitó de su compañera que ésta le suscribiera un documento privado en donde se le reconociera que el solar adquirido era común a lo cual ella siempre se negó.

En consecuencia no habiéndose acreditado la existencia de una comunidad de bienes sobre los

que la actora basa su pretensión el recurso debe ser rechazado.

CUESTIONES PENALES

Ante una pelea aislada de hermanos, con resultado lesivo leve, es desproporcionada la medida acordada por el Juez *a quo* de prohibición de residir en un término municipal y la de acercamiento a menos de 500 metros de sus padres y hermanos, debiendo sustituirse por la prohibición de comunicación y acercamiento a una distancia de 100 metros, lo que evitará el abandono de la localidad para quien carece de ingresos y hasta de techo fijo.

AP VIZCAYA, SEG. 6.ª, AUTO DE 20 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Gil Hernández

Se recurre ante esta Audiencia Provincial el Auto de fecha 6 de abril de 2005 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Balmaseda, en virtud del cual se acordó «Se desestima el recurso de reforma interpuesto por Ernesto, y en consecuencia, se mantiene el Auto de fecha 16 de marzo de 2005, y las medidas acordadas», alegando que así, el propio artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que el Juez podrá adoptar las medidas anteriormente citadas siempre y cuando se realice de forma motivada y resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima. Igualmente se deberá tener en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral.

Es notorio que la adopción de tales medidas tienen que adoptarse en supuestos de notable gravedad y riesgo para las personas puesto que de otro modo no podría justificarse un derecho tan fundamental como es el de la libertad deambulatoria, consagrado y reconocido constitucionalmente, de modo que considera conculcado el precepto legal anteriormente citado desde el mismo momento que los hechos denunciados no justifican unas medidas tan gravosas como las adoptadas, puesto que de las actuaciones practicadas no se deduce la necesidad real de las repetidas medidas, y en especial la prohibición de residir en Balmaseda.

A pesar de que nos encontramos en fase de instrucción y existen versiones contradictorias de los hechos y los implicados presentan lesiones leves de las cuales ya han curado, el juzgador sigue manteniendo, «en grado de suma probabilidad» que el perro de Ernesto atacó a Luis María después

de que aquél le azuzara. Siguiendo con hipótesis *zacas* es descartable que el perro atacara a Luis María cuando éste agredió a su dueño Ernesto? Desde luego esta opción es tan probable como la mantenida por el propio Luis María, sin embargo el juzgador descarta de raíz a lo largo de los dos Autos dictados cualquier hipótesis y circunstancia favorable al ahora recurrente.

Finaliza el recurrente indicado que este incidente entre ambos hermanos, de cualquier modo, en ningún caso justifica la batería de medidas tan perniciosas como las adoptadas contra Ernesto, especialmente la imposibilidad de residir en Balmaseda. De hecho, el propio juzgador así lo reconoce en el Auto recurrido al indicar que «seguramente por el suceso de la presunta pelea no se pudieran justificar unas medidas como las acordadas».

La adecuada resolución de la cuestión controvertida debe partir de la base de que la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica se estructura en dos artículos, dos disposiciones adicionales y una final, de modo que en el artículo primero se da una nueva redacción al artículo 13 de la LECr., incluyendo dentro de las primeras diligencias a practicar en el proceso penal las incluidas en el también nuevo artículo 544 ter –que se introduce en el artículo segundo–. Poco después, por LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración de los extranjeros, se modifica el artículo 153 del Código Penal, de modo que su contenido se lleva al artículo 173.2,

ubicado dentro del Título VII del Libro II, relativo a los delitos contra la integridad moral, destinando el actual artículo 153 para tipificar como delito el menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito en el Código Penal, o los golpes o maltrato de obra sin causar lesión, o las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, cuando tales acciones se refieran a los sujetos pasivos a que se refiere el también nuevo artículo 173.2, es decir, convierte en delito algunas faltas del artículo 620 CP y todas las del artículo 617.3 CP de 1995. Finalmente, la reforma de la LECr. en materia de prisión preventiva reforma el artículo 544 ter, apartado primero, para referir el ámbito de aplicación a las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP. Ello significa que la llamada orden de protección restringe su ámbito de actuación en relación con la medida cautelar contemplada en el artículo 544, ter LECr., pues la misma tan sólo se aplica a un subgrupo de los delitos: los relativos a la violencia doméstica o familiar, y a las faltas de violencia doméstica.

Toda esta normación no responde sino a la voluntad del legislador de castigar el llamado maltrato familiar, en cuanto, como dijo la STS de 24 de junio de 2000 atenta a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad –artículo 1.º CE–, que tiene su consecuencia lógica en el derecho, no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de tratos inhumanos o degradantes –artículo 15– y en el derecho a la seguridad –artículo 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia –artículo 39–.

Desde esta perspectiva esta Sala debe revisar los presupuestos utilizados por el Juez *a quo* a la hora de acordar la medida que se recurre, y que son, en primer lugar, lógicamente, la necesidad de que exista una imputación judicial por delito o falta de violencia doméstica o familiar, lo que viene a representar el llamado *fumus boni iuris*, por existir indicios fundados de la comisión de tal hecho; y, en segundo lugar, la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas objeto de la orden, tal y como exige el propio artículo 544 bis, como corolario de la necesaria protección integral a las víctimas de esta tipología delictual.

Así, en el presente caso, la Sala no comparte el criterio adoptado por el Juez de instrucción, a la hora de adoptar tan importante decisión, dado que ha tenido en cuenta los criterios analizados y los previstos en la normativa civil/penal para adoptar las medidas cautelares que se recurren.

No debe olvidarse que el propio artículo 544 ter 6 dice que las medidas cautelares penales (que podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal) se adoptarán atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima, lo que quiere decir una situación objetiva de riesgo para ella, la cual entendemos no concurre en el supuesto que se revisa, pues el hecho denunciado ha sido una discusión o pelea entre hermanos, utilizando el perro que tiene el recurrente, al cual azuzó contra su hermano Luis María, con resultado lesivo, al parecer leve, al no haberse testimoniado el parte de lesiones. Dejando al margen las consideraciones extraprocesales que realiza el Juez *a quo*, derivadas de los antecedentes personales del recurrente, ajenos a esta resolución, lo cierto es que del testimonio aportado se deduce que dicho incidente ha sido, además de expresamente negado por Ernesto, aislado. Se alude en la resolución recurrida al testimonio de los padres, tampoco testimoniado, referido a la constante actitud de amenazas e insultos hacia los mismos por parte de aquél que no podemos valorar al no contar con el mismo, pero en todo caso la proporcionalidad de las medidas acordadas brilla por su ausencia al prohibirle la residencia en el término municipal, que no municipio, de Balmaseda y la de acercamiento a menos de 500 metros de sus familiares padres y hermanos, no justificada en cuanto que la peligrosidad del comportamiento acreditado aunque sea sumariamente no revela un grado tal que haga temer por la vida o integridad de los mismos, de modo que parece más ajustado a la finalidad de la orden de alejamiento peticionada, tal y como interesa el propio recurrente una prohibición de comunicación y acercamiento a una distancia de 100 metros con respecto a sus padres y hermanos, lo que evitaría el abandono de la localidad para quien carece de ingresos y hasta de techo fijo.

CUESTIONES PENALES

El testimonio de la víctima, por su persistencia, detalle y contenido verosímil, contrastado con el parte de lesiones, y el informe de la policía local que observó a la joven después de la agresión, es apto para enervar el principio de presunción de inocencia y dictar sentencia condenatoria por un delito de violencia doméstica (artículo 153.1 CP).

AP ZARAGOZA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª Begoña Guardo Laso

La parte recurrente pretende que se sustituya la valoración probatoria efectuada por la juez de instancia, que le ha conducido a pronunciar una sentencia condenatoria contra el acusado como responsable en concepto de autor de un delito de violencia doméstica previsto en el artículo 153.1 CP en la persona de la madre de su hija de 4 meses de edad y compañera sentimental del acusado, no convivientes en el mismo domicilio a la fecha de los hechos ocurridos el 5 de noviembre de 2003. Pretende el denunciado condenado que se reconozca que no se ha producido actividad probatoria de cargo para enervar su presunción de inocencia reconocida por mandato constitucional (artículo 24 CE) y se ha infringido el principio *in dubio pro reo* en la valoración de la prueba obtenida en el acto de juicio donde únicamente ha tenido lugar la declaración de un agente de la policía local y sin que llegasen a comparecer los denunciantes ni los denunciados ni la testigo, Carolina, compañera de piso de la denunciante. Sin que haya quedado acreditada la existencia de una agresión hacia la compañera sentimental del apelante, ni que ésta sufriera lesiones de resultados de la conducta del apelante; sino en todo caso de su propia caída y golpe dado con la pared y el suelo tras haber perdido el equilibrio por el estado en que se encontraba tras la ingesta de bebidas alcohólicas en exceso. Por lo que se solicita el dictado de una sentencia libremente absolutoria para el mismo.

El examen de los motivos del recurso comporta la revisión del proceso valorativo seguido por la juez *a quo* obtenido de la apreciación en conciencia y en conjunto de las pruebas practicadas, y que le ha conducido a apreciar al acusado responsable del delito de violencia doméstica habitual contra su compañera sentimental, madre de su hija de corta edad. Pretende la parte apelante la sustitución de tales conclusiones probatorias por su propia, subjetiva y necesariamente interesada apreciación de la prueba. Petición que no resulta atendible en esta alzada. Toda vez que la relación del hecho enjuiciado recogida en la sentencia apelada no resulta procedente sino cuando se aprecie la con-

currencia de alguno de los supuestos siguientes: 1.º) que se aprecie manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba; 2.º) que el relato fáctico sea incompleto, incongruente o contradictorio; y 3.º) que sea desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia.

No se ha dado ninguno de los expresados supuestos en el caso enjuiciado dado que la Sra. Juez de lo penal ha valorado correctamente la prueba de que ha dispuesto en las presentes actuaciones. Teniendo en cuenta el resultado de la actividad probatoria en su conjunto. No sólo de la reducida prueba personal practicada en el acto de juicio oral; sino también la documental. Y resto de las actuaciones practicadas se desprende sin ningún género de duda que se ha producido actividad probatoria de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia de que goza el acusado por imperativo legal. Dado que tras la comparecencia de los agentes de la policía local que observaron en la vía pública a la víctima tras resultar agredida por compañero sentimental fue conducida al hospital para ser asistida. Diversa documental propuesta y practicada en el acto de juicio a instancia del Ministerio Fiscal consistente en la declaración de la lesionada. La cual ha manifestado ante la policía y ante el juez instructor la misma versión de hechos. Que tras una discusión familiar aquél le había lanzado un vaso de cristal que se rompió sin alcanzarla y después la sujetó por el pelo y golpeó varias veces en la cabeza, (folios 21-22; 41 y 42 de las actuaciones). Parte médico de lesiones obrante –al folio 23– según el cual; presentaba la paciente contusiones parietotemporal derecho con tumefacción y contusión escapular-humeral derecho. Solicitud de orden de protección de fecha 5 de noviembre de 2002 firmada por Lilian (folios 24 a 28). Declaración testifical del agente de policía local número 802 (folios 47 y 48). El testimonio de la compañera sentimental lesionada resulta prueba apta para enervar la presunción de inocencia del acusado. Al resultar creíble, por su persistencia, su detalle, su contenido verosímil con enumeración de hechos

puntuales. Contrastado su testimonio con el parte de asistencia médica y de lesiones (folio 136). Y la testifical del agente de policía local número 802. (folios 183 y 184 de las actuaciones y emitida en el acto de juicio), que había observado a la joven poco después de la agresión. Sin que la versión dada por la parte apelante de que la lesionada se causó ella misma las lesiones, porque se cayó y se dio contra la pared al encontrarse bebida. No goza de ninguna credibilidad y no hay prueba de ello, excepción hecha de la recurrente con evidente intención de exculpar a su defendido.

Como consecuencia de todo ello no cabe inferir otra valoración que la existencia de agresión

física suficientemente acreditada por parte del acusado –hoy apelante– contra su compañera sentimental. Apreciado correctamente por la juzgadora de instancia al reunir la conducta enjuiciada los requisitos necesarios para su condena como delito de violencia familiar. Y sin que se haya llegado en ningún momento en la tesitura de «situación dudosa» que haya tenido que resolverse a favor o en contra del reo. Las pruebas existentes han sido concluyentes sobre la culpabilidad. Por lo que tampoco se entiende infringido el principio de *in dubio pro reo*. Razones que conducen a la desestimación el recurso de apelación contra la sentencia, que se confirma íntegramente.

CUESTIONES PENALES

Procedencia de medida cautelar de prohibición de aproximación a la víctima y de comunicación por medio de teléfono, mensajes de texto o cualquier otra forma, al haberse constatado la gran afectación emocional y temor que ésta sufre ante las amenazas del esposo del que se encuentra en trámites de separación. Requisitos para la adopción de medida cautelar: indicios del hecho delictivo, utilidad a los fines del proceso, proporcionalidad y subsidiariedad.

AP VIZCAYA, SEC. 1.ª, AUTO DE 28 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Mora Sánchez

El Auto de referencia y que ahora nos ocupa, de 29 de abril de 2005, en su parte Dispositiva dicta Orden de protección de Beatriz, respecto del imputado José Pedro con los efectos generales previstos en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las medidas cautelares siguientes: Se impone al imputado José Pedro como medida cautelar, durante la tramitación de la causa, la prohibición de aproximarse a Beatriz a una distancia inferior a 500 metros de cualquier lugar en el que ésta se halle. Se impone al inculgado José Pedro, como medida cautelar durante la tramitación de la causa, la prohibición de comunicación por medio de teléfono, mensajes de texto o cualquier otra forma con doña Beatriz.

Revisando el escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto por la parte ahora recurrente contra el auto de referencia, se solicita se deje sin efecto el antemencionado auto sin establecer medida alguna o subsidiariamente se reduzca la distancia a 100 metros, para ello se esgrime aspectos tales como que el auto recurrido toma como antecedente la existencia de un procedimiento de violencia doméstica anterior, y que la adopción de la Orden de protección debe ser estudiada atendiendo

únicamente a los hechos denunciados, donde nos encontramos con dos versiones contradictorias, donde el estado psíquico de la denunciante puede deberse a otros factores, o que las denuncias pueden ser un medio para que se retire la guarda y custodia del hijo común de 9 años, en consecuencia, y a la vista de tales circunstancias, considera injusta la Orden de protección dictada, así como desproporcionada la distancia fijada de 500 metros.

... Conforme a lo dispuesto en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Juez de Instrucción dictará orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, cuando concurren los requisitos siguientes:

1) que existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta; 2) que unos u otras sean contra la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual y la libertad o seguridad; 3) que el delito o falta se haya cometido por y contra alguna de las personas enumeradas en el artículo 153 en relación con el artículo 173 del Código Penal, es decir, comprendidas en el entorno familiar; y 4) que de todo ello resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas reguladas en el propio artículo.

Las medidas cautelares en el orden penal han de responder a una serie de criterios que la doctrina y la jurisprudencia han puesto de manifiesto en múltiples ocasiones, como son: en primer lugar, si existen indicios que permiten establecer la probabilidad de que el hecho ilícito denunciado y concreto se ha producido. Junto con ese *fumus bonis iuris*, es imprescindible valorar cuáles son los intereses y derechos en juego y en esa pugna de intereses y derechos realizar un juicio de necesidad para la adopción de la medida; utilidad e idoneidad a los fines del proceso; proporcionalidad entre el derecho que se trata de proteger y el que se restringe con la aplicación de la medida; y subsidiariedad en el sentido de que, si existen otras medidas menos gravosas para el afectado y que pueden servir al fin previsto, habrá de optarse por las menos gravosas. Las medidas restrictivas en esta fase del proceso han de predicar igualmente la excepcionalidad de la medida y temporalidad y provisionalidad, en el sentido de que lo general ha de ser la salvaguarda del derecho y lo excepcional su restricción; y únicamente durarán por el tiempo imprescindible para asegurar la finalidad para la que se adoptan, debiendo cesar inmediatamente cuando desaparece la causa por la que se adoptaron.

Estas características que la doctrina del Tribunal Constitucional ha predicado respecto de la medida de prisión provisional son aplicables, en cuanto a su formulación general también en relación con las habituales órdenes de alejamiento que se dan, si bien, es evidente que el juicio de ponderación tendrá como efecto que, dado que el bien jurídico que se lesiona con una medida de protección (derecho del imputado) es de entidad infinitamente inferior a la privación de libertad, su interpretación se efectuará con criterios menos estrictos, pero valorando siempre las circunstancias concretas del supuesto.

Las órdenes de protección reguladas en los preceptos citados por las partes, han supuesto un avance en la consideración de quien aparece como perjudicada o víctima de hechos que denuncia. Aunque no debemos olvidar que esta protección se otorga sacrificando (en pequeña o gran medida, depende de las circunstancias) los derechos de otra parte afectada en el proceso, el imputado. Es igualmente conocido que la orden de protección trata de salvaguardar los derechos de quien, en principio, aparece como víctima, siempre y cuando la restricción de derechos respecto del imputado sea imprescindible al efecto, y una de las cuestiones a valorar es el peligro de reiteración delictiva hacia la solicitante por parte del presentado como agresor, que hará urgente adoptar las medidas oportunas, convenientes y necesarias.

Respecto al supuesto sometido a esta apelación, y adelantamos que coincidiendo con lo expresado por el Instructor, los hechos denunciados pueden ser constitutivos de una falta de injurias y amenazas, y en contra de lo señalado por la parte ahora recurrente, no parece erróneo el que el Juez Instructor haga mención a que se está siguiendo un procedimiento por violencia doméstica, del que los hechos ahora denunciados no vendrían a ser sino un episodio más, ya que lo único que realiza el Instructor es una mención a los mismos, a lo que añade que los hechos denunciados por sí mismos ya pueden justificar la adopción de esta medida de orden de protección. Todo ello tras lo declarado por la denunciante y el imputado, así como por el informe médico forense realizado por la Dra. Verónica, donde se recoge la gran afectación emocional que sufre de la víctima Beatriz por el miedo a que su marido la mate. Por todo ello se ha estimado aconsejable adoptar la medida cautelar solicitada de Orden de protección. E independientemente que ese miedo a que su marido la mate haya sido o no provocado únicamente por las últimas injurias y amenazas presuntamente vertidas por el imputado sobre la denunciante, o sean también fruto o consecuencia –como señala el ahora recurrente– del procedimiento matrimonial de separación que se está llevando a cabo, si bien el miedo a que el marido la mate parece que más bien pueda derivarse de las vivencias experimentadas por los episodios de amenazas denunciados y no por el desarrollo o como consecuencia de un procedimiento de separación. Tampoco parece que la finalidad de Beatriz cuando interpone la denuncia sea la de obtener un pronunciamiento favorable a ella en el proceso contencioso de separación en el que se encontraba, y más en concreto respecto a la custodia del hijo de 9 años, ya que cuando interpuso la denuncia ya existía una sentencia de separación que atribuía a la Sra. Beatriz la guardia y custodia del hijo que tienen en común. Por consiguiente, para evitar que puedan repetirse situaciones de las mismas características y naturaleza de las denunciadas o pueda materializarse sobre la víctima algunas de las amenazas, lo que evidencia una situación de riesgo para Beatriz, parece más que aconsejable, necesario, que la misma deba de ser protegida mediante la medida penal solicitada y concedida en Instrucción mediante el Auto de fecha de 29 de abril de 2005, debidamente motivado. No procede estimar tampoco la pretensión esgrimida subsidiariamente en el recurso de apelación respecto a la reducción de la distancia establecida en el auto apelado y que es de 500 metros, hasta los 100 metros solicitados, por cuanto que el recurrente se ha limitado solamente a señalar que le parece desproporcionada y que con una distancia tan grande podrían darse episodios de denuncias por un quebrantamiento no deseado,

sin que haya aportado una justificación, motivo, o razón válida o alegado algún criterio objetivo para que dicha distancia deba de ser reducida, por lo que no procede reducir la citada distancia fijada en 500 metros, máxime cuando en el Instructor, y aún a riesgo de parafrasearle, ya señala en su resolución que ha sido tenido en cuenta la situación personal

del imputado, de forma que su vida cotidiana no se ha visto alterada en lo esencial, puesto que permanece en el domicilio que venían ocupando y no le impide seguir desarrollando su actividad laboral con normalidad.

En consecuencia se desestima el recurso interpuesto.

CUESTIONES PENALES

Se revoca el Auto que acuerda el archivo de las Diligencias Previas por un presunto delito de sustracción de menores, siendo lo procedente que se tome al menos declaración a la madre para que explique por qué no reintegró a la menor con el padre, y más cuando consta acreditado que la menor durante dos semanas no ha asistido al colegio.

AP MADRID, SEC. 1.ª, AUTO DE 29 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares

El recurrente alega que en contra de lo acordado en el auto recurrido, los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de algún delito de sustracción de menores de los previstos en el artículo 225 bis del Código penal en alguno de sus apartados. El Ministerio Fiscal por su parte se adhiere al recurso por entender que al menos debiera tomarse declaración a la madre de la menor para que explique por qué no reintegró a la niña al domicilio de su padre en el día establecido. A la vista de las actuaciones, debe estimarse el recurso interpuesto, debiendo lamentarse únicamente que hayan transcurrido más de tres meses desde que se presentó la denuncia para conseguir que se lleve a cabo una diligencia –la declaración de la madre de la niña– que aconseja la mas elemental prudencia a la vista de que además de la denuncia se han presentado

escritos que certifican la inasistencia de la hija del denunciante al colegio durante dos semanas, lo cual al menos produce una lógica inquietud al desconocerse su paradero. Por todo ello, se estima el recurso presentado así como la adhesión al mismo del Ministerio Fiscal.

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Lázaro contra el Auto de fecha 15 de marzo de 2005 dictado en el Juzgado de Instrucción nº. 3 de Madrid, y revocamos la resolución recurrida, así como la Providencia de 29 de abril de 2005 de la que trae causa. En consecuencia, tómesese declaración a Catalina, cuyo domicilio se concreta por el denunciante en su escrito de 1 de abril de 2005, y a partir del resultado de la misma se acordará lo que proceda por el Juzgado instructor.

CUESTIONES PENALES

No procede el beneficio de suspensión de condena en delito de abandono de familia, al no haberse abonado la responsabilidad civil fijada en la Sentencia, y ello aunque por hechos parecidos se haya dictado otra Sentencia absolutoria por otro Juzgado, ya que en este último caso las hijas ya eran mayores de edad y no mostraron interés alguno en la causa.

AP LEÓN, SEC. 1.ª, AUTO DE 29 DE JULIO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel García Prada

La parte condenada en Sentencia y ahora apelante argumenta que por hechos parecidos en fechas casi

coincidentes se dicto Sentencia por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ponferrada absolviéndole del

delito de abandono de familia (acompañando copia de la sentencia con el recurso), añade que estaríamos ante sentencias contradictorias y solicita la revisión del auto recurrido.

El Juzgador motiva la denegación de la suspensión en el hecho de no haber satisfecho el condenado la responsabilidad civil fijada en Sentencia (el pago de 6.671 euros importe de las pensiones adeudadas por impago de pensiones de alimentos a favor de las hijas). De la Sentencia emitida por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ponferrada de fecha 10 de marzo de 2005 unida al Rollo, resulta que las hijas beneficiarias de la pensión eran mayores de edad cuando se presentó la denuncia que dio lugar a dichas actuaciones penales (el día 21 de marzo de 2003 según se recoge en los antecedentes de la Sentencia), accionándose por la madre, Melisa; en el caso, se recoge en la Sentencia que se iniciaron las presentes diligencias el día 27 de marzo de 2003, es decir, en fechas coincidentes, aunque partiendo de esos datos una de las hijas sería menor de edad durante el tiempo que no se atendió al pago de la pensión, puesto que se están reclamando 6.671 euros hasta el mes de junio de 2003, siendo el devengo mensual de 180 euros según Sentencia de separación.

Resulta de todo ello y así se dice en el auto impugnado que el condenado no ha pagado cantidad alguna; en la otra Sentencia se afirma que

las hijas no han demostrado interés en tal hecho. Ahora bien, se ignora a qué período se contraía la denuncia que dio lugar a la Sentencia absolutoria ni las cantidades que allí se reclamaban. Razonándose extensamente en el auto ahora impugnado que se trata de proteger el derecho de las beneficiarias y que no se burle la aplicación del derecho que bien se puede referir a situaciones pasadas y cuando las hijas o una de ellas eran menores de edad.

Considera el tribunal que en este caso concreto y dadas las particularidades que concurren, hallándonos ante una Sentencia firme las cuestiones que ahora se suscitan serían más propias de la fase declarativa o de enjuiciamiento, pero no de la de ejecución como en la que nos hallamos, por ello, se justifica la no suspensión de la pena de arresto de doce fines de semana (que ahora habría que sustituir por localización permanente), teniendo en cuenta que el órgano sentenciador tuvo un conocimiento más cercano al caso y a todas las circunstancias valorables a la hora de conceder o no la suspensión de la pena que no se olvide es facultad del tribunal y supone una excepción al cumplimiento normal de las sentencias condenatorias, artículos 80 y siguientes en relación con el artículo 3 todos ellos del Código Penal y artículo 988 de la LE Criminal. Procediendo confirmar el auto recurrido como se interesó por el Ministerio Fiscal.

Revista de Derecho de

familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

ADOPCIONES INTERNACIONALES

RESOLUCIÓN-CIRCULAR DE 31 DE OCTUBRE DE 2005

I

La adopción da lugar en el Registro Civil español a una inscripción marginal en el asiento de nacimiento del adoptado (*cf.* artículo 46 de la Ley del Registro Civil). Ello supone que en el mismo folio registral aparece reflejada la filiación anterior, o la ausencia de filiación, del adoptado, carente ya de relevancia jurídica, y la nueva filiación adoptiva dotada legalmente de plenitud de efectos jurídicos. Ciertamente esta superposición de filiaciones, como puso de manifiesto la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 1999, puede dar origen a molestas confusiones y a que irregularmente se dé publicidad a través de una certificación literal a datos que afectan a la intimidad familiar.

II

Con la finalidad de eliminar estos inconvenientes la citada Instrucción, en aplicación del mecanismo previsto por el artículo 307 del Reglamento del Registro Civil, autorizó con carácter general que la filiación adoptiva fuera objeto de una inscripción principal de nacimiento que reflejara sólo los datos sobrevenidos por la adopción, con referencia a la inscripción previa de nacimiento y adopción en la que se comprende todo el historial jurídico del adoptado.

Dicha Instrucción, que supuso un avance importante en la protección de la intimidad personal y familiar del adoptado, encontraba su fundamento en el artículo 21 del Reglamento del Registro Civil que no permite, sin autorización especial, la publicidad de la filiación adoptiva o de las circunstancias que puedan descubrir este carácter. Se trata de preservar, en interés del menor, que se conozca dicha filiación o cualquier otra circunstancia de la que ésta pueda deducirse.

III

Una de las circunstancias reveladora de una filiación adoptiva puede ser la relativa al lugar del nacimiento, especialmente cuando éste ha acaecido en un país remoto. Por ello, es conveniente que la publicidad de este dato quede limitada y sujeta a la autorización especial que el citado artículo 21 del Reglamento establece. A tal fin, y complementariamente a lo anterior, la Instrucción de la Dirección

General de los Registros y del Notariado de 1 de julio de 2004, guiada de la misma finalidad de evitar la posibilidad de la publicidad irregular de las adopciones, y especialmente respecto de las adopciones internacionales que tan notable incremento han experimentado en los últimos años, autorizó que en la nueva inscripción de nacimiento y adopción que, a solicitud de los adoptantes, se practique –con inclusión exclusivamente de los datos del nacimiento y del nacido y de las circunstancias de los padres adoptivos– conste como lugar de nacimiento del adoptado el del domicilio de los adoptantes, y no el lugar real de su nacimiento, reconociendo así en tales casos una facultad similar a la que el artículo 16, párrafo segundo, de la Ley del Registro Civil otorga a los padres biológicos. Con ello se hace efectivo, también en este ámbito, el principio constitucional de equiparación entre los hijos con independencia del origen de su filiación (*cf.* artículos 14 y 39 de la Constitución).

IV

Ahora bien, la necesidad de dotar a esta materia de la mayor seguridad jurídica posible y de reforzar los citados principios constitucionales de protección de la intimidad personal y familiar y de igualdad jurídica y equiparación entre los hijos con independencia de su filiación, dotando a la regulación de la materia del adecuado rango normativo legal, así como la conveniencia de extender las finalidades antes expresadas a otros supuestos anteriormente no cubiertos por las Instrucciones citadas, han determinado la reciente reforma del artículo 20 núm. 1 de la Ley del Registro Civil, introducida por la Disposición Final Segunda de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

La reforma ha consistido en añadir un nuevo párrafo al número 1.º del artículo 20, relativo al traslado de las inscripciones principales de nacimiento al Registro del domicilio del nacido o sus representantes legales, adición del siguiente tenor literal: «En caso de adopción internacional, el adoptante o adoptantes de común acuerdo podrán solicitar que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado. A las inscripciones así practicadas les

será de aplicación lo dispuesto en el párrafo final del artículo 16».

V

La introducción de esta modificación en la Ley del Registro Civil tiende sin duda a satisfacer la finalidad a que responde el párrafo segundo de la regla 1.^a añadido a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de enero de 1999 por la más reciente de 1 de julio de 2004, dotando a la materia, como antes se dijo, de una adecuada cobertura legal en atención a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de las situaciones y asientos registrales practicados al amparo de aquellas Instrucciones.

El precepto modificado incluye una remisión al párrafo final del artículo 16 de la Ley que tiene la virtualidad de aclarar que el domicilio de los padres será considerado como lugar de nacimiento del adoptado a todos los efectos legales, evitando que este dato quede en situación de indeterminación jurídica. Se trata de una ficción legal idéntica a la que ya introdujo respecto de los supuestos de filiación natural la Ley 4/1991, de 10 de enero, al reformar el artículo 16 de la Ley.

En cuanto a los legitimados para pedir el traslado, se diferencian dos supuestos: a) la petición de traslado sin alteración de lugar de nacimiento: para este caso se amplía el círculo de las personas que podrían hacerlo con arreglo a la Instrucción de 1 de julio de 2004, ya que el artículo 20 de la Ley, en el que se inserta la reforma, habla genéricamente de «las personas que tengan interés cualificado en ello», precepto desarrollado por el artículo 76 del Reglamento que atribuye tal cualidad «al nacido o sus representantes legales». Ello permite hacer uso de esta posibilidad a los adoptados mayores de edad y al adoptante o adoptantes, con independencia de que formen o no matrimonio o de que se trate de persona soltera, divorciada, viuda o en situación de pareja de hecho, con pleno respeto de la legislación civil sustantiva que rige la adopción, en la que no se interfiere; b) traslado con alteración del lugar de nacimiento: se circunscribe esta última posibilidad a los casos de adoptados menores de edad y a petición del adoptante o adoptantes de común acuerdo. Esta limitación no es arbitraria, antes bien responde a la idea de que excepcionar la fe pública registral respecto del lugar del nacimiento (*cf.* artículo 41 LRC) puede estar justificado en atención a la superior protección de los intereses del menor de edad, pero dados los inconvenientes que puede llevar aparejado de producir confusión en la identificación de la persona, cuando ésta, por razón de su edad, es ya sujeto activo y pasivo de una pluralidad de relaciones jurídicas, acudir a tal ficción legal no resulta justificado en relación a los mayores de edad.

La referencia a que el domicilio del adoptante o adoptantes esté ubicado en España, tiende a evitar situaciones confusas en las que en supuestos de adopción internacionales en que los adoptantes tengan fijada su residencia en el extranjero, sea en el país en que se constituye la adopción o en un tercer país, pueda acudir a la norma interpretada para propiciar un traslado del folio registral del adoptado intra-consular, esto es, del Registro Civil consular de constitución de la adopción al Registro Civil consular del país de residencia del adoptante o adoptantes, lo que no parece razonable (advuértase la idea de permanencia y fijeza del traslado, que no puede ser reiterado en un plazo de veinticinco años: *cf.* artículo 76 RRC).

VI

La citada reforma legal fue objeto de rápido desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 820/2005, de 8 de julio, por el que se modifica el Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, que, entre otros extremos, da nueva redacción a los artículos 77 y 307 del citado Reglamento. En cuanto al primero se añade un nuevo párrafo que permite omitir los datos de la filiación originaria en la nueva inscripción de nacimiento practicada como consecuencia del traslado en los casos de adopción. En concreto se establece que «En caso de adopción, si los solicitantes del traslado así lo piden, en la nueva inscripción de nacimiento constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y, en su caso, la oportuna referencia al matrimonio de éstos». Se trata de una norma complementaria del artículo 20 núm. 1 de la Ley del Registro Civil que, de forma conjunta con éste, vienen a sustituir en su finalidad a la Instrucción de 15 de febrero de 1999, en su redacción modificada por la de 1 de julio de 2004. En consecuencia estas últimas Instrucciones se ha de entender derogadas a partir de la entrada en vigor de la citada reforma legal y reglamentaria. La posibilidad de modificar el lugar del nacimiento del nacido queda circunscrita, como ya lo estaba, a las adopciones internacionales y en todo caso a través del mecanismo registral del traslado del folio al Registro Civil del domicilio de los promotores.

Pero la regulación hubiese quedado incompleta si no se hubiese atendido también, a efectos de evitar la acumulación en un único folio registral de la doble filiación originaria o biológica y adoptiva, a los supuestos de las adopciones nacionales, en cuyo caso no siempre será posible ni deseable el traslado del folio registral en que conste inscrito el nacimiento, pues éste puede coincidir con el propio Registro Civil del domicilio de los padres adoptivos. Para atender a tal supuesto se ha procedido a dar

nueva redacción al primer párrafo del artículo 307 del Reglamento del Registro Civil, que ahora se produce en los siguientes términos:

«En la resolución puede ordenarse, para mayor claridad del asiento y mayor seguridad de los correspondientes datos reservados, la cancelación del antiguo asiento con referencia a otro nuevo que, con las circunstancias a que se refiere el artículo anterior, lo comprenda y sustituya; tratándose de inscripciones principales, se trasladará todo el folio registral. Igual traslado total se realizará, a petición del interesado mayor de edad o de quien tenga la representación legal del menor, en los casos de rectificación o modificación de sexo o de filiación. En el caso de adopción, el traslado no requerirá expediente, y se estará, en cuanto a los datos de la nueva inscripción de nacimiento, a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 77. De la nueva inscripción se podrán expedir certificaciones literales a favor de cualquier persona con interés en conocer el asiento.»

Este precepto viene a cubrir, como se ha dicho, los supuestos de traslado sin alteración del Registro Civil competente (esto es, las nuevas inscripciones se practicarían en el folio registral que corresponda en el momento de extenderse en el propio Registro Civil en que constaban las iniciales que están llamadas a cancelarse) –supuesto de la Instrucción de 9 de enero de 1999–; la novedad estriba en eliminar algunas de las limitaciones que la Instrucción contenía como la de circunscribir las facultades que regula a los casos de matrimonios de adoptantes o respecto de los adoptados menores de edad (limitación esta última ya suprimida por vía de interpretación oficial de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en atención al espíritu y finalidad de la Instrucción, pero en contra de su literalidad: *vid.* Resoluciones de 20.1.^a de enero, 14 de febrero y 24.2.^a de julio de 2003). Por su parte, la reforma del artículo 77 del Reglamento del Registro Civil prevé la misma finalidad pero para los casos en que, además de responder el traslado a la evitación de la superposición de filiaciones en un único folio registral, responda igualmente al deseo de contar con la proximidad del Registro Civil en que consta el historial jurídico del estado civil de la persona respecto del domicilio de la misma o de sus representantes legales. De esta forma se aplican criterios de economía procedimental, ya que para lograr esta última finalidad, posible en términos legales antes de la reciente reforma, resultaba preciso acudir a un doble traslado del folio registral, primero en ejercicio de las facultades reconocidas por la Instrucción de 9 de enero de 1999 y, después, al amparo de lo dispuesto en el artículo 20 núm. 1 de la Ley del Registro Civil, por este orden o en orden inverso.

VII

Explicado el alcance de las reformas legal y reglamentaria recientemente operadas en este campo, las dificultades interpretativas se centran, según resulta de las diversas consultas elevadas a este Centro Directivo en la materia, 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 se refieren a dos cuestiones de distinta naturaleza: a) en primer lugar, se ha de 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 criterio de la territorialidad, corresponde, atendido al lugar del nacimiento, al Registro Civil Central 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; b) en segundo lugar, si cabe estimar procedente una aplicación retroactiva de la reiterada Instrucción de 4 de julio de 2004 por parte de los Registros municipales, en relación con los supuestos en que ya exista una nueva inscripción practicada al amparo de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, en la que tan sólo figuren los datos de los padres adoptivos, sin haberse modificado el dato del lugar de nacimiento.

