

# Revista de Derecho de familia

DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de  
Derecho  
de Familia

núm. 29

octubre-diciembre 2005

Director:

Antonio Javier  
Pérez Martín

## Sumario

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| Presentación                                  | 3   |
| Índice                                        | 5   |
| Estudios Doctrinales                          | 21  |
| Jurisprudencia                                | 81  |
| Resoluciones de la DGRN                       | 227 |
| Sección Práctica                              | 247 |
| Derecho Comparado                             | 261 |
| Tribuna Abierta                               | 275 |
| Publicaciones, Noticias y<br>Datos de interés | 395 |
| Avances Jurisprudenciales                     | 315 |

e d i t o r i a l

LEX NOVA

Revista de  
**Derecho  
de Familia**

© LEX NOVA 2005

**Edición**

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

**Diseño**

MAC-115

**ISSN**

1139-5168

**Depósito Legal**

VA. 803-1998

Printed in Spain  
Impreso en España

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

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

### ¿Qué hacemos con el legislador?

Si el legislador hubiese intuido los problemas que se están presentando y que se presentarán en materia de competencia entre los Juzgados Civiles y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer seguro que habría puesto más atención al redactar el texto de los artículos. Y si no los intuía debió estar más atento a las múltiples comparecencias que se hicieron ante las comisiones parlamentarias y que preveían lo que podía pasar.

Es cierto que, cuando surgen cuestiones interpretativas, serán los juzgados y tribunales los encargados de realizarla, pero eso genera trabajo, dilaciones indebidas y sobre todo una tremenda inseguridad jurídica para el justiciable.

Cuando se ha dictado una sentencia de separación, divorcio o nulidad por un juzgado de Violencia sobre la Mujer ¿Qué juzgado será competente para tramitar la liquidación del régimen económico matrimonial? Cada colectivo jurídico tiene una opinión. En el curso de formación celebrado en el mes de octubre de 2005 en Santander por los Jueces de Violencia sobre la Mujer se llegó a la siguiente conclusión: «Dicho procedimiento es un procedimiento declarativo que se sigue por los trámites del juicio verbal para determinar la formación del inventario si no existe acuerdo entre los cónyuges. Una vez firme la sentencia que fija la disolución del régimen económico ha de procederse a la liquidación en la que si tampoco hay acuerdo hay que celebrar un nuevo juicio verbal. Con ello se constata que estamos no ante una simple ejecución de la sentencia de separación o de divorcio que correspondería al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que ha dictado la misma, sino ante un nuevo procedimiento especial con sustantividad propia. En consecuencia, se considera que dicho procedimiento para ser competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer debería hallarse comprendido entre la relación del número 2 del artículo 87 ter de la LOPJ. Al no ser así, la voluntad del legislador expresada a través de una ley especial y posterior a la LEC ha querido que no sea de aplicación la norma general contenida en el artículo 807 de la LEC en estos casos de violencia de género. Por ello se concluye de manera unánime que dicho procedimiento especial no ha de ser competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer aunque haya sido éste el que ha dictado la sentencia de nulidad, separación o divorcio».

Por el contrario, en el Encuentro de Jueces de Familia, Fiscales, Abogados de Familia y Secretarios Judiciales celebrado en Madrid a finales de noviembre de 2005 se llegó a la conclusión de que, conforme a lo establecido en el artículo 807 de la LEC, el juzgado competente será, en todo caso, aquel que haya dictado la sentencia de separación, divorcio o nulidad, y por tanto, si la misma se dictó por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, éste será el competente para tramitar la liquidación, con independencia de que cuando se presente el escrito solicitando la formación de inventario se haya archivado la causa penal, se haya sobreesido, se haya dictado sentencia absolutoria o, si dictada sentencia condenatoria, se haya extinguido la responsabilidad penal.

¿Qué va a pasar? Pues que tras los correspondientes envíos de autos de un juzgado a otro, un órgano superior tendrá que resolver la cuestión. Pero ¿estamos ante un conflicto de jurisdicciones (realmente ambos juzgados pertenecen a distintos órganos jurisdiccionales) o ante una cuestión de competencia? Si optamos por la segunda tesis, parece que hasta ahora mayoritaria, la cuestión deberá resolverse, conforme indica el artículo 51 de la LOPJ, por el órgano jurisdiccional superior común a ambos juzgados. Si tenemos la suerte de que sea el Tribunal Supremo, posiblemente quede zanjada la cuestión, pero si es una Audiencia Provincial o un Tribunal Superior de Justicia, podemos encontrarnos, como ya estamos acostumbrados, con resoluciones contradictorias de tal manera que en un determinado territorio se entienda que la liquidación del régimen económico es competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, mientras que en otro, la competencia venga atribuida al Juzgado de Familia o de Primera Instancia. Pero claro, hasta que tengamos un criterio uniforme pasará bastante tiempo, tiempo durante el cual, en un tema tan importante como el régimen económico matrimonial y teniendo en cuenta la crisis de pareja, pueden desaparecer los bienes, generarse deudas..., que al final van en perjuicio de la propia mujer que sufrió un acto de violencia de género.

Qué fácil hubiese sido para el legislador cuando redactó el artículo 44 de la LO de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y adicionó el artículo 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducir el siguiente texto: «Si el Juzgado de Violencia sobre la Mujer dictó la resolución por la que quedó disuelto el régimen económico matrimonial será también competente para tramitar su liquidación», o si entendía que siempre sería competencia del Juzgado civil, debió modificar el artículo 807 de la LEC añadiendo un segundo párrafo con el siguiente tenor literal «Si del procedimiento que disolvió el régimen económico matrimonial conoció un Juzgado de Violencia sobre la Mujer la competencia para la tramitación del procedimiento de liquidación corresponderá, en todo caso, al Juzgado de Familia o de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. 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».

Y si dejamos el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial y nos trasladamos al procedimiento de modificación de medidas, a la ejecución de la sentencia, qué debe interpretarse cuando el legislador hace referencia en el artículo 49 bis.1) de la LEC al «inicio de la fase de juicio oral...» pronto se comprenderá que ésta no es forma de hacer una ley. Esperemos que el legislador tome nota para próximas reformas legislativas, aunque la verdad es que lo decimos con muy poca esperanza visto lo acontecido hasta el momento.

### ESTUDIOS DOCTRINALES

Derechos hereditarios del cónyuge y de los hijos: problemas prácticos sobre legítimas y otras cuestiones.

*Ángel Luis Rebolledo Varela*

**23**

El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental.

*José Manuel Aguilar Cuenca*

**71**

### JURISPRUDENCIA

#### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Anulación de la sentencia del Tribunal Supremo que estimó la demanda de reclamación de paternidad con base única y exclusivamente en la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad.

*Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 29/2005, de 14 de febrero*

**83**

Se declara vulnerado el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, al haberse estimado la oposición a la ejecución efectuada por el esposo frente a la demanda en la que la esposa reclamaba las pensiones compensatorias impagadas que se acordaron en la separación, en base a que en la sentencia de divorcio no se hizo pronunciamiento alguno respecto a la pensión compensatoria.

*Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 96/2005, de 18 de abril*

**93**

Nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial determinando el activo de la sociedad de gananciales al haberse constatado la existencia de un error en el saldo existente en una cuenta bancaria. La no interposición del incidente de nulidad de actuaciones ante la Audiencia Provincial no es causa para la no admisión del recurso de amparo.

*Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 114/2005, de 9 de mayo*

**100**

El plazo de caducidad establecido en el artículo 136 del CC para impugnar la paternidad matrimonial no comenzará a correr mientras que el marido ignore que no es el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil. Votos particulares.

*Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 138/2005, de 26 de mayo*

**103**

#### TRIBUNAL SUPREMO

#### FILIACIÓN

Tratándose de una filiación matrimonial determinada por el reconocimiento cabe una impugnación del título de determinación, por existencia de vicio en la formación o exteriorización de

la voluntad y una impugnación por causas distintas, entre ellas, la inexistencia de una realidad biológica. No obstante, no prosperan las acciones al no existir prueba indiciaria respecto a la impugnación de la paternidad, no siendo obstáculo para ello que la madre se negara a la práctica de la prueba biológica respecto al menor.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de julio de 2004*

**118**

Las partes de un litigio en que se ejerciten acciones de investigación de la paternidad tienen el deber de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas admitidas por el Tribunal competente, para no colocar a la otra en una situación de indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución Española, al impedirle justificar su pretensión mediante la utilización de un medio de prueba pertinente y admitido.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de julio de 2004*

**121**

La circunstancia de que el progenitor frente al que se reclama la filiación hubiese fallecido antes de la promulgación de la Constitución Española no es un obstáculo para que la hija pueda reclamar dicha filiación teniendo en cuenta la interpretación amplia que hay que hacer de la Disposición Transitoria Séptima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, según la cual «las acciones de filiación se regirán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente ley».