VIII

En cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas, 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 recurso de los entablados contra diversas resoluciones del Registro Civil Central 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 de territorialidad, en razón del lugar de acaecimiento de los hechos inscribibles del nacimiento –igual regla rige también para el matrimonio y la defunción–, con arreglo al que 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 Central 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 Central, 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 (*cf.* artículos 15 y 16 LRC), ello supone que por definición el Registro Civil Central 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 Central 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 Central 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 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 Central 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 la amparada 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 España no tendría la categoría de potencialmente revelador de la adopción, 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 Central se siguen, la interpretación finalista de la misma no permite otra opción conclusiva que la apuntada.

Todo lo anterior conduciría a un absurdo si se entendiese que la única vía de 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 practicada la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción en el Registro Civil Central, 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 alcanzado 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.

IX

En cuanto al problema de la posible retroactividad de la Instrucción de 1 de julio de 2004, no ofrece cuestión respecto de los supuestos de su aplicabilidad a las adopciones constituidas antes de su publicación en los casos en que se haya solicitado su aplicación conjunta y simultánea con las restantes previsiones de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, a la que modifica por adición de la previsión del cambio del lugar de nacimiento del adoptado. Las dificultades surgen, sin embargo, cuando se intenta la aplicación de esta última previsión en un momento posterior a haberse solicitado y obtenido una nueva inscripción con constancia exclusiva de la filiación adoptiva y de los datos del nacimiento y del nacido al amparo de la redacción inicial de la Instrucción de 1999, con simultánea cancelación de las iniciales inscripciones de nacimiento y de adopción.

Sobre este extremo no pueden desdeñarse las dificultades que entraña reconocer eficacia retroactiva a una Instrucción que tiene por objeto modificar uno de los datos —el lugar de nacimiento— a que se extiende la fehaciencia del asiento registral practicado (*cf.* artículo 41 LRC) y cuya rectificación, por regla general, requiere sentencia judicial con arreglo a lo previsto por el artículo 92 de la Ley del Registro Civil, lo que en conexión con la consideración tradicional de que sólo las leyes formales y no los Reglamentos pueden disponer su retroactividad (*cf.* artículo 2 núm. 3 CC, cuya sola referencia a las leyes ha sido interpretado tradicionalmente bajo el prisma de la máxima *inclusio unius, exclusio alterius*), plantea aquella dificultad de forma espinosa. En la misma línea abunda el artículo 57 núm. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común que sólo «excepcionalmente» admite que pueda otorgarse eficacia retroactiva a los actos administrativos que, como regla general, «producirán efecto desde la fecha en que se dicten», esto es, de forma no retroactiva. Es cierto que aquella excepcionalidad de la eficacia retroactiva tiene entre sus supuestos habilitantes el de los actos *in bonus*, esto es, cuando se pueda entender que producen efectos favorables para los interesados, ahora bien, dicha retroactividad tendrá que ser declarada expresamente por el propio acto administrativo que la contenga. Estas conclusiones relativas a los actos administrativos cabe extrapolarlas, con la doctrina administrativista más autorizada, a los Reglamentos en tanto que éstos como aquéllos son producto de la voluntad administrativa, como voluntad subordinada al imperio de la Ley, al igual que las Instrucciones de esta Dirección General

(tesis recogida, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero y 24 de marzo de 1987 y 13 de febrero de 1989: «la retroactividad queda excluida de la potestad reglamentaria de la Administración»). Además, ha de repararse en que Instrucción de 1 de julio de 2004 no contiene declaración alguna de retroactividad. Es más, su tenor literal la excluye. En efecto, conforme a la citada Instrucción la posibilidad de solicitar el cambio del lugar real de nacimiento por el del domicilio de los padres adoptantes tiene su momento, cual es, el de la nueva inscripción. Es en ésta, que se practica a instancia de los adoptantes para consignar sólo los datos de la filiación adoptiva, en donde puede proponerse el cambio del lugar de nacimiento. Si ésta ya se ha practicado, ya no cabe solicitar dicho cambio porque su autorización provocaría la cancelación de la inscripción anterior y la extensión de otra nueva, lo que no está previsto en las Instrucciones de 15 de febrero de 1999 ni en la de 1 de julio de 2004. Tampoco, por esta falta de previsión legal, cabría que el cambio referido se hiciera mediante inscripción marginal. Este criterio también se desprende de la nueva redacción que el Real Decreto 820/2005, de 8 de julio, ha dado al artículo 77 del Reglamento del Registro Civil. Es decir, según esta norma, el posible cambio del lugar de nacimiento, si se solicita, deberá efectuarse «en la nueva inscripción», entendiendo por tal la que se practica después de la principal de nacimiento y marginal de adopción, para hacer constar sólo la filiación adoptiva, pero no en otras posteriores.

Ahora bien, todo lo anterior se ha de entender sin perjuicio de la aplicación a los casos que no han encontrado su solución por la vía de una imposible, según se ha visto, aplicación retroactiva de la Instrucción de 1 de julio de 2004, de la nueva norma contenida en el artículo 20 núm. 1 de la Ley registral civil, reformado por la Ley 15/2005, cuando habiéndose ya acogido los interesados a la Instrucción de 15 de febrero de 1999, y extendida una nueva inscripción de nacimiento con inclusión exclusiva de los datos de la filiación adoptiva pero sin cambio de lugar de nacimiento, se solicite el traslado de tal inscripción al Registro Civil del domicilio de los padres adoptivos. Es decir, aunque la reforma legal de 8 de julio de 2005 presupone, en conexión con la reforma reglamentaria de la misma fecha, que una sola operación registral, la inscripción de traslado, cumplirá la triple finalidad de desagregar los datos de la filiación natural u originaria del adoptado de su nueva inscripción de nacimiento, modificar el lugar de nacimiento del adoptado y, tercero, trasladar el historial registral civil de la persona al Registro Civil del domicilio, nada impide que de forma transitoria para los supuestos en que la primera de estas tres

operaciones ya esté consumada de forma autónoma a través de la aplicación de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, las otras dos operaciones, esto es, el traslado y la modificación del lugar de nacimiento, puedan ejecutarse conjuntamente ya bajo la vigencia de las nuevas normas legales, normas que, no cabe cuestión sobre ello, son aplicables también a los casos de adopciones constituidas con anterioridad a su entrada en vigor, y ello no sólo porque la llamada «retroactividad tácita» se ha predicado por la doctrina civilística moderna respecto de las normas organizativas, en las que cabe encuadrar las de mecánica u organización registral, sino también por el valor que, ante el silencio de la Ley, se debe reconocer en la labor interpretativa a las orientaciones que se desprenden de las Disposiciones transitorias del Código Civil, añadidas a su segunda edición para regular la transición entre éste y el Derecho anterior. Y en este sentido debe hacerse en esta materia aplicación analógica de la Disposición Transitoria Primera del Código Civil en su redacción originaria, ya que siendo así que el derecho al traslado de la inscripción de nacimiento y marginal de adopción, con simultánea modificación del lugar de nacimiento del adoptado, se introduce *ex novo* en nuestro Ordenamiento jurídico, con norma de rango legal, por la Ley 15/2005, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior, ello supone que, aplicando analógicamente la citada Disposición Transitoria Primera del Código Civil en su redacción originaria, tal derecho «tendrá efecto desde luego», aunque el hecho —en este caso el nacimiento y la adopción— que lo origine se verifique bajo la legislación anterior, aplicación analógica que ya había sostenido este Centro Directivo en otras materias vinculadas al estado civil de las personas, en concreto con ocasión de la interpretación del alcance retroactivo de la reforma del Código Civil en materia de nacionalidad operada por Ley 36/2002, de 8 de octubre (*cf.* Resolución de 25.2.ª de abril de 2005) y de la más reciente reforma en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio (*cf.* Resolución-Circular de 29 de julio de 2005).

De todo lo anterior resultan, en conclusión, los siguientes criterios interpretativos, que esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha acordado hacer públicos por medio de esta Resolución-Circular con objeto de facilitar la armonización de la práctica de los Registros civiles que ha de redundar en beneficio de los interesados y del principio de seguridad jurídica:

1.º La reforma introducida en la redacción del artículo 20 núm. 1 de la Ley del Registro Civil por la Disposición Final Segunda de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código

Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en conjunción con el Real Decreto 820/2005, de 8 de julio, por el que se modifica el Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, que da nueva redacción a los artículos 77 y 307 del citado Reglamento, ha supuesto la derogación de la Instrucción de 15 de febrero de 1999 de esta Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre constancia registral de la adopción, y de la Instrucción de 1 de julio de 2004, por la que se modifica la regla primera de la anterior, desde la fecha de entrada en vigor de aquellas reformas legal y reglamentaria.

2.º Respecto del período de vigencia de la Instrucción de 1 de julio de 2004, se ha de entender que:

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

b) La citada Instrucción de 1 de julio de 2004 no es de aplicación, por falta de eficacia retroactiva, a los casos de adopciones cuando su aplicación se insta después de haberse solicitado y obtenido, tras la inscripción inicial de nacimiento y marginal de adopción, una nueva inscripción con constancia exclusiva de la filiación adoptiva y de los datos del nacimiento y del nacido al amparo de la redacción original de la Instrucción de 15 de enero de 1999, con simultánea cancelación de aquellas inscripciones iniciales.

3.º Lo anterior se ha de entender sin perjuicio de la aplicación a los casos que no han encontrado su solución por la vía de una imposible, según se ha visto, aplicación retroactiva de la Instrucción de 1 de julio de 2004, de la nueva norma contenida en el artículo 20 núm. 1 de la Ley registral civil, reformado por la Ley 15/2005, cuando habiéndose ya acogido los interesados a la Instrucción de 15 de febrero de 1999, y extendida una nueva inscripción de nacimiento con inclusión exclusiva de los datos de la filiación adoptiva pero sin cambio de lugar de nacimiento, se solicite el traslado de tal inscripción al Registro Civil del domicilio de los padres adoptivos.

4.º Las operaciones registrales de traslado de la inscripción de nacimiento al Registro Civil del domicilio y la modificación del lugar de nacimiento, que puedan ejecutarse, siempre conjuntamente, ya bajo la vigencia de las nuevas normas legales, pueden también operar respecto de los casos de adopciones constituidas con anterioridad a su entrada en vigor, por aplicación analógica de la

Disposición Transitoria Primera del Código Civil en su redacción originaria.

5.º En cuanto al nuevo régimen jurídico introducido por la Ley 15/2005 y por el Real Decreto 820/2005, se establecen, distinguiendo dos supuestos, los siguientes criterios orientadores en materia de legitimación:

a) petición de traslado sin alteración de lugar de nacimiento: para este caso se amplía el círculo de las personas que podrían hacerlo con arreglo a la Instrucción de 1 de julio de 2004, ya que el artículo 20 de la Ley, en el que se inserta la reforma, habla genéricamente de «las personas que tengan interés cualificado en ello», precepto desarrollado por el artículo 76 del Reglamento que atribuye tal cualidad «al nacido o sus representantes legales». Ello permite hacer uso de esta posibilidad a los adoptados mayores de edad y al adoptante o adoptante, con independencia de que formen o no matrimonio o de que se trate de persona soltera, divorciada, viuda o en situación de pareja de hecho, con pleno respeto de la legislación civil sustantiva que rige la adopción. La misma conclusión se aplica a los supuestos de adopciones internacionales previstos por el nuevo artículo 307 del Reglamento del Registro Civil, esto es, los supuestos de traslado de inscripciones sin alteración del Registro Civil com-

petente, al haberse eliminado las limitaciones que la Instrucción de 9 de enero de 1999 contenía como la de circunscribir las facultades que regulaba a los casos de matrimonios de adoptantes o respecto de los adoptados menores de edad;

b) petición de traslado con alteración del lugar de nacimiento: se circunscribe esta última posibilidad a los casos de adoptados menores de edad y a solicitud del adoptante o adoptantes de común acuerdo.

6.º La exigencia legal de que el domicilio del adoptante o adoptantes esté ubicado en España, impide que en supuestos de adopción internacionales en que los adoptantes tengan fijada su residencia en el extranjero, sea en el país en que se constituye la adopción o en un tercer país, pueda accederse a un traslado del folio registral del adoptado intraconsular, esto es, del Registro Civil consular de constitución de la adopción al Registro Civil consular del país de residencia del adoptante o adoptantes.

Madrid, 31 de octubre de 2005. La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sres. Jueces Encargados de los Registros Civiles Municipales y Central de España.

MATRIMONIOS DE COMPLACENCIA

INSTRUCCIÓN DE 31 DE ENERO DE 2006

I. El fenómeno social de los «matrimonios de complacencia»

Los llamados «matrimonios complacencia» son una realidad en creciente aumento en nuestro país. El número de resoluciones dictadas por este Centro Directivo en relación con tales matrimonios es incontable, especialmente desde el año 1995. Parece oportuno, por tanto, elaborar una serie de directrices en la materia que puedan ayudar a los Encargados de los Registros Civiles españoles tanto en España como en el extranjero, a la hora de abordar el tratamiento jurídico de este fenómeno.

Conviene detenerse en la realidad social de estos «matrimonios de complacencia». Estos enlaces se celebran, frecuentemente, a cambio de un precio: un sujeto –frecuentemente, aunque

no siempre, un ciudadano extranjero–, paga una cantidad a otro sujeto –normalmente, aunque no siempre, un ciudadano español–, para que éste último acceda a contraer matrimonio con él, con el acuerdo, expreso o tácito, de que nunca habrá «convivencia matrimonial auténtica» ni «voluntad de fundar y formar una familia», y de que, pasado un año u otro plazo convenido, se instará la separación judicial o el divorcio.

La preocupación ante la extensión de este fenómeno, cuyo propósito, en claro fraude de ley, no es sino el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial en el campo de la nacionalidad y de la extranjería, llevó a este Centro Directivo a aprobar la Instrucción de 9 de enero de 1995, sobre normas relativas al expediente previo al matrimonio cuando uno de

los contrayentes está domiciliado en el extranjero. Desde entonces son cientos los casos de que tiene conocimiento anualmente esta Dirección General que son calificados de matrimonios simulados. La preocupación por luchar contra estos supuestos de fraude de ley ha sido también afrontada por la Unión Europea a través de la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (Diario Oficial núm. C 382 de 16 de diciembre de 1997). En el mismo plano internacional, la preocupación por la extensión que se observa en este fenómeno de los matrimonios de complacencia ha llevado a la Comisión Internacional del Estado Civil a acordar recientemente (Asamblea General de Edimburgo, septiembre de 2004) la constitución de un Grupo de Trabajo específico para intercambiar las experiencias y medidas adoptadas para combatir tal fenómeno en los distintos países miembros, que pretende complementar en el ámbito de los matrimonios de complacencia la Recomendación (núm. 9), adoptada en Estrasburgo el 17 de marzo de 2005, relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil. En la misma línea se ha de citar la reciente iniciativa adoptada en Francia a través de la Circular relativa a la lucha contra los matrimonios simulados, adoptada en París el 2 de mayo de 2005 por el Ministerio de Justicia de la República francesa, en desarrollo de la modificación introducida en el *Code civil* por la Ley número 2003-1119, de 26 de noviembre de 2003, relativa a la ordenación de la inmigración, la residencia de los extranjeros y la nacionalidad, que reforma el artículo 47 del Código Civil e introduce el trámite de audiencia previa para evitar matrimonios de complacencia.

Esta iniciativa se enmarca en un contexto más general que se observa en todos los países miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil de preocupación por consecuencia del creciente fraude observado que tiende a la obtención indebida de la nacionalidad o la residencia legal, utilizando para ello mecanismos de falsificación documental o simulación de matrimonios o reconocimientos falsos de filiación, y que ha dado lugar a la adopción de diversas medidas de reacción por parte de los Estados, además de la ya indicada: así, en Bélgica adopción del nuevo Código de Derecho Internacional Privado, en Holanda nuevo procedimiento de verificación y control de los documentos de estado civil extranjeros, en Suiza atribución de mayores poderes a los Encargados de los Registros Civiles para poder denegar las inscripciones de documentos que consideren fraudulentos, en Reino Unido mayor especialización de los Encargados con el mismo objeto, etc.

II. Descripción de los «matrimonios de complacencia»

El verdadero objetivo de estos matrimonios de complacencia es obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería. Los objetivos más usuales de estos matrimonios son los siguientes:

1.º Adquirir de modo acelerado la nacionalidad española. En efecto, el cónyuge del ciudadano español goza de una posición privilegiada para la adquisición de la nacionalidad española (artículo 22.2 Código Civil): basta un año de residencia en España por parte del sujeto extranjero (artículo 22.2 Código Civil), siempre que sea una residencia «legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición» (artículo 22.3 Código Civil).

2.º Lograr un permiso de residencia en España. En efecto: el extranjero que ostenta la nacionalidad de un tercer Estado no miembro de la Unión Europea ni del Espacio Económico Europeo y que sea cónyuge de un ciudadano español, goza del derecho a residir en España, siempre que los cónyuges no están «separados de derecho», como indica el artículo 2.a) del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 46 de 22 febrero 2003), no siendo preciso que tales extranjeros «mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente» con sus cónyuges españoles, tal y como detalló la STS, Sala Tercera, de 10 de junio de 2004 (BOE núm. 203 de 23 de agosto de 2004). Dichos extranjeros deben obtener una tarjeta de residencia renovable que tendrá cinco años de vigencia (artículo 8.4 del citado Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero). Estos extranjeros deben presentar una documentación relacionada en el artículo 11 del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, y entre la que se encuentra el «visado de residencia». No obstante, dicho visado podrá eximirse por las autoridades competentes al resolver la solicitud de tarjeta de residencia, siempre que no exista mala fe en el solicitante y, en el caso de extranjeros que sean cónyuges de español, siempre que no se encuentren separados de derecho. No es preciso acreditar, para obtener la exención de visado, la «convivencia en España al menos durante un año», como declaró la STS, Sala Tercera, de 10 de junio de 2004 (BOE núm. 203 de 23 de agosto de 2004).

3.º Lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados. En efecto, el cónyuge extranjero del ciudadano extranjero puede ser «reagrupado», pues el artículo 39.1 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000,

de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 6 de 7 de enero de 2005), indica que: «[e]l extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares: a) Su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley...».

Por ello, los matrimonios que se analizan aquí han sido acertadamente denominados «matrimonios de complacencia» (*mariage de complaisance* o *marriage of convenience*) o «matrimonios blancos», como hace la doctrina francesa. Con ello se indica que estos matrimonios son, realmente, matrimonios simulados celebrados normalmente entre extranjeros y españoles, o entre extranjeros. Son «matrimonios» en los que no concurre un verdadero «consentimiento matrimonial». Por tanto, no son «verdaderos matrimonios», sino negocios jurídicos simulados o «matrimonios meramente aparentes», pues no existe un verdadero consentimiento matrimonial, ya que son sólo el medio a través del cual se procuran obtener ventajas legales en el sector del Derecho de extranjería y de la nacionalidad.

III. El matrimonio como negocio jurídico y el consentimiento como elemento esencial del mismo

El matrimonio, como acto o matrimonio *in fieri*, es aquel negocio jurídico bilateral que da lugar a la relación jurídica matrimonial, o matrimonio *in facto esse*. En tanto que negocio jurídico la declaración de voluntad de los contrayentes es el elemento básico del matrimonio *in fieri* por constituir la fuente de la relación jurídica, relación tipificada por el fin práctico definido para la misma por el ordenamiento jurídico, lo cual supone que el objeto y la causa del matrimonio están fijados de forma invariable y estricta por la Ley. Que el consentimiento de los esposos es el elemento esencial del matrimonio, que éste presenta un carácter intrínsecamente consensual, es cuestión pacífica en nuestra doctrina y ampliamente extendida en el Derecho comparado (en el que los autores que afirman el carácter de acto de Derecho público del matrimonio son minoritarios).

Así era ya en la tradición canónica (*matrimonium facit partium consensus*, can. 1057 *Codex Iuris Canonici*) y romana (*matrimonium inter invitos non contrahitur*, cfr. Celso, «Digesta», *Corpus Iuris Civiles*, 23.2.22), y así se mantuvo tras el proceso de secularización del ordenamiento matrimonial. La Constitución francesa de 1791 afirmaba que el matrimonio es un «contrato» y el Código napoleónico en su artículo 146 dispone que «no hay matrimonio cuando no hay consentimiento». A su vez, la Declaración Universal de los Derechos afirma que el matrimonio no puede ser concluido sino con el libre y pleno consentimiento

de los futuros esposos (artículo 16.2).

En la versión originaria del Código Civil español el carácter esencial del consentimiento se entendía implícita, en especial en el artículo 100 conforme al cual «el Juez municipal, después de leídos los artículos 56 y 57 de este Código, preguntará a cada uno de los contrayentes si persiste en la resolución de celebrar el matrimonio, y si efectivamente lo celebra; y, respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta». La reforma introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, da nueva redacción al artículo 45 del Código haciéndose ahora explícito aquel carácter esencial del consentimiento, al reproducir en su párrafo primero la fórmula del Código francés afirmando que «No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial».

El consentimiento ha de ser, además, puro pues «la condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta» (artículo 45.II Código Civil). Y esto es así porque, a diferencia de otros negocios jurídicos, especialmente en el ámbito del Derecho patrimonial en que el principio de la autonomía de la voluntad se expande a la regulación del contenido de la relación en todo aquello en que la regulación legal presente carácter dispositivo, en el matrimonio la autonomía de la voluntad de los contrayentes no entra a fijar las reglas de la relación constituida, ya que el régimen del matrimonio está directamente tipificado por la Ley, salvo en lo relativo al aspecto económico del consorcio conyugal, pero en tal caso estas determinaciones dan lugar a otro negocio jurídico distinto, bien que accesorio del matrimonio: las capitulaciones matrimoniales.

Es por la estricta tipificación legal del contenido de la relación jurídica matrimonial por lo que el artículo 45 exige no un consentimiento cualquiera, sino precisamente un «consentimiento matrimonial», esto es, un consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio, esto es, el fin práctico de los contrayentes no puede ser otro que el de formar un *consortium omnis vitae* (Modestino, D.23,2,1). Por tanto, el consentimiento matrimonial es existente, auténtico y verdadero, cuando los contrayentes persiguen, con dicho enlace, fundar una familia. Aunque el Código Civil español no detalla cuál es la finalidad del matrimonio, sí contiene una «determinación legal» de los «derechos y deberes de los esposos», de modo que es claro que cuando los cónyuges contraen matrimonio deben querer asumir tales derechos y deberes. Por tanto, cuando los contrayentes se unen en matrimonio excluyendo asumir las finalidades, propiedades o efectos esenciales del matrimonio, el consentimiento matrimonial declarado es «simulado» y el matrimonio es

nulo por falta de consentimiento matrimonial.

IV. El concepto de matrimonio simulado. Nulidad jurídica de los mismos

Así, el matrimonio simulado, tal y como ha sido caracterizado por la doctrina científica más autorizada, es aquel cuyo consentimiento se emite, por una o ambas partes, en forma legal pero mediante simulación, esto es, sin correspondencia con un consentimiento interior, sin una voluntad real y efectiva de contraer matrimonio, excluyendo el matrimonio mismo en la finalidad y en los derechos y obligaciones prefijados por la Ley, o bien un elemento o propiedad esencial del mismo. En el matrimonio simulado se da, por tanto, una situación en que la declaración de voluntad emitida no se corresponde con la real voluntad interna. Cosa diferente es la dificultad de la prueba y la relevancia que en relación con la misma tiene el juego de las presunciones basadas en hechos objetivos. Así ocurre en el caso de los matrimonios de complacencia en los en que el verdadero objetivo pretendido por una o ambas partes es el de obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería o el estipendio recibido o prometido a uno de los contrayentes.

Los matrimonios simulados son inválidos, conforme al artículo 45.1 y 73 núm. 1 del Código Civil que declara nulo «cualquiera que sea la forma de su celebración el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial», siendo claro e incontrovertido que el precepto se refiere al consentimiento interno y al matrimonio con sus elementos y propiedades esenciales. Por ello, y conforme a los principios de legalidad, básico en el ordenamiento jurídico registral español (cfr. artículos 2 y 27 LRC) y de concordancia del Registro y la realidad (cfr. artículos 24 y 97 LRC), aquella nulidad impide que pueda inscribirse o autorizarse por parte de los Encargados de los Registros Civiles españoles, como autoridades del foro, los matrimonios celebrados o que pretendan celebrarse bien contra la voluntad de uno o de ambos contrayentes, bien sin el consentimiento real de los mismos o de alguno de ellos, como sucede en los supuestos de simulación, pues la caracterización legal del consentimiento como «matrimonial» determina la exclusión en nuestro Derecho en esta materia de una suerte de consentimiento abstracto, descausalizado o desconectado de toda relación con la finalidad institucional del matrimonio, evitándose con ello que esta institución sea utilizada como instrumento de un fraude de ley a las normas rectoras en materia de nacionalidad, extranjería o a otras de diversa índole (prestaciones sociales, tributos, etc.) –*vid.* artículo 6 núm. 4 del Código Civil.

Pero con ser esto último importante, siendo de interés público evitar la instrumentalización

fraudulenta del matrimonio, no es lo determinante para denegar la autorización o inscripción del matrimonio de complacencia, sino el hecho de que un consentimiento simulado supone una voluntad matrimonial inexistente, en la medida en que la voluntad declarada, como se ha indicado, no se corresponde con la interna, produciéndose en tales casos una divergencia consciente cuyo efecto es la nulidad absoluta, *ipso iure* e insubsanable del matrimonio celebrado (cfr. artículo 73 núm. 1 Código Civil), y ello cualquiera sea la *causa simulationis*, o propósito práctico pretendido *in casu*, que actúa como agente de una ilicitud civil incompatible con la protección jurídica que de la que es propia del *ius nubendi* se desprende en favor de la verdadera voluntad matrimonial. A la misma conclusión de nulidad de pleno derecho del matrimonio simulado se llega si se parte de la idea, grata para un importante sector de la civilística moderna, de que el significado de la simulación se vincula al concepto de «causa falsa» (artículo 1276 Código Civil), no en el sentido de haberse incurrido en error respecto de la causa (artículo 1301 Código Civil), sino en el de causa fingida o disfrazada, como resulta también de diversas resoluciones del Tribunal Supremo (Sentencia de 31 de octubre de 1865: «son contrarios a la ley los contratos simulados, o sea, celebrados con causa falsa»; también en las de 30 de junio de 1931, 7 de abril de 1960, 28 de octubre de 1964, etc.) Por ello, al margen de que la finalidad de fraude acompaña con frecuencia a la simulación, de lo que la práctica refleja abundantes ejemplos en el ámbito de los matrimonios simulados, la raíz jurídica de la nulidad, desde este punto de vista, deviene no ya de la ilicitud, sino de la inexistencia o falsedad de la causa (artículos 1261, 1275 y 1276), aunque tal inexistencia o falsedad haya de probarse. Se trata, además, de un supuesto de simulación absoluta (*simulatio nuda*) en la que lo único que existe es la mera apariencia de un matrimonio, en realidad no querido.

Finalmente, repárese en que esta nulidad se produce no sólo en los casos en que el vicio o discordancia consciente entre las voluntades interna y externa sea bilateral (haya o no un previo *consilium simulationis* entre los contrayentes) sino también en los casos en que la ausencia de verdadero consentimiento matrimonial se produzca en uno solo de ellos.

En definitiva, por faltar el elemento esencial del consentimiento, y también, según se ha visto, la causa, la ineficacia que deriva de la nulidad declarada por el artículo 73 núm. 1 del Código Civil presenta los caracteres de *ipso iure*, es decir, se produce automáticamente sin perjuicio de su declaración judicial, insubsanable, ya que no cabe su convalidación por el transcurso del tiempo ni por

confirmación, y absoluta, pues no produce ningún efecto, salvo los excepcionales que la Ley otorga al matrimonio putativo. Por ello, ningún funcionario puede autorizar un acto que de autorizarse sería nulo (cfr. artículo 247 RRC) y, aunque exista la apariencia de su existencia por haberse celebrado ya el matrimonio, no puede autorizar su acceso al Registro (cfr. artículos 27 LRC y 63 párrafo segundo y 65 Código Civil).

V. El derecho fundamental de la persona al matrimonio no ampara los matrimonios simulados por ser falsos matrimonios

En el tratamiento jurídico de los matrimonios de complacencia deben conjugarse dos factores que sólo aparentemente son contrapuestos.

En primer lugar, debe siempre respetarse el *ius connubii*, o «derecho a contraer matrimonio libremente». Se trata de un derecho subjetivo de toda persona, español o extranjero, recogido en la Constitución española (artículo 32 CE). Este *ius connubii* o *ius nubendi* también se recoge en ciertos textos y Convenios internacionales vigentes en Derecho español. Entre ellos cabe citar los siguientes: a) artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General, de 10 diciembre de 1948, cuyo texto indica que «1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio»; b) artículo 23.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, cuyo texto indica: «2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello»; c) artículo 12 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Consejo de Europa) hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979), cuyo texto precisa que «[a] partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho»; d) artículo 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE (DOUE C364 de 18 diciembre 2000), cuyo texto indica que «[s]e garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Por tanto, toda persona goza del derecho subjetivo a contraer matrimonio de manera libre con la persona que desee, dentro de los límites marcados por la Ley, que en este punto, son más bien escasos

(limitación de matrimonios entre parientes muy cercanos, imposibilidad de matrimonio poligámico, limitaciones por razón de edad, etc.)

Sin embargo, en segundo lugar, resulta deseable erradicar estos matrimonios de complacencia por varias razones de naturaleza diversa. Así, desde una perspectiva de estricto Derecho Privado, estos matrimonios de complacencia son «falsos matrimonios». No son válidos, sino «nulos de pleno derecho», porque estos «matrimonios de complacencia» alteran el sentido de la institución matrimonial, pues no hay verdadera voluntad de constituir un matrimonio como «unión conyugal y comunidad de vida entre los esposos dirigida a formar una familia». Se vulnera el artículo 16.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que expresa que «sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio». Se infringe asimismo el artículo 1.º núm. 1 de la Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraerlo y registro de los mismos hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1962, conforme al cual «No podrá contraer legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos cónyuges». Por tanto, ya que los «matrimonios de complacencia» están afectados por una causa de nulidad de pleno derecho se debe evitar primero su celebración y, en caso de que hayan sido celebrados, impedir su inscripción en el Registro Civil, pues lo contrario supondría «dar efectos» a un «matrimonio nulo de pleno derecho». Ello generaría problemas de enorme envergadura en el campo del Derecho Privado: podría crearse una sociedad de gananciales entre personas que no tienen ninguna relación personal, sociedad que algún día habrá que disolver; surgen obligaciones entre los cónyuges, como los alimentos, que pueden ser reclamadas por un cónyuge a otro, la paternidad de los hijos de la esposa se atribuye, *ex lege*, al marido en virtud de la «presunción de paternidad sobre los hijos matrimoniales» que suelen establecer todas las legislaciones civiles, etc. Por ello, es conveniente que estos «matrimonios de complacencia» no accedan al Registro Civil y que no se beneficien, a través de ello, de la «presunción de legalidad» de los actos inscritos en el Registro Civil (artículo 2 LRC).

Además, desde una perspectiva de Derecho Público (Derecho de la Nacionalidad y Derecho de Extranjería), estos «matrimonios de complacencia» potencian el fraude a las normas de nacionalidad y extranjería, como indica la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 4 de diciembre de 1997 (DOCE C 382 de 16 de diciembre de 1997). En efecto, admitir la validez y/o la inscripción registral de estos matrimonios equivaldría a admitir un fraude de ley respecto de las normas que

regulan los permisos de residencia en España, la «reagrupación familiar y la nacionalidad española». Igualmente, desde esta segunda perspectiva de Derecho Público, estos «matrimonios de complacencia» fomentan la inmigración ilegal, pues propician la entrada en España de sujetos que evitan las restricciones de entrada, estancia y residencia en España fijadas para los extranjeros en la normativa administrativa de extranjería.

La consecuencia de lo anterior es la de que el *ius connubi* no debe ser indebidamente coartado y, simultáneamente, se debe evitar que al amparo de este derecho fundamental se produzcan indebidamente atentados o fraudes contra la ordenación legal de inmigración o la nacionalidad o se genere la apariencia de matrimonios falsos o viciados por causas de nulidad absoluta. Tratar de lograr este doble objetivo constituye el objeto de la presente Instrucción.

VI. Tratamiento jurídico de los matrimonios de complacencia desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado

Los problemas que plantea el tratamiento jurídico de los matrimonios de complacencia, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, son fundamentalmente los que siguen: a) Es necesario precisar la Ley estatal aplicable a los mismos, pues en la inmensa mayoría de los supuestos, se trata de casos en los que se halla implicado un ciudadano extranjero, con lo que el supuesto contiene «elementos extranjeros», de modo que las normas españolas de Derecho Internacional Privado deberán precisar la Ley estatal aplicable a estos matrimonios;

b) Una vez concretada cuál es la Ley estatal aplicable a la formación del matrimonio, y en el caso de que dicha Ley sea la Ley española, es necesario precisar los criterios adecuados para probar o demostrar que, en su caso, el matrimonio que se pretende celebrar y/o inscribir en el Registro Civil español, es un «matrimonio simulado», «nulo de pleno derecho», un «falso matrimonio».

En los casos «internacionales» —casos con elementos extranjeros y/o que producen efectos internacionales—, para que el matrimonio sea válido, y en su caso, inscribible en el Registro Civil español, en atención al principio de legalidad por el que se rige (*vid.* artículos 2, 3, 4 y 27 LRC), deben concurrir diversos requisitos legales. Ahora bien, precisamente por tratarse de casos «internacionales» y porque la normativa registral española exige un «control de la Ley aplicada al matrimonio», la primera cuestión a resolver es determinar «qué Ley estatal» es la encargada de fijar cuáles son dichos requisitos de validez del matrimonio. Es un problema de «conflicto de Leyes» que se plantea, bien a la hora de autorizar el matrimonio, o bien al hilo de un

problema de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras» cuando se insta la inscripción de un matrimonio celebrado en país extranjero y que se documenta en una certificación registral expedida por autoridad extranjera, o por la vía de un expediente registral supletorio (*cf.* artículos 23 LRC y 256 y 257 RRC).

En Derecho Internacional Privado español no existe una *Lex Matrimonii* o una sola y única Ley estatal que determina cuáles son los requisitos para que el matrimonio, en los casos internacionales, sea válido y pueda acceder, en su caso, al Registro Civil español. Las normas de conflicto deben determinar separadamente: a) La Ley aplicable a la capacidad matrimonial; b) La Ley aplicable al consentimiento matrimonial; c) La Ley aplicable a la forma de celebración del matrimonio. Pues bien, en el problema de los matrimonios de complacencia, debe analizarse si el consentimiento es válido o no lo es, con arreglo a la Ley estatal que regula, según las normas de conflicto españolas, el «consentimiento matrimonial».

Sin embargo, en Derecho Internacional Privado español no existe una norma de conflicto que indique, específicamente, la Ley aplicable al consentimiento matrimonial. Esta falta de previsión del legislador ha provocado dudas en la doctrina. No obstante, la posición mayoritaria de los autores, descartando la tesis de la *Lex Auctoritatis* (asumida en el Derecho comparado por algunos países como Suiza, Holanda, algunos *States* de los Estados Unidos de América y Australia), considera que en el Derecho Internacional Privado español, es el artículo 9 núm. 1 del Código Civil el precepto aplicable, de modo que el consentimiento matrimonial debe regirse por la Ley personal de cada contrayente, entendiendo por ley personal, salvo excepciones (*vid.* artículo 9.10 Código Civil), la ley nacional de cada contrayente. Esta tesis aparece avalada por el hecho de que el consentimiento matrimonial afecta al «estado civil», al que se refiere expresamente el artículo 9 núm. 1 Código Civil. Además en la actualidad este precepto del Código Civil sigue constituyendo la norma general reguladora de todos los aspectos relacionados con el «estatuto personal» en el Derecho Internacional Privado español, por lo que, en defecto de una «norma especial», el artículo 9 núm. 1 del Código Civil es aplicable para fijar la Ley reguladora del consentimiento matrimonial. Por lo demás, esta interpretación, como ha señalado la doctrina, sin incurrir en el vicio del «legeforismo», evita el *Forum Shopping*, ya que aunque los contrayentes acudan a países con legislaciones muy permisivas en materia de consentimiento matrimonial, dicho consentimiento se registrará siempre por la misma Ley, su respectiva Ley nacional. Finalmente, esta tesis, propia también de alguno de los países de nuestro entorno como Francia y Bélgica, ha sido

asumida reiteradamente por este Centro Directivo en numerosas ocasiones (*vid.* Resoluciones de 26.1.^a noviembre de 2001, 24.1.^a mayo de 2002, 11.2.^a septiembre de 2002, 11.3.^a septiembre de 2002, 11.4.^a septiembre de 2002, 26.3.^a febrero de 2003, 2.4.^a junio de 2004, 27.1.^a octubre de 2004, Consulta de 2 de diciembre de 2004, 13 de junio de 2005).

Como consecuencia de lo anterior debe procederse a una aplicación distributiva de las Leyes nacionales de los cónyuges: el consentimiento matrimonial de cada cónyuge se regirá por la Ley nacional de cada uno de ellos en el momento de la celebración del matrimonio. La Ley personal de cada contrayente determinará si el consentimiento es aparente o real, los vicios del consentimiento (violencia, error sobre las cualidades esenciales del otro contrayente, etc.), los efectos del consentimiento viciado o simulado, el plazo para el ejercicio de las acciones y las personas legitimadas. En definitiva, la Ley nacional de cada contrayente determinará si el consentimiento prestado o a prestar por dicho contrayente es un auténtico consentimiento matrimonial.

Partiendo de este planteamiento, cabe diferenciar dos situaciones distintas:

a) La primera se refiere a los supuestos en que uno de los contrayentes es español y el otro es extranjero, debiendo investigarse la «verdadera intención matrimonial» a través del análisis del consentimiento de dicho contrayente español con arreglo al Derecho español, y el consentimiento del contrayente extranjero con arreglo al Derecho extranjero correspondiente a la nacionalidad del mismo. Ahora bien, dado que para que exista matrimonio, el consentimiento de ambos cónyuges debe ser válido con arreglo a sus respectivas Leyes personales, cabe llevar a cabo una operación de «economía conflictual», de modo que basta analizar exclusivamente si el consentimiento del contrayente español es un auténtico consentimiento matrimonial, lo que deberá realizarse con arreglo al Derecho material español (artículo 9.1 Código Civil). Si el consentimiento correspondiente al contrayente español no es un auténtico consentimiento matrimonial, puede considerarse que el matrimonio no es válido.

b) La segunda situación se refiere a los casos en que ambos contrayentes son extranjeros, en los que, rigiéndose la autenticidad de su consentimiento por la Ley nacional respectiva (artículo 9.1 Código Civil), en principio, resulta impropio aplicar la Ley española a este supuesto (*vid.* Resolución de 27.1.^a de octubre de 2004). Por ello, en tales casos el Encargado del Registro Civil español deberá cerciorarse, con arreglo al Derecho extranjero correspondiente a la nacionalidad de los contrayentes, de

que el consentimiento es válido o de que no lo es. El canon de validez será, pues, el Derecho extranjero. El Encargado del Registro Civil puede oponerse a la inscripción de un matrimonio celebrado entre extranjeros y que, a su juicio, es un «matrimonio de complacencia». Pero para ello tiene que oponerse con fundamentos jurídicos extraídos del Derecho extranjero correspondiente a la nacionalidad de los contrayentes.

Ahora bien, cuando una Ley extranjera admita la validez del matrimonio a pesar de que el consentimiento es ficticio o simulado, dicha Ley no se aplicará por las autoridades españolas por resultar contraria al orden público internacional español (artículo 12 núm. 3 Código Civil) y, en su lugar, se aplicará el Derecho material español (*cf.* Resoluciones de 4.2.^a de marzo, 13.3.^a de junio, 7.1.^a de julio y 2.1.^a y 6.4.^a de septiembre de 2005).

En efecto, el sometimiento de la capacidad y consentimiento matrimonial al estatuto personal del contrayente/s extranjero/s no debe llevar a la conclusión de que la ley extranjera que integre el citado estatuto personal se haya de aplicar siempre y en todo caso, sino que, en ejecución de la regla de excepción del orden público internacional español, deberá dejar de aplicarse la norma foránea cuando deba concluirse que tal aplicación pararía en la vulneración de principios esenciales, básicos e irrenunciables de nuestro ordenamiento jurídico. Y a este propósito no es vano reiterar la doctrina de este Centro Directivo en el sentido de que el consentimiento matrimonial real y libre es cuestión que por su carácter esencial en nuestro Derecho (*cf.* artículo 45 Código Civil) y en el Derecho Internacional Convencional y, en particular, el Convenio relativo al consentimiento para el matrimonio, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 1962 (BOE del 29 de mayo de 1969), cuyo artículo primero exige para la validez del matrimonio el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, debe ser considerada de orden público.

VII. Prueba de la simulación en el expediente matrimonial previo a la autorización del matrimonio

a) Para evitar que se celebren matrimonios de complacencia debe aplicarse la Instrucción de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero (BOE núm. 21 de 25 enero 1995). La celebración del matrimonio civil, o en las formas religiosas de las iglesias evangélicas (Ley 24/1992, de 10 de noviembre), la forma hebrea (Ley 25/1992) y la forma islámica (Ley 26/1992) —en este último caso como requisito no de autorización pero sí de inscripción— exige, cuando uno de los contrayentes es español y el consentimiento se va a

prestar ante autoridad española, un expediente previo para acreditar la capacidad nupcial del mismo y su verdadera intención de contraer matrimonio, expediente que tiene por objeto verificar la concurrencia de todos los requisitos legales necesarios para la validez del matrimonio y, entre ellos, la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial (*cf.* artículos 56, párrafo primero, Código Civil y 245 y 247 RRC). En la instrucción del citado expediente ha de practicarse, conforme al artículo 246 del Reglamento del Registro Civil, un trámite de audiencia de cada uno de los contrayentes por separado y «de modo reservado» en el que el instructor del expediente puede y debe interrogar a los contrayentes para cerciorarse de la «verdadera intención matrimonial» de los mismos o, en su caso, descubrir posibles fraudes.

La importancia de este trámite fue subrayada por la citada Instrucción de 9 de enero de 1995, en la que esta Dirección General de los Registros y del Notariado señaló cómo «un interrogatorio bien encauzado [que] puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes», de modo que dicho interrogatorio «debe servir para que el Instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de verdadero consentimiento matrimonial». El instructor podrá preguntar, por ejemplo, sobre las intenciones de vida en común de los contrayentes, hijos que desearían tener, desde cuándo dura la relación, cómo piensan organizar la convivencia común, etc. Son datos que permiten revelar si los contrayentes desean «formar una familia» o, con otras palabras, «asumir los derechos y deberes del matrimonio». El interrogatorio efectuado por la Autoridad española debe ser lo más completo posible. Un interrogatorio puramente formulario, de escasa entidad cuantitativa y cualitativa no es suficiente para inferir la existencia de un matrimonio simulado. Nuevamente hay que insistir en que esta audiencia es un trámite fundamental, esencial, del que no se debe prescindir ni cumplir de manera formularia ni rutinaria, lo que ha obligado a este Centro Directivo en diversas ocasiones a ordenar la retroacción de actuaciones con objeto de cumplir de forma adecuada el citado trámite (*cf.* Resoluciones 15 de febrero de 2005-3.^a-, 4 de mayo de 2005-2.^a-, etc.)

A este respecto se ha de recordar que, en sede de actuaciones registrales presenta una importante influencia el principio inquisitivo, de modo que en materia de carga de la prueba el Encargado no queda desatendido de la misma, ya que conforme al artículo 351 del Reglamento «la certeza de los hechos será investigada de oficio», sin perjuicio de la carga de la prueba que incumba a los particulares, como tributo del principio de concordancia del

Registro con la realidad extrarregistral (artículos 24 y 97 LRC).

Por tanto, la citada Instrucción de este Centro Directivo de 9 de enero de 1995 debe emplearse como un medio de «control preventivo y previo» no sólo de la «capacidad matrimonial», sino también del «consentimiento matrimonial» de los contrayentes. Facultad de control previo que reconoce a los Estados miembros de la Unión Europea la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C 382 de 16 de diciembre de 1997), que expresamente hace la salvedad de que «la presente Resolución no menoscaba la facultad de los Estados miembros para comprobar en su caso, antes de celebrarse un matrimonio, si se trata de un matrimonio fraudulento».

Ahora bien, este control preventivo no permite erradicar todo matrimonio de complacencia, y ello por varias razones. En primer lugar, sólo es necesario instruir el expediente matrimonial previo en España cuando el matrimonio se va a celebrar en España (Resolución de 15 septiembre 2004-2.^a), y son millares los «matrimonios de complacencia» que se celebran en el extranjero sin haber instruido un expediente previo ante autoridad española. En segundo lugar, el «expediente matrimonial previo» está concebido, fundamentalmente, como un mecanismo de control de la capacidad nupcial de los contrayentes y de su aptitud para manifestar su consentimiento, y no es tan sencillo controlar, a través de dicho expediente, la autenticidad del consentimiento matrimonial en sí mismo (artículos 246-247 RRC). En numerosas ocasiones no habrá pruebas directas de la intención de los contrayentes de celebrar un «matrimonio simulado». El instructor debe deducir de las respuestas dadas a las preguntas formuladas en la audiencia reservada, si existe «intención de formar una familia» o si tal «intención» no existe.

Por otra parte, debe recordarse que el control preventivo de la autenticidad del consentimiento matrimonial a prestar por los contrayentes no debe realizarse como un control sistemáticamente uniforme para todos los matrimonios con nacionales de terceros países, sino que la intensidad del mismo y el contenido y extensión de las audiencias que debe realizarse por el Encargado del Registro Civil español dependerán de las circunstancias concretas del caso, debiendo extremarse el celo cuando se detecten datos indiciarios que puedan indicar que se está ante un futuro matrimonio de complacencia.

b) Finalmente, se ha de recordar que cuando un español desea contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y esta ley exige la presenta-

ción de un certificado de capacidad matrimonial (*cf.* artículo 252 RRC), el expediente previo para la celebración del matrimonio ha de instruirse conforme a las reglas generales (*cf.* Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 5.^a), siendo, pues, trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (*cf.* artículo 246 RRC), incluida la eventual simulación del consentimiento.

VIII. Prueba de la simulación en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español cuando el matrimonio ha sido celebrado en el extranjero

Cuando el matrimonio se ha celebrado en el extranjero, se puede proceder a su inscripción en el Registro Civil español a través de dos mecanismos registrales alternativos. Bien a través de la certificación extranjera en la que conste la celebración del matrimonio, lo que constituye la regla general siempre que el Encargado del Registro Civil español no albergue dudas de la «realidad del hecho» ni de su «legalidad conforme a la ley española», bien, en su defecto, a través de un expediente registral para acreditar la legalidad del matrimonio y la certeza de su celebración (*cf.* artículos 73 LRC y 257 RRC y Resolución de II-L.^a de febrero de 2003).

Pues bien, como se ha dicho, el Encargado ha de realizar un control de la «legalidad del hecho con arreglo a la ley española». Dicho control de legalidad tiene un alcance muy extenso porque sólo así se garantiza que accedan al Registro actos válidos y eficaces, según exige la «presunción de legalidad» y el principio de «concordancia con la realidad» que se deriva del artículo 2 de la Ley del Registro Civil. Este control incluye también la verificación de la legalidad del acto en cuanto a los «requisitos subjetivos» del mismo y no sólo los objetivos. Así se desprende del artículo 256 del Reglamento del Registro Civil que, al no prever ninguna restricción a dicho control, incluye en el mismo, en consecuencia, una verificación de la capacidad nupcial de los contrayentes, de la existencia y validez del consentimiento matrimonial prestado ante autoridad extranjera y de la forma de celebración del matrimonio con arreglo a la Ley, española o extranjera, que resulte aplicable a dichos extremos según las normas de conflicto españolas.

En cuanto a los instrumentos formales de que habrá de servirse el Encargado para llevar a cabo dicho control, ya vimos que la Instrucción de 9 de enero de 1995 antes citada recuerda la importancia que en el expediente previo a la celebración del matrimonio, cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero, tiene el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado,

de cada contrayente (*cf.* artículo 246 RRC), como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace (*cf.* artículos 56, I, Código Civil y 245 y 247 RRC), entre ellos, la ausencia de consentimiento matrimonial. Pues bien, análogas medidas deben adoptarse cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la *lex loci*. El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales —sin excepción alguna— para la celebración del matrimonio (*cf.* artículo 65 Código Civil) y esta comprobación, si el matrimonio consta por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (artículo 256.3.º RRC), requiere que por medio de la calificación de ese documento y «de las declaraciones complementarias oportunas» se llegue a la convicción de que no hay dudas «de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española».

Aquellas «declaraciones complementarias» son precisamente las realizadas por los contrayentes con ocasión de la audiencia personal, reservada y por separado que igualmente se ha de practicar en estos casos de matrimonios celebrados en el extranjero. Así se desprende del artículo 256 del Reglamento, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un Registro extranjero, establecen los artículos 23, II, de la Ley y 85 de su Reglamento. Esta extensión de las medidas tendentes a evitar la inscripción de matrimonios simulados, por más que hayan sido celebrados en el extranjero, viene siendo propugnada por la doctrina de este Centro Directivo a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995, debiendo denegarse la inscripción cuando existan una serie de hechos objetivos, comprobados por las declaraciones de los propios interesados y por las demás pruebas presentadas, de las que deba deducirse, según las reglas del criterio humano (*cf.* artículo 386 LEC), que el matrimonio es nulo por simulación.

Ahora bien, como en el caso de los expedientes matrimoniales previos a la autorización del matrimonio, deben distinguirse dos situaciones.

a) La primera se refiere a los supuestos en que uno de los contrayentes es español y el otro es extranjero, en los cuales debe investigarse la «verdadera intención matrimonial» analizando el consentimiento de dicho contrayente español con arreglo al Derecho español, y el consentimiento del contrayente extranjero con arreglo a el Derecho extranjero. Ahora bien, dado que para que exista matrimonio el consentimiento de ambos cónyuges debe ser válido con arreglo a sus respectivas Leyes personales, es suficiente un análisis jurídico del consentimiento del contrayente español, que se

realizará, naturalmente (artículo 9 núm. 1 Código Civil), con arreglo al Derecho material español. Si dicho consentimiento no es un auténtico consentimiento matrimonial, se debe considerar que el matrimonio no es válido, y se denegará la inscripción registral. Se sigue con ello el criterio general que informa las actuaciones registrales de economía procedimental, en este caso en su vertiente conflictual, que se impone el artículo 354 párrafo segundo del Reglamento del Registro Civil.

b) La segunda hace referencia a los casos en que ambos contrayentes son extranjeros, en los que la Ley que rige la autenticidad de su consentimiento es la Ley nacional respectiva (artículo 9 núm. 1 Código Civil), como este Centro Directivo ha venido reiterando (Resoluciones de 26.1.^a noviembre de 2001, 24.1.^a mayo de 2002, 29.5.^a junio de 2002, 11.2.^a septiembre de 2002, 14.1.^a enero de 2003, 26.3.^a febrero de 2003, 9.1.^a septiembre de 2003, 10.4.^a octubre de 2003, 13.1.^a noviembre de 2003, 4.2.^a octubre de 2004, 23.4.^a febrero de 2005). Aplicar la Ley española a este supuesto es improcedente (*vid.* especialmente la 27.1.^a octubre de 2004). También en este caso se ha de destacar que, no obstante lo anterior, cuando una Ley extranjera admite la validez del matrimonio a pesar de que el consentimiento es ficticio o simulado, dicha Ley no se aplicará por las autoridades españolas por resultar contraria al orden público internacional español (artículo 12 núm. 3 Código Civil) y en su lugar se aplicará el Derecho material español (*cf.* Resoluciones de 13.3.^a de junio, 7.1.^a de julio, 2.1.^a y 6.4.^a de septiembre de 2005).

IX. Las presunciones como medio para acreditar la existencia de un «matrimonio simulado»

Los Encargados del Registro Civil deben controlar la legalidad y autenticidad del «consentimiento matrimonial» con arreglo a la Ley española cuando uno de los contrayentes sea español o, cuando siendo extranjeros ambos, deba igualmente ser aplicada en ejecución de la cláusula de orden público por admitir la Ley extranjera los matrimonios simulados. Cuestión distinta es la de la forma en que se deba proceder a realizar dicho control en el marco de la Ley material española, lo que, respecto de los matrimonios de complacencia, obliga a analizar la difícil cuestión de la prueba de la simulación.

La normativa española guarda silencio sobre la cuestión. En efecto, en relación con estos casos de potenciales matrimonios celebrados sin un verdadero consentimiento matrimonial, no existen «normalmente pruebas directas de la voluntad simulada» de los contrayentes (*vid.* Resoluciones de 1 de octubre de 1993, 18 de julio de 1996, 20 de septiembre de 1996, de 18 de octubre de 1996). Procede, pues, acudir, al sistema de las «presunciones judiciales»

(*cf.* artículo 386 LEC 1/2000), como se ha venido haciendo hasta ahora (*vid.* Resolución de 9 de octubre de 1993). Como indica el mencionado artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «a partir de un hecho admitido o probado», se puede «presumir la certeza» (...), de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

La aplicación a las actuaciones registrales (expedientes y calificación) del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil encuentra apoyo genérico en el artículo 4 de la misma Ley que sienta el principio de la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los «procesos no civiles». Más específicamente avala tal aplicabilidad la previsión expresa del artículo 16 del Reglamento del Registro Civil que, coherentemente con la naturaleza de jurisdicción voluntaria que la Exposición de Motivos del Reglamento atribuye a la actividad registral, declara de aplicación supletoria a la misma, en defecto de previsión de la específica reglamentación registral, las normas de la jurisdicción voluntaria, respecto de las cuales, a su vez, son supletorias las del procedimiento ordinario.

Las «presunciones *hominis*» constituyen, en defecto de pruebas directas, un mecanismo legal que permite deducir, a partir de ciertos datos o indicios (hecho base), la existencia de un «hecho presunto», en el caso que ahora nos interesa la concurrencia o no concurrencia de un auténtico consentimiento matrimonial según la Ley española, esto es, si la voluntad de los contrayentes se dirige a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de cumplir, como se ha dicho antes, los fines propios y específicos de la unión en matrimonio, asumiendo los derechos y deberes consustanciales a tal unión con arreglo a la caracterización de los mismos predeterminada por la Ley.

Los «datos de hecho objetivos» (hechos base) que deben emplearse para acreditar la existencia o inexistencia de auténtico consentimiento matrimonial a través de las «presunciones», pueden desprenderse de las declaraciones de los contrayentes y/o de terceras personas, de cualquier otra información escrita y de cualesquiera otros datos obtenidos durante una investigación. La determinación y valoración de estos «hechos objetivos» se ha de realizar en forma que permita compatibilizar un doble objetivo: por un lado se ha de garantizar el pleno respeto al *ius nubendi* como derecho fundamental de las personas y, de otro lado, se ha de evitar que la falsa apariencia de matrimonio que resulta en los casos en que el consentimiento matrimonial se simula pueda acceder al Registro Civil como si de una verdadera unión matrimonial se tratase.

Con la finalidad de facilitar la consecución de este doble objetivo por parte de los Encargados

de los Registros Civiles españoles, esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha acordado hacer públicas las siguientes orientaciones prácticas:

I. Los datos básicos de los que cabe inferir la simulación del consentimiento matrimonial son dos: a) el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los «datos personales y/o familiares básicos» del otro y b) la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes. En cuanto a la valoración de ambos elementos se han de tomar en cuenta los siguientes criterios prácticos:

a) Debe considerarse y presumirse que existe auténtico «consentimiento matrimonial» cuando un contrayente conoce los «datos personales y familiares básicos» del otro contrayente (*vid.* Resoluciones de 2.2.^a noviembre 2002, 4.6.^a diciembre 2002, 27.3.^a octubre 2004, 19.3.^a octubre 2004, entre otras muchas). Si los contrayentes demuestran conocer suficientemente los datos básicos personales y familiares mutuos, debe presumirse, conforme al principio general de presunción de la buena fe, que el matrimonio no es simulado y debe autorizarse o inscribirse, según los casos.

Para acreditar la existencia de un conocimiento suficiente de los datos personales básicos mutuos de los contrayentes, deben tenerse presentes estas reglas:

1.^a El Encargado dispone de un necesario margen de apreciación para ajustar las normas jurídicas a los caracteres, circunstancias y rasgos del caso concreto, ponderando necesariamente la equidad en la aplicación de las normas jurídicas (artículo 3 núm. 2 Código Civil).

2.^a No puede fijarse una «lista cerrada» de datos personales y familiares básicos cuyo conocimiento es exigido, pues ello puede depender de las circunstancias del caso concreto. Sí puede, sin embargo, proporcionarse una «lista de aproximación» con los datos básicos personales y familiares mutuos más frecuentes que los contrayentes deberían conocer el uno del otro, utilizando, entre otros, los elementos que proporciona la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 4 diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C 382 de 16 de diciembre de 1997). Tales datos son: fecha y lugar de nacimiento, domicilio, profesión, aficiones relevantes, hábitos notorios, y nacionalidad del otro contrayente, anteriores matrimonios, número y datos básicos de identidad de los familiares más próximos de uno y otro (hijos no comunes, padres, hermanos), así como las circunstancias de hecho en que se conocieron los contrayentes. Sin embargo,

como se ha dicho, estos datos pueden ser exigidos en ciertos casos pero no en otros. La equidad ha de ponderarse por la Autoridad española en la valoración del grado de conocimiento recíproco de los datos personales y familiares básicos de los contrayentes en cada supuesto concreto.

3.^a El conocimiento de los datos básicos personales de un contrayente por el otro contrayente debe ser un conocimiento del «núcleo conceptual» de dichos datos, sin que sea preciso descender a los detalles más concretos posibles. Por ejemplo, un contrayente demostrará no conocer los datos básicos del otro contrayente si afirma que éste reside habitualmente en Madrid o en Barcelona, pero desconoce el nombre exacto de la calle o el piso en que se encuentra la vivienda. Se ha de exigir un «conocimiento suficiente», no un «conocimiento exhaustivo» de tales datos.

4.^a En su caso el «desconocimiento» de los datos personales y familiares básicos de un contrayente respecto del otro debe ser claro, evidente y flagrante. Por tanto, el desconocimiento de un solo, singular y aislado dato personal o familiar básico del otro contrayente no es relevante para inferir automáticamente la existencia de un matrimonio simulado. Debe, por tanto, llevarse a cabo una valoración de conjunto del conocimiento o desconocimiento de un contrayente respecto del otro.

5.^a Existen otros «datos personales» del contrayente que son meramente «accesorios» o «secundarios». Pues bien, el conocimiento o desconocimiento de tales datos personales accesorios no es relevante en sí mismo (*vid.* Resolución de 17.1.^a de febrero de 2003). Entre tales «datos personales accesorios» cabe citar: conocimiento personal de los familiares del otro contrayente (no de su existencia y datos básicos de identidad, como nombres o edades) y hechos de la vida pasada de ambos contrayentes. El conocimiento o desconocimiento de estos datos personales «no básicos» es sólo un elemento que puede ayudar a la Autoridad española a formarse una certeza moral sobre la simulación o autenticidad del matrimonio, especialmente en casos dudosos, pero debe subrayarse categóricamente que en ningún caso estos datos personales «no básicos» pueden ser determinantes por sí solos para inferir exclusivamente de los mismos la existencia o inexistencia de un matrimonio simulado.

b) Aun cuando los contrayentes puedan desconocer algunos «datos personales y familiares básicos recíprocos», ello puede resultar insuficiente a fin de alcanzar la conclusión de la existencia de la simulación, si se prueba que los contrayentes han mantenido relaciones antes de la celebración del matrimonio, bien personales, o bien por carta, teléfono o Internet que por su duración e intensi-

dad no permita excluir toda duda sobre la posible simulación (*vid.* Resoluciones de 6.3.^a noviembre de 2002, 13.2.^a noviembre de 2002, 23.2.^a noviembre de 2002, 28.1.^a noviembre de 2002, 21.3.^a diciembre de 2002, 23 de enero de 2003, 3.3.^a febrero de 2003, 26.4.^a febrero de 2003, 3.2.^a marzo de 2003, 29.1.^a abril de 2003, 29.2.^a abril de 2003, entre otras muchas).

Para acreditar la existencia de auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes, deben tenerse presentes estas reglas:

1.^a Las relaciones entre los contrayentes pueden referirse a relaciones habidas antes o después de la celebración del matrimonio. En este segundo caso, a fin de evitar los supuestos de preconstitución de la prueba, las relaciones deberán presentar un tracto ininterrumpido durante un cierto lapso de tiempo.

2.^a Las relaciones entre los contrayentes pueden ser relaciones personales (visitas a España o al país extranjero del otro contrayente), o bien relaciones epistolares o telefónicas o por otro medio de comunicación, como Internet.

3.^a El hecho probado de que los contrayentes conviven juntos en el momento presente o tienen un hijo común es un dato suficiente que acredita la existencia de «relaciones personales».

4.^a El hecho de que los contrayentes no hablen una lengua que ambos comprenden es un mero indicio de que las relaciones personales son especialmente difíciles, pero no imposibles. Por tanto, de ese mero dato no cabe inferir, por sí solo, que las relaciones personales no existen o no han existido. Será un dato más que el Encargado del Registro Civil español tendrá presente para valorar, junto con otros datos y hechos, la presencia o ausencia de «relaciones personales» entre ambos contrayentes.

5.^a El hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios simulados anteriores es un poderoso indicio de que no existen auténticas relaciones personales entre los contrayentes, sino relaciones meramente figuradas.

6.^a El hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio, siempre que dicho dato quede indubitadamente probado, es, también, un poderoso indicio de que no existen relaciones personales entre los contrayentes, ni verdadera voluntad matrimonial. Quedan exceptuadas las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea práctica normal.

c) De forma complementaria a lo anterior, se ha de señalar que los datos o hechos relativos al matrimonio que no afectan al conocimiento personal mutuo de los contrayentes, ni a la existencia

de relaciones previas entre los contrayentes, no son relevantes para inferir de los mismos, aisladamente, la existencia de un matrimonio simulado, sin perjuicio de que en concurrencia con las circunstancias antes enumeradas pueda coadyuvar a formar la convicción del Encargado en sentido positivo o negativo respecto de la existencia de verdadera voluntad matrimonial. Aunque tampoco puede proporcionarse una «lista cerrada» de hechos por sí solos no relevantes, sí pueden enumerarse los más frecuentes de entre ellos:

1.º El hecho de que el contrayente extranjero resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería. De este dato no se puede inferir, automáticamente, la intención simuladora de los contrayentes en la celebración del matrimonio, como ya ha sido declarado en varias ocasiones por este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones de 27.3.^a octubre de 2004, 19.3.^a octubre de 2004).

2.º El hecho de que los contrayentes no convivan juntos o nunca hayan convivido juntos cuando existan circunstancias que lo impidan, como la imposibilidad de viajar por razones legales o económicas.

3.º El hecho de que un contrayente no aporte bienes o recursos económicos al matrimonio, mientras que sea el otro contrayente el que aporte el cien por cien de tales recursos, pues en sí mismo, este dato nada dice de una posible intención simuladora de los contrayentes o de la autenticidad del consentimiento matrimonial.

4.º El hecho de que los contrayentes se hayan conocido pocos meses o semanas antes del enlace tampoco dice nada, en sí mismo, sobre la intención simuladora de los contrayentes. Es diferente el caso de que los cónyuges hayan contraído matrimonio sin haberse conocido de forma personal previamente, es decir, cuando se conocen el mismo día o pocos días antes de la fecha en la que contraen matrimonio.

5.º El hecho de que exista una diferencia significativa de edad entre los contrayentes tampoco dice nada por sí solo acerca de la autenticidad y realidad del consentimiento matrimonial, por lo que es un dato que no puede utilizarse, de ningún modo, para inferir nada al respecto, salvo que concorra con otras circunstancias, ya enumeradas, de desconocimiento o falta de relación personal.

II. En todo caso, es oportuno fijar algunas reglas de funcionamiento adicionales de las «presunciones»:

1.º Tanto por la presunción general de buena fe como porque el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, es necesario que el Encargado

del Registro Civil alcance una «certeza moral plena» de hallarse en presencia de un matrimonio simulado para acordar la denegación de la autorización del matrimonio o de su inscripción.

En efecto, si bien no puede exigirse que el Encargado adquiera una conciencia de «verdad material absoluta» o «evidencia total» –imposible en el ámbito de las presunciones, ya que con ellas el Juez, en este caso el Encargado del Registro, no tiene un conocimiento directo ni indirecto del objeto de la prueba (hecho presunto), sino que deduce ese conocimiento de la prueba de otro hecho distinto (hecho base o indicio) con él unido de forma precisa y directa, «según las reglas del criterio humano que no son otras que las del raciocinio lógico» (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1986)–, sí es necesario que el Encargado del Registro alcance un convencimiento o convicción plena en el sentido de concluir la valoración del conjunto de la prueba y de las audiencias practicadas (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1986) con un juicio conclusivo de probabilidad cualificada en grado de «certeza moral plena» sobre la veracidad del hecho de haber mediado un consentimiento simulado, descartando los casos de mera verosimilitud y los de duda o simple probabilidad. Y todo ello con arreglo a los criterios de la sana crítica, esto es, con arreglo a criterios valorativos racionales y a las máximas de experiencia común. Por ello, si la convicción de la simulación no es plena, el matrimonio deberá autorizarse o, en su caso, inscribirse.

En tales casos, como antes se ha recordado, queda siempre la posibilidad de que, si surgen posteriormente más datos o hechos que hagan dudar de la existencia y autenticidad del consentimiento matrimonial, se inste judicialmente la nulidad del matrimonio, a través del proceso judicial

correspondiente (artículo 74 Código Civil) por el Ministerio Fiscal, los cónyuges o cualquier persona con interés directo y legítimo (vid. Resolución de 6 de julio de 1998, Consulta DGRN 1 de junio de 2004, Consulta DGRN 28 de octubre de 2004).

2.º En todo caso, el Encargado del Registro Civil que aplica las presunciones judiciales debe incluir en su resolución, de modo expreso, el razonamiento en virtud del cual dicha Autoridad ha establecido la presunción, evitando la utilización de modelos formularios que, por su generalidad y falta de referencia a las concretas circunstancias particulares del caso concreto, no alcanzan a llenar el requisito imprescindible de la motivación de la resolución (cfr. artículo 386 núm. 2 LEC).

3.º Frente a la formulación de una presunción judicial, cualquiera de los contrayentes u otra persona legitimada puede practicar una prueba en contrario, la cual puede estar dirigida a demostrar la inexistencia del indicio tomado en cuenta por la Autoridad española y/o demostrar la inexistencia del nexo de inferencia entre tal indicio y la situación de matrimonio simulado (artículos 386.3 y 385.2 LEC).

III. Finalmente, resulta oportuno recordar de nuevo, por la importancia de este dato, que si se rechaza la autorización o la inscripción del matrimonio al existir sospechas de simulación en el matrimonio, siempre es posible instar posteriormente la inscripción del matrimonio si surgen nuevos datos relevantes, pues en el ámbito del Registro Civil no rige el principio de «cosa juzgada» (vid. Resolución de 10.1.ª enero de 2005).

Madrid, 31 de enero de 2006. –La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sres. Jueces Encargados de los Registros Civiles Municipales, Central y Consulares de España.

Revista de Derecho de

familia

SECCIÓN PRÁCTICA

Problemática en la calificación de las viviendas adquiridas por los cónyuges antes de contraer matrimonio y pagadas en parte, vigente la sociedad de gananciales

Teniendo en cuenta lo elevado de los precios de las viviendas es frecuente ver cómo el pago de la misma acompaña a los cónyuges durante buena parte de la vida matrimonial. Cuando la vivienda se adquirió antes de que se celebrara el matrimonio, bien por uno solo de ellos o por ambos, y parte del precio se abonó, generalmente en concepto de préstamo hipotecario, constante el matrimonio, si se produce la separación o el divorcio de los cónyuges es un problema típico de derecho de familia determinar en el momento de la liquidación de gananciales qué debe incluirse en el activo y en el pasivo de la sociedad en relación con la vivienda.

La primera cuestión que debemos tener en cuenta es si el inmueble tiene o no el carácter de vivienda familiar. Si no tiene ese carácter, se aplicará lo establecido en el primer párrafo del artículo 1357 del Código Civil «Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial», surgiendo un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales equivalente al importe actualizado de todos los pagos realizados. En cambio, si el inmueble tiene carácter de vivienda familiar, el régimen aplicable es distinto ya que en este caso se

aplicará el párrafo segundo del artículo 1357 del CC «Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1354», precepto que señala lo siguiente: «Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas». Ahora bien, un problema adicional que no se contempla con especialidad propia en el Código Civil es aquél en el que si bien inicialmente la vivienda familiar se constituyó en el inmueble que se compró antes del matrimonio, con posterioridad, los cónyuges han fijado su domicilio en otro inmueble distinto. Claro, llega el momento de liquidar la sociedad de gananciales y surge el problema de determinar si al inmueble se le aplica el régimen del artículo 1357 o del 1354 del Código Civil. En principio podría pensarse que si el inmueble tuvo carácter familiar en su momento y durante ese período se abonaron las cuotas del préstamo hipotecario, se consolidó el derecho a favor de la sociedad de gananciales con independencia de que después se trasladase a otra vivienda el domicilio familiar. Pero también podría interpretarse que el momento en el que hay que determinar la aplicación de los artículos citados es cuando

se liquida la sociedad y si en ese momento no está ubicado en el inmueble la vivienda familiar ya no se otorgará el beneficio del artículo 1354 del Código Civil. Por nuestra parte entendemos que es más coherente la primera de las opciones.

Demos un paso más, y pensemos que la vivienda que adquirió uno de los cónyuges en el estado de soltero se termina pagando constante el matrimonio ¿cómo calculamos los porcentajes que corresponden al cónyuge y a la sociedad de gananciales? Una opción puede ser la siguiente: fijamos como precio de la vivienda el que se pactó en la escritura de compraventa adicionando todos los intereses y gastos que ha implicado el pago de la hipoteca. Pues bien, obtenido este dato, y teniendo en cuenta lo que se ha pagado antes y después de contraerse el matrimonio, con una simple regla de tres obtendremos los porcentajes del pro indiviso. Veamos un ejemplo, el inmueble costó 100.000 euros, si bien, por intereses y comisiones del préstamo hipotecario se pagaron además 87.000 euros, por lo que el precio final fue de 187.000 euros. Como antes del matrimonio se pagaron 38.000 euros y el restó se abonó constante el matrimonio, la vivienda será privativa del cónyuge en un 20,32% y ganancial en un 79,68%. Sin embargo nos surge una duda, ¿tendrán el mismo valor las aportaciones que se hicieron diez o doce años antes del matrimonio que los últimos pagos que se hicieron dos años antes de liquidarse la sociedad de gananciales? Evidentemente no, pero ello no tendrá trascendencia en el momento de la liquidación ya que el cónyuge que abonó parte del precio antes de contraer matrimonio ha visto cómo el valor del inmueble se ha incrementado con el paso del tiempo con lo cual el valor de su cuota se habrá actualizado al mismo tiempo.

A continuación vamos analizar qué pasa cuando la disolución de la sociedad de

gananciales tiene lugar antes de que se haya terminado de pagar el préstamo hipotecario. En este caso, el problema será determinar qué carácter tiene la cantidad que aún queda por pagar y quién debe abonarla. Una primera tesis puede ser la siguiente: aplicando literalmente lo establecido en el artículo 1354 del Código Civil, la vivienda pertenecerá en pro indiviso a la sociedad de gananciales sólo en la parte que se haya pagado mientras la misma estuvo vigente, por tanto, la parte correspondiente al precio de la vivienda que está aun pendiente de pago pertenecerá al cónyuge que inicialmente adquirió la vivienda y que, como es lógico, tendrá que abonar su importe. Analicemos esta tesis con un ejemplo: la vivienda se adquirió por 100.000 euros, de los que un cónyuge abonó 36.000 euros concertándose un préstamo hipotecario para el pago del resto del precio que, con intereses y comisiones, elevó el precio final del inmueble a 187.000 euros. Cuando se disuelve la sociedad de gananciales resta aún por pagar del préstamo hipotecario la cantidad de 30.000 euros. Por tanto si de los 187.000 euros, constante el matrimonio se han abonado 121.000 euros, resulta que del pro indiviso la sociedad de gananciales tendrá un 64,71% y el resto pertenecerá al cónyuge que adquirió la vivienda originariamente, sin que el hecho de que el otro cónyuge abone cuotas del préstamo tras la separación implique un derecho de copropiedad en el inmueble, ya que sólo tendría un derecho de crédito frente al mismo.