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2004*

**123**

Habiendo fallecido el demandado en el curso del procedimiento de reclamación de la filiación paterna extramatrimonial se declara la nulidad de lo actuado al no haberse dado traslado inmediato del procedimiento a los herederos del fallecido para que pudieran personarse en el mismo.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2004*

**125**

Si el demandado está debidamente representado en el proceso por el Procurador, es a través de éste la forma de requerir o citar a la parte personada para la práctica de la prueba biológica, sin que exista ninguna norma en que pueda apoyarse la viciosa práctica judicial de la notificación personal.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2004*

**128**

Si bien es cierto que la prueba testifical se practicó en la fase preliminar antes de admitir la demanda y como información testifical, –y lógicamente en dicha prueba no pudo intervenir el demandado–, es cierto, también, que éste pudo proponer la prueba testifical de dichos testigos si quería que dicha prueba fuera sometida a contradicción.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2004*

**130**

No es posible admitir que vuelva a reclamarse la filiación del mismo hijo contra el mismo demandado, pretensión que fue desestimada en juicio anterior, cuya resolución es firme, valiéndose del artificio de que la madre del menor que en el primer juicio había actuado en nombre propio comparezca ahora como representante legal de su hijo que es el verdadero interesado en ambos pleitos y a quien, a efectos de lo prevenido en el artículo 1252 del CC ha de tenerse como real litigante en uno y otro.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de julio de 2004*

**132**

Apreciación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse dirigido la demanda contra el hijo frente al que se reclama la filiación paterna extramatrimonial.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de julio de 2004*

**134**

Ejercitada la acción del artículo 141 del CC se desestima al carecer de base pues el titular de la paternidad no sufrió error, ni violencia, ni intimidación, y además la misma ha sido esgrimida habiendo transcurrido el año de caducidad que determina dicho artículo.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de julio de 2004*

**136**

Estimación de la acción de impugnación de la paternidad obtenida por un reconocimiento de complacencia ya que en materia de estado civil ha de prevalecer la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de julio de 2004*

**137**

Teniendo en cuenta que el reconocimiento de complacencia se efectuó el 18 de mayo de 1993, el subsiguiente matrimonio se celebró el 23 de abril de 1994 y que la demanda de impugnación de filiación se planteó el 24 de febrero de 1997 es evidente que ha transcurrido con demasía el plazo de caducidad de la acción de un año.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de julio de 2004*

**140**

Desestimación de la demanda interpuesta por un hijo mayor de edad impugnando la paternidad matrimonial y reclamando la extramatrimonial de persona fallecida hace más de cuarenta años, habiendo fallecido también la madre, al no practicarse la prueba biológica y no poder acreditarse la autenticidad de las cartas de la madre diciendo quién era el verdadero padre.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de julio de 2004*

**141**

Reclamada la filiación paterna extramatrimonial no existe incongruencia en la sentencia que fija un régimen de visitas aun cuando no se solicitase expresamente en la demanda.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de julio de 2004*

**144**

## MATRIMONIO

Al quedar acreditado que el demandante en el momento de contraer matrimonio se hallaba aquejado por enfermedad –depresión mayor– apta para producir su falta de capacidad, y en plena crisis de tal enfermedad, hay que concluir con que el mismo prestó su consentimiento teniendo gravemente afectada su inteligencia y voluntad como consecuencia de su enfermedad y no podía por ello conocer y querer el acto que estaba realizando, pues en tal momento sobrepasaba su capacidad, por lo que procede declarar la nulidad matrimonial.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 2004*

**146**

## PATRIA POTESTAD

El artículo III.2 del CC excluye de la patria potestad al 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.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2004*

**148**

No procede privar al padre de la patria potestad aun cuando no ha existido relación paterno-filial durante mucho tiempo al valorar el tribunal el significado obstaculizador atribuido a las

diferencias evidentes entre los progenitores; el demostrado cambio de actitud del demandante en relación con su hijo, consecuencia de su maduración como hombre, y su predisposición volitiva y emocional a mantener una relación estable con él.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de julio de 2004*

**150**

## GUARDA Y CUSTODIA

Atribución de la guarda y custodia a la madre al no haberse acreditado que la misma, bien por llevar una vida desordenada, bien por motivos de salud o de otro orden, no esté capacitada para asumir las responsabilidades que comporta la atribución de la guarda y custodia de los hijos, máxime cuando el padre, por su trabajo, se ve obligado a viajar, viajes que suelen ser de una o dos semanas aproximadamente.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de julio de 2004*