Una segunda tesis podría ir dirigida a determinar el pro indiviso en el momento de la disolución de la sociedad y que la cantidad pendiente de pago se impute en la misma proporción. Siguiendo con el ejemplo anterior, si en el momento de la disolución, la sociedad de gananciales había abonado 121.000 euros y uno de los cónyuges 36.000, resulta que el porcentaje será del 77,07% para la sociedad de gananciales y el 22,93%

para el cónyuge con carácter privativo, debiendo abonarse las cuotas pendientes en la misma proporción. Si no existen bienes gananciales con los que atender el porcentaje que corresponde a la sociedad en el pago del préstamo hipotecario, todos los pagos que hagan los cónyuges por cuenta de la misma se computarán como un crédito a su favor en el momento de la liquidación, sin perjuicio de que en el activo de la sociedad incluya el 77,07% del inmueble.

La opción por una u otra tesis está en la interpretación que hagamos de lo establecido en el artículo 1347 del Código Civil que recordemos señala que: «Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las

aportaciones respectivas». Nosotros optamos por la segunda de las tesis habida cuenta que al disolverse la sociedad de gananciales hay que establecer los porcentajes en el pro indiviso y ese momento será el determinante para atribuir la propiedad, siendo indiferente quien abone posteriormente los vencimientos del préstamo hipotecario, dado que la propiedad permanecerá ya invariable sin perjuicio de los derechos de crédito que surjan por el pago de las cuotas. Ello es así, porque al constituirse la comunidad ordinaria resulta de aplicación lo establecido en el artículo 393 del CC según el cual «El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas», en consecuencia establecida la cuota en el momento de la disolución de la sociedad, la carga, es decir, lo que queda de préstamo hipotecario, deberá abonarse atendiendo a dichas cuotas.

Casos Prácticos

1 SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Estando en trámite el procedimiento de separación, ¿puede presentarse demanda de divorcio?

Con la nueva normativa sustantiva no existe ningún problema para que, una vez iniciado el procedimiento de separación, tanto el cónyuge que instó dicha demanda como el otro puedan presentar demanda de divorcio. La pendency del procedimiento de separación sólo afectaría a las medidas que se hayan solicitado en el procedimiento de divorcio, de tal forma que no podrían estar sustanciándose al mismo tiempo las medidas de la separación y del divorcio salvo, claro está, que se trate de medidas distintas.

2 VIVIENDA FAMILIAR

En el convenio regulador del divorcio se ha atribuido a la esposa e hijos el uso de la vivienda familiar, dándose la circunstancia de que la misma se encuentra en régimen de alquiler. Junto con dicha medida se ha establecido una pensión compensatoria a favor de la esposa y una pensión alimenticia para

los hijos. ¿Puede la esposa reclamar al esposo el pago del alquiler de la vivienda?

Al no haberse establecido nada en el convenio regulador respecto al pago del alquiler de la vivienda familiar, la esposa no podrá, por vía de ejecución de sentencia, reclamar el importe de la renta. Si se trató de una omisión en el convenio, no queda otra opción que interponer una demanda de modificación de medidas.

3 ADOPCIÓN

Hace tres años se tramitó un procedimiento de adopción en el que se estimó que, por no estar incurso en causa de privación de la patria potestad, los padres deberían dar su consentimiento, lo que finalmente no se produjo. No habiéndose reintegrado a los menores con sus padres biológicos, la entidad pública ha vuelto a instar la adopción. ¿Pueden alegar los padres la excepción de cosa juzgada?

Técnicamente no es posible alegar dicha excepción habida cuenta que al ser tan cambiantes las circunstancias que concurren en los procedimientos de familia y de menores siempre pueden existir elementos nuevos a

tener en cuenta aunque el procedimiento tenga el mismo objeto y haya una identidad de partes. No obstante, y en cuanto al fondo, si en el anterior procedimiento se declaró que los padres no estaban incurso en causa de privación de la patria potestad, lo único que ha sucedido hasta ahora es que ha transcurrido un determinado espacio de tiempo en el que el menor ha estado conviviendo con los adoptantes.

Existen resoluciones de algunas Audiencias Provinciales que en estos casos entienden que el interés del menor es prioritario y el que presten o no los padres biológicos el consentimiento a la adopción es accesorio y proceden a constituirla. En cambio otras, posiblemente el sector mayoritario, vuelven a evaluar si los padres se encuentran o no incurso en causa de privación de la patria potestad. En el caso que analizamos lo determinante será la actitud que éstos hayan tenido desde que finalizó el anterior procedimiento, esto es, qué han hecho para recuperar a sus hijos.

4 CUESTIONES PROCESALES

¿Puede inadmitirse la demanda de separación porque la certificación de matrimonio aportada no esté actualizada?

Aunque no es un criterio generalizado, existen tribunales que exigen que la certificación de matrimonio que se aporta junto con la demanda de separación, divorcio o nulidad se haya expedido recientemente. La razón de ello está en que en numerosas ocasiones se ha tramitado un procedimiento de separación o divorcio cuando con anterioridad ya se había dictado sentencia decretando la separación o la disolución del matrimonio por divorcio. Es cierto que las certificaciones expedidas por los Registros

Civiles no tienen una fecha de caducidad, pero como su finalidad es acreditar la existencia del matrimonio, si la certificación se expidió hace bastante tiempo (por ejemplo, hace dos o tres años) es razonable que el tribunal exija una certificación actualizada.

5 RÉGIMEN DE VISITAS

¿Puede impedirse que la compañera sentimental del padre no esté presente cuando se desarrolla el régimen de visitas?

En principio, salvo que se justifique suficientemente que la presencia de esta tercera persona puede suponer una influencia negativa en el desarrollo y educación de los menores, carece de justificación la prohibición que se persigue, ya que prácticamente, vendría a anular el régimen de visitas, en perjuicio, incluso, de los propios menores, a quienes se privaría, injustificadamente, de la relación con su padre, necesaria para su adecuado desarrollo personal, a la que tienen derecho, pues, si convive el padre con su compañera sentimental, tendría que escoger, necesariamente, entre ésta y sus hijos, en los fines de semana alternos en que le corresponde el ejercicio de ese derecho.

6 RÉGIMEN DE VISITAS

¿Es causa para restringir el régimen de visitas la circunstancia de que el progenitor no custodio no haya cumplido el que se fijó en su momento?

Si la causa del incumplimiento es imputable únicamente al progenitor no custodio, es evidente que dicha conducta es base suficiente para solicitar la restricción del régimen de visitas toda vez que es negativo para

un menor estar pendiente de unas visitas de incierto cumplimiento pues ello dificulta la adecuada planificación de sus actividades.

7 VIVIENDA FAMILIAR

Con fecha 11 de octubre de 2004 se dicta Auto de Medidas Provisionales concediendo a la esposa el uso de la vivienda familiar por un año. Toma posesión material de la misma el 7 de febrero de 2005. Se dicta Sentencia con fecha 25 de octubre de 2005, concediendo lo mismo que en las Medidas Provisionales. Por escrito de la parte contraria se solicita aclaración respecto a desde qué fecha se computa el año. El Juzgado resuelve que «se aclara la Sentencia de fecha 18 de octubre en el sentido siguiente: el plazo se inicia desde que se notifica la Sentencia a las partes». ¿Es posible computar este plazo? ¿No es incongruente el Auto y procesalmente nulo?

Si la sentencia confirma las medidas provisionales entendemos que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 774.4 de la LEC, y por consiguiente si no se sustituye la medida de la atribución del uso, en puridad el plazo del año habría que contarlo desde la fecha en que se atribuyó tal uso. No obstante, parece que el tribunal ha entendido que las sentencias deben cumplirse en sus propios términos y que si en la misma se establece el plazo de un año dicho plazo se computará desde la fecha en que se dicte.

La manera de combatir esa «ampliación del plazo» pasa por interponer un recurso de apelación.

8 PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Son la separación y el divorcio procedimientos autónomos en relación con la fijación de la pensión compensatoria?

La tesis mayoritaria entre la doctrina y la jurisprudencia es que cuando el tribunal dicta una sentencia de divorcio no se encuentra vinculado por las medidas que se acordaron en el procedimiento de separación. No obstante, por lo que se refiere a la pensión compensatoria, si se estableció en la sentencia de separación, en el procedimiento de divorcio no podrá elevarse su cuantía, aunque sí declararse su extinción o reducción si concurre causa para ello. En el caso de que en la sentencia de separación no se fijase pensión compensatoria, la mayoría de los tribunales no la fija en la sentencia de divorcio, salvo en el caso excepcional de que en el anterior procedimiento se estableciese una pensión alimenticia para el cónyuge.

9 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Si se desconoce la fecha de adquisición de un vehículo del que se dispuso antes de la disolución de la sociedad de gananciales ¿puede aplicarse la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1361 del Código Civil a efectos de incluir su valor en el activo de la sociedad?

Dicha presunción opera exclusivamente respecto a los bienes existentes en el matrimonio, pero no para aquellos que ya no pertenecen a los cónyuges, debiendo regirse por tanto su inclusión por lo establecido en el artículo 217 de la LEC.

10 FILIACIÓN

Con ocasión de la estancia del menor con el padre durante el desarrollo del régimen de visitas, éste obtuvo pruebas de saliva del menor y con ellas se realizó de forma privada la prueba de paternidad dando un resultado negativo. La esposa ha interpuesto una

demanda de divorcio solicitando el aumento de la pensión alimenticia del hijo y el padre pretende aportar dicha prueba en el divorcio a fin de que no se fije pensión alguna. ¿Es correcta esta estrategia procesal?

La aportación de la prueba biológica en el procedimiento de divorcio carece de eficacia y trascendencia ya que el marido, si quiere impugnar su paternidad, no tiene otra vía que ejercitar la correspondiente acción de impugnación de la filiación.

II CUESTIONES PROCESALES

¿Podría reconvenirse en el procedimiento de separación o divorcio ejercitando la acción de impugnación de la paternidad?

Aunque conforme a las normas generales que regulan la acumulación de acciones podría admitirse el ejercicio por vía reconvenzional de la acción de impugnación de la paternidad ya que ambas acciones –separación o divorcio e impugnación de la filiación– se tramitan por el mismo procedimiento, no se excluyen mutuamente, el tribunal tendría competencia para conocer de las mismas y el resultado de la acción de impugnación de la filiación determinaría fijación o no de una pensión alimenticia a favor del hijo, la regla 2.^a del artículo 770 de la LEC impide esta posibilidad.

I2 PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Es causa para extinguir la pensión compensatoria que los hijos mayores de edad que conviven con la beneficiaria de la misma, mensualmente le entreguen algunas cantidades?

Desde luego que no, ya que ello no supone ningún incremento de patrimonio en la esposa pues la convivencia con los hijos genera unos gastos que son atendidos con la cantidad que aquéllos le entregan.

I3 VIVIENDA FAMILIAR

¿Puede otorgarse al progenitor no custodio el uso del local situado en el bajo de la vivienda familiar cuyo uso se ha atribuido a la madre y a los hijos?

Es un criterio jurisprudencial consolidado que no procede la atribución de tal uso cuando existe una situación de conflictividad familiar. En los otros supuestos habrá que comprobar la utilidad que tiene el bajo, esto es, si sirve para el desarrollo de una actividad empresarial por parte del progenitor no custodio, puede destinarse a la explotación por parte de terceros, o se trata simplemente de un anexo de la vivienda que se utiliza como garaje o trastero.

I4 RÉGIMEN DE VISITAS

¿A partir de qué edad procede la pernocta de los hijos con el progenitor no custodio?

En la jurisprudencia encontramos diversas posturas en relación con este tema y, respetando la época de lactancia materna, se admite la pernocta de forma generalizada a partir de los tres años. No obstante, en supuestos en los que no ha existido relación paterno-filial o la misma se ha interrumpido durante un tiempo, la pernocta puede dilatarse hasta que se normalice aquella relación.

15 PENSIÓN COMPENSATORIA

Teniendo en cuenta que la esposa, beneficiaria de la pensión compensatoria, tiene la titulación de graduado social, aunque presta sus servicios por cuenta ajena y percibe un sueldo escaso, el esposo solicita la extinción de la pensión alegando que aquélla puede iniciarse como profesional liberal por cuenta propia y obtener mayores ingresos que los que percibe actualmente. ¿Puede prosperar esta causa de extinción?

Una cuestión es que la esposa que cuenta con titulación para poder ejercer una actividad no realice trabajo alguno y otra cosa es que realizando una actividad laboral se quiera que la misma se aventure en el ejercicio de una actividad profesional de resultado incierto. En el primer supuesto la desidia en la búsqueda de empleo puede llevar a la extinción de la pensión compensatoria. En el segundo, no creemos que exista motivo para la extinción de la pensión compensatoria.

16 VIVIENDA FAMILIAR

Los cónyuges pactaron en el convenio regulador un derecho real de usufructo a favor de la esposa. ¿Puede extinguirse dicho derecho real en un procedimiento de modificación de medidas por cambio de circunstancias?

Teniendo en cuenta que no estamos ante una simple atribución temporal del uso de la vivienda familiar, sino ante un derecho real de usufructo, su extinción excede del ámbito de los procedimientos de derecho de familia al no tratarse de una medida prevista en los artículos 90 y siguientes del CC. La constitución de un derecho real de usufruc-

to en uso de la autonomía de la voluntad de las partes (artículo 1255 CC), constituye un pacto de contenido patrimonial de obligado cumplimiento.

17 PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Es causa de reducción o de extinción de la pensión compensatoria que el esposo haya sufrido un infarto y por prescripción médica haya tenido que reducir su jornada laboral?

Lo determinante en estos supuestos es si los ingresos del esposo provienen o no exclusivamente del trabajo personal. En el primer supuesto, es factible que se acceda a la reducción y en su caso, a la extinción de la pensión compensatoria. En el segundo supuesto y dependiendo de la cuantía de los ingresos provenientes de rendimientos del capital mobiliario e inmobiliario, posiblemente la pensión compensatoria no sufra alteración alguna.

18 VIVIENDA FAMILIAR

Cuando el uso de la vivienda se otorga hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, ¿debe entenderse que es hasta que se inicie el procedimiento o hasta que finalice con las correspondientes adjudicaciones?

El criterio mayoritario es considerar que dicho uso se extingue en el momento en que se dicta el auto o sentencia que pone fin a la fase de liquidación de la sociedad de gananciales, sin que pueda extenderse hasta la resolución del procedimiento ordinario que se prevé en el artículo 787 de la LEC.

10 PENSIÓN ALIMENTICIA

Para la fijación de la pensión alimenticia, ¿vincula al progenitor no custodio el acuerdo al que se haya podido llegar en el convenio regulador no homologado judicialmente o en la comparecencia de medidas previas?

Aunque no es automática la fijación de la pensión alimenticia en la cuantía previamente aceptada por el progenitor no custodio, la realidad es que se aplica la doctrina de los actos propios, máxime si durante un determinado período de tiempo ha venido abonando dicha pensión. Si pretende el padre que se fije una pensión de cuantía inferior recaerá sobre él mismo la carga de acreditar que con sus ingresos no puede atender la cuantía que inicialmente aceptó.

20 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Durante seis meses el hijo que, formalmente estaba bajo la guarda y custodia de la madre, estuvo conviviendo ininterrumpidamente con el padre. Una vez que el hijo ha vuelto de forma voluntaria a convivir con la madre, ésta ha instado una demanda de ejecución de sentencia reclamando al padre el pago de las pensiones alimenticias impagadas. Éste se ha opuesto a la ejecución respecto a aquellas pensiones que se devengaron durante el período de convivencia efectiva con el hijo. ¿Puede prosperar esa causa de oposición?

A pesar de que una interpretación literal del artículo 556 de la LEC impide oponerse formalmente a la ejecución por esta causa, la jurisprudencia está admitiéndola en base a que la ejecución se ha instado con manifiesto abuso de derecho e ignorar la convivencia

del hijo con el padre daría lugar a un enriquecimiento injusto. En consecuencia, si se acredita que dicha convivencia fue efectiva durante el período de tiempo que se indica, procederá la estimación de la causa de oposición y se descontará de la cantidad por la que se despachó ejecución el importe de las pensiones alimenticias correspondientes a la fecha de convivencia efectiva, aunque también es cierto que existen tribunales que no descuentan en su totalidad la pensión alimenticia, sino sólo un porcentaje —80%— ya que entienden que existen unos gastos fijos del hijo que tienen carácter anual.

21 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Durante la vigencia de la sociedad de gananciales, y con cargo a fondos de carácter ganancial, se hicieron obras en la vivienda propiedad privativa de la esposa que supusieron una rehabilitación total de la antigua vivienda. Llegado el momento de la liquidación y dada la importancia de las obras, el esposo pretende que se incluya en el inventario de la sociedad dicha vivienda, ¿puede prosperar esa petición?

La realización de obras de importancia en una finca propiedad privativa de un cónyuge satisfechas por cuenta de la sociedad de gananciales genera un crédito a favor de ésta pero nunca un derecho de propiedad. Por tanto, en el activo únicamente podrá figurar el importe actualizado de las cantidades gananciales que se invirtieron en la financiación de las obras que, según el artículo 1359 del Código Civil, consistirá en el aumento del valor que la finca haya tenido como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado.

22 PENSIÓN COMPENSATORIA

Habiéndose liquidado la sociedad de gananciales y adjudicado a cada uno de los cónyuges una serie de fincas rústicas, llegado el procedimiento de divorcio, la esposa solicita la concesión de una pensión compensatoria en base a que el rendimiento que obtiene el esposo por la explotación de dichas fincas genera un desequilibrio económico, ¿puede estimarse la petición?

Dicha petición tiene muy pocas probabilidades de prosperar si tenemos en cuenta que los ingresos del esposo provienen exclusivamente de la explotación de las fincas rústicas y la circunstancia de que éste las haya puesto en explotación mientras que la esposa las ha dejado improductivas no es motivo para la concesión de una pensión compensatoria.

23 VIVIENDA FAMILIAR

La vivienda familiar propiedad privativa del esposo tiene anexa una plaza de garaje comunitaria, dándose la circunstancia de que la esposa, a la que se le ha otorgado el uso, no tiene carné de conducir y ante ello, el esposo ha solicitado que se le atribuya el uso

de dicha plaza de garaje, ¿puede estimarse la petición?

Dadas las circunstancias que concurren en el supuesto, aun cuando la plaza de garaje sea una dependencia anexa a la vivienda, careciendo de interés la esposa para su utilización, no procederá que se atribuya a ésta su uso, siendo por tanto perfectamente admisible que el esposo, como titular de la misma, la utilice en uso de su derecho de propiedad.

24 PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Existe algún supuesto en el que pueda fijarse pensión compensatoria después de que la esposa haya renunciado a la misma en el convenio regulador?

En la jurisprudencia hemos localizado el supuesto en el que la esposa renunciaba a la pensión compensatoria en el convenio regulador porque prestaba sus servicios en un establecimiento propiedad del marido. Tras dictarse la sentencia de separación, el esposo despidió a la esposa y en este caso, los tribunales entendieron, con ocasión de tramitarse el divorcio, que concurrían las circunstancias que se prevén en el artículo 97 del Código Civil para el establecimiento de la pensión compensatoria.

Revista de Derecho de

familia

TRIBUNA ABIERTA

El procedimiento administrativo de valoración de idoneidad de familias acogedoras y adoptantes

JAIME AGUILERA GARCÍA

Ex coordinador de Acogimiento Familiar y Adopción del Servicio de Protección de Menores (Delegación de la Junta de Andalucía para la Igualdad y Bienestar Social de Málaga)

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

III. CONCEPTO Y NATURALEZA

III.1. ¿Procedimiento administrativo legítimo?

III.2. Marco espacio-temporal

III.3. Valoración psicológica y social

III.4. Sujetos actuantes

IV. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE IDONEIDAD

IV.1. Criterio objetivo

A) Idoneidad para la adopción nacional/acogimiento preadoptivo. B) Idoneidad para adopción internacional. C) Idoneidad para el acogimiento familiar simple. D) Idoneidad para el acogimiento familiar permanente.

IV.2. Criterio subjetivo

A) Idoneidad para familia extensa o familia ajena. B) Idoneidad para el acogimiento familiar profesionalizado o de urgencia.

V. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

V.1. Inicio

V.2. Ordenación

V.3. Instrucción

V.4. Terminación

VI. REVISIÓN ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES DE IDONEIDAD

VII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo no es otro que el de indagar en las características de esta institución jurídica que es la idoneidad, tradicional en lo relacionado con los menores sometidos a tutela, pero conformada mucho más modernamente en sede administrativa –con la oportuna revisión judicial– y no sólo con los procedimientos de adopción sino también con aquellos que tienen como finalidad la formalización de un acogimiento familiar.

Todo lo anterior tiene como consecuencia una legislación estatal y autonómica en algunos casos novísima, en otros todavía no desarrollada. Al mismo tiempo nos encontramos la existencia de un *corpus* doctrinal y jurisprudencial escaso que la mayoría de las veces no ofrece respuesta a los operadores jurídicos que abordan esta materia.

En consecuencia, la pobreza doctrinal y jurisprudencial, frente a una desarrollo normativo cada vez más intenso, así como el aumento espectacular de las familias solicitantes de esta valoración de idoneidad –sobre todo, en lo que se refiere a la adopción internacional–, hacen necesario un debate jurídico que, desde la humildad, se me antoja interesante.

II. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En nuestra historia, la necesidad de dotar de padres adoptivos y de tutores se remonta al mismo derecho romano, si bien es verdad que la *adoptio*, la tutela o el prohijamiento eran instituciones jurídicas donde las cualidades exigidas a las personas que se responsabilizaban del menor brillaban más bien por su ausencia.

A modo de brevísima reseña, podemos señalar que *Las Partidas* señalan tres tipos de tutela: testamentaria, legítima y dativa. Ya existe en este momento histórico intervención judicial en algunos casos, así como juramento, rendición de cuentas e inventario; pero poco o casi nada se insiste en unos posibles criterios de idoneidad del tutor o curador.

MONTERROSO Y ALVARADO, en su tratado de *Práctica civil y criminal...*, señala indirectamente, en relación a los tutores, algunos criterios que se pueden parecer muy vagamente a las aptitudes mínimas que hoy se exigen para acogedores o adoptantes: entre otros motivos para excusarse de la tutela señala el ser «hombre muy pobre, enfermo o ignorante»¹.

Ya en nuestro derecho positivo vigente, en el propio Código Civil, antes de la publicación de la Ley Orgánica de Protección del Menor, en enero de 1996, ya se habla de la necesidad de que el tutor ordinario o el defensor judicial sean idóneos. En el primer caso, el artículo 235 del Código Civil nos refiere que en defecto de las personas preferidas para ser tutores:

«El Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado, y en beneficio de éste, considere más idóneo.»

Igualmente, en el artículo 300 del Código Civil se señala:

«El Juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo.»

Así pues, en nuestra legislación vigente, sigue arrastrándose la necesidad de que quien ostente los cargos de tutor o de defensor judicial posea unas cualidades y unas aptitudes

1. MONTERROSO Y ALVARADO, G. de, *Práctica civil y criminal e instrucción de escribanos*, Andrés de Angulo (impresor), Alcalá de Henares, 1571, p. 183.

necesarias para el buen desempeño del cargo. Pero esta valoración se hace siempre en sede judicial y sin que intervenga ninguna administración pública.

A pesar de que, desde la reforma del Código Civil del año 1987, las Entidades Públicas realizan una labor de selección de familias adoptantes que se puede calificar como un procedimiento de valoración de idoneidad en ciernes, ni existe tal concepto jurídico como tal, ni existe un procedimiento administrativo que lo sustente. Habrá que esperar hasta la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996 para que esta institución jurídica tome carta de naturaleza. Esta ley orgánica, según expone en la propia Exposición de Motivos, no hace sino ratificar la necesidad de valorar las aptitudes de los padres adoptivos que ya «se tenía en cuenta en la práctica en los procedimientos de selección de familias adoptantes» y que aparece recogida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993. Efectivamente, en sede de Naciones Unidas, y previo a la citada Convención de 1989, se promulga el 3 de diciembre de 1986 la resolución 41/85 KL, la declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los planos nacional e internacional: en ella se perfila ya un sistema donde los poderes públicos deben garantizar la familia más adecuada al niño que necesita la adopción como medida de protección, aspecto este sobre el que incide reiteradamente la Convención sobre los Derechos del Niño.

No obstante lo anterior, es mucho más explícito el citado Convenio de La Haya, el gran instrumento jurídico que articula la adopción internacional. Es aquí donde se dibuja un boceto del procedimiento de idoneidad, baste citar como ejemplo los artículos 14 y 15 donde se recoge la necesidad, por parte del estado de recepción del menor adoptado, de emitir un informe que recoja toda la información necesaria para poder constatar que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para la adopción internacional de unos menores con un perfil determinado.

De esta forma, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor, insertará en nuestro ordenamiento la institución jurídica de la idoneidad, en el ámbito de la adopción internacional:

Artículo 25.1. En materia de adopción internacional, corresponde a las entidades públicas:

1. La recepción y tramitación de las solicitudes, ya sea directamente o a través de entidades debidamente acreditadas.
2. La expedición, en todo caso, de los certificados de idoneidad y, cuando lo exija el país de origen del adoptando, la expedición del compromiso de seguimiento.

Otro tanto ocurre en las adopciones tramitadas ante la jurisdicción nacional –o ante las autoridades consulares españolas (artículo 9.5 Código Civil)– con la nueva redacción del artículo 176 del Código Civil:

1. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.
2. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta.

En consecuencia, el concepto jurídico de idoneidad se circunscribe al ámbito de la adopción como requisito de los adoptantes². Ahora bien, si al tutor, al defensor judicial o al adoptante se les exige que sean idóneos, algunas Comunidades Autónomas –Entidades Públicas responsables de la valoración de los adoptantes– han ampliado el concepto jurídico de la idoneidad, y el procedimiento administrativo anejo a él, extendiéndolo a los acogimientos familiares. Uno de los tres tipos de acogimiento familiar recogidos en nuestra legislación –el preadoptivo– requiere que los acogedores reúnan ya desde un principio las cualidades de idoneidad que son exigibles como futuros y adoptantes en ciernes que son; sin embargo, es en los desarrollos legislativos en el ámbito autonómico donde aparece la necesidad de que los solicitantes de un acogimiento simple o permanente, ya sea como familia extensa o no, sean también declarados idóneos con relación al acogimiento familiar solicitado, y con respecto a un perfil de un menor o grupo de menores determinado³.

Así, por ejemplo, en el artículo 33.1 de la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor se exige la declaración de idoneidad para solicitantes de adopción y de cualquier tipo de acogimiento familiar⁴. Igualmente, en el artículo 61 de la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores se habla de idoneidad para cualquier tipo de acogimiento familiar⁵.

Así mismo, también se amplía el concepto de idoneidad a todos los acogimientos familiares en la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón; en la Ley de la Comunidad de La Rioja 4/1998, de 18 de marzo, del Menor; en la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia; en la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid; o en la Ley de la Comunidad de Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados.

Un segundo grupo de leyes autonómicas, mucho más residual establece todo un procedimiento para la información, formación, valoración y selección de las familias de cualquier tipo de acogimiento familiar, pero no habla expresamente de una declaración expresa de idoneidad, éste es el caso de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha o del Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción en Cataluña, que regula todo un procedimiento de valoración y selección de las familias solicitantes de acogimiento familiar simple, pero que en ningún momento se habla de una declaración expresa y formal de idoneidad; no obstante lo anterior, todo el procedimiento hace indispensable una resolución administrativa que lo sustente.

En definitiva, son excepcionales las normas autonómicas que hacen una regulación calada del Código Civil y con una idoneidad limitada al campo de las familias adoptivas, tal es

2. ANTONIO J. PÉREZ MARTÍN, en 1998 (*Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 335) habla de una «falta de regulación específica» en las condiciones que debe reunir la persona física para poder acoger y, siguiendo a Inmaculada GARCÍA GARCÍA, de la necesidad de la interpretación analógica con algunos aspectos de la tutela ordinaria.

3. En adelante, al hablar de menor, se entiende que también es posible que sea un grupo de menores.

4. Artículo 33.1. Quienes soliciten de la Administración de la Junta de Andalucía el acogimiento familiar o la adopción de un menor deberán someterse a un proceso de valoración de idoneidad, en base a los criterios biológicos y psicosociales que se establezcan reglamentariamente y sin perjuicio de los requisitos legalmente establecidos. La Administración de la Junta de Andalucía dictará resolución sobre su idoneidad, que será notificada al solicitante.

5. Artículo 61.1. Los acogedores serán seleccionados con arreglo al interés primordial del menor, teniendo en cuenta, entre otros factores, la aptitud educadora, la situación familiar, la relación con el menor, si existiese, y los demás criterios de idoneidad que se establezcan reglamentariamente, en atención tanto a la modalidad como a la finalidad del acogimiento.

el caso de la Ley de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del menor; o de la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia. Incluso en estos dos últimos casos, concepto de idoneidad a las familias acogedoras no preadoptivas se amplía en el desarrollo reglamentario de estas leyes.

III. CONCEPTO Y NATURALEZA

A la hora de aventurarnos a definir con un mínimo de exactitud el concepto de idoneidad tenemos que tener en cuenta las notas básicas de la evolución y los antecedentes señalados: el nacimiento en el seno de la normativa de la adopción internacional de la necesidad de un procedimiento reglado que determine la aptitud de una familia adoptante, así como su extensión, gracias a la normativa autonómica, a cualquier tipo de acogimiento familiar.

Después de esto, y una vez enmarcado el campo de derecho de familia en el que se encuentra incardinada la institución jurídica de la idoneidad, la pregunta –desde el realismo y sin ánimo de fatalismo– es hasta qué punto podemos considerar el procedimiento de valoración de idoneidad un procedimiento administrativo y cuál es la consideración que sobre este último se tiene en algunos foros jurisprudenciales.

III.1. ¿Procedimiento administrativo legítimo?

Los procedimientos administrativos relacionados con la adopción de medidas de protección de menores son partícipes de una dualidad un tanto esquizofrénica: por un lado, los procedimientos de guarda, desamparo, acogimiento familiar, adopción o idoneidad se rigen por procedimientos administrativos especiales que, en cualquier caso, tienen en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –en adelante LRJAE y PAC– su referente como derecho supletorio. Sin embargo, a la hora de revisar jurisdiccionalmente las terminaciones de los procedimientos antes mencionados no se acude a la vía contencioso-administrativa, sino que es la jurisdicción civil la encargada de fiscalizar si la decisión administrativa ha estado ajustada a derecho –así lo establece expresamente la Disposición Adicional Primera de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor⁶– y, sobre todo, si ha sido tomada siguiendo el principio de interés superior del menor, como muy bien dice la Audiencia Provincial de Sevilla:

«El hecho de que los tribunales civiles sean competentes para conocer de las acciones que se ejerciten contra esas resoluciones no altera su naturaleza administrativa»⁷.

Sin embargo, a veces da la sensación de que se olvida de que el procedimiento «administrativo» de idoneidad también tiene como brújula el principio de interés superior del menor, y no de la pareja solicitante: como gráficamente suelen decir algunos expertos en esta materia, se pretende, por encima de todo, encontrar una familia para un menor que la necesita, y no un menor para una familia que lo desea. A pesar de lo anterior, hay jurisprudencia que se muestra cicatera y remisa a la hora de aplicar los conceptos básicos que llevan al descarte *ab initio* de una familia para un acogimiento o adopción, de hecho la inmensa ma-

6. No obstante, y de modo sorprendente, hay autores como Esther GONZÁLEZ y Pablo GRANDE que olvidan mencionar este aspecto a la hora de explicar esta Disposición Adicional (*Aspectos Procesales Civiles de la Protección del Menor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 210).

7. AP de Sevilla, Sentencia de 23 de julio de 2003, Sec. 5.ª, Ponente: Gallardo Correa, Conrado.

yoría de resoluciones de inidoneidad que se recurren ante la jurisdicción civil son revocadas por ésta. Y es que no cabe duda de que estamos ante un dictamen difícil y que:

«Obliga a realizar un difícil juicio en un momento en que normalmente las personas afectadas, aspirantes a adoptar a otra, no han tenido oportunidad de demostrar en la práctica sus dotes para ser padres, lo que unido a la difícil o imposible previsibilidad de los comportamientos humanos, obliga a una cuidadosa valoración de las circunstancias concurrentes»⁸.

Evidentemente nos encontramos ante una decisión técnica muy difícil: decidir que un núcleo familiar no está preparado para afrontar el papel único, complicado y especial que se le pide a un acogedor o a un adoptante; pero nunca se puede olvidar que lo peor que le puede ocurrir a un menor que ya ha sufrido un abandono o unas circunstancias socio-familiares nada favorecedoras es precisamente que se vuelvan a repetir las mismas con una segunda familia que se pensó como un remedio, no como una segunda y fatídica enfermedad. Por tanto, no vale cualquier familia y no vale cualquier idoneidad con tal de evitar el perjuicio que ya sufre el menor, precisamente porque se puede volver en nuestra contra. Así pues, hay que poner en cuarentena afirmaciones como la siguiente, que sirven de fundamento para revocar algunas resoluciones de inidoneidad:

«No cabe hacer de la idoneidad un concepto en tal forma estricto y excluyente que conduzca a condicionar y limitar la posibilidad de adopción de modo que, frustrando las respetables expectativas de los aspirantes a adoptar, vengan a la vez a producir un perjuicio en los menores susceptibles de ser adoptados, cuya situación de desamparo exige la adopción de un remedio»⁹.

En cualquier caso, y sin contradecir la afirmación anterior en cuanto a la difícil presunción de considerar o no a un núcleo familiar apto para hacerse responsable de un menor, tampoco es menos cierto que el menor que necesita esta familia parte ya de una situación distinta a la filiación biológica, y por tanto también es muy delicado el ofrecimiento que se le haga. Insisto una vez más: no hay mayor fracaso institucional y humano que la vuelta al sistema de protección de menores del que ya pasó por él, justamente hasta que se decidió que pasara a convivir con una familia que previamente había sido declarada idónea. Una perspectiva clara e inequívoca que abandere el interés del menor –sin ningunear la ilusión y los legítimos deseos de la familia solicitante– es la que en algunas ocasiones se echa en falta en las sentencias de nuestros juzgados y tribunales.

En este sentido, VARGAS CABRERA realiza la siguiente afirmación en cuanto a limitaciones a la hora de establecer los criterios para la idoneidad de los acogedores que hayan sido extraídos analógicamente de la institución de la tutela:

«Creo que el interés del menor impide exclusiones *a priori* que no realiza el legislador»¹⁰.

Para este autor, por tanto, el interés del menor exige que familias que no puedan ser tutoras sí puedan ser acogedoras. Pues bien, evidentemente, el repetido interés del menor, como pieza básica de las instituciones de protección de menores, no puede servir de argumento para flexibilizar la interpretación de los criterios técnicos y legales –como parece ser que quiere hacernos entender VARGAS CABRERA–; todo lo contrario: en última instancia, si tenemos en cuenta que la legitimidad de este procedimiento administrativo radica mucho más en el interés superior del menor que en las posibles motivaciones del núcleo familiar

8. AP de Málaga, Sentencia de 10 de marzo de 2004, Sec. 5.ª, Ponente: Hernández Barea, Hipólito.

9. AP Lleida, Sentencia de 19 de marzo de 1999, Sec. 1.ª, Ponente: Enfedaque Marco, Andreu.

10. VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores: doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional: Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, Comares, Granada, 1994, p. 136.

solicitante, la valoración de idoneidad tendrá que ofrecer las mayores garantías posibles de cara a evitar incluir al menor en un núcleo familiar no adecuado.

III.2. Marco espacio-temporal

Por otro lado, se hace necesario acotar que el final de todo procedimiento de idoneidad está enmarcado con respecto a unas coordenadas espacio-temporales y con respecto al propio interés superior del menor susceptible de ser acogido o adoptado. De esta forma, la idoneidad estará siempre referida a un lugar de residencia familiar y a un momento determinado del devenir del núcleo familiar objeto de estudio. Al mismo tiempo, una unidad familiar puede ser idónea con respecto a un determinado número de menores y las características de estos últimos pueden ser, como se verá más adelante, diametralmente opuestas; por tanto, la idoneidad, en función de la propia necesidad del menor de encontrar una familia adecuada, no puede ser genérica: deberá ceñirse al perfil concreto del menor sobre el que extiende sus efectos.

Íntimamente relacionado con el espacio temporal en el que se debe realizar la valoración de idoneidad se encuentran aquellos supuestos donde se rompe la regla de oro de una valoración de idoneidad, que es su carácter previo a la llegada de un menor en acogimiento o adopción. Dicho de otro modo, en estos casos la valoración de idoneidad se realiza cuando el menor para el que se solicita ya convive en el núcleo familiar. Existen dos claros ejemplos de esta situación:

- a) Guarda de hecho:
- b) Adopción internacional sin resolución de idoneidad previa:

En el primer supuesto no existe ninguna resolución legal expresa que ampare el cuidado del menor; sin embargo, el propio Código Civil, en sus artículos 303, 304 y 306 reconoce la existencia de los guardadores de hecho con respecto a los cuales se despliegan unos efectos jurídicos un tanto «informales» o «provisionales» y, como bien dice la Audiencia Provincial de Cádiz en una sentencia ejemplar, se trataría de:

«Una situación fáctica que no se opone al ordenamiento jurídico, pues, si así fuera, el Derecho se limitaría a suprimirlo pura y simplemente; pero desde el momento en que faculta –que no impone ni ordena– al Juez para controlar su desenvolvimiento es llano que el legislador adopta una actitud favorable a su continuidad en el tiempo, dentro de la provisionalidad que es razonable asociar a una situación de mero hecho en tránsito hacia una guarda institucional»¹¹.

Por tanto, no se puede negar la realidad de una situación de hecho que en virtud del principio *favor minoris* el legislador ampara cautelarmente hasta tanto se pase a la citada guarda institucional que, en buena lógica, necesitará, en el caso de que se formalice una adopción o acogimiento familiar, la correspondiente resolución de idoneidad favorable. De ahí que algunas disposiciones legales autonómicas reconozcan esta eventualidad y admitan las solicitudes para la valoración de idoneidad de acogedores de hecho. Baste citar como ejemplo el caso de Canarias, que desarrollaremos más adelante.

La negativa a aceptar esta realidad por parte de otras Comunidades Autónomas, con la no menos importante justificación de intentar evitar cauces paralelos e informales de guardas de menores fuera del control público, obliga a los operadores jurídicos de estas últimas a realizar piruetas forzadas en los procedimientos de valoración de idoneidad. Éste es el

11. AP de Cádiz, Sentencia de 22 de diciembre de 2004, Sec. 1.ª, Ponente: Del Río Fernández, Lorenzo.

caso, por poner otro ejemplo, de Andalucía, cuyo Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento Familiar y Adopción sólo reconoce la vinculación previa entre núcleo familiar y menor en el caso de la familia extensa hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad (artículo 3.2) con lo que, en consecuencia, el resto de familia extensa, los allegados y los guardadores de hecho que, de buena fe, basan su solicitud de valoración de idoneidad en un menor en concreto no sólo no se pueden beneficiar de la prioridad en tramitación que se le da a la familia extensa, sino que, además, su hipotética resolución de idoneidad deberá estar dirigida a un perfil determinado, pero no a un menor con nombres y apellidos: con ello, el pretendido control inicial de situaciones «fuera de ley» se convierte en un reconocimiento legal de la guarda de hecho, ahora bien, y de forma casi cínica, sin que en la resolución de idoneidad aparezca el menor por la que se solicitó.

El segundo supuesto al que nos hemos referido es el de una adopción internacional aprobada por una autoridad judicial extranjera sin resolución de idoneidad previa.

Hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica 1/1996, a raíz del Convenio de La Haya sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional, exige una idoneidad para los adoptantes que lleva consigo una nueva redacción del Código Civil en su artículo 176.2, que quizás convenga de nuevo recordar:

«Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta.»

En consecuencia, el Juez español ante el que se inicia un procedimiento de adopción tendrá que tener en cuenta la idoneidad apreciada por la Entidad Pública que realiza la propuesta. Sin embargo, se han dado casos, sobre todo con países que no han firmado el citado Convenio de La Haya, en los que el Juez correspondiente del país de origen del menor ha aprobado la adopción con una familia española sin tener en cuenta una resolución de idoneidad previa. El problema cobra su máxima dimensión cuando las autoridades españolas se niegan a inscribir al menor en el Registro Civil, ya que se ha obviado este trámite imprescindible para nuestra legislación. Lo que está claro es que la valoración de idoneidad *sui generis* –con el menor ya conviviendo con la familia– se debe hacer. Si el resultado fuera positivo, por el principio *favor minoris*, y para no dejar al menor en una situación de inseguridad jurídica, se debería posibilitar la inscripción registral; todo ello al margen de posibles sanciones administrativas para una familia que ha prescindido de una idoneidad requerida por nuestro ordenamiento. Cuestión más peliaguda es si, partiendo de una situación de hecho en la que el menor está protegido, se detectan en el estudio *a posteriori* factores de riesgo graves para un futuro a medio y a largo plazo que llevan a resolver una inidoneidad de la familia. De nuevo, al igual que ocurría con la guarda de hecho, el principio de interés superior del menor debe entrar en funcionamiento y la inidoneidad tendría las consecuencias drásticas de dictar, en su caso, la oportuna resolución de desamparo para evitar riesgos futuros y ocultos.

En definitiva, en estos dos supuestos de guarda de hecho y adopción internacional es necesario evidenciar dos axiomas básicos: la responsabilidad parental adecuada es tan importante que el estudio de idoneidad nunca debe excepcionarse y, en cualquier caso, este último siempre va subordinado al interés superior del menor.

III.3. Valoración psicológica y social

Por todo lo que estamos señalando, cada vez es más explícito que el concepto jurídico de idoneidad excede de los requisitos exigidos para el nombramiento de tutor –muchas veces enfocados desde un punto de vista patrimonial– o los requisitos legales de edad o parentesco que nuestro Código Civil indica con respecto a la adopción.

Las palabras de MÉNDEZ PÉREZ, precisamente con relación a la adopción, corroboran la afirmación anterior:

«No estamos pues ante una falta de aptitud para adoptar hasta los 25 años, entendida por tal la capacidad, habilidad, facultad o suficiencia para asumir las responsabilidades de una adopción, sino más bien ante exigencias o conveniencias de orden sociológico-familiar, que, atendidas las mismas, el legislador ha ido modelando en sincronía con la evolución social del tiempo»¹².

Así pues, como más adelante volveremos a reseñar, el procedimiento de idoneidad debe contener obligatoriamente en su instrucción informes de índole social y psicológica que aborden los criterios técnicos –algunos de ellos desarrollados reglamentariamente por las Comunidades Autónomas– que permitan resolver al Juez o a la Entidad Pública correspondiente con suficientes elementos de juicio.

III.4. Sujetos actuantes

Es necesario aclarar que, en lo que se refiere al órgano competente, la idoneidad puede ser apreciada por la Entidad Pública, el Juez o, en casos especiales, la autoridad consular correspondiente. Puesto que este estudio se centra en el procedimiento administrativo, es obvio afirmar que nos estamos refiriendo sólo al primer caso.

Por otro lado, en lo que se refiere al sujeto valorado por parte de la Entidad Pública, no puede ser otro que el núcleo familiar solicitante; eso sí, dentro de la variedad que éste puede presentar: desde la familia monoparental hasta aquella otra en la que ya conviven en el momento de realizar el estudio ascendientes y descendientes de los solicitantes. Tal y como bien dice PÉREZ MARTÍN, quedarían fuera las personas jurídicas:

«Ya que es evidente que al no tener “vida de familia” una persona jurídica no podrá dar al menor un ambiente familiar»¹³.

En cualquier caso, no hablamos de la idoneidad de instituciones de acogida, sujeta a otros procedimientos administrativos y a otros estudios técnicos. Por ello no me parece muy acertado, en cuanto a técnica legislativa se refiere, la mezcla de conceptos que realizan algunos reglamentos autonómicos; por ejemplo, el Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, prescribe como objeto del procedimiento de idoneidad tanto el acogimiento familiar y el acogimiento en un hogar funcional, que entiendo que no puede ser definido como un acogimiento familiar más:

«Con arreglo al interés primordial del menor se regula con mayor detalle el proceso de selección de los acogedores, fijando los criterios de valoración de idoneidad y los trámites procedimentales

12. MÉNDEZ PÉREZ, J., *La adopción: comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas con jurisprudencia*, Bosh, Barcelona, 2000, p. 91.

13. PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de familia...*, op. cit., p. 334.

de un modo distinto según la modalidad y finalidad del acogimiento familiar: en familia, profesionalizado o en hogar funcional.»

Así pues, para recapitular, podemos definir la idoneidad como una institución jurídica que se legitima en el interés superior del menor y a través de la cual se regula un procedimiento administrativo por el que una entidad pública resuelve afirmativa o negativamente la aptitud de un núcleo familiar, en un momento y lugar determinados, para acoger o adoptar a un menor/es de un perfil determinado.

IV. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE IDONEIDAD

A pesar de que el procedimiento formal es el mismo, así como el órgano competente encargado de la misma, la valoración de idoneidad ofrece matices distintos en función del procedimiento de protección de menores al que va aparejada o de las peculiaridades que se exigen de la familia solicitante. De esta forma, se pueden encontrar hasta seis tipos de idoneidades distintas que, salvo excepciones, pueden ser simultáneas en el tiempo en una misma familia o, en otro caso, sucesivas en el tiempo a medida que las necesidades del menor lo vayan requiriendo.

IV.1. Criterio objetivo

A) Idoneidad para la adopción nacional/acogimiento preadoptivo

Curiosamente, en este primer supuesto, la idoneidad de la familia es al mismo tiempo para un acogimiento y para una adopción. No podía ser de otra manera, ya que nuestro legislador concibe el acogimiento preadoptivo (artículo 173 bis.3.º CC) al tiempo de presentar la propuesta de adopción o como paso previo a esta última; pero, en todo caso, «siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar». En lógica consecuencia, los que son idóneos para un acogimiento preadoptivo deben serlo igualmente para una adopción.

No es un objetivo de este trabajo entrar a valorar los criterios técnicos psicológicos y sociales de este tipo de idoneidad –entre ellos algunos tan polémicos como el criterio de edad máxima para un menor recién nacido, las parejas homosexuales, o la necesidad de demostrar su imposibilidad de tener hijos por medios biológicos–; los peritos psicólogos y trabajadores sociales son los que deben decidirlo y a los juristas nos toca su plasmación en textos normativos, su aplicación y su interpretación. En cualquier caso, estos criterios deben seguir el principio general del derecho *adoptio imitatur naturam*.

Existen algunas comunidades autónomas –artículo 16.a) del citado decreto andaluz o artículo 70.1 de la citada ley riojana, por ejemplo– que flexibilizan sus criterios si los solicitantes están dispuestos a aceptar los llamados menores con necesidades especiales –mayores de 7 años, grupos de hermanos o con algún tipo de minusvalía–. Existe, a mi juicio, un error de partida en esta relajación de la aptitud mínima requerida al núcleo familiar solicitante: se ve clara la intención del legislador que, con tal de encontrar una familia para este menor con menos opciones de encontrarla está dispuesto a «mirar para otro lado» y no ser tan rígido en cumplir criterios como, por ejemplo, el de la edad máxima de los solicitantes. Ésa es la equivocación, el deseo de encontrar una familia para estos menores no nos puede hacer perder el norte de que esta familia debe ser idónea; es más, debe ser especialmente idónea puesto que se van a hacer cargo de un menor con características muy particulares

que necesitan también de una familia particular, entendiendo, claro está, el sentido de este adjetivo en la vertiente más positiva que se pueda hablar. Así opina también MÉNDEZ PÉREZ, que no entiende cómo el criterio de la edad máxima se rompa con la adopción de necesidades especiales:

«Es ilógico que a más edad se cargue sobre el adoptante el mayor esfuerzo de una adopción múltiple o de especiales dificultades»¹⁴.

En este punto es importante también matizar la distinción entre idoneidad para una adopción y la filiación adoptiva. La primera, como acabamos de definir, atañe a la aptitud para la responsabilidad parental a un núcleo familiar objeto de valoración; por el contrario, la filiación establece unos vínculos legales que equipara paternidad biológica y adoptiva. Este razonamiento afecta, por ejemplo, a núcleos de familia monoparentales donde la figura de un ascendiente del solicitante es fundamental como red de apoyo para poder considerarlo idóneo y, sin embargo, la filiación no se va a establecer con este ascendiente sino sólo con el solicitante sin pareja. Algo parecido ocurre con los solicitantes que reflejan en los informes la existencia de una pareja homosexual. Si los informes técnicos consideran a este núcleo idóneo, entiendo que no existe fraude de ley a la hora de declarar idóneo al solicitante; más fraude habría en el hecho de mentir en su relación de pareja y, una vez obtenida la adopción, sacarla a la luz. El núcleo familiar es apto para el cuidado de un menor; sin embargo, nuestra legislación actual sólo va a permitir la filiación con uno de ellos.

B) Idoneidad para adopción internacional

Aunque en principio pudiera parecer que en este caso habría que aplicar los mismos criterios que para la idoneidad de acogimiento familiar preadoptivo/adopción, la realidad es que hay determinados factores específicos que hay que tener en cuenta a la hora de valorar a una familia para una adopción internacional. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a la aceptación de las diferencias étnicas y culturales que pueda haber con el país de origen del menor, de un lado; o al miedo que está instalado en algunas familias de ser localizados por la familia biológica del menor adoptado, riesgo que por razones obvias es mucho mayor en una adopción nacional.

Así se señala también, con buen criterio, en el estudio coordinado por Isabel LÁZARO GONZÁLEZ, que considera que los criterios para una adopción internacional:

«Difieren en aquellas circunstancias que afecten a los aspectos interculturales e internacionales de esta adopción»¹⁵.

En definitiva, nos podemos encontrar con el caso de familias que sean idóneas para una adopción internacional y no para una nacional, o a la inversa.

Señalar también en este apartado, la peculiaridad de nuestro ordenamiento que, a efectos del ya citado Convenio de La Haya sobre adopción internacional, considera que existen 23 autoridades centrales –Comunidades Autónomas, Diputaciones Forales, Cabildos y Consejos Insulares– que son los interlocutores válidos con las autoridades del país del origen del menor adoptado. En este sentido, sería deseable, en aras de un mínimo de igualdad para todos los solicitantes de adopción internacional, un mayor consenso y coordinación a

14. MÉNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 94.

15. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (COORD.), *Los menores en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 423.

la hora de establecer los criterios de idoneidad y la forma de interpretar el procedimiento administrativo donde son aplicados.

C) Idoneidad para el acogimiento familiar simple

Los criterios para la idoneidad de un acogimiento familiar simple van en sintonía con lo temporal y provisional de esta medida de protección. Así, la familia que pretenda ser idónea para este tipo de acogimientos familiares debe ser apta para aceptar esta temporalidad, así como saber apoyar a la familia biológica donde se intente reintegrar el menor o a la familia adoptiva a la cual pase ya como medida definitiva.

D) Idoneidad para el acogimiento familiar permanente

En contraposición con la transitoriedad del acogimiento familiar anterior, los criterios para las familias solicitantes de un acogimiento familiar permanente deben de incidir en la previsión inicial de no retorno del menor con su familia biológica y, por tanto, en la aceptación de esta medida como definitiva; lo que no impide, sin embargo, que el citado menor siga manteniendo un régimen de visitas con sus padres y/o familiares.

En algunos reglamentos autonómicos se hace expresa mención en este tipo de idoneidades a la ausencia de expectativas de adopción, lo que sería contradictorio con el refuerzo del papel de la familia biológica y con el régimen de visitas. Sin embargo, esta exigencia de que no exista una intención adoptiva en la familia solicitante se lleva al extremo prohibiendo –como es el caso del artículo 17.5 del decreto andaluz– que una familia solicite al mismo tiempo ser acogedora permanente y adoptiva. Está claro que el legislador andaluz ha querido cortar por lo sano ante posibles intentos de fraude de ley en cuanto a familias que detrás de una solicitud de acogimiento familiar permanente escondan intenciones adoptivas; sin embargo, al igual que existen núcleos familiares perfectamente idóneos para un acogimiento familiar simple y permanente simultáneamente; también existen otros que son capaces de hacer la difícil distinción a la hora de ejercer como padres adoptivos o como acogedores permanentes; en este caso, en argot castizo, pagarían justos por pecadores.

IV.2. Criterio subjetivo

Otra forma de clasificar los procedimientos administrativos de valoración de idoneidad es teniendo en cuenta, al margen del procedimiento de protección de menores al que van siempre aparejados, un punto de vista más subjetivo o, dicho de otro modo, en función de las cualidades intrínsecas de los propios solicitantes. De esta forma podemos hablar de:

A) Idoneidad para familia extensa o familia ajena

Tal y como ya se ha señalado, el procedimiento de valoración de idoneidad es sustancialmente distinto dependiendo de si los solicitantes vinculan o no su solicitud a un menor en concreto. Naturalmente esta relación con el menor debe haber nacido con anterioridad a la propia solicitud y, en cuanto a la forma de afrontar la valoración técnica, más importante que la existencia o no de vínculos familiares de sangre, hay que tener en cuenta la amplitud que haya alcanzado la relación afectiva. En este sentido, parece acertada la inclusión y prioridad que el artículo 23.3 del citado decreto canario, da a la familia extensa y a los guardadores de hecho. La Orden 175/1991, de 18 de marzo, de la Consejería de Integración Social que desarrolla el Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, en materia de promoción del acogimiento de menores y la adopción de la Comunidad de Madrid llega incluso –artículo 9.2– a priorizar

los ofrecimientos de acogida realizados por miembros de la propia familia del menor o de personas que tengan una cualificada relación de amistad con él o su familia.

Por el contrario, otras reglamentaciones autonómicas –artículo 3.2 del decreto andaluz o artículo 54 del decreto catalán– circunscriben la consideración hasta un cierto grado de parentesco. Sin embargo, más allá de la cortedad de miras con la que algunas normas autonómicas limitan la posibilidad de poder llamarse familia extensa, debemos considerar siempre, en interés del menor, un concepto amplio de lo que se entiende por «familia extensa» y considerar como tal cualquier solicitud hecha en función de un perfil de menor concreto; por el contrario, «familia ajena», en sentido amplio, sería aquella que solicita ser valorada sin que exista detrás de ella ningún menor ya identificado.

B) Idoneidad para el acogimiento familiar profesionalizado o de urgencia

Algunas normas autonómicas –artículo 25 del decreto canario, artículo 48 de la ley manchega, o la propia orden andaluza que regula la remuneración de los acogimientos familiares, por ejemplo¹⁶– establecen la posibilidad de valoraciones de idoneidad específicas donde se haga hincapié en aspectos que convierten a la familia acogedora en un recurso cualificado de protección de menores.

Estaríamos hablando de familias que generalmente ya perciben una remuneración por los conocimientos y tratamientos terapéuticos que ofrecen a los menores –profesionalizados–, o por la disponibilidad en cualquier momento del día para poder acoger temporalmente a un menor –familias de urgencia–.

En este sentido, el Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana, habla en su artículo 46.b) de acogimientos familiares con familia educadora, que son aquellos que se formalizan con personas sin vinculación alguna con el menor, en función del interés educativo de éste, como un recurso especializado en función de la preparación y apoyos específicos requeridos tanto por la familia educadora como por el personal técnico implicado en el mismo, al objeto de cubrir las especiales necesidades de determinados menores.

V. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

Si tenemos en cuenta la LRJAE y PAC, que no en vano regula el procedimiento administrativo general en cualquier administración y –aspecto que no debemos nunca olvidar– actúa con carácter supletorio en todos los procedimientos especiales, se puede seguir el itinerario previsto en la misma.

V.1. Inicio

Por regla general, y máxime en el caso de la familia ajena, el inicio del procedimiento es siempre a instancia de parte, ya que es el deseo de los propios solicitantes residentes en una

16. Artículos 6 y 7 de la Orden de 11 de febrero de 2004, por la que se regulan las prestaciones económicas a las familias acogedoras de menores.

Comunidad Autónoma, y no vinculado con carácter previo a ningún menor, quien hace comenzar el mecanismo procedimental. Así pues, el criterio de la residencia de los solicitantes y del inicio a instancia de parte es generalizado; sin embargo, y de modo excepcional, Galicia, en el artículo 73.2 del Decreto 406/2003, de 29 de octubre, por el que se modifica el Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia establece:

«En el caso de emigrantes gallegos con previsión de retorno, éstos podrán dirigir su solicitud al delegado provincial de la consellería en la provincia en la que vayan a fijar su residencia. Si en el plazo de un año desde la fecha de presentación de la solicitud no se justificase la residencia efectiva en la Comunidad Autónoma gallega, dicha solicitud se archivará a todos los efectos»

Quizás el legislador gallego se ha dejado llevar por la morriña más que por la lógica, ya que es difícil iniciar un proceso de valoración, con la formación y la estabilidad familiar que ello requiere, si los solicitantes todavía no residen en Galicia.

No obstante, existen casos donde es posible admitir un inicio de oficio, ya que la propia administración considera de interés general que se comience la valoración de un núcleo familiar vinculado a un menor con el que ya existe abierto un procedimiento de protección de menores. En el caso de Andalucía, el artículo 17.1 de su citado decreto habla de inicio a instancia de parte:

«Excepto en los casos de solicitud de acogimiento por miembros de la familia extensa, en los que aquel procedimiento podrá ser iniciado de oficio.»

No cabe duda de que estamos ante un «extraño» inicio de oficio en el procedimiento de idoneidad a aquel que está unido a una solicitud de acogimiento: el familiar que solicita el acogimiento de su nieto, su hermano o su sobrino, está solicitando ser su acogedor y, por tanto, está también solicitando –es obvio– que se valore su idoneidad para tal. En consecuencia, en este caso no se puede hablar de inicio de oficio, ya que éste sería cuando la administración se adelantara, en interés superior del menor, a la propia familia y comenzara su valoración como familia extensa antes de que esta última la solicitara. Naturalmente, adelantarse a las motivaciones y deseos de la familia es un tanto peligroso, pero es la administración la que debe considerar si corre ese riesgo en virtud de una valoración que se estima prioritaria.

Avanzando en la tramitación, en casi toda la normativa autonómica, siguiendo el patrón del procedimiento administrativo común, y con un criterio lógico, se establece que si la solicitud no reúne los datos necesarios, o no viene debidamente acompañada de los documentos señalados, se requerirá a los interesados para que, en un plazo de diez días, subsanen la falta o acompañen los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hicieran, se les tendrán por desistidos de su petición, archivándose sin más trámite. Evidentemente, contra esta resolución de archivo se puede recurrir en vía administrativa. Incluso se da el caso de Baleares, que en el artículo 12.1 de su Decreto 45/2003, de 2 de mayo, por el cual se regulan los acogimientos familiares y la adopción, establece una resolución de apertura de expediente que abre la vía a la continuación del procedimiento y contra la que, igualmente podrá interponerse el recurso administrativo pertinente.

V.2. Ordenación

Íntimamente conectado con el tema de la urgencia de la valoración en función del interés del menor se encuentra la ordenación. En principio será el momento de presentación de solicitudes el que marque el orden; sin embargo, el interés del menor hace que deban tener

prioridad aquellas solicitudes de menores con necesidades especiales o aquellas otras que lleven consigo la inserción en la familia extensa –el caso ya citado del decreto madrileño– o la reagrupación de hermanos. Así está previsto en el artículo 18 del citado decreto andaluz, en el artículo 51.2 del Decreto 79/1995, de 18 de abril, de la Diputación General de Aragón, en el artículo 33 de Canarias, artículo 5 del Decreto 184/1990, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de expedientes administrativos de Adopción de Castilla y León.

Además de la norma general anterior, existen casos que pueden ser reseñados por su sentido común, como el del Decreto 81/1994, de 4 de noviembre, por el que se establece el procedimiento para la formulación de propuestas previas a la adopción de Murcia –artículo 16.2– o el de la citada ley riojana –artículo 72.2– que permiten alterar el orden de solicitudes si en el proceso de selección de acogedores no se encuentra en el Registro de Adoptantes ningún candidato adecuado o disponible para las características del menor y, al mismo tiempo, existen solicitudes sin resolver y alguna de ellas pueda ser adecuada en atención a las características del menor.

Más difícil de entender resulta la prioridad en el proceso de valoración de adopción internacional que la citada ley aragonesa establece –artículo 75.8–:

«Se agilizará al máximo en los casos de solicitantes que hubiesen finalizado previamente otro proceso de adopción.»

Se confunden en este caso dos aspectos no coincidentes, que una familia ya esté declarada idónea y seleccionada para una adopción simplifica los trámites para una segunda adopción, al convertirse esta última en una actualización cualificada de la primera solicitud; pero en modo alguno resulta comprensible que este hecho le dé prioridad sobre otras familias en la valoración de su segunda idoneidad.

V.3. Instrucción

En esta fase estarían insertos el propio estudio y valoración de las circunstancias familiares de los solicitantes. Pero dicho procedimiento está formado en casi todas las regulaciones autonómicas por dos fases bien diferenciadas: una primera que podíamos llamar de formación y otra segunda que sería la valoración técnica en sentido estricto. Ambas deberían ser encargadas a administraciones, entidades o personas distintas para evitar cualquier contaminación entre una y otra que lleve a juicios más subjetivos.

En la primera fase –formación¹⁷– se suelen hacer sesiones informativas y formativas donde los solicitantes se van «educando» en los aspectos jurídicos, psicológicos y sociales que conlleva la adopción o el acogimiento que han solicitado. Esta parte es fundamental por varios motivos: por la conformación de una opinión adecuada de la familia sobre el proceso de acogimiento o adopción, por el conocimiento de instrumentos y habilidades muy útiles en su tarea posterior y, muy importante, para que la familia no tenga sólo una sensación de que se le está examinando, sino de que todo es un proceso donde familia y Entidad Pública lleguen a tomar una decisión consensuada. De esta forma, la no asistencia injustificada a estas sesiones, en directa correlación a su carácter imprescindible, llevaría consigo, previo trámite de audiencia, una propuesta de resolución desestimatoria. De forma excepcional está previsto en los artículos 76 y 84 del decreto catalán que el curso sea después de ser seleccionados los acogedores; sin embargo, entiendo que la utilidad de este curso se haya den-

17. CAPARRÓS habla de «preparación de la familia solicitante» (CAPARRÓS CIVERA, N., *El acogimiento familiar: aspectos jurídicos y sociales*, Rialp, Madrid, 2001, p. 155).

tro de la instrucción, como un ingrediente fundamental para la decisión que tome la familia y la administración; por tanto, que este curso se haga cuando ya se ha decidido la idoneidad no deja de ser útil, pero desde luego no se va a hacer en el momento más adecuado.

La segunda fase –valoración– estaría compuesta por diversas entrevistas, pruebas y visitas domiciliarias de los profesionales adecuados de cara a la elaboración de informes donde se valore la aptitud de los solicitantes para un determinado perfil de menor. Igualmente, como se ha comentado con respecto a la fase de formación, la no asistencia a las entrevistas, una actitud obstruccionista o la ocultación y el falseamiento de datos llevarían consigo una propuesta desestimatoria, propuesta que también está prevista en la inmensa mayoría de normas autonómicas.

Siguiendo al procedimiento administrativo común, de nuevo convertido en patrón, se establece por parte de algunos reglamentos autonómicos¹⁸ un trámite de audiencia de 15 días hábiles para que los solicitantes puedan alegar y presentar los documentos y las justificaciones que estimen pertinentes. Se establece con carácter obligatorio y justo en el momento previo a la propuesta de resolución. Este trámite resulta fundamental a fin de que los solicitantes tengan una vista completa de su expediente y no se produzca con ello ningún atisbo de indefensión antes de que decida la Entidad Pública correspondiente.

Se quedan cortos los decretos cántabro y extremeño¹⁹, ya que sólo establecen la necesidad de este trámite de audiencia si la propuesta es denegatoria de idoneidad. Si bien es verdad que es en estos casos cuando realmente es más importante el trámite de audiencia, no es menos cierto que aun cuando la propuesta sea de idoneidad pueden existir datos erróneos en los informes o discordancias en los perfiles solicitados que hacen necesaria una puesta de manifiesto a la familia antes de que se dicte resolución.

Terminaremos este recorrido con el decreto asturiano –Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores–, que es el más escrupuloso a la hora de recoger este trámite de audiencia –artículo 18²⁰–, y ello a pesar de que recorta el plazo a diez días. Incluso recoge también un plazo de alegaciones de siete días –artículo 20– en el caso de que el órgano decisor, antes de dictar resolución, acuerde realización de actuaciones complementarias.

V.4. Terminación

El procedimiento administrativo de idoneidad puede concluir con una resolución expresa donde se declare la idoneidad o inidoneidad de una familia para un perfil determinado. Frente a esta necesaria concreción en el perfil del menor solicitado, el artículo 19.1 del decreto murciano establece que una vez resuelta la idoneidad de los solicitantes, éstos concre-

18. Artículo 19,3 del decreto andaluz, artículo 36 del decreto canario, artículo 13 del decreto murciano y artículo 69 del decreto valenciano.

19. Artículo 42 del Decreto de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia y artículo 16 del Decreto de Extremadura 5/2003, de 14 de enero, por el que se establece el procedimiento de valoración de las solicitudes de adopción y acogimiento familiar y de selección de adoptantes y acogedores.

20. Artículo 18. Trámite de audiencia. Instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de remitir el expediente a la Comisión del Menor para redactar la propuesta de resolución, se notificará a los interesados la puesta de manifiesto del procedimiento, indicándoles una relación de los documentos obrantes en el expediente, a fin de que puedan obtener copia de los que estimen convenientes, respetando la obligada reserva establecida en el artículo 173.5 del Código Civil, concediéndoles un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos, informes o dictámenes que estimen pertinentes y que deberán ser tenidos en cuenta por la citada Comisión al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

tarán la disponibilidad en cuanto a las características de los menores, entre ellas, edad, sexo, creencias, aceptación de riesgos relativos a la salud física y mental y otras circunstancias de los menores. Dicho de otra forma, la resolución de idoneidad será tan genérica que será después el cuestionario de disponibilidad quien determine el perfil concreto; sin embargo, insisto en el hecho de que las familias pueden ser idóneas para un perfil e inidóneas para otro, cuestión que no queda clarificada con esta resolución de idoneidad tan genérica.

Sin embargo, siguiendo de nuevo la matriz del procedimiento común, también éste puede terminar por caducidad o por desistimiento. Incluso, en el caso de la familia extensa, que no debemos olvidar que es una solicitud vinculada a un menor o menores con nombre y apellidos, es posible terminar el procedimiento con una resolución de archivo por causas sobrevenidas –artículo 87.2 de la LRJAE y PAC– en el caso, por ejemplo, de que el menor en cuestión ya no necesite un acogimiento familiar porque ha vuelto con sus padres: en consecuencia, ya no haría falta continuar con un procedimiento de valoración de idoneidad que está asociado a una situación muy concreta que ya ha desaparecido, y que naturalmente de nuevo se puede reiniciar en cualquier momento si las circunstancias lo vuelven a requerir.

Por otro lado, y al margen de las posibles dilaciones que tienen cabida en cualquier procedimiento administrativo²¹, también es posible la paralización temporal²² de un procedimiento de idoneidad a través de la suspensión del mismo. Como ya se ha señalado en este trabajo, el procedimiento de valoración de idoneidad decide en virtud de un marco espacio-temporal; en consecuencia, pueden surgir diversas contingencias en el núcleo solicitante que hacen que no sea deseable, en interés del menor, que la valoración se realice en ese momento. El citado decreto cántabro, por ejemplo, establece una suspensión de un año por adopción o nacimiento de otro menor (artículo 38.2), lógicamente el cambio producido en esa familia es de tal envergadura que no es valorable su idoneidad hasta que se haya consolidado la nueva situación. Algo parecido ocurre con los dos años de suspensión que tiene previsto por tratamiento de fecundación del artículo 79 del decreto catalán. Naturalmente, no habría necesidad de hablar de suspensión si se archivara el expediente cuando ocurriera la contingencia y se volviera a abrir otro expediente cuando desapareciera; lo que se pretende con la resolución por parte del órgano decisor de la suspensión es «congelar» el expediente sin que éste pierda su antigüedad.

Por tanto, la suspensión realmente tiene algo de sentido en los expedientes de idoneidad para una adopción nacional, ya que son los únicos donde la antigüedad es un factor a tener en cuenta a la hora de la selección posterior de la familia.

Otro aspecto importante a tener muy en cuenta en la suspensión, y nada pacífico, es cómo abordar la cuestión si llegado el momento se da una discrepancia de opiniones entre la Entidad Pública y los solicitantes. La opción más enérgica era la contemplada por el decreto murciano en su artículo 11.2 y 3²³, cuya causa de suspensión era apreciada de oficio

21. Recogidas expresamente en el artículo 22.2 del decreto asturiano: «El transcurso del plazo máximo legal para resolver y notificar la resolución se podrá suspender y ampliar en los casos y en los términos previstos en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

22. El artículo 7 del Decreto castellano-leonés habla de «paralización coyuntural».

23. Artículo 11.2. Cuando durante el proceso de valoración se aprecien circunstancias que afecten a las condiciones requeridas al/a los solicitante/s para su declaración de idoneidad, y que, por su carácter temporal, aconsejen aplazar la valoración definitiva, el Servicio del Menor trasladará un Informe Propuesta a la Comisión Regional de Protección del Menor, que resolverá la suspensión del procedimiento. Dicha suspensión será por un plazo no superior a seis meses, y se notificará al/a los solicitante/s, expresando los motivos existentes para ello, y las condiciones necesarias para que dicha valoración continúe en el futuro.

3. Contra la resolución sobre la suspensión del procedimiento de declaración de idoneidad podrá interponerse por los interesados el recurso a que hace referencia el artículo 6.5.

por el órgano instructor y propuesta al órgano decisor, contra cuya decisión cabía recurso en vía administrativa. Prueba de que era demasiado contundente es que de esta situación se ha pasado al otro extremo: no tiene cabida la suspensión en la reforma de este artículo por parte del Decreto 48/2002, de 1 de febrero.

Por su parte, el decreto andaluz, en su artículo 22, regula una suspensión de un año como máximo del procedimiento de declaración de idoneidad: la resuelve el órgano decisor, pero a instancia de los interesados. La cuestión problemática es si llegada la contingencia –que en el decreto andaluz no es especificada, a diferencia del decreto cántabro o catalán– los solicitantes se niegan a pedir la suspensión; evidentemente el procedimiento debe continuar puesto que no se ha pedido la suspensión y, puesto que existe una contingencia que evita una valoración normal de la idoneidad, la única salida que se ofrece para el órgano instructor es proponer una resolución de inidoneidad un tanto forzada y que, desde luego, carece de base una vez desaparezca la contingencia. A una solución parecida llega el artículo 19.3 del decreto extremeño con lo que denomina resolución de «No Idoneidad Transitoria», que establece el período de duración de la transitoriedad, transcurrido el cual, los solicitantes serán citados para una nueva valoración.

En cuanto a terminación del procedimiento cabe aludir, en última instancia, a una resolución no expresa del procedimiento donde entra el juego el silencio administrativo. En este punto, las regulaciones autonómicas suelen establecer un período máximo de resolución de seis meses, entrando después en acción tanto el silencio positivo como el negativo²⁴. En mi opinión, pocas garantías de cara al interés del menor ofrece un silencio positivo que da carta de naturaleza a lo solicitado y no valorado por parte del núcleo familiar, por no hablar de las lógicas reticencias de la Entidad Pública a la hora de seleccionar una familia «presuntamente» idónea, pero que en realidad no conoce con la debida profundidad. Es por ello que, a pesar de que lo deseable y lo exigible es que haya siempre una resolución expresa, parece más razonable un silencio negativo que permite recurrir y, de esta forma, obligar a la propia administración o a la jurisdicción civil a que realice la valoración que no se hizo a su debido tiempo.

VI. REVISIÓN ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES DE IDONEIDAD

Con carácter previo a la revisión judicial, se ha querido algunas veces insertar la resolución administrativa de idoneidad dentro de la revisión de oficio de actos administrativos prevista en el Título VII de la LRJAE y PAC²⁵; sin embargo, es necesario ser muy cuidadosos con este aspecto. Una resolución de idoneidad no tiene como objetivo final ser favorable o desfavorable para los solicitantes, la resolución de idoneidad –no lo olvidemos– tiene como objetivo final servir al interés superior del menor y, por tanto, es dentro de la constatación de realidades que suponen las resoluciones en materia de protección de menores donde sí podemos insertar la verdadera esencia de la resolución de idoneidad. Por esta misma razón, que clarifica todavía más que no estamos en la revisión de oficio al uso, el propio Ministerio Fiscal, como superior vigilante que es del interés del menor, puede también impugnar cualquier resolución de idoneidad o inidoneidad si estima que es contraria al interés de

24. Positivo en los decretos canario, cántabro, asturiano y en la ley castellano-manchega; negativo en los decretos andaluz, murciano, valenciano y balear.