**154**

## VIVIENDA FAMILIAR

No existe incongruencia en la sentencia que atribuye el uso de la vivienda familiar (propiedad del padre del conviviente) a la conviviente y al hijo común aun cuando ninguno de ellos solicitase dicha medida, ya que aquélla se limitó en su demanda a solicitar la adquisición de una vivienda en la misma zona y de análogas características a las que la pareja ha estado ocupando hasta ahora.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2004*

**155**

## MENORES

La alegación de que la vivienda inhabitable en la que reside la familia va a ser demolida con la consiguiente opción a una vivienda nueva de protección oficial y que los padres no han tenido oportunidad para ejercer la patria potestad que se les priva no son suficientes para modificar la declaración de desamparo, máxime cuando otros cuatro hijos ya se encuentran también en situación de desamparo.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de julio de 2004*

**158**

Inexistencia de culpa exclusiva de la víctima en el fallecimiento de un menor a consecuencia de caerle encima una portería de balonmano.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2004*

**160**

## SOCIEDAD DE GANANCIALES

No existe ninguna incongruencia *extra petita* porque en la sentencia que pone fin a la liquidación de la sociedad de gananciales se acuerde que si en un determinado plazo la esposa no abona al marido el importe del 50% de los bienes, se proceda a la venta en pública subasta de los mismos, ya que hay que tener en cuenta que los bienes por sus características son indivisibles.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2004*

**162**

## CUESTIONES PROCESALES

Inadmisión del recurso de casación interpuesto por interés casacional contra una sentencia de separación en la que se establecía una pensión compensatoria al considerarse defectuosa la preparación ya que para acreditar la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales se exige citar dos sentencias de una misma Audiencia o Sección con doctrina contraria a la contenida en otras dos sentencias de diferente tribunal.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 20 de julio de 2004*

**165**

Nulidad de actuaciones de la subasta y consiguiente adjudicación a un tercero de un inmueble de carácter ganancial cuya vía de apremio se siguió sin haber notificado a la esposa –que no fue demandada– la existencia del procedimiento.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2004*

**169**

## INCAPACIDAD

Restricción de la legitimación activa para promover la declaración de incapacidad única y exclusivamente a las personas expresamente determinadas por la Ley, careciendo por tanto de legitimación una sobrina carnal de las presuntas incapaces.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2004*

**170**

Declaración de la incapacidad al constatarse el defecto físico consecuencia de una enfermedad que, no obstante conservar intactas sus facultades intelectivas, tanto cognitivas como volitivas, le impide comunicarse de forma libre y espontánea con el medio exterior. Además el precario medio de comunicación que utiliza puede resultar suficiente para su relación con las personas de su entorno encargadas de su cuidado, pero no es bastante para una comunicación normal con el medio exterior que le habilite para regir su persona y bienes.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 2004*

**173**

## SUCESIONES

A pesar de que los herederos conocían la existencia de una hija extramatrimonial del padre, no procede la nulidad ni la rescisión de la herencia habida cuenta de que la filiación paterna extramatrimonial se hizo con posterioridad a la partición. A dicha hija le corresponde únicamente una parte del tercio de legítima.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de julio de 2004*

**176**

Ningún coheredero puede imponer judicialmente al otro una partición que haya hecho unilateralmente, basándose en que la misma cumple la voluntad del testador.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de julio de 2004*

**181**

Nulidad de la donación efectuada por los padres a favor del hijo y de la esposa que se contenía en un convenio regulador, toda vez que a la fecha en que se hizo la donación, si bien no había vencido la póliza de crédito ya tenía un saldo negativo importante, produciéndose una masiva devolución de efectos.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2004*

**183**

## PENAL

Absolución del padre del delito de abusos sexuales sobre su hijo de matrimonio separado, dándose la circunstancia de que el régimen de visitas transcurrió con normalidad durante casi cuatro años, y tras solicitar el acusado el divorcio, se produce la denuncia por parte de la madre. Las pruebas psicológicas no sólo no son concluyentes sino que abren espacios de duda.

*Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 16 de julio de 2004*

**185**

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

### SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

No procede la aplicación del derecho español, ni siquiera de forma subsidiaria, a la separación personal de dos litigantes extranjeros, correspondiéndoles a éstos la alegación y prueba del derecho senegalés.

*AP Castellón, Sec. 2.ª, Sentencia de 7 de abril de 2005*

**189**

## PATRIA POTESTAD

Es ajustada la decisión de privar al padre de la patria potestad al constatare indicios de riesgo de abuso sexual por parte de aquél.

*AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 5 de abril de 2005*

**190**

Procede privar al padre de la patria potestad de su hija puesto que ha hecho dejación de sus obligaciones como padre al incumplir las medidas que se fijaron judicialmente.

*AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de abril de 2005*

**191**

## GUARDA Y CUSTODIA

Atribución de la guarda y custodia al padre que es quien, desde que la madre abandonó la vivienda familiar, se ha ocupado de los hijos, sin que se haya acreditado que aquel abandono se debió a la existencia de malos tratos.

*AP Granada, Sec. 3.ª, Sentencia de 5 de abril de 2005*

**192**

No resulta aconsejable modificar el régimen de guarda y custodia atribuido al padre, puesto que fue la propia madre la que le cedió a aquél su desempeño, siendo indiferente que la madre haya estabilizado su vida y tenga nueva descendencia, ya que el menor está bien atendido por el padre.

*AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 7 de abril de 2005*

**193**

Procede atribuir la guarda y custodia del hijo menor a la madre, mientras que la del otro se atribuye al padre, ya que ésta es la situación existente en la actualidad.

*AP Ávila, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de abril de 2005*

**195**

No ha lugar a la modificación del régimen de guarda y custodia, dadas las nulas capacidades del padre para atender a la menor (carece de autonomía personal y necesita el apoyo de su familia), lo que no impide que la madre tenga que facilitar e impulsar las relaciones de la niña con su padre que hasta ahora ha obstaculizado de manera sistemática.

*AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de abril de 2005*

**196**

No ha lugar a modificar el régimen de guarda y custodia puesto que no consta que el hecho de que el hijo permanezca en la guardería hasta las 14,30 horas y que incluso coma en ella, sea perjudicial para su formación.

*AP Lugo, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de abril de 2005*

**198**

## RÉGIMEN DE VISITAS

No procede establecer régimen de visitas alguno dado que consta en el informe del SATAV que los menores se encontraban muy atemorizados, negándose a ver al padre y más ante el hecho de tener que verse solos con él.

*AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 5 de abril de 2005*

**198**

Se mantiene el régimen de visitas si bien se deja a la decisión del hijo el pernoctar o no con su padre, ya que el padre convive actualmente con una nueva pareja con hijos y el menor tiene problemas de incontinencia urinaria.

*AP Jaén, Sec. 3.ª, Auto de 5 de abril de 2005*

**199**

Las relaciones entre abuelos y nietos no pueden tener la misma extensión que las paterno-filiales.

*AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 14 de abril de 2005*

**199**

Considerando la situación actual de la menor que este año se encuentra en Inglaterra conviviendo con su padre y realizando el curso académico en ese país, su edad (casi 16 años) y las diferencias y enfrentamientos con su madre, no parece oportuno imponer un determinado régimen de visitas ya que supondría mayores perjuicios para la relación materno-filial.

*AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 18 de abril de 2005*

**200**

Aplicación del Convenio de La Haya de 1980 para la fijación de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, acordándose que las visitas se lleven a cabo siempre en España durante el período vacacional sin pernocta, dada la tensión emocional del menor.

*AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 25 de abril de 2005*

**201**

No procede que un tercero pueda recoger al menor, pues dada la edad del mismo y la situación de falta de convivencia entre los progenitores, que conlleva el desconocimiento de la familia extensa, debe ser el padre el que personalmente lo recoja y lo entregue.

*AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de abril de 2005*

**202**

Teniendo en cuenta que los padres de la progenitora custodia tienen su domicilio en Gijón, donde reside el progenitor no custodio, se fija un régimen de recogida y entrega, una semana en Lugo (donde residen la madre y el menor) y otra semana en Gijón.

*AP Lugo, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de abril de 2005*

**203**

## VIVIENDA FAMILIAR

La atribución del uso del ajuar doméstico no va condicionado a que el mismo se utilice obligatoriamente en el domicilio familiar, pudiendo trasladarse al domicilio donde habiten los hijos.

*AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de abril de 2005*

**204**

La demandada no ostenta un interés más necesitado de protección para prorrogar indefinidamente la utilización de la vivienda conyugal, sobre todo cuando la persona con la que convive es propietaria de una vivienda en la que pueden residir junto con los dos hijos nacidos de esta unión. Por ello, el uso se le otorga exclusivamente por dos años.

*AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 13 de abril de 2005*

**205**

Procede la atribución de la vivienda familiar a la esposa y a la hija común hasta que alcance la edad de 24 años, y posteriormente hasta que se liquide la sociedad de gananciales, se atribuirá alternativamente a los esposos.

*AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 14 de abril de 2005*

**205**

Procede fijar un límite temporal de un año a la atribución del uso de la vivienda familiar aunque se hayan acreditado problemas de salud en el cónyuge al que se le atribuye como consecuencia del consumo de alcohol que le lleva incluso a la constante pérdida de trabajos.

*AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 15 de abril de 2005*

**206**

Teniendo en cuenta que la vivienda familiar pertenece a los padres del esposo, se considera adecuado, a fin de evitar futuros procedimientos, no atribuir el uso de la vivienda a la esposa y en cambio elevar la cuantía de la pensión compensatoria.

*AP Lugo, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de abril de 2005*

**207**

El hecho de que una hija de 28 años de edad conviva con sus padres no se considera motivo suficiente para otorgar el uso exclusivo a la madre, y su enfermedad, al padecer un trastorno bipolar que ha precisado de asistencia médica en tres ocasiones, no consta que alcance un grado relevante de gravedad suficiente para constituirlo en el interés más digno de protección.

*AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 21 de abril de 2005*

**207**

Procede atribuir el uso de la vivienda a la esposa y a sus hijos pues se considera que por su ubicación, cerca de los colegios, es la idónea para que sea el domicilio familiar, sin que sea obstáculo que la misma aun no haya sido ocupada por la familia al no estar terminada su construcción, pero debe tenerse en cuenta que esta vivienda estaba llamada a ser el nuevo domicilio de la familia desde que hace 8 años se inició su construcción.

*AP Jaén, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de abril de 2005*

**208**

## PENSIÓN ALIMENTICIA

Es adecuada la reducción del importe en la pensión de alimentos llevada a cabo por el Juzgador de instancia, porque no puede sacrificarse en grado sumo al progenitor no custodio y obligado al pago de la pensión a fin de evitar una situación de precariedad en el mismo.

*AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de abril de 2005*

**209**

No procede extinguir la pensión de alimentos a favor de la hija por el hecho de que haya cumplido la mayoría de edad y de que haya terminado sus estudios, dado que aún es dependiente al no haber obtenido trabajo remunerado.

*AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 8 de abril de 2005*

**210**

Teniendo en cuenta que el padre es socio de una empresa familiar, se presume que percibe más ingresos que los provenientes de la pensión de invalidez no contributiva.

*AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de abril de 2005*

**210**

No puede reducirse la pensión de alimentos fijada en 300 euros mensuales en atención a los supuestos gastos que tiene el progenitor no custodio en los desplazamientos para cumplir el régimen de visitas, puesto que éste percibe unos ingresos mensuales de 2.029,27 euros.

*AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de abril de 2005*

**211**

No procede fijar contribución a las cargas del matrimonio como medida definitiva de la separación ya que es un pronunciamiento incluíble dentro de las medidas provisionales.

*AP Málaga, Sec. 4.ª, Sentencia de 19 de abril de 2005*

**212**

Es procedente la reducción de la cuantía de la pensión de alimentos de forma proporcional a la reducción de los ingresos del progenitor no custodio.

*AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de abril de 2005*

**213**

## PENSIÓN COMPENSATORIA

No puede extinguirse la pensión compensatoria por el hecho de que se haya liquidado la sociedad de gananciales, ya que ello no supone ningún cambio de circunstancias.

*AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 8 de abril de 2005*

**214**

No ha lugar a fijar pensión compensatoria a favor de la esposa puesto que no consta el necesario desequilibrio económico, dada la corta duración del matrimonio -5 años-, a que ambos son jóvenes y que tienen titulación académica superior: él arquitecto, ella farmacéutica, y ambos trabajan en empleos que les proporcionan ingresos medios o altos.

*AP Cantabria, Sec. 3.ª, Sentencia de 13 de abril de 2005*

**215**

Procede extinguir la pensión compensatoria fijada en su día, dado que la esposa ha terminado los estudios de licenciatura y realiza trabajos de investigación por los que recibe una beca superior a 600 euros, por lo que no puede calificarse de trabajo esporádico.

*AP Granada, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de abril de 2005*

**216**

No procede suprimir la pensión compensatoria puesto que la percepción por desempleo que obtiene la esposa no justifica tal medida, máxime cuando el demandante ahora se va a ahorrar el importe del alquiler al recuperar la que fuera vivienda familiar.

*AP Las