25. Sin ir más lejos, la propia sentencia ya citada de la AP de Sevilla, de 23 de julio de 2003, Sec. 5.^a

un menor en concreto –caso de la familia extensa– o a un menor en abstracto –caso de la familia ajena–²⁶. De tener simplemente en cuenta los intereses exclusivos de la familia solicitante, que en realidad son secundarios, sí sería posible hablar de actos des/favorables y, por el contrario, no tendría sentido la impugnación por parte del Ministerio Fiscal.

En la misma línea argumental anterior, un matiz que entiendo que es necesario aclarar es que el procedimiento administrativo de idoneidad que concluye con la resolución correspondiente no da tampoco derecho alguno –no es tampoco ningún acto favorable– que obligue a la entidad pública competente a formalizar el subsiguiente acogimiento o adopción. La resolución de idoneidad es un pasaporte que considera que, en interés del menor, es posible realizar el acogimiento o adopción, pero no es ningún derecho adquirido y, por tanto, aun siendo una familia idónea puede que no sea seleccionada según los criterios de cada entidad pública²⁷. En este sentido, todas las regulaciones autonómicas, sin excepción, recogen lo que se acaba de reseñar.

Si partimos de los dos presupuestos anteriores: que la idoneidad, más que un acto des/favorable para los solicitantes, es un acto en interés del menor, y que tampoco supone un derecho adquirido por el que forzosamente tenga que formalizarse el acogimiento o adopción a la que va dirigida, el mecanismo que termina de cerrar la constatación de unas circunstancias familiares propicias a un acogimiento o adopción es la vigencia. En efecto, la situación del núcleo familiar que ha posibilitado o no su idoneidad es una realidad que se puede ver modificada en cualquier momento y por cualquier eventualidad, de ahí que los reglamentos autonómicos especifiquen unos límites máximos dentro de los cuales las resoluciones dictadas tienen vigencia –insisto, todo ello siempre pensando en no perjudicar al menor–; sin embargo, la realidad es que este mecanismo se rompe por diversos frentes, lo que hace pensar en su relativa efectividad.

El primero de los frentes sería las discordancias entre plazos de naturaleza muy parecida. Así, por ejemplo, los reglamentos autonómicos hablan de una vigencia de tres años –Andalucía (artículo 21.1), Extremadura (artículo 21.1) o Galicia (artículo 80), la ley riojana (artículo 78.2) o artículo 58 del decreto aragonés–. Sin embargo, dentro del mismo grupo anterior, mientras el decreto gallego, en lógica correspondencia, mantiene el mismo plazo para la vigencia y para volver a iniciar un procedimiento por parte de una familia inidónea (artículo 81), el decreto andaluz comienza ya a hacer distinciones rebajando los tres años de vigencia hasta uno en el caso de la familia declarada inidónea que quiera volver a solicitar su valoración –equiparándolo por tanto, a plazo máximo de suspensión, que es también de un año–. Por otro lado, tengamos en cuenta que la resolución de idoneidad para cualquier acogimiento familiar, una vez que este último se ha formalizado, es revisable cada seis meses como mínimo; en este sentido, si se hace un seguimiento del acogimiento se está haciendo también una revisión de la idoneidad, y tampoco se están esperando, por tanto, los tres años de vigencia. En definitiva, en algunos casos existe una clara discordancia entre el plazo de vigencia y el resto de plazos que hemos citado, discordancia que si tenemos en cuenta la necesidad de una idoneidad que corresponda con la realidad, no resulta muy procedente.

Igualmente no podemos olvidar que estos tres años se rompen en el momento en que ocurra cualquier circunstancia que obligue a una revisión de la idoneidad –el nacimiento

26. Felix PANTOJA es de la misma opinión (PANTOJA GARCÍA, F., *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996 de Protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997, p. 118).

27. De hecho, los criterios de selección no coinciden algunas veces con los criterios de valoración y ocupan capítulos distintos en las regulaciones autonómicas.

de un hijo biológico, por ejemplo–; en el caso de que no se comunique esta contingencia entiendo que entrarían en juego de nuevo las causas que llevaban en la fase de instrucción a resoluciones de archivo o a propuestas de inidoneidad²⁸. Otra contingencia que puede ocurrir es la asignación de un menor: si la familia no lo acepta, estando dentro del perfil de su resolución de idoneidad se hace una revisión imprescindible porque, lisa y llanamente, algo ha fallado porque el núcleo familiar que supuestamente era idóneo en realidad no lo es²⁹; pero es que ya de por sí, el hecho de una asignación para una familia con una resolución de idoneidad con más de un año de antigüedad exige en algunas normas autonómicas –Andalucía, por ejemplo– y en algunos países –Rusia, por ejemplo– la inmediata revisión de idoneidad antes de que se confirme esa asignación inicial.

En conclusión, las propias contingencias y la realidad cambiante de la familia echará por tierra muchas veces el plazo de vigencia, establecido por el legislador muy por encima de cualquier otro y con la clara intención de crear un período de hibernación que la deje en reposo. Cuanto más amplio sea el plazo de vigencia –los 5 años de Cantabria (artículo 37), Castilla y León (artículo 13) o Murcia (artículo 18)– con mayor frecuencia ocurrirá lo que se acaba de exponer.

Mucho más razonable es establecer un período más corto –los dos años de Canarias (artículos 23.7 y 38.5), Cataluña (artículo 96) o Asturias (artículo 16.3), o el año y medio de Baleares (artículo 37)– que establezca un mismo plazo tanto para revisión como para valoración después de la resolución de inidoneidad. Se debería tratar de un procedimiento a instancia de los interesados si ha ocurrido la contingencia antes de que se acote el plazo de vigencia, o de oficio en caso contrario. Estaríamos hablando –tal y como recoge el citado artículo 37 del decreto balear– de un procedimiento administrativo abreviado, más ágil y menos formalista donde se constate que siguen dándose las mismas condiciones de idoneidad. En este sentido, sólo hará falta una nueva resolución cuando cambie el perfil de la resolución inicial de idoneidad; mientras tanto, se puede entender que sigue vigente la misma, pero reabriéndose un nuevo período de vigencia³⁰.

En cualquier caso, y al margen de su vigencia, se puede recurrir la decisión de la administración en el procedimiento de idoneidad, bien de modo radical porque no se está de acuerdo con la resolución final de inidoneidad, o bien de modo parcial porque no se está de acuerdo con el perfil final para el que se ha declarado la idoneidad. Sin embargo, se han creado algunas confusiones no deseables a la hora de establecer las vías de recurso tanto en vía gubernativa como jurisdiccional, quizás por esa mezcla entre lo civil y lo administrativo. En palabras de los autores de la obra coordinada por LÁZARO GONZÁLEZ:

«Probablemente la falta de adecuación del procedimiento se explique en la progresiva administrativización que se está produciendo en nuestro derecho de protección de menores, en el que,

28. El decreto extremeño es tajante en este punto: artículo 21.2. Los solicitantes estarán obligados a comunicar, desde el momento en que se produzca, cualquier cambio significativo sobre las circunstancias recogidas en los informes tenidos en cuenta en la Resolución de idoneidad y que podrían dar lugar a una nueva reevaluación. Si así no lo hicieran se entenderá que concurre la causa contenida en el artículo 22.1.3 (no acudir a entrevistas) del presente Decreto, procediéndose al archivo del expediente.

29. En Madrid, la citada Orden 175/1991 establece en este sentido (artículo 7) que «si el ofrecimiento no es aceptado por no concurrir en el interesado las circunstancias idóneas en función de los intereses de los menores, se procederá al archivo de las actuaciones. El ofrecimiento podrá instarse nuevamente transcurrido un plazo no inferior a seis meses, si hubieran desaparecido las causas que le hicieron no idóneo».

30. De modo parecido lo interpreta el artículo 21.1 del decreto extremeño: «Transcurridos tres años desde la Resolución de idoneidad, sin haberse hecho efectivo el acogimiento familiar preadoptivo, se procederá a una reevaluación del expediente, siempre en función de las características de los menores susceptibles de adopción. El resultado de la reevaluación sólo requerirá resolución expresa cuando del dictamen resulte una calificación distinta de la otorgada con anterioridad. Cuando el dictamen técnico sea el mismo, se entenderá vigente la Resolución inicial».

sin embargo, persisten soluciones jurisdiccionales previstas en un sistema anterior en el que todas estas materias eran de puro derecho privado»³¹.

En consecuencia, al tratarse la idoneidad de una materia civil dentro de un acto de naturaleza administrativa, es lógico pensar que pudiera haber, al igual que en otros actos de la administración en materia civil o laboral, la posibilidad de una reclamación administrativa previa. Sin embargo, la reforma que la LO 1/1996 opera en el artículo 172.6 del CC, que confirma después el artículo 780.1 de la LEC, prevé la innecesariedad de esta reclamación administrativa previa en las resoluciones en materia de protección de menores. Para Esther GONZÁLEZ y Pablo GRANDE, esta excepción «se debe a la necesaria agilidad de los procedimientos que afectan al menor»³²; para ORTUÑO MUÑOZ, el legislador también ha pretendido homogeneizar las distintas normas de las Comunidades Autónomas, ya que en algunas sí había la posibilidad de una reclamación administrativa previa³³. En cualquier caso, lo que queda claro es que después de estas reformas legales no es posible obligar a ningún solicitante de valoración de idoneidad a una reclamación previa en vía administrativa, por lo que podrá impugnar directamente ante la jurisdicción voluntaria. A este respecto, la Disposición Adicional Primera de la LO 1/1996, en su 2.º apartado sólo habla de las resoluciones que declaren «la idoneidad de los solicitantes de adopción»; sin embargo, entiendo que, por analogía, no existe ningún obstáculo para extender la misma previsión legal a los solicitantes de un acogimiento familiar.

La siguiente cuestión a dilucidar, una vez cambiada la vía de la revisión de oficio común por otra mucho más acorde con los mecanismos de protección de menores –la que hemos denominado vigencia– y una vez excluida la reclamación administrativa previa, es si es posible la otra forma de revisar los actos administrativos: los recursos en vía administrativa. En este sentido, Canarias (artículos 22-26) o Castilla y León (artículo 15) prevén la posibilidad de un recurso de alzada. En mi opinión, existen razones por la que entiendo que no son procedentes los recursos gubernativos contra las resoluciones de idoneidad. Si el propio legislador ha querido excepcionar expresamente la necesidad de una reclamación administrativa previa es porque nos encontramos ante una materia civil –derecho de familia– dentro del corsé administrativo, es por tanto la jurisdicción civil la que de forma directa puede conocer de la reclamación a instancia de los recurrentes.

Ahora bien, eso no quita que no sean posibles los recursos gubernativos que correspondan –alzada o reposición– contra las decisiones administrativas insertas dentro del procedimiento y de índole más formal que de fondo. Por eso me parece excesivo el cambio de rumbo radical del citado decreto murciano, que ha pasado de la posibilidad de lo que era el antiguo recurso ordinario a contemplar únicamente, en el nuevo artículo 6.5 de la reforma citada, la no necesidad de reclamación previa. Por estas mismas razones expuestas, entiendo igualmente que no es lo más adecuado el caso de Baleares –artículo 25–, que contra la denegación de la incoación de expediente admite el recurso ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa, cuando ni siquiera el procedimiento administrativo ha avanzado más allá del inicio, y máxime cuando precisamente en ese mismo decreto, más adelante –artículo 29.2–, se abre la posibilidad, en contra de la resolución sobre la idoneidad, de interponer recursos por las «las vías civiles y administrativas».

31. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.), *op. cit.*, p. 425.

32. GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P., *Aspectos procesales...*, *op. cit.*, p. 217.

33. ORTUÑO MUÑOZ, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. Fernández-Ballesteros, Rifá y Valls), tomo III, Madrid, 2000, p. 3640.

En definitiva, entiendo que la fórmula más correcta es la adoptada por Asturias y Extremadura³⁴, que permiten la posibilidad –no es obligatoria– de una reclamación previa a la vía civil en las cuestiones de fondo y que, al mismo tiempo, abren la opción de los recursos en vía gubernativa correspondiente en contra de las decisiones formales o procedimentales que hemos ido repasando.

Entrando sólo de puntillas en el procedimiento de jurisdicción voluntaria fruto del recurso contra la resolución administrativa, es necesaria abordar someramente una cuestión en la idoneidad para la adopción internacional, precisamente cuando, tras una decisión judicial que revoca la decisión administrativa de inidoneidad, se reabre de nuevo el expediente administrativo para su envío al país correspondiente. ¿Qué hacer con los informes no favorables de la Entidad Pública? Entiendo que no deben ser enviados nunca al país de referencia, puesto que hay una sentencia judicial que opina en contra y puesto que no favorecen nada al núcleo familiar en cuestión. El problema tiene fácil solución si el juzgado ha solicitado una peritación psicológica y social a su equipo adscrito y se pueden enviar al país los informes favorables fruto de la misma. Dificil solución existe, a pesar de la resolución judicial favorable, si el Juez no ha requerido esta segunda peritación o, si habiéndolo hecho, los informes de su equipo técnico adscrito también son desfavorables. En cualquier caso, esta casuística pone en evidencia que el Juez necesita apoyarse en una información técnica que avale su decisión; de lo contrario, el país de origen del menor no tendrá en cuenta la resolución judicial.

VII. CONCLUSIONES

La idoneidad se puede definir como una institución jurídica que se legitima en el interés superior del menor y a través de la cual se regula un procedimiento administrativo por el que una Entidad Pública resuelve afirmativa o negativamente la aptitud de un núcleo familiar, en un momento y lugar determinados, para acoger o adoptar a un menor/es de un perfil determinado.

Este procedimiento administrativo de valoración de idoneidad se ha ido extendiendo, con el tiempo, desde un inicial campo de adopción internacional hasta cualquier tipo de acogimiento familiar, incluyendo claro está el acogimiento preadoptivo o, lo que es lo mismo, la adopción nacional. Igualmente, y partiendo del procedimiento administrativo común, cada vez ha ido desarrollando más sus peculiaridades y plazos dentro de su propio inicio, ordenación, instrucción y terminación; todo ello con el fin de poder conformar mejor una opinión técnica contrastada en torno a la difícil decisión de su aptitud o no de un núcleo familiar, y contando, además, con un alto y creciente nivel de participación de estos solicitantes en el ámbito de información, formación, alegaciones y audiencia.

34. Artículo 23.1. del citado decreto asturiano: «Con relación a las resoluciones de idoneidad o no idoneidad podrá interponerse reclamación previa a la vía judicial civil ante el titular de la Consejería de Asuntos Sociales.

2. Contra las resoluciones por las que se acuerde la terminación del procedimiento de modo anormal o, en general, contra las que se fundamenten en cuestiones de procedimiento y no de fondo, podrá interponerse el recurso administrativo correspondiente».

–Artículo 23 del citado decreto extremeño:

«1. Contra las resoluciones acordadas por la Dirección General de Infancia y Familia sobre idoneidad o no idoneidad de los solicitantes, los interesados podrán interponer, en el plazo de un mes a partir de la notificación, reclamación administrativa previa a la vía judicial civil, ante el titular de la Consejería de Bienestar Social.

2. Contra las demás resoluciones de la Dirección General de Infancia y Familia que declaren el archivo definitivo del expediente se podrá interponer recurso de alzada.»

En cuanto a su revisión en vía administrativa y judicial, ésta debe estar abierta, en interés del menor y para no causar indefensión a los solicitantes, a todas las opciones: recursos en vía gubernativa para las cuestiones formales y, para las cuestiones de fondo de la valoración de la idoneidad, reclamación previa a la vía civil optativa y la jurisdicción voluntaria de forma inmediata si se quiere. A pesar de que en estas líneas generales procedimentales existe un claro consenso en la normativa autonómica, sería deseable mayor armonización y coordinación entre todas ellas en cuanto a su producción legislativa y a la interpretación de la misma.

En cualquier caso, el principio fundamental sobre el que pivota el procedimiento de idoneidad –al igual que cualquier otro relativo a la protección de los menores– es el interés superior del menor; es este principio el que nos lleva a la principal conclusión, que no es otra que nunca se debe excepcionar la valoración de idoneidad del núcleo acogedor o adoptante, incluso si el menor en cuestión ya convive de hecho o de derecho con la familia que no ha sido valorada como idónea.

Precisamente, en aras del interés superior del menor, este desarrollo procedimental, con alta cualificación técnica y con un papel muy activo de los futuros acogedores y adoptantes, debería ser más tenido en cuenta por los órganos jurisdiccionales; es más, se debería extender a todos aquellos procedimientos judiciales o consulares –tutela, principalmente– donde no existe la intervención de la Entidad Pública y donde la idoneidad es apreciada por la autoridad judicial o consular. En este sentido, me parece importante terminar este trabajo haciendo mención al auto de la Audiencia Provincial de Zamora, de 26 de marzo de 2003, donde revoca la decisión de primera instancia que no otorgaba la tutela a unos abuelos; pero advierte que, antes de que sean nombrados tutores, debe realizarse una prueba pericial para determinar si estos abuelos son aptos para el ejercicio de la tutela.

El retracto arrendaticio en los casos de atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge inicialmente no titular

ANTONIO ALBERTO PÉREZ UREÑA

Abogado de Familia. Granada

El ejercicio del derecho de retracto al que autoriza el artículo 25 de la Ley 29/1994, de arrendamientos urbanos, exige, como presupuesto, que la persona del retrayente sea el arrendatario de la finca urbana (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero y de 30 de abril de 1958, de 24 marzo de 1960 y 22 de abril y 9 de marzo de 1969); el titular del derecho de retracto arrendaticio sólo lo es el que tenga la condición formal de arrendatario de la vivienda respecto de la que ejercita el retracto. Este requisito también era exigido en el anterior Texto Refundido de la LAU de 1964.

La concurrencia de este requisito es puesta de manifiesto de forma inconclusa por la jurisprudencia tanto de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, como de las Audiencias Provinciales. Destacamos los siguientes pronunciamientos recientes:

– Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2002: «... la falta de la condición de arrendatario constituye la esencial y exclusiva *ratio decidendi* de la resolución recurrida para rechazar la acción de retracto ejercitada. El artículo 48 de la LAU de 1964 otorga al inquilino o arrendatario el derecho de retracto en el caso de venta (aplicable a la subasta judicial) de la vivienda arrendada, pero es preciso probar la existencia del contrato de arrendamiento cuando sea negado por el adquirente de la finca...».

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 22 de julio de 2002: «... el actor no ha podido acreditar su cualidad de arrendatario, pero es aún en el supuesto de que diésemos por válida la existencia de un contrato de arrendamiento, éste en todo caso sería compartido o sobre una parte de la vivienda y nunca sobre su totalidad, pues de la prueba anteriormente reseñada se observa que hubo varias personas que habitaban la finca e incluso la parte baja que se dedicaba a local de negocio lo regentaba un sobrino, luego tampoco podría prosperar una acción de retracto sobre la totalidad de la finca, cuando no se ocupaba la misma ni en exclusividad, ni en su totalidad...».

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 18 de julio de 2002: «... esa inactividad en el ejercicio del derecho arrendaticio, corroborada por testigos con plena razón de conocimiento sin vínculo alguno con quien los propuso y por la certificación del Ayuntamiento que lo constata, se ha intentado enmascarar mediante una serie de actuaciones inmediatamente anteriores a la interposición a la demanda de retracto (pago de rentas cuando hacía más de seis años que no se abonaban, pago de recibos de agua y basuras de los cinco últimos años, que no se habían pagado,...), no son sino actuaciones predestinadas a preparar la demanda de retracto, pero que no pueden obtener su designio ante las patentes carencias

de evidencia negocial no solventadas, y la imposibilidad de acreditar una real ocupación del local, que la prueba practicada ha demostrado inexistente pese a las intenciones de obtener una apariencia de lo contrario a través de actos rehabilitadores de la situación de abandono del contrato y del local mantenida en el tiempo...».

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 2002: «... del conjunto de todas las pruebas practicadas se desprende que los demandantes no son arrendatarios de la totalidad de la planta baja, ya que existe una parte de ésta que la ocupaba don ..., por lo que entonces es improcedente el derecho de retracto...».

Sentado el extremo de que legitimado para ejercer el derecho de retracto lo es sólo el arrendatario, se nos plantea la siguiente cuestión: ¿qué sucede en los supuestos de crisis matrimonial en los que el cónyuge no titular del contrato de arrendamiento se atribuye el «uso» de la vivienda familiar? ¿Podrá la persona que se atribuye el uso de la vivienda, dado el caso, ejercer el derecho de retracto arrendaticio? La respuesta dependerá –entendemos–, de la contestación que se dé a otra cuestión, que se concreta, en los supuestos en los que el cónyuge que no se atribuye el uso de la vivienda sea el titular del contrato de arrendamiento: ¿cuál de los cónyuges ostentará la condición jurídica de arrendatario en los supuestos de crisis matrimonial? Es decir, ¿qué efectos genera la previsión normativa del artículo 15 de la LAU?

Dependiendo de las respuestas que se ofrezcan a estas cuestiones, se concretará la persona que ostente la condición de arrendatario y, por lo tanto, de titular de las obligaciones inherentes al contrato y de los derechos que el mismo genera, como puede ser, llegado el caso, los de adquisición preferente de la vivienda.

Pero la solución a esta cuestión está lejos de ser pacífica. Se aprecian dos tesis principales. La primera, que siguiendo la literalidad del precepto, es defendida por los que sostienen que ese derecho de uso únicamente confiere al cónyuge la posesión material de la vivienda con base al título arrendaticio de su consorte, que se mantiene inalterado, por lo que la condición de arrendatario seguiría recayendo sobre el originario firmante del contrato: las relaciones entre arrendador y arrendatario se mantienen en los mismos términos, excepto en cuanto al disfrute de la vivienda. Por lo tanto, para los seguidores de esta postura, no existe ni cesión ni subrogación en la condición de arrendatario (Sentencias de las Audiencias Provinciales de Córdoba de 19 de diciembre de 2000 y de Cantabria de 26 de octubre de 1998: «el supuesto de crisis matrimonial y la atribución judicial a la mujer del uso de la vivienda en modo alguno puede concebirse, pues, como cesión pues falla el presupuesto de este acuerdo de voluntades siendo un supuesto de hecho que simplemente quedaba fuera de las previsiones del legislador...»). En este sentido, destacamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 9 de marzo de 1999, para la que: «... el uso de la vivienda familiar no implica cambio de arrendatario o de beneficiario del disfrute, la asignación a uno de los cónyuges y a los hijos que quedan bajo su guarda en virtud del convenio, judicial o extrajudicial, a causa del divorcio, no comporta la introducción de alguien que no estaba en el goce de la vivienda, sino la exclusividad de éste en el disfrute que antes era compartido. Por ello, debe afirmarse que la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular de un arrendamiento ganancial no supone cesión del contrato, sino una atribución de uso exclusivo de la vivienda, que no modifica la titularidad del mismo...».

Más reciente, y altamente clarificadora, es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de febrero de 2002, que sostiene que la continuación del cónyuge no arrendatario en el uso de la vivienda tras la Sentencia de separación, divorcio o nulidad es un derecho que no modifica la titularidad del contrato, ni las obligaciones del arrendatario,

use o no la vivienda, sino que en esta atribución del uso, es arrendatario quien lo era antes de la crisis matrimonial, si bien se le priva de su derecho a usarla, no desapareciendo de la relación contractual ya que es él quien asume las obligaciones frente al arrendador. Así, textualmente, declara que:

«... la nueva LAU, establece en su artículo 15, que en aquellos casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no titular podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil. No pocas dudas ha suscitado el precepto acerca de las consecuencias que se derivan del mismo y en concreto cuál es el carácter que ostenta el arrendatario saliente, mas al respecto doctrina y jurisprudencia de las Audiencias vienen sosteniendo que independientemente de cuál de los dos cónyuges sea titular del contrato de arrendamiento, la atribución de la vivienda familiar se realice a uno de ellos, tanto a través del convenio regulador aprobado judicialmente, como de la decisión judicial en un proceso matrimonial contencioso, no es más que la atribución del uso exclusivo de la misma, esto es su derecho a usarla y disfrutarla. Derecho que no modifica la titularidad del contrato, ni las obligaciones del arrendatario, use o no la vivienda, y que de ningún modo supone una cesión a los efectos del artículo 24 LAU que exija el consentimiento del arrendador, pues frente a la sustitución que de la figura del arrendatario cedente a favor del tercero cesionario que asume las obligaciones y derechos de aquél, implica toda cesión ya onerosa ya gratuita, lo cierto es que en la atribución del uso, es arrendatario quien lo era antes de la crisis matrimonial, si bien se le priva de su derecho a usarla, no desapareciendo de la relación contractual ya que es él quien asume las obligaciones frente al arrendador, y ello porque aquélla no es definitiva, en la medida en que tanto el convenio aprobado judicialmente como las medidas acordadas por el Juez en un proceso contencioso son susceptibles de modificación si varían las circunstancias que sirvieron de fundamento a su adopción, de ahí que en una determinada situación si fuere otro el interés familiar más digno de protección, se daría un cambio en el uso, tornando éste por ejemplo al cónyuge-arrendatario, modificación que es obvio no podría darse si se entendiera que estamos ante una verdadera cesión con cambio de titularidad contractual (...). Es lo mismo que esta Sección venía manteniendo en casos como el presente (...) con referencia a hechos acaecidos con anterioridad a la nueva Ley arrendaticia (...) entre el texto refundido de la LAU aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, que reformó el Código Civil, existía un profundo cambio en la concepción de la institución matrimonial, habiendo nacido conceptos jurídicos como el divorcio, al renacer esta institución que deben obligar a armonizar los preceptos precedentes con la nueva normativa, máxime cuando la colisión puede ser más aparente que real, toda vez que la LAU contemplaba los casos de cesión y subrogación (artículos 23.4, 58 y 59) en el arrendamiento de vivienda, mientras que el Código Civil trata del uso de la vivienda familiar, que es un concepto distinto y hace abstracción del título que fundamente el goce familiar, y así como la cesión o subrogación implican la novación subjetiva del arrendamiento por cambio de arrendatario, introduciéndose un tercero (cesión) o un miembro de familia, incluso alejado del concepto nuclear familia (subrogación) en cambio el uso de la vivienda familiar no implica cambio de arrendatario, llegándose a afirmar en la primera de aquellas resoluciones que pueden separarse los conceptos de titularidad y el derecho de ocupar la vivienda por decisión judicial, ya directamente por aprobación del convenio, ya de manera coactiva por directo acuerdo del juez a falta del de los cónyuges y que cuando permanezca el cónyuge no titular, se da una desmembración de facultades, sin que la titularidad del cónyuge que ha de salir quede alterada, (...) no pudiendo decirse que aunque haya una cesión del uso, jurídicamente pueda calificarse de una verdadera cesión del arrendamiento, siendo incluso el acuerdo de cesión del uso susceptible de modificación familiar cuantas veces el interés familiar lo haga más aconsejable, pudiendo así retornar otra vez el goce al titular...».

Contrapuesto al anterior, se advierte otro sector que, acudiendo a una interpretación sistemática y finalista de las normas, mantiene que los términos del precepto amparan una subrogación contractual que se produce *ope legis* a favor del cónyuge adjudicatario, el cual asume las cargas y ventajas derivadas de la relación arrendaticia; no suponiendo la novación subjetiva, en modo alguno, el nacimiento de un nuevo contrato, sino que el mismo perma-

necerá invariado en su contenido. Desde la *praxis judicial*, esta posición ha sido aceptada por buena parte de las Audiencias Provinciales.

Concluyente resulta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 18 de junio de 1999, que al decidir sobre la posibilidad de instar el desahucio de los ocupantes de una vivienda cuyo uso había sido atribuido a la esposa del arrendatario en virtud de Sentencia de separación matrimonial, declaró que: «... el artículo 15 de la LAU no significa novación del contrato, así como tampoco lo significaría cuando se altera el precio por la actualización de la renta, sino una simple subrogación de la esposa en la posición del arrendatario, que no implica la creación de una obligación nueva que sustituye la inicialmente contraída, sino, como mucho, una novación meramente modificativa o impropia, que no hace desaparecer, en absoluto el vínculo anterior, sino que lo transforma en la forma expresamente prevista por la ley, sin ningún tipo de creación de una nueva obligación que sustituya a la inicialmente contraída, situándose el nuevo arrendatario exactamente en la misma posición que tenía el anterior inquilino, manteniéndose intacta la relación contractual...».

En este mismo sentido, destacamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 21 de abril de 1998, en su Fundamento de Derecho 1 señaló que: «... el artículo 15 de la LAU de 1994 (aplicable al contrato de arrendamiento de autos, en virtud de lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley) faculta al cónyuge no arrendatario, en los casos de nulidad, separación o divorcio, para poder continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del CC, debiendo comunicar ese hecho al arrendador en el plazo de dos meses desde que le fue notificada la resolución judicial correspondiente, y acompañando copia de la misma o aquella parte que afecte a uso de la vivienda. Ello supone, entendemos, un caso de subrogación legal en la posición del arrendatario, constituyendo presupuesto para su validez la notificación al arrendador en los términos expuestos». También, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 28 de junio de 1996, en cuyo Fundamento de Derecho 3 indicó que: «... el citado artículo 15 introduce la novedad de atribuir *ex lege* la condición de arrendatario al cónyuge a quien la resolución judicial recaída en el proceso matrimonial le hubiese asignado el uso de la vivienda familiar, aun cuando fuera el otro cónyuge quien hasta entonces hubiera ostentado la condición de arrendatario. (...) Sin prejuizar aquí la eficacia de una subrogación no comunicada por la interesada, ha de destacarse que no se trata de una subrogación completa, puesto que el arrendatario inicial asume las obligaciones básicas del contrato, sucediendo su esposa exclusivamente en el uso del piso arrendado. Este conjunto de circunstancias, de no constar la voluntad expresa de la esposa de continuar en el uso de la vivienda arrendada y de recaer sobre el marido la obligación de satisfacer la renta (...) justifica que la actora hubiera dirigido la demanda, *ad cautelam*, frente a ambos cónyuges ...».

Pues bien, aplicando sendos cauces doctrinales a la cuestión de si el cónyuge no titular *ab initio* del contrato de arrendamiento que se atribuye el uso de la vivienda familiar (artículos 90 y 96 del CC), podrá, llegado el caso, ejercitar los derechos de adquisición preferente sobre la vivienda que ocupa, vemos como la solución varía dependiendo de la respuesta que se dé a la cuestión de si dicho usuario de la vivienda adquiere, además, *ex lege* la condición de arrendatario o si simplemente queda como mero cesionario del uso de la misma.

Las conclusiones a las que llegamos son las siguientes:

1.º Podrá ejercitar el derecho de retracto arrendaticio el cónyuge que se atribuya el uso de la vivienda conyugal o familiar en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la LAU, en tanto que se subrogue en la condición de arrendatario, y por ende, asuma las cargas y ventajas derivadas de la relación arrendaticia, y entre ellas la del ejercicio, en su caso, del derecho

de retracto (al reunir en su persona las condiciones de titular del contrato y ocupante del inmueble).

2.º Otra solución –entendemos– conlleva que el usuario de la vivienda no pueda ejercitar el derecho de adquisición preferente¹.

Consideramos más adecuada la primera solución, en atención al carácter restrictivo del instituto del derecho de retracto en los arrendamientos urbanos: es decir, el usuario de la vivienda debe, además, adquirir la condición de arrendatario, de tal forma que, en caso contrario, no ostentará la legitimación necesaria para ejercitar dicho derecho. En virtud de la necesaria interpretación restrictiva de las normas del retracto, la LAU otorga a los arrendatarios un derecho preferencial para acceder a la propiedad de las viviendas que ocupan, que surge no de la voluntad contractual de las partes, sino de una declaración legal, habiendo destacado la jurisprudencia que al restringir el derecho de propiedad –al constituir una limitación a la libre disposición de la vivienda arrendada–, su aplicación debe estar presidida por una interpretación *restrictiva*².

1. Esto a pesar de conocer que existen autores que defienden lo contrario: *Vid.* RAFAEL COLINA GAREA, en «La situación jurídica del cónyuge del arrendatario a raíz de la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada en los supuestos de nulidad, separación y divorcio», *Revista de Derecho Privado*, abril, 1998, p. 304.

2. El derecho de retracto –afirma la SAP de Madrid de 5 de mayo de 2000– «... como limitación a la libertad de la propiedad es de interpretación restringida, lo que hace exigible el cumplimiento riguroso y exacto de todos sus requisitos...». Y es que como puso de manifiesto TIRSO CARRETERO: «... el criterio restrictivo en materia de retractos no viene implícito solamente por la necesidad de respetar el *ius disponendi* del propietario, sino también, y en primer término, por exigencias mínimas del principio de seguridad jurídica del tráfico y de protección de terceros...».

Elementos del tipo de insolvencia punible en su modalidad de alzamiento procesal

ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ PARRA

Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Sevilla

I. CONCEPTO Y TIPIFICACIÓN

El delito de insolvencia punible en su modalidad de alzamiento procesal se encuentra tipificado en el artículo 257.1.2.º del vigente Penal donde se señala que «será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses quien con el mismo fin (en perjuicio de sus acreedores) realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación». Como ha señalado el profesor QUINTERO OLIVARES en sus *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal* publicados en la editorial Aranzadi (pp. 569 y 570) «el artículo 257 del Código Penal es el sucesor, corregido y ampliado notablemente, del artículo 519 del antiguo Código Penal (...) El acto de disposición puede consistir en una transmisión real o ficticia a otra persona física o jurídica, en la creación de un crédito ficticio o real, pero injustamente preferente a los demás acreedores, o en la pura y simple ocultación física de los bienes, cosas posibles sólo en relación con bienes muebles. **Lo único realmente importante es que a consecuencia de ese acto, el deudor se muestre insolvente ante la obligación de cumplimiento de sus obligaciones, cumplimiento del que precisamente respondía con aquellos bienes**». Respecto al contenido y significado de la expresión «actos de disposición» también se han pronunciado los profesores Miguel BAJO y Silvina BACIGALUPO en su obra *Derecho penal económico*, publicada en la editorial Centro de Estudios Ramón Areces, SA (p. 393), al afirmar que «entendemos que la acción es idéntica a la del delito básico de alzamiento, consistente en alzarse, o sea, insolventarse mediante actos de disposición o generadores de obligaciones (...) Creemos que la expresión “acto de disposición” puede incluir tanto los actos jurídicos como los materiales”. Para el profesor QUINTERO OLIVEROS en esta redacción «aparecen plasmadas las principales reclamaciones doctrinales. Una de ellas y de capital importancia, era que el delito debía orientarse expresamente al castigo de las actuaciones del deudor tendentes a la frustración del juicio ejecutivo, pues en ese sentido se sitúan los Códigos Penales europeos y, además, ésa es lo que la práctica muestra como objeto esencial de las conductas de alzamiento: alejar del previo embargo y ulterior ejecución todo aquello que pueda servir para la satisfacción del crédito, sean muebles (por ejemplo, fondos o depósitos bancarios), o bienes inmuebles. Por esa misma razón, **es comprensible que la acción típica no deba situarse en la ejecución ya iniciada, aunque también pueda producirse en ese momento, sino en la inminencia de la ejecución**». Por último es destacable en el apartado del concepto y regulación el recordatorio de autores como GONZÁLEZ RUS sobre el ámbito de aplicación de esta figura delictiva en relación a la **naturaleza de las obligaciones** y así en los *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, publicados por Tirant lo

blanch (p. 204) GONZÁEZ RUS nos alerta de que «a diferencia de la regulación del Código anterior, que comprendía sólo obligaciones jurídico-privadas, se incluye ahora todo tipo de deudas y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza y origen tanto si el acreedor es un particular como una persona jurídica pública o privada. Como consecuencia, el delito alcanza también a las obligaciones que nacen como consecuencia de las relaciones del ciudadano con el Estado: multas penales o administrativas, deudas tributarias, costas procesales, cuotas de la Seguridad Social, deudas derivadas de concesiones administrativas, etc. Expresamente se incluye el alzamiento laboral, que surge cuando la insolvencia se produce con el fin de perjudicar los derechos económicos de los trabajadores».

II. ELEMENTOS DEL TIPO

Es necesario analizar a continuación los elementos configuradores del tipo de insolvencia punible en su modalidad de alzamiento procesal desde el punto de vista de la doctrina científica, así como, desde el estudio de la jurisprudencia y la doctrina de las Audiencias Provinciales. Los profesores VIVES ANTÓN y GONZÁEZ CUSSAC señalan en los *Comentarios al Código Penal de 1995* (p. 1287) que «la conducta típica del alzamiento específico del artículo 257.1.2.º requiere la concurrencia de **tres requisitos**: 1) realizar cualquier **acto de disposición patrimonial** o generador de obligaciones. Esto es, cualquier actuación que disminuya su patrimonio, ya sea a través de una compraventa, de arrendar un inmueble propio, o de constituir una hipoteca. Recuérdese que con esta conducta se ha de perseguir el alzamiento de sus bienes, esto es, su ocultación física o jurídica; 2) la conducta típica de disponer de sus bienes o de contraer deudas, necesariamente ha de producir una determinada consecuencia: que **dilate, dificulte o impida la eficacia de ciertos procedimientos jurídicos**. Es decir, **ha de estar conectada, a modo de la llamada relación de causalidad de la estafa, con las maniobras obstativas descritas en la Ley**. De modo que la conducta sólo será relevante si el retraso sufrido en tales procedimientos es consecuencia del acto de disposición patrimonial o generador de deudas. Y siempre que se haga con la finalidad de alzarse con sus bienes en perjuicio del acreedor o acreedores; 3) **el tipo delictivo** delimita el ámbito en el cual han de proyectarse las maniobras obstativas. Éste viene acotado a la **eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, con independencia que éstos sean en vía judicial, extrajudicial o administrativa**».

Desde el punto de vista de la **Jurisprudencia del Tribunal Supremo** y en relación al **tipo objetivo**, la conducta típica del alzamiento consiste en realizar cualquier actuación física (ocultación material de bienes) o jurídica (simulación de cargas, realización de transmisiones ficticias), tendente a crear una situación de insolvencia con independencia del resultado, **pues es delito de mera actividad** (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2001 y Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2001). La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2002 nos concreta asimismo el elemento objetivo del delito de alzamiento de bienes, así como, las Sentencias de 9 de octubre de 2000, 18 de junio y 18 de septiembre de 2001.

Respecto al **tipo subjetivo**, la Sentencia de 6 de febrero de 2003 de nuestro Tribunal Supremo afirma que «el delito de alzamiento de bienes **no requiere un elemento subjetivo diverso del dolo**. El tipo penal no exige una intención específica de producir perjuicio, pues el conocimiento del peligro concreto de la realización del mismo, es decir, el dolo, por sí mismo implica ya el conocimiento del perjuicio que se causa. El mero conocimiento de

que el traslado y ocultación de los bienes embargados frustraría o dificultaría la ejecución en el procedimiento es suficiente para considerar cumplido el tipo subjetivo».

Por su parte, la doctrina de nuestras **Audiencias Provinciales** es también meridianamente clara al respecto. En este sentido, son de destacar las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero y 15 de marzo de 2004 (Secs. 10.^a y 2.^a, respectivamente). En la primera (Fundamento de Derecho Segundo) se afirma que «el delito de alzamiento de bienes, en cualquiera de las modalidades tipificadas en el artículo 257 del Código Penal, según la doctrina reiterada del Tribunal Supremo (SSTS de 4 de julio de 1991, 7 de abril y 25 de noviembre de 1992, 20 de enero y 19 de febrero de 1993, 8 de octubre de 1996, 10 de junio de 1999, 11 y 23 de marzo de 2002) exige la concurrencia de los siguientes **requisitos**: a) La existencia de un **derecho de crédito** por parte del acreedor y, en consecuencia, unas obligaciones dinerarias por parte del deudor, generalmente vencidas, líquidas y exigibles; b) La ocultación, enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes, simulación fraudulenta de créditos, o cualquier **actividad que sustraiga los bienes citados al destino solutorio al que se hallan afectos**; c) **La situación de insolvencia** total o parcial, real o aparente del deudor, consecuencia de la actividad dinámica mencionada; d) La concurrencia de un **elemento subjetivo específico, tendencial**, consistente en la intención de causar perjuicio al acreedor, la responsabilidad patrimonial universal que establece el artículo 1911 del Código Civil, bien entendido no obstante que el alzamiento es un delito de mera actividad, de riesgo, de resultado cortado, con lo cual basta con que se lleve a cabo la ocultación de bienes, como resultado exigido por el tipo en relación a la simple intención de perjudicar, pues el perjuicio real pertenece no a la fase de perfección sino a la de su agotamiento».

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de marzo de 2004 (Sec. 2.^a) nos recuerda en su Fundamento de Derecho Segundo como «el Código Penal de 1995, para cubrir lagunas de punibilidad denunciadas por doctrina y jurisprudencia, introdujo nuevas modalidades en sede de insolvencia punible y concretamente en su artículo 257, párrafo segundo, una especial conducta punible cristalizada en la realización con idéntico fin de frustrar las expectativas de cobro de los acreedores, de cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia del embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación. **Todos y cada uno de estos elementos típicos deben ser probados por la acusación, no bastando en sede penal** (a diferencia de lo que acaece en el ámbito civil si se posee frente al deudor un título con fuerza ejecutiva) **la mera acreditación del impago o de la contumacia al mismo**. Y ello, porque como pone de manifiesto la doctrina penal, el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor carece, como tal incumplimiento, de relevancia como bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia pues lo contrario equivaldría a consagrar la prisión por deudas y a la vulneración del principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Consecuentemente, sólo cuando este incumplimiento se traduce en la frustración del interés del acreedor de satisfacerse con el patrimonio del deudor porque éste evade dolosamente los bienes que integran su patrimonio y que conforme al artículo 1911 del Código Civil están adscritos al cumplimiento de las obligaciones (*in genere* o de modo específico), esto es, cuando la insolvencia provenga de acciones del deudor que puedan ser desvaloradas penalmente se justifica la intervención del ordenamiento punitivo a través de los delitos de insolvencia, surgiendo el presupuesto objetivo de las llamadas insolvencias punibles. Dicho literalmente, no basta con que el deudor no pague, no pueda pagar o no quiera pagar, sino que es preciso que el deudor no pueda pagar por haber vaciado o ocultado su patrimonio o los bienes afectos específicamente al cumplimiento de una determinada

obligación de modo típicamente relevante y con la finalidad de que el acreedor no pueda satisfacer su crédito».

Por otra parte, es necesario asimismo tener en cuenta que **no concurrirá el elemento subjetivo de lo injusto en el delito de insolvencia punible cuando** como ha señalado, entre otras, la Sec. 1.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza en Sentencia de 19 de abril de 2004, «**el impedimento de la ejecución del crédito del acreedor derive de haberse abonado otras deudas preferentes y exigibles**. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2001 viene a significar que no existe alzamiento de bienes, cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que castiga el artículo 257 es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que la figura de infracción criminal no es una tipificación penal de violación de las normas civiles o mercantiles relativas a la prelación de créditos». En materia de insolvencia punible son igualmente interesantes las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón (Sec. 1.^a), de 12 de febrero de 2004; Audiencia Provincial de Vizcaya (Sec. 2.^a), de 28 de enero de 2004; Audiencia Provincial de Granada (Sec. 1.^a), de 13 de enero de 2004; Audiencia Provincial de Huesca (Sec. 1.^a), de 7 de enero de 2004; Audiencia Provincial de Las Palmas (Sec. 2.^a), de 23 de marzo de 2004; Audiencia Provincial de La Rioja (Sec. 1.^a), de 8 de marzo de 2004; Audiencia Provincial de Sevilla (Sec. 7.^a), de 1 de marzo de 2004; Audiencia Provincial de Zamora (Sec. 1.^a), de 25 de febrero de 2004 y Audiencia Provincial de Tarragona (Sec. 2.^a), de 12 de marzo de 2003.

III. LA RUPTURA DE LA CONEXIDAD EN LAS CAUSAS ECONÓMICAS COMPLEJAS

En muchos supuestos, los delitos de insolvencia punible en su modalidad de alzamiento procesal son cometidos fuera del ámbito geográfico donde se están juzgando los hechos principales por los que, por ejemplo, se adoptaron determinadas medidas de embargo, ante cuyos casos se suele plantear la cuestión de dónde deben ser juzgados estos comportamientos si el Tribunal que conoce del asunto principal y donde fueron adoptadas las medidas de aseguramiento patrimonial quebrantadas o bien en aquel lugar (en el caso frecuente de que sea distinto) en el que, por ejemplo, se haya procedido a realizar el acto de disposición patrimonial en perjuicio del embargo acordado. En estos supuestos, es clara la doctrina de nuestro **Tribunal Supremo** establecida por la Sala de lo Penal, en **Sentencia de 29 de julio de 2002**, que en el apartado de cuestiones previas de sus Fundamentos de Derecho, inciso F) sobre las dificultades de llevar adelante un gran proceso y **sobre la conveniencia de romper la conexidad cuando sea posible, sin alterar las reglas competenciales**, analiza esta materia de forma finalística, práctica y atendiendo a la realidad sobre la que recae llegando a señalarse que en **los casos económicos complejos en el que intervienen operaciones contables y diversas sociedades, la concentración de la investigación en un solo proceso, dificulta, en ocasiones la posibilidad de apurar todas las posibilidades probatorias, por ello y sin perjuicio de la necesidad y conveniencia de mantener los actuales esquemas competenciales en aquellos asuntos de carácter económico, se debe valorar, en cada caso concreto, la posibilidad de tratamiento autónomo y separado de aquellas operaciones que por su configuración, permiten un enjuiciamiento por separado.**

Revista de Derecho de

familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

INSTRUCCIÓN 1/2006, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, SOBRE LA GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y EL EMPADRONAMIENTO DE LOS HIJOS MENORES

I

El domicilio de las personas físicas, según el artículo 40 CC, es el lugar de residencia habitual. Este domicilio es la sede legal de la persona a efectos del ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. La interpretación jurisprudencial del artículo 40 CC ha oscilado entre una tesis espiritualista que colocaba el centro de gravedad en el *animus habitandi* o *animus manendi* y una tendencia objetivista que se basaba en la efectiva vivencia, con raíces familiares y económicas (*vid.*, por todas, STS 21/1993, de 30 de enero). La STS 622/1996, de 13 de julio, como síntesis de ambas orientaciones, declara que «con carácter general ha de atenderse al lugar donde se reside con habitualidad, que equivale a domicilio real, ya que materializa la voluntad de permanencia en determinado lugar».

Las tendencias doctrinales más modernas resaltan la nota de la voluntariedad en la determinación del domicilio, pues así parece desprenderse del significado constitucional del artículo 19.1 CE cuando afirma que los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, como resaltaba la Consulta de la Fiscalía General del Estado 6/1997, de 15 de julio.

El domicilio reviste una gran trascendencia jurídica en relación con una pluralidad de supuestos de hecho dispersos por nuestro ordenamiento (*vid.* Resolución de la DGRN de 30 de enero de 1970), tanto en el ámbito civil (artículos 9.10, 10.5, 14.3, 22 y 26 CC, entre otros muchos) como en el ámbito procesal, para determinar el juez territorialmente competente y, especialmente en los órdenes fiscal, sanitario, electoral y en general, en el ámbito administrativo.

II

El Padrón Municipal es un registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. En él se ha de inscribir toda persona que viva en España. El empadronamiento se configura además como deber impuesto a los ciudadanos por la legislación administrativa.

Conforme al artículo 15 *in fine* de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL) la condición de vecino se adquiere en el mismo momento de su inscripción en el Padrón.

La inscripción en el Padrón municipal ha de contener como dato obligatorio el domicilio habitual del inscrito [artículos 16.2.c) LRBRL y 57.1.c) del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, y modificado por Real Decreto 2612/1996, de 20 de diciembre, en adelante RPDTEL]. Conforme al artículo 16.1 LRBRL las certificaciones que de dichos datos se ex-

pidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos.

Se configura así el Padrón como un registro administrativo que sirve para acreditar la residencia efectiva a todos los efectos administrativos y para ejercitar los derechos que confiere la Ley de Bases de Régimen Local a los vecinos, así como los restantes derechos que les atribuyan las leyes (artículo 18 LRBRL).

Aunque desde la perspectiva civil el empadronamiento no genera una presunción de residencia *iuris et de iure* (*ad exemplum*, SAP de Huesca, núm. 243/1998, de 22 de julio) sus datos constituyen de ordinario prueba de la residencia y del domicilio habitual en el mismo (Resolución de la DGRN de 4 de marzo de 1998). La STS de 15 de noviembre de 1991, Sala 1.ª recurso 1692/1989, profundiza más en el sentido de precisar, de conformidad con una constante doctrina jurisprudencial, que el padrón de habitantes es un principio de prueba de la residencia habitual y del domicilio y que, en definitiva el concepto de residencia habitual es una cuestión de hecho cuya apreciación compete al Tribunal de instancia. En este sentido, el reciente ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 13 de mayo de 2005 subraya cómo el concepto de domicilio posee «una dimensión plural amplia, no siempre coincidente con el empadronamiento o vecindad administrativa».

El Padrón es igualmente un instrumento esencial para la elaboración del censo real de población, para el ejercicio de derechos de participación pública y para la planificación pública de los servicios necesarios en base a la población real de cada municipio.

En definitiva, la inscripción padronal, aparte de los efectos que *per se* le otorga el ordenamiento administrativo (conforme a los artículos 16.1 LRBRL y 53.1 RPDTEL los datos del padrón constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo), también tiene un importante papel como principio de prueba de residencia en un término municipal y en definitiva, como principio de prueba del domicilio desde el punto de vista civil, de no existir algún dato que acredite otra residencia que sea contraria a la que aquella inscripción refleja.

Como corolario de la trascendencia jurídica del empadronamiento, el artículo 15 LRBRL establece la obligación de inscribirse para toda persona que viva en España en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente.

El mismo precepto establece una norma de cierre para dar solución a los supuestos de personas que vivan en varios municipios: deberán inscribirse únicamente en el que habiten durante más tiempo al año.

III

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 54.2 RPDTEL los menores de edad no emancipados y los mayores incapacitados tendrán la misma vecindad que los padres que tengan su guarda o custodia o, en su defecto, de sus representantes legales, salvo autorización por escrito de éstos para residir en otro municipio.

Por su parte, el artículo 68 RPDTEL, tras imponer a los vecinos la obligación de comunicar a su Ayuntamiento las variaciones que experimenten sus circunstancias personales en la medida en que impliquen una modificación de los datos que deben figurar en el padrón municipal con carácter obligatorio, declara que «cuando la variación afecte a menores de edad o incapacitados esta obligación corresponde a sus padres o tutores».

Estos preceptos son interpretados, bajo la rúbrica *Representación* por el apartado 2.º de la Resolución de 4 de julio de 1997 conjunta de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Territorial por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre actualización del padrón municipal, declarando que «la representación de los menores de edad e incapacitados (representación legal) se rige a efectos padronales por las normas generales del Derecho Civil».

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 CC, en principio bastará con la presentación del Libro de Familia para reputar válida la representación de los hijos menores por cualquiera de sus padres. En los supuestos de separación o divorcio corresponde la representación de los menores, a efectos padronales, a la persona que tenga confiada su guarda y custodia, lo que se deberá acreditar mediante copia de la correspondiente resolución judicial.

IV

Aunque no existe un concepto legal de guarda y custodia, el TS la ha identificado con la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía (*vid.* STS de 19 de octubre de 1983). La concepción tradicional dominante mantenía que si los progenitores vivían separados, la guarda y custodia necesariamente debía residenciarse en el padre o en la madre o en tercera persona, pero nunca compartida.

En los últimos años la posibilidad de establecer sistemas de guarda compartida se había ido abriendo camino en nuestra jurisprudencia menor, si bien con reticencias y dificultades, motivadas en parte por la falta de previsión expresa. Ahora este régimen de ejercicio de las funciones parentales adquiere rango legal al introducirse en el Código Civil tras la entrada en vigor de la reforma operada por Ley 15/2005, de 8 de julio.

En efecto, el párrafo quinto del artículo 92.5 CC establece que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda (artículo 92.6 CC).

El apartado 8.º permite acordar la guarda y custodia compartida con carácter excepcional, aun sin acuerdo de los progenitores pero siempre a instancia de una de las partes y con informe favorable del Ministerio Fiscal, «fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

En todo caso, ha de partirse de que para admitir la guarda y custodia compartida debe valorarse especialmente la existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común (*vid.* SAP de Las Palmas núm. 327/2004, de 15 de abril, SAP de Barcelona núm. 140/2004, de 3 de marzo). La posibilidad de instaurar este sistema se excluye en supuestos de violencia doméstica (artículo 92, apartado 8.º)

Sin acuerdo previo de los progenitores sea en convenio o en el transcurso del procedimiento, la instauración de la custodia compartida, que debe considerarse excepcional, como expresamente declara el apartado 8.º del artículo 92 CC, requiere además el informe favorable del Fiscal, al que por tanto se confiere un destacado protagonismo como garante de que la decisión se adecua al interés superior del menor.

V

La praxis generada por la irrupción del nuevo régimen de guarda compartida ha puesto de relieve problemas en cuanto al empadronamiento de los hijos menores. El problema que se plantea para los gestores del Padrón es el de que cuando la guarda y custodia es compartida por ambos progenitores y existe un convenio regulador o una resolución que establece un régimen de convivencia con cada uno de los padres muy equilibrado les es imposible determinar cuál debe considerarse residencia habitual del menor, a efectos de empadronamiento.

Es evidente que no existe norma civil ni administrativa expresa y específica para la determinación del domicilio del menor en situaciones de patria potestad compartida.

La doctrina civilista se había planteado desde tiempos remotos la posibilidad de que una misma persona pudiera compatibilizar más de un domicilio, no habiéndose llegado a alcanzar una *communis opinio*.

Desde el punto de vista administrativo, empero, resulta claro, *de lege data*, que cada persona debe tener un único domicilio, a efectos de empadronamiento. El artículo 55.2 RP-DTEL expresamente dispone que sólo se puede ser vecino de un municipio.

En esta línea se ha declarado el derecho del menor a tener un domicilio administrativamente correcto y la necesidad de acabar con la irregular situación de que un menor en situaciones de guarda compartida «se halle empadronado en dos domicilios distintos a la vez» (AAP de Barcelona, de 29 de noviembre de 1999, Sec. 18.ª, recurso 850/1999).

Desde esta perspectiva se acepta con carácter general en el Derecho administrativo que el domicilio se caracteriza por el hecho de residir en un punto del territorio el mayor tiempo en cómputo absoluto anual. Así tienen deber fiscal de declarar en España quienes permanezcan más de 183 días durante el año natural en territorio español (artículo 9.1 Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) y deben empadronarse en el municipio de su residencia los residentes que permanezcan en él la mayor parte del tiempo (artículos 15 LRBRL y 54 RPDTEL).

Por tanto, si por la paridad de tiempos la regla de la residencia temporalmente preponderante no pudiera ser aplicada, habría de entenderse que el empadronamiento podría llevarse a cabo en base a cualquiera de los dos domicilios en los que reparta su tiempo el menor, a elección de los progenitores de mutuo acuerdo, o, en defecto de éste, por resolución judicial.

Debe por lo demás partirse de la necesidad de mutuo acuerdo o, en su defecto, de resolución judicial, para modificar el domicilio de residencia del hijo común cuando el cambio lo aparte de su entorno habitual, como puede deducirse implícitamente de los artículos 154 y 156 CC y como expresamente recoge el artículo 139.4 de la Ley 9/1998, de 15 de julio (Código de Familia de Cataluña).

VI

La conveniencia de establecer una previsión sobre el empadronamiento del menor en la resolución que pone fin al procedimiento de nulidad, separación o divorcio en el que concurren las notas expuestas *supra* puede entenderse incluida en las «cauteladas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda» que corresponde adoptar al Juez al acordar la guarda conjunta, conforme a lo establecido en el nuevo artículo 92.5 CC *in fine*. La inclusión de tal previsión queda suficientemente justificada a efectos de coadyuvar a alcanzar una solución para estos problemas, evitando conflictos futuros.

En tanto en cuanto se confiere al Fiscal velar por que la decisión de guarda compartida se adecue al interés superior del menor y considerando que la inscripción padronal del mismo es un acto administrativo que además de venir exigida por la legislación administrativa es útil y necesario para el propio menor, y tomando en consideración los problemas que pueden surgir por la distribución o reparto de la guarda y custodia entre los progenitores, los Sres. Fiscales interesarán, cuando en un procedimiento matrimonial informen favorablemente el régimen de custodia compartida, siempre que la distribución de los períodos de estancia con cada progenitor no permita con claridad determinar con cuál de ellos va a permanecer el menor durante más tiempo al año, que la propuesta de convenio o, en su caso, la propia resolución judicial, se pronuncie sobre cuál habrá de entenderse como domicilio del menor a efectos padronales. A tal fin, en defecto de acuerdo habrá de valorarse especialmente la conveniencia de que el menor se empadrene tomando como referencia el domicilio en el que ha permanecido hasta la consumación de la crisis matrimonial, siempre que tal domicilio sea uno de aquellos en los que va a continuar viviendo.

Por tanto, en los supuestos en los que sean los padres los que a través del convenio propongan el régimen de custodia compartida, los Sres. Fiscales, si pese a considerarlo adecuado entienden que puede generar problemas en orden a la determinación de su residencia, informarán en el sentido de que se requiera a los progenitores para que pacten cuál habrá de entenderse domicilio del menor a efectos padronales. Es evidente que la aprobación de un convenio que incluya régimen de custodia compartida exige un grado de consenso, colaboración y cooperación cualificadamente intenso por parte de los progenitores, por lo que el acuerdo en una cuestión de segundo orden como la analizada no habrá de revestir mayores dificultades.

VII

Pueden, por tanto, sentarse las siguientes conclusiones:

- 1.º Los hijos menores han de ser empadronados en un solo domicilio, también en los supuestos de guarda y custodia compartida.
- 2.º El domicilio preferente será el de aquel de los progenitores con el que en cómputo anual el menor pase la mayor parte del tiempo.
- 3.º En los supuestos en los que los períodos de convivencia estén equilibrados hasta el punto de que no pueda determinarse con cuál de los padres pasa el menor en cómputo anual la mayor parte del tiempo, deberán ser en principio los propios progenitores quienes de mutuo acuerdo, elijan de entre los dos domicilios en los que el menor vive, aquel en el que ha de ser empadronado el menor.
- 4.º A fin de coadyuvar a un pacífico disfrute por parte del menor de su derecho a estar correctamente empadronado, los Sres. Fiscales velarán por que en los convenios reguladores, o excepcionalmente a falta de ellos, en las resoluciones judiciales en que se opte por una

guarda y custodia compartida con tiempos de permanencia equilibrados se determine cuál ha de entenderse como domicilio del menor a efectos de empadronamiento.

Por lo expuesto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones de salvaguarda del superior interés de los menores velarán por el cumplimiento de la presente Instrucción.

DATOS DE JUSTICIA

SEPARACIONES Y DIVORCIOS TRAS LA LEY 15/2005

El 9 de julio de 2005 aparecía publicada en el BOE la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y Divorcio y que entró en vigor al día siguiente de su publicación.

La Exposición de Motivos de la propia Ley se refiere al divorcio concebido como el último recurso al que los cónyuges podían acudir para disolver su matrimonio cuando era evidente que su reconciliación no era posible, que exigía, además, la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal o de la violación grave y reiterada de los deberes conyugales, con un doble procedimiento pasando por la separación para después acudir al divorcio, a la reforma mencionada, donde nos encontramos ante una nueva situación, en la que es posible la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial.

Se presentan dos opciones diferentes a las que las partes pueden acudir para solucionar su matrimonio. Basta con que uno solo de los cónyuges quiera poner fin a la continuación de su relación matrimonial para que demande el divorcio, sin que la otra parte pueda oponerse por motivos materiales y sin que el Juez la pueda rechazar. Se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, siempre que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

La otra posibilidad es que ambos esposos soliciten conjuntamente la separación o el divorcio, en este supuesto su trámite y requisitos son coincidentes con los que regían hasta la reforma legal, con tan sólo una reducción en el tiempo que debe mediar entre el matrimonio y la solicitud de divorcio que queda en tres meses.

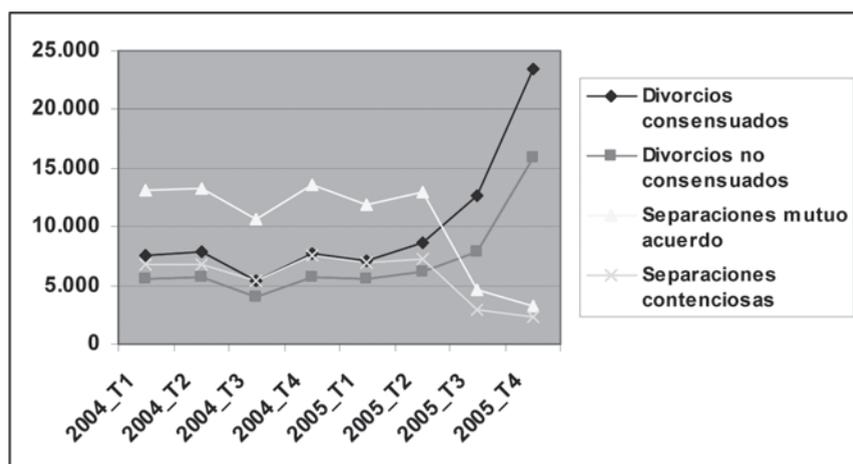
Otra novedad la encontramos en la mediación familiar como recurso al que pueden acudir los esposos voluntariamente para tratar de conseguir una solución de los temas controvertidos, reservándose la intervención judicial para el caso de que no sea posible el acuerdo o bien que el contenido del mismo sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados o de uno de los esposos, en cuyo caso se impondrán las medidas que sean precisas.

Esta reforma introduce, además, respecto del ejercicio de la patria potestad la posibilidad de que los padres puedan en el convenio regulador acordar que su ejercicio se atribuya sólo a uno de ellos o bien a ambos de forma compartida, en todo caso siempre en beneficio del menor.

Ya se dispone de datos estadísticos de dos trimestres desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005, el tercero y cuarto de 2005, por lo que se puede hacer una primera valoración de su impacto.

El presente estudio va referido al ingreso de divorcios, separaciones y medidas cautelares ingresados en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, Primera Instancia con especialidad en familia, Primera Instancia y de Violencia Sobre la Mujer, como órganos con competencia en Derecho de Familia, y concretamente a analizar la incidencia que ha podido tener la modificación introducida por la Ley 15/2005 en los referidos asuntos. Se han computado únicamente los asuntos ingresados directamente en los órganos, sin contar los resultantes de transformación.

Se observa que los divorcios y separaciones, tanto consensuados como no consensuados, tras permanecer estables durante 2004 y los dos primeros trimestres de 2005, sufren el impacto de la modificación legal, con un importante incremento de los divorcios acompañado de una reducción de las separaciones.



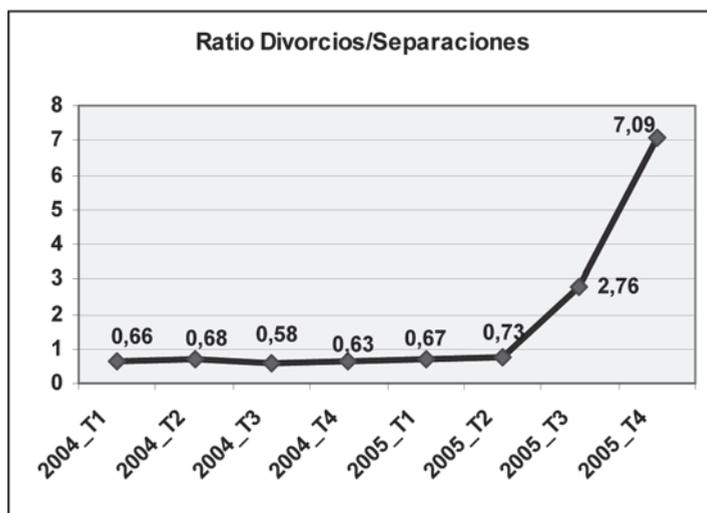
Aunque la variación se produce en el tercer trimestre de 2005, los divorcios consensuados de 2005 superan a los de 2004 en un 80,93. Los divorcios no consensuados lo hacen en un 70,32%. Las separaciones consensuadas se han reducido en un 35,36%, y las no consensuadas en un 27,42%.

	2004	2005	Evolución 2004/2005
Divorcios consensuados	28.612	51.768	80,93%
Divorcios no consensuados	20.888	35.577	70,32%
Separaciones Consensuadas	50.515	32.652	-35,36%
Separaciones no consensuadas	26.758	19.422	-27,42%
TOTAL	128.777	141.424	9,82%

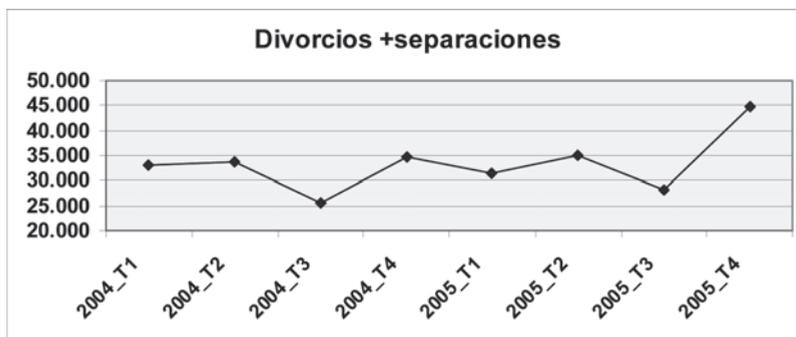
Si hasta el año 2004 la separación consensuada presentaba el mayor registro de asuntos seguida de la no consensuada o contenciosa, consecuencia derivada de la legislación del momento, a partir de la entrada en vigor de las nuevas normas legales el panorama cambia a favor del divorcio consensuado seguido del contencioso; el proceso para la obtención de la disolución del matrimonio se ve facilitado en la nueva Ley, es más rápido y directo para el divorcio sin la necesidad de la previa espera de la separación como ocurría anteriormente.

La evolución de los divorcios respecto a las separaciones queda perfectamente ilustrada por el gráfico siguiente, que muestra la *ratio* divorcios/separaciones.

Esta *ratio* se ha mantenido entre 0,58 y 0,73 durante el año 2004 y los dos primeros trimestres de 2005, pero ha alcanzado el valor de 2,76 en el tercero y el 7,09 en el cuarto (más de 7 divorcios ingresados por cada separación).



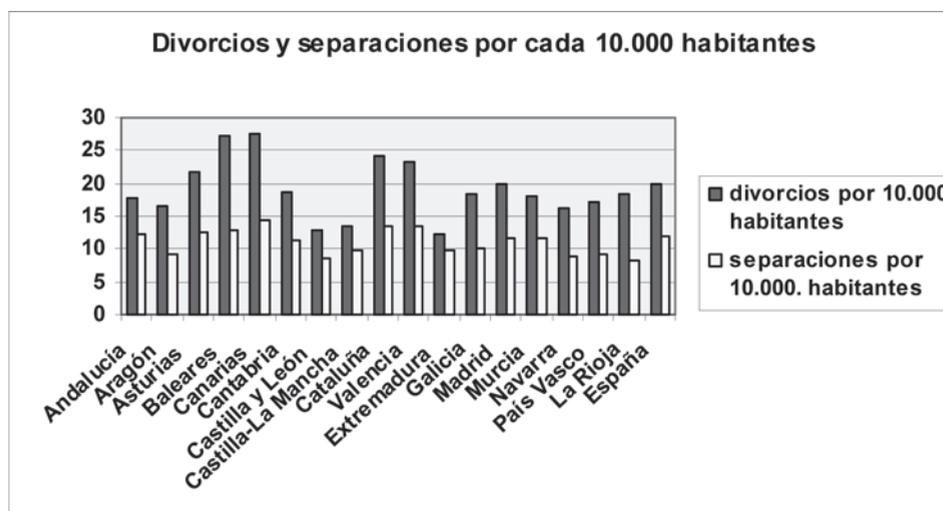
Aparte del desplazamiento desde las separaciones hacia los divorcios, cabe preguntarnos si globalmente ha aumentado el número conjunto de separaciones y divorcios, lo que vendría a mostrar que la nueva Ley tiene un efecto de «animar» a resolver estos conflictos. Así, si observamos la evolución del total de divorcios y separaciones (consensuados y no consensuados) se aprecia un ligerísimo descenso, del 0,47% en el conjunto del primer semestre de 2005, respecto al primer semestre de 2004, seguido de un fuerte incremento en el segundo semestre (del 21,61%).



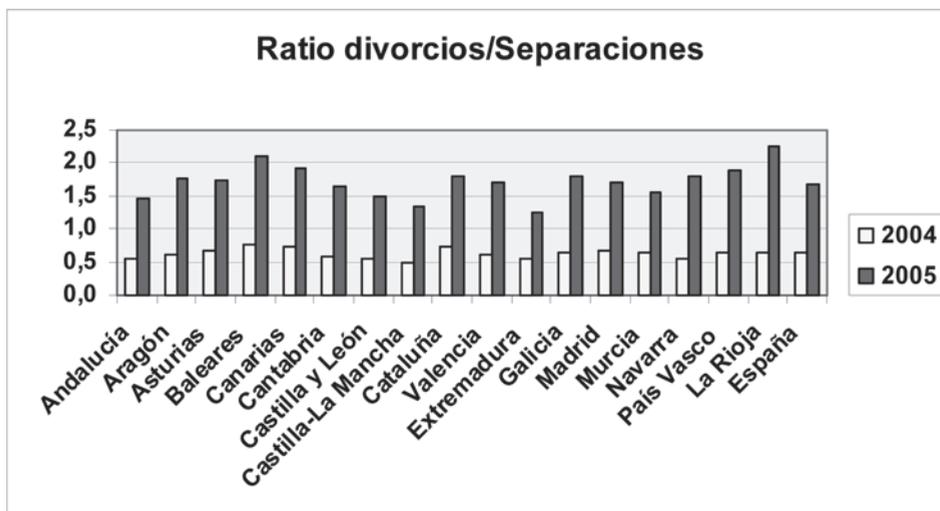
Es innegable la importancia que la nueva ley ha tenido y sus rápidas y concluyentes consecuencias

	Primer semestre 2004	Segundo semestre 2004	Primer semestre 2005	Segundo semestre 2005
Divorcios consensuados	15.513	13.099	15.733	36.035
Divorcios no consensuados	11.284	9.604	11704	23.873
Separaciones consensuadas	26.339	24.176	24861	7.791
Separaciones no consensuadas	13.674	13.084	14197	5.225
TOTAL	66.810	59.963	66.495	72.924

Por divorcios (consensuados o no) los TTSSJ que presentan un mayor número de ingresos en 2005 por cada 10.000 habitantes (cifra del Padrón a 1 de enero de 2005) han sido Canarias (27,58), Baleares (27,27) y Cataluña (24,19); mientras las que presentan una menor cifra han sido Extremadura (12,26), Castilla y León (12,79) y Castilla-La Mancha (13,41). Para el conjunto de las separaciones también es Canarias con 14,44 la primera, seguida de la Comunidad Valenciana (13,61) y Cataluña (13,48). Las de menor número La Rioja (8,20), Castilla y León (8,55) y Navarra (8,91).



En todas las Comunidades Autónomas se ha producido el mismo hecho ya constatado, un elevado aumento de divorcios y una importante disminución de separaciones. Esto nos lo muestra la evolución de la *ratio* divorcios/separaciones en 2004 y 2005.



La *ratio* separaciones/divorcios más alta en 2005 se ha dado en La Rioja (2,25), seguido de Baleares (2,11) y Canarias (1,91). La más baja se ha dado en Extremadura (1,26) y Andalucía (1,45).

Las Medidas ingresadas en los diferentes órganos analizados no se han visto influidas por la Ley 15/2005, así tenemos:

Medidas ingresadas:

	2004	2005	Evolución 2004/2005
Previas	10.484	10.198	-2,73%
Coetáneas/Posteriores	13.850	14.241	2,82%
TOTAL	26.338	26.444	0,40%

Si las Medidas Provisionales Previas han reducido en el -2,73% su ingreso, las Coetáneas y Posteriores le han incrementado en el 2,82%, que en el total sólo ha significado un escaso aumento del 0,4% en el año 2005, no parece que hayan sufrido cambios reseñables.

Modificación de medidas:

	2004	2005	Evolución 2004/2005
Consensuadas	2.193	2.250	2,60%
No Consensuadas	9.816	10.071	2,60%
TOTAL	14.013	14.326	2,23%

Por lo que respecta a la modificación de las medidas las variaciones no son significativas, pues sólo muestran un ligero aumento total del 2,23%.

A falta de que los datos de 2006 lo confirmen, la entrada en vigor de la Ley 15/2005 ha provocado un importante trasvase de los ingresos desde separaciones hacia divorcios. Esto ha ocurrido especialmente en las situaciones de mutuo acuerdo. El número conjunto de separaciones y divorcios se ha incrementado en el segundo semestre de 2005 (un 21,6% más que en el mismo semestre de 2004). No se aprecia impacto importante en las medidas.

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									

**TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)**

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.170,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

**TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCI BEN 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

Inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por el Magistrado-Juez del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 3 de Telde y Encargado del Registro Civil sobre el matrimonio de personas del mismo sexo en atención al carácter no jurisdiccional del expediente en el que se plantea y a que no resulta propuesta por un órgano judicial en un proceso en el cual el fallo que haya de dictarse dependa de la validez de la norma legal cuestionada.

Tribunal Constitucional, Pleno, Auto de 13 de diciembre de 2005.

Inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por la Magistrada-Juez del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Denia y Encargada del Registro Civil sobre el matrimonio de personas del mismo sexo en atención al carácter no jurisdiccional del expediente en el que se plantea y a que no resulta propuesta por un órgano judicial en un proceso en el cual el fallo que haya de dictarse dependa de la validez de la norma legal cuestionada.

Tribunal Constitucional, Pleno, Auto de 13 de diciembre de 2005.

Denegación de la autorización para contraer matrimonio en España por parte de dos nigerianos al ponerse de manifiesto múltiples contradicciones en las audiencias practicadas lo que lleva a concluir que el matrimonio que se pretende contraer persigue una finalidad distinta de la propia de esta institución.

DGRN, Resolución de 18 de noviembre de 2005.

Se concede la autorización para contraer matrimonio al haber quedado acreditado que ambos conviven al menos desde el año 2004 y que el resto de las declaraciones no revelan desconocimiento relevante de las circunstancias personales y familiares del otro, no pudiendo afirmarse con rotundidad la existencia de simulación.

DGRN, Resolución de 10 de octubre de 2005.

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 privarlo de la patria potestad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2005.

Procede el archivo de la ejecución instada en reclamación del cumplimiento del ejercicio de la patria potestad compartida: se ha cumplido el requerimiento al acreditar la madre haber informado al padre, remitiéndole burofaxes comunicándole cambio de domicilio, citas médicas, razón de ellas y cambio de colegio. No está obligada la madre a dar información de todos los pormenores de la vida de los hijos, pues la sentencia no la condena a ello.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 28 de septiembre de 2005.

Si el padre que ostenta la guarda y custodia realiza disposiciones dinerarias de las cuentas de los hijos, sin aplicarlo además a necesidades de la familia, procede adoptar, al amparo de los artículos 154 CC y 164 CC medidas de aseguramiento y control de las labores de administración. No supone violación del derecho a la intimidad la obligación semestral de aportar los extractos de las cuentas bancarias de los hijos.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 28 de septiembre de 2005.

Procede privar al padre del ejercicio de la patria potestad, al haberse acreditado la existencia de una causa grave, cual es que se la ha diagnosticado un problema de pedofilia exclusiva y limitada a incesto que entraña riesgo para los menores.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2005.

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.

GUARDA Y CUSTODIA

Procede mantener la guarda y custodia a favor del padre a la vista del informe emitido por el Equipo Técnico y al haberse constatado el temor que la menor siente hacia la pareja sentimental de la madre. Respeto al criterio del Juez *a quo* que ha gozado de inmediatez, cuando no se dan razones objetivas de que haya incurrido en ningún error.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2005.

Procede modificar la guarda y custodia a favor del padre al haber manifestado el menor de forma evidente que éste es su deseo y que viene conviviendo con él desde la separación matrimonial. El Informe pericial psicosocial practicado en la alzada como diligencia final también corrobora estos extremos. El resto de las medidas inherentes a la guarda y custodia se relegan para el trámite de ejecución de sentencia.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 5 de septiembre de 2005.

Procede atribuir la guarda del menor al padre puesto que dispone de una infraestructura organizativa estable con una red de apoyo social suficiente lo que resulta más beneficioso para el menor.

AP Las Palmas, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de julio de 2005.

Procede otorgar al padre la guarda y custodia de los hijos cuando la madre se marchó del domicilio dejándolos al cuidado del padre y no comparece ni al acto del juicio.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 6 de julio de 2005.

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.

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.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de noviembre de 2005.

Desestimado el recurso de casación ya que por la 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.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2005.

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.

Acordada por el Juez de Instrucción una medida de prohibición de aproximación y comunicación tanto con respecto a la esposa como hacia la hija, el Juez que conoce del procedimiento de separación ha de respetar dicha medida, y no procede, durante su vigencia, el establecimiento de régimen de visitas paternofilial.

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

Se acuerda la suspensión provisional del régimen de visitas paterno filial en tanto en cuanto que como consecuencia del seguimiento que se efectúe sobre el menor, no se dictamine la conveniencia de su restablecimiento. Se ha constatado fehacientemente que el menor presenta un trastorno desadaptativo con síntomas de ansiedad por la situación conflictiva que experimenta cuando convive con su padre junto a su pareja y la hija de ésta.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 19 de octubre de 2005.

Existiendo una medida de alejamiento del padre respecto a la madre del menor, procede que las entregas y recogidas se efectúen en el domicilio materno por el abuelo paterno, siempre que éste muestre su asentimiento y conformidad. Esta medida es más factible que la acordada en la instancia de que se realizaran a través del Punto de Encuentro, dada la distancia geográfica del domicilio de los progenitores con el citado Punto de Encuentro Familiar de Lugo.

AP Lugo, Sec. 2.ª, Auto de 18 de octubre de 2005.

Existiendo una situación violenta entre los progenitores, y constando acreditada la existencia de circunstancias graves, no procede establecer el régimen de visitas normalizado con pernocta, sino que procede en ejecución de sentencia ir ampliándolo progresivamente si así lo aconsejara la evolución de la relación paterno filial tras la evaluación del Equipo Técnico adscrito al Juzgado.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 6 de octubre de 2005.

Dado que uno de los hijos es mayor de edad, y el otro está próximo a cumplir los 18 años, procede acordar un régimen de visitas abierto a la libertad de las partes.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 1 de septiembre de 2005.

VIVIENDA FAMILIAR Y AJUAR 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.

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

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 26 de diciembre de 2005.

Los gastos derivados del consumo o de aquellos otros necesarios para la habitabilidad de una vivienda, han de ser abonados por quien la usa; no ocurre así con los gastos de comunidad, que han de ser abonados por el esposo, pues no tienen relación directa con el consumo directo y específico, sino con gastos generales.

AP Zaragoza, Sec. 5.^a, Auto de 26 de septiembre de 2005.

Procede la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa sólo hasta que se liquide la sociedad de gananciales. No procede la prolongación del derecho de uso por el plazo de 10 años, pues el único hijo mayor de edad reside en otra ciudad donde realiza un máster, y no consta que cuando lo finalice, desee vivir con la madre, y aunque así fuera con su edad y preparación se ha de presuponer que tendrá su propia independencia.

AP Vizcaya, Sec. 4.^a, Sentencia de 26 de septiembre de 2005.

Dadas las características del inmueble y siendo las hijas mayores de edad, procede la limitación temporal durante 3 años del uso de la vivienda, o hasta que se liquide la sociedad de gananciales, si la fecha de ésta es anterior a dicho plazo. Estudio jurisprudencial y análisis de las soluciones del T. Supremo ante la colisión del derecho de uso (artículo 96 CC) y el derecho de propiedad de los cotitulares de la vivienda; procedencia de la *actio communi dividundo*.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 14 de septiembre de 2005.

Es procedente atribuir el uso de la vivienda a la esposa al contar ésta con 59 años y carecer de trabajo e ingresos.

AP Segovia, Sec. 1.^a, Sentencia de 29 de julio de 2005.

No existe base para fijar un límite temporal a la adjudicación del domicilio familiar y menos hacerlo coincidir con la liquidación de la sociedad conyugal dada la corta edad de los hijos menores.

AP León, Sec. 2.^a, Sentencia de 20 de julio de 2005.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Son gastos extraordinarios y procede su abono al 50%, los derivados de clases extraescolares (inglés, francés y fútbol), ya que se trata de actividades realizadas al margen del gasto ordinario de matrícula y enseñanza del colegio privado al que asiste el menor por decisión de ambos progenitores.

AP Zaragoza, Sec. 2.^a, Auto de 22 de noviembre de 2005.

No tiene naturaleza de gasto extraordinario la contratación de una persona para el cuidado del menor, ya que al momento de la separación era un gasto previsible por los progenitores y se tuvo en cuenta en la fijación de la cuantía de la pensión de alimentos.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 22 de noviembre de 2005.

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 I.ª, Sentencia de 21 de noviembre de 2005.

Son gastos extraordinarios los derivados de la enfermedad de pies planos, valgos e hiperactividad que el menor padece, pero no procede su reclamación al no haber acreditado la ejecutante que los medicamentos cuyo precio se reclama son los prescritos para el tratamiento específico de tales enfermedades, habiendo bastado con que en la receta se hiciera constar que son los indicados para combatir tales dolencias.

AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Auto de 17 de noviembre de 2005.

Procede la reclamación del 50% de los gastos extraordinarios del hijo aunque no se estableciera nada en el Convenio. Criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional: no existe incongruencia, se trata de una materia de *ius cogens* amparada por el artículo 93 del Código Civil.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Auto de 15 de noviembre de 2005.

El tratamiento de ortodoncia de la hija es un gasto extraordinario y debe ser abonado al 50% por los progenitores conforme a lo pactado en el Convenio. Por el contrario, no se acredita por la ejecutante que la colocación de carillas tenga una finalidad médica, sino estética, por lo que no procede su reclamación. Es irrelevante que la ejecución se inste cuatro años después de iniciado el gasto y que la hija ya haya alcanzado independencia económica. No es necesario el consentimiento paterno para la realización del gasto al no haberse pactado así.

AP Baleares, Sec. 5.ª, Auto de 4 de noviembre de 2005.

No son gastos extraordinarios, sino ordinarios de educación, los derivados de matrícula, actividades del colegio, uniformes, libros, material, comedor o transporte, ni todos aquellos que previsiblemente se producen al iniciarse el curso escolar. Definición y caracteres de los gastos extraordinarios.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 4.ª, Auto de 24 de octubre de 2005.

No son gastos extraordinarios la compra del transmisor de un bebé y una estufa, que han de entenderse englobados en las necesidades de habitación incluido en el concepto de alimentos. Tampoco lo son los gastos de libros y material escolar, pues eran gastos previsibles y se presupone que los progenitores los entendían cubiertos cuando se fijó la pensión de alimentos.

AP Zaragoza, Sec. 4.ª, Auto de 20 de octubre de 2005.

No procede la extinción ni reducción de la pensión de una hija de 21 años por tener el obligado al pago nuevos gastos de una hija adoptiva: es una carga por él libremente asumida que no puede redundar negativamente en su hija biológica.

AP Lugo, Sec. 1.ª, Auto de 18 de octubre de 2005.

No procede la extinción de alimentos de la hija de 21 años por haber repetido dos cursos escolares.

AP Lugo, Sec. 1.ª, Auto de 18 de octubre de 2005.

Procede la reducción de la pensión alimenticia al haber pasado el obligado al pago a la situación de jubilado y percibir 362,54 euros; se fija la cuantía de la pensión en 70 euros mensuales como mínimo indispensable para subvenir a las necesidades del hijo.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 4.ª, Auto de 17 de octubre de 2005.

PENSIÓN COMPENSATORIA

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

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2005.

No procede aumentar la pensión de la esposa cuando no han variado las circunstancias económicas de los cónyuges: no es cambio sustancial de circunstancias la existencia de nuevos gastos de escasa cuantía como son los farmacéuticos e incremento de la vivienda de alquiler que habita la esposa. Tampoco lo es el incremento del coste de la vida que ha de ser paliado con la cláusula de actualización de la pensión.

AP Murcia, Sec. 5.ª, Auto de 18 de octubre de 2005.

No procede incrementar la pensión compensatoria por mejora de la situación económica y laboral del obligado al pago, ya que el desequilibrio ha de ir referido al momento del cese de la convivencia.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 5 de octubre de 2005.

Procede la pensión compensatoria para la esposa sin límite temporal, dada su edad, escasa cualificación profesional, su estado de salud y el tiempo transcurrido desde que desempeñó un trabajo. Se fija en la cuarta parte de los ingresos del esposo.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 26 de septiembre de 2005.

No procede pensión compensatoria para la esposa pese a existir diferencias en los ingresos de ambos cónyuges: ambos pueden subvenir al pago de sus propias necesidades, sin perjuicio de que cada uno tenga la posición económica que le corresponde según sus actitudes y capacidad para generar recursos.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2005.

La muerte del beneficiario extingue la pensión compensatoria.

AP Teruel, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de septiembre de 2005.

Es ajustada la decisión de dar por extinguida la pensión compensatoria, puesto que consta que, al menos desde que surge este procedimiento, la relación de la beneficiaria con su actual pareja ya tenía cierto grado de estabilidad.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de septiembre de 2005.

Procede en el procedimiento de divorcio declarar extinguida la pensión compensatoria otorgada a la esposa en la separación, al haber adquirido nuevos inmuebles que ella misma reconoce destinar a arrendamiento.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 5 de septiembre de 2005.

Procede fijar la pensión compensatoria a percibir en 350 euros mensuales dados los siguientes extremos: La duración del matrimonio alcanzó los treinta años, dos fueron los hijos habidos durante el matrimonio con lo que ello supone de dedicación a la familia por parte de la madre, que en estos momentos tiene 51 años, los ingresos han sido esencialmente los provenientes de la actividad del demandado, y actualmente percibe unos 1.803 euros mensuales.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 2 de septiembre de 2005.

CUESTIONES PROCESALES

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.

La ratificación del Convenio Regulador es un acto personalísimo que han de realizar los cónyuges sin que para ello puedan apoderar a un procurador por estar proscrito por el artículo 25.3.º de la LEC.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 17 de noviembre de 2005.

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.

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 (artículos 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.

Recurso de casación contra Sentencia dictada en autos sobre modificación de medidas acordadas en proceso matrimonial: resolución no recurrible en casación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 15 de noviembre de 2005.

Se inadmite a trámite la demanda de separación conyugal, al existir una sentencia previa de separación: los cónyuges reanudaron su convivencia pero no comunicaron tal reconciliación al Juzgado. Para regular la nueva situación pueden acudir al procedimiento de ejecución de sentencia o bien al de modificación de medidas si las medidas requieren ser adaptadas a nuevas circunstancias.

AP Zamora, Sec. 1.ª, Auto de 4 de noviembre de 2005.

Teniendo en cuenta que el proceso entablado es el de separación matrimonial cuyos pronunciamientos nuclear y periféricos no tienen nada que ver con supuestos de división y adjudicación de bienes, se desestima la petición de medidas cautelares.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 3 de noviembre 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.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 2 de noviembre de 2005.

No se pueden pedir Medidas Provisionales Previas para variar el régimen de visitas que ya fue regulado y resuelto en una resolución firme como es la Sentencia de Separación que aprobaba el Convenio Regulador. La modificación de una medida definitiva ha de tramitarse por la vía del artículo 775 LEC.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 26 de octubre de 2005.

Si el poder del procurador comprende la facultad de desistir, procede acordar el desistimiento de un recurso de apelación sin necesidad de que la parte ratifique personalmente tal petición.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 19 de octubre de 2005.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

No es motivo de oposición a la ejecución en reclamación de pensiones alimenticias, la precaria situación económica del obligado al pago, ni la independencia del hijo. Ha de acudirse al procedimiento de modificación de medidas para la extinción de la pensión, que en su caso, tendrá relevancia para las pensiones devengadas a partir de su interposición, pero no para las ya vencidas, ya que ni siquiera consta que se haya solicitado la extinción con efectos retroactivos.

AP León, Sec. 3.ª, Auto de 15 de noviembre de 2005.

Sólo procede la reclamación de las pensiones impagadas y atrasos devengados en los últimos cinco años anteriores a la demanda ejecutiva. Aplicación del plazo de prescripción corta del artículo 1966 CC y del artículo 518 de la LEC.

AP León, Sec. 3.ª, Auto de 11 de noviembre de 2005.

No es motivo de oposición a la ejecución el hecho de que el hijo mayor de edad tenga una relación distante con el padre y estuviera trabajando con unos ingresos cuya cuantía no ha sido probada.

AP Baleares, Sec. 5.ª, Auto de 4 de noviembre de 2005.

Si en el Convenio se pactó que en el mes de verano la madre renunciaba a reclamar la pensión de alimentos, aun no habiendo permanecido los hijos con el padre en ese período, por razones de equidad procede despachar ejecución por las mensualidades de verano, pero reducidas en un 50%, ya que los hijos son mayores de edad, tienen problemas en su relación con el padre y vienen realizando trabajos de manera esporádica.

AP Baleares, Sec. 5.ª, Auto de 4 de noviembre de 2005.

Se desestima la oposición basada en que concurre causa de extinción de la pensión compensatoria, pues dicho motivo no se halla comprendido en los contemplados en el artículo 556 de la LEC.

AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Auto de 3 de noviembre de 2005.

Habiéndose iniciado la vía de apremio en el procedimiento de ejecución de sentencia de divorcio iniciado antes de la actual LEC, no procede decretar el archivo y ordenar a la ejecutante a interponer nueva demanda ejecutiva. Es de aplicación la Disposición Transitoria Quinta de la

Ley 1/ 2000, de 7 de enero: los juicios ejecutivos pendientes a la entrada en vigor de la presente Ley, se seguirán tramitando conforme a la anterior, a no ser que las actuaciones ejecutivas no hubieren llegado al procedimiento de apremio.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 3 de noviembre de 2005.

La medida de atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges dictada en el proceso de separación, es título suficiente para ordenar vía de ejecución el desahucio del otro cónyuge.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 3 de noviembre de 2005.

No es posible procesalmente, por carecer de objeto procesal, la ejecución o aseguramiento de las medidas provisionales que han sido sustituidas necesariamente por las de la sentencia de separación, ya que aunque esta sentencia esté apelada, el recurso no suspende la eficacia de las medidas en ella acordadas (artículo 774 LEC).

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1.ª, Auto de 31 de octubre de 2005.

Las medidas dictadas en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio tienen eficacia inmediata, por lo que procede la ejecución definitiva de las mismas. Procede el despacho de la ejecución, aunque la parte ejecutante de manera errónea ha instado la ejecución provisional: el artículo 774.5.º LEC excluye para estas materias la aplicación de la ejecución provisional.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1.ª, Auto de 31 de octubre de 2005.

Aun desestimándose la oposición a la ejecución no procede la condena en costas al ejecutado por presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, al ser de aplicación la remisión que el artículo 561.1.2.º efectúa al artículo 394 de la LEC. Se considera que concurre esta circunstancia cuando la ejecutante no acredita con la demanda ejecutiva haber interpuesto demanda de separación que demuestre que continúan en vigor las medidas provisionales previas en su día acordadas.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 4.ª, Auto de 31 de octubre de 2005.

Si en la Sentencia no se establece la revalorización de la pensión automática, sino que se supe-dita a la previa solicitud de parte, sólo procede reclamar la actualización de los períodos en que tempestivamente fue solicitada. Aunque esté acordado el embargo judicial del salario para pago de la pensión, ello no exime del pago íntegro de la pensión y sus actualizaciones de forma voluntaria, debiendo soportar el ejecutado las consecuencias de la vía de apremio si así no lo hace.

AP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 5.ª, Auto de 27 de octubre de 2005.

Aunque algunos de los hijos cuya pensión se reclama sean mayores de edad y tengan independencia económica procede seguir adelante la ejecución ya que la confusa redacción del Convenio impide determinar en este procedimiento en qué cuantía y desde qué fecha ha de reducirse la pensión en su día pactada, cuestión que habrá de dilucidarse en el oportuno procedimiento de modificación de medidas.

AP León, Sec. 2.ª, Auto de 24 de octubre de 2005.

Se estima la oposición a la ejecución al acreditar documentalmente el esposo que ha abonado un importe superior al que venía obligado. El motivo estimado es el pago (artículo 556.1.º LEC) y no la compensación (artículo 1.196.2.º CC) que requiere la existencia de dos deudas diferentes, cosa que no sucede cuando nos encontramos ante el mismo concepto de deuda como es la pensión alimenticia.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Auto de 24 de octubre de 2005.

No procede la nulidad de actuaciones por el hecho de que no se haya celebrado vista en el procedimiento de oposición a la ejecución por motivos procesales: la celebración de vista del artículo 560 LEC está prevista para la oposición por motivos de fondo, y además, en ningún caso es preceptiva sino que es potestad del Juez acordarla o no.

AP León, Sec. 2.ª, Auto de 24 de octubre de 2005.

No prospera la oposición a la ejecución por motivos procesales por la alegada falta de legitimación de la madre para reclamar las pensiones de los hijos mayores de edad: la madre está legitimada al dimanar la ejecución de un procedimiento en que ella fue parte.

AP León, Sec. 2.ª, Auto de 24 de octubre de 2005.

No prospera la oposición a la ejecución por motivos procesales por el hecho de no acompañar a la demanda la Sentencia de que trae causa, ni las certificaciones acreditativas de la subida de IPC.

AP León, Sec. 2.ª, Auto de 24 de octubre de 2005.

Es nulo de pleno derecho el Decreto dictado por el Secretario Judicial resolviendo un incidente de ejecución: se ha prescindido del Juez predeterminado por la ley, sin que ello quede subsanado por la fórmula de «conforme» del Sr. Magistrado. Análisis de las funciones del Secretario Judicial en la actual normativa.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 21 de octubre de 2005.

No cabe recurso alguno contra el Auto que decida la oposición a la ejecución provisional o medidas ejecutivas concretas. Se desestima el recurso de queja. El artículo 530.4.º de la LEC contiene una norma procesal de carácter imperativo.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 20 de octubre de 2005.

Procede la ejecución de sentencia en la que se requiere a la madre para el cumplimiento del régimen de visitas cuando se ha acreditado su incumplimiento en dos ocasiones en base a las declaraciones del padre y de su pareja sentimental. No obstante, el Tribunal recomienda al padre ajustar el régimen de visitas a sus posibilidades reales de cumplimiento para evitar múltiples ejecuciones.

AP Castellón, Sec. 2.ª, Auto de 18 de octubre de 2005.

En el procedimiento de ejecución de sentencia no se puede entrar a valorar sobre la equidad o justicia de los pronunciamientos contenidos en la resolución que se ejecuta.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 18 de octubre de 2005.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter privativo de la indemnización que percibió el esposo a consecuencia del accidente de circulación que sufrió y, tras la separación de los cónyuges y a instancia de los tutores del esposo que fue declarado incapaz, se condena a la esposa a la rendición de cuentas de dicha cantidad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de diciembre de 2005.

Desestimado el recurso de casación en el que se pretendía dar una nueva valoración a los inmuebles distinta a la que constaba en el Cuaderno Particional aportando una nueva valoración efectuada por un perito con la cualificación de arquitecto superior y alegando que el incremento en el precio de la vivienda usada es inferior.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2005.

Carácter privativo de la indemnización percibida por el esposo en concepto de jubilación anticipada.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2005.

Recurso de casación contra sentencia dictada en grado de apelación en procedimiento de menor cuantía promovido en liquidación de sociedad de gananciales seguida en autos de juicio de separación: resolución no recurrible en casación ya que la sentencia dictada por la Audiencia no pone fin a una verdadera segunda instancia.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Auto de 29 de noviembre de 2005.

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 I.ª, Sentencia de 27 de octubre de 2005.

Exclusión del pasivo de la sociedad de deudas gananciales al presumirse que el esposo, que continuó administrando en exclusiva la explotación ganadera, debió abonarlas con dinero procedente de los beneficios de dicha explotación, teniendo en cuenta que aquél, no atendiendo al requerimiento que se le practicó, impidió que viniese a los autos la documentación de la que extraer los rendimientos de la actividad.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 27 de octubre de 2005.

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 I.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2005.

No procede hacer pronunciamiento del uso de la vivienda en el procedimiento de formación de inventario para liquidación de sociedad de gananciales, sin perjuicio de las facultades que al respecto tienen la esposa e hija por haberles sido atribuido el uso en el procedimiento de separación y que les autoriza a la inscripción registral de tal derecho para evitar que el esposo disponga de su titularidad.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 21 de octubre de 2005.

Se estima la oposición a la ejecución formulada por la esposa, y se declara no haber lugar al embargo de la vivienda propiedad de ambos cónyuges para satisfacer una deuda de carácter privativo del esposo: de conformidad al artículo 1373 CC la esposa está facultada para exigir que en la traba se sustituya el embargo de bienes comunes por la parte en los bienes que le correspondan y se le adjudiquen al esposo en la liquidación de gananciales.

AP La Rioja, Sec. 1.ª, Auto de 17 de octubre de 2005.

Procede acordar el sobreseimiento del proceso ante el desistimiento del actor de su demanda de liquidación de gananciales, pese a que el demandado ha formulado oposición formal. Definición doctrinal y jurisprudencia del desistimiento y posturas sobre su carácter bilateral: el Tribunal Constitucional se inclina por su carácter no bilateral, siendo facultad del tribunal ordinario acordarlo o no siempre que no cause indefensión o perjuicio irrazonable al demandado. Procede la condena en costas al actor de conformidad al artículo 396.1.º LEC.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 6 de octubre de 2005.

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 domicilio interpuesta por la esposa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2005.

No se accede a tener por desistida a la esposa de su solicitud de formación de inventario para liquidación de la sociedad de gananciales: es irrelevante el motivo alegado de que la sentencia de separación se encuentra en grado de apelación, y más cuando fue ella misma quien instó la formación del inventario en la contestación a la demanda de separación.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, Auto de 4 de octubre de 2005.

La liquidación del régimen económico matrimonial ha de hacerse por el procedimiento específico establecido en los artículos 806 y siguientes LEC; no obstante, si los intervinientes han escogido el juicio ordinario y posterior ejecución, y el Juzgado así lo ha admitido, a él ha de estarse, debiendo en ejecución de sentencia procederse a la valoración actual de los bienes.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 4.ª, Auto de 3 de octubre de 2005.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No procede admitir a trámite la solicitud de Medidas Provisionales en procedimiento de Jurisdicción Voluntaria para nombramiento de tutor: no existe previsión legal para su adopción, y además la menor se encuentra debidamente atendida por su abuela. Solamente podría adoptarse por la entidad pública un acogimiento familiar provisional en interés de la menor, en el caso de que se solicitara y los padres se opusieran a ello (artículo 173.3.º CC).

AP La Rioja, Sec. 1.ª, Auto de 28 de octubre de 2005.

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.

Recurso extraordinario por infracción procesal contra Sentencia dictada en incidente de oposición promovido en procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre adopción: sentencia no recurrible en casación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 4 de octubre de 2005.

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.

No se precisa aprobación judicial para la inscripción de una liquidación de gananciales y partición de herencia si en el auto nombrando al defensor judicial no se indicaba nada al respecto.

DGRN, Resolución de 21 de septiembre de 2005.

FILIACIÓN

Cuando se ejercita conjuntamente la acción de reclamación e impugnación de la filiación no es aplicable el plazo de caducidad previsto para la segunda de las acciones que es meramente accesorio de la primera.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005.

Declaración de la paternidad en base a la negativa a la prueba biológica unida a otras pruebas como la no contestación al requerimiento notarial que le hizo la madre a los pocos días del nacimiento del hijo o el rehúse de una carta certificada en la que se le informaba de un cambio de domicilio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de diciembre de 2005.

Si a la voluntad obstruccionista injustificada a practicar la prueba biológica se le atribuyen consecuencias jurídicas, como medio de llegar a juicios de valor por equivalencia, queda excluida la indefensión que, en otro caso, habría sufrido la parte proponente de la prueba.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de noviembre de 2005.

Desestimación de la demanda de reclamación de paternidad ya que el valor indiciario de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica no está complementado con otras pruebas que permitan al Juzgador llegar al convencimiento de la filiación reclamada al no considerarse como concluyentes por pruebas testificales.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

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.

Denegación del exequátur de una sentencia por la que se autoriza el reconocimiento de la paternidad dictada por los Tribunales de Bélgica habida cuenta que no se ha acreditado qué efectos, en cuanto a la efectiva atribución de la paternidad se derivan del pronunciamiento, y en concreto, si la autorización al reconocimiento que dispone conlleva, sin necesidad de un acto posterior, la determinación legal de la filiación reclamada y la rectificación del asiento respectivo del Registro Civil.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 15 de noviembre de 2005.

Declaración de inconstitucional del párrafo primero del artículo 133 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado, al ser contrario al derecho constitucional a la investigación de la paternidad y al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 273/2005, de 27 de octubre.

Recurso de casación por interés casacional contra Sentencia recaída en juicio de menor cuantía sobre filiación tramitado en atención a la materia: Inadmisión del recurso de casación por preparación defectuosa al plantearse a través del recurso de casación cuestiones (carga de la prueba, reglas que la disciplinan, el juicio sobre los hechos en cuanto resultante de la aplicación de esas

reglas y principios jurídicos que rigen la valoración de la actividad probatoria) que exceden de su ámbito.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 25 de octubre de 2005.

UNIONES DE HECHO

Desestimación de la demanda interpuesta por un conviviente contra otro y en la que se reclama la propiedad de unos inmuebles que adquirieron en pro indiviso durante la convivencia al no considerarse que existiese donación por razón de matrimonio ni negocio fiduciario.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de diciembre de 2005.

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.

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.

La convivencia *more uxorio* durante 12 años no es suficiente para constituir *per se* una comunidad de bienes.

AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 13 de julio de 2005.

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.

Procede el sobreseimiento provisional y archivo del procedimiento por delito de abandono de familia, al haberse interpuesto la denuncia casi al momento en que el esposo salió de la vivienda, y días antes la esposa había retirado dinero de la cuenta familiar.

AP León, Sec. 2.ª, Auto de 2 de noviembre de 2005.

No es competente el Juzgado Especial de Violencia sobre la Mujer, al no haberse constatado que el delito contra los deberes familiares denunciado se haya cometido en un contexto de violencia doméstica. Preceptos de aplicación para resolver conflictos competenciales en esta materia: los delitos contra los deberes familiares cuya instrucción corresponde a los Juzgados Especiales han de cometerse en un contexto de violencia doméstica, aunque su concreta mecánica comisiva no sea intimidativa ni violenta.

AP Madrid, Sec. 17.ª, Auto de 2 de noviembre de 2005.

El quebrantamiento de la medida cautelar requiere un actuar doloso: no se aprecia por el hecho de que el denunciado, excepcionalmente, pueda aproximarse a su ex cónyuge con ocasión de ir a ver a sus hijos al colegio, ni por el hecho de que les efectúe llamadas telefónicas a un teléfono que no es el de la denunciante.

AP Madrid, Sec. 5.ª, Auto de 31 de octubre de 2005.

Condena por delito de abandono de familia por impago de pensión compensatoria pactada de común acuerdo, siendo irrelevante la alegación de que carece de recursos económicos y la existencia de préstamos, pues eran anteriores a la sentencia de separación.

AP Lugo, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2005.

Si en la instancia se absolvió al denunciado del delito de abandono de familia, no se le puede condenar en segunda instancia sin ser oído, para lo que se debería haber solicitado la celebración de vista.

AP Asturias, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de octubre de 2005.

Procede la condena como autora de una falta del artículo 618.2.º del CP, por incumplimiento de obligaciones familiares, a la madre que, sin justificación alguna, no hace entrega del hijo al padre el día que le correspondía, sin que tenga virtualidad alguna la mera alegación de que no pudo contactar con la familia paterna.

AP Madrid, Sec. 17.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2005.

Se vulneraría el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías si el Tribunal de apelación penal, sin práctica de prueba en la alzada, intentara corregir la valoración y conclusión del Juzgador de Instancia, a no ser que se trate de prueba, como la documental que, por su naturaleza, no precise de inmediación. Criterios generales sobre las facultades del Tribunal *ad quem*, criterios para la valoración de la prueba y limitaciones que impone el principio de inmediación.

AP Madrid, Sec. 16.ª, Sentencia de 24 de octubre de 2005.

Procede la absolución del delito de quebrantamiento de medida cautelar al no haberse probado los hechos denunciados. Falta de colaboración de la denunciante, que no ha tratado de corroborar su testimonio con una posible testigo, ni ha aportado las facturas en que decía recibir las llamadas del denunciado. Incidencia de la enemistad y problemática existente entre las partes, derivada del régimen de visitas con la hija menor.

AP Madrid, Sec. 16.ª, Sentencia de 24 de octubre de 2005.

Procede la condena como autora de una falta de desobediencia, a la madre que no hace entrega de los hijos al padre en el lugar y día establecido. El hecho de que la madre haya cambiado su lugar de residencia, y alegue falta de medios económicos para desplazarse no justifica el incumplimiento, y menos aun cuando ni siquiera ha intentado modificar las medidas actualmente vigentes.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 5.ª, Sentencia de 21 de octubre de 2005.

CUESTIONES REGISTRALES

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.

DGRN, Resolución de 29 de diciembre de 2005.

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.

DGRN, Resolución de 22 de noviembre de 2005.

Conservación de la vecindad civil común al acreditarse por medio de los certificados de empadronamiento que no ha transcurrido el plazo legal de diez años del artículo 14.5 del CC.

DGRN, Resolución de 21 de noviembre de 2005.

No puede inscribirse la adopción constituida en Haití al no corresponder los efectos de la misma con los previstos en la legislación española sin perjuicio de que, constituida de nuevo la adopción conforme a nuestra normas, como así ha sucedido, tenga acceso al Registro Civil el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia.

DGRN, Resolución de 19 de noviembre de 2005.

Se deniega la inscripción de un convenio regulador de separación en el que dentro de la liquidación de la sociedad de gananciales se adjudica a un hermano del esposo, en pago de un crédito que éste tenía con la sociedad de gananciales, una parte indivisa de unos inmuebles.

DGRN, Resolución de 25 de octubre de 2005.

Para practicar la inscripción en el que conste como lugar de nacimiento el domicilio de los padres adoptantes, se declara competente el Registro Civil correspondiente al domicilio de aquéllos, previa petición por éstos del traslado de las inscripciones principales de nacimiento y marginales de adopción practicadas en el Registro Civil Central.

DGRN, Resolución de 20 de octubre de 2005.

No constando que el nacimiento tuviese lugar en territorio español y siendo los padres marroquíes no procede inscribirlo en el Registro Civil español.

DGRN, Resolución de 23 de septiembre de 2005.

SUCESIONES

Interpretación de la voluntad del testador ante un legado de cosa específica coexistente con un usufructo de los bienes a favor del cónyuge viudo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005.

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

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005.

La valoración de los bienes de la herencia no puede efectuarse atendiendo a la fecha en que se produjo el fallecimiento sino al momento en que se realiza la partición.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005.

Cuando se trata de la partición de bienes procedentes de herencias distintas es necesario proceder separadamente a la práctica de dicha liquidación y a las operaciones particionales correspondientes a los bienes que forman parte de uno y otro haber hereditario.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005.

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 I.ª, Sentencia de 27 de octubre de 2005.

Quien se considere perjudicado en una partición hereditaria, ha de instar su nulidad, anulabilidad o rescisión, pero no puede pretender promover una nueva partición sin atacar la legítimamente vigente. La falta de citación a inventario de los interesados es causa de anulabilidad, pero se considera cumplido tal requisito al haber acreditado el contador que requirió en diversas ocasiones a los interesados, incluso con acta notarial, sin obtener respuesta alguna.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 11 de octubre de 2005.

Cuando el causante ha nombrado un contador-partidor de sus bienes, corresponde a éste no sólo la facultad de partir estrictamente la herencia, sino también la de liquidar la sociedad conyugal del difunto, aunque no se le hubiere otorgado esta facultad expresamente.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 11 de octubre de 2005.

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 suyo hasta que la hija alcance la edad de 23 años.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2005.

OTRAS CUESTIONES

Desestimación del incidente de recusación que plantea la esposa contra el Juez que resolverá su liquidación de gananciales por haber ostentado éste el cargo de Teniente Coronel mientras su esposo era sargento en la misma localidad. La subordinación prevista en el artículo 218.12 LOPJ no es la derivada meramente de la jerarquía, sino que ha de implicar una relación directa de subordinación, y sólo puede ser apreciada cuando ambos ejercen sus funciones en un mismo órgano.

AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Auto de 21 de octubre de 2005.

No existe ninguna vulneración constitucional porque no se haya concedido indemnización a la esposa de un lesionado en accidente de circulación que sufrió graves secuelas, entre ellas dificultad para mantener relaciones sexuales, habida cuenta que en caso de supervivencia de la víctima del accidente de circulación sólo ésta tiene la condición de perjudicado.

Tribunal Constitucional, Sala I.ª, Sentencia 230/2005, de 26 de septiembre.

Procedencia de la acción pauliana cuando se produce objetivamente una disminución notable o total empobrecimiento del patrimonio de los deudores (cónyuges) como consecuencia de la venta de la vivienda familiar a la hija que convive con ellos.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 19 de julio de 2005.

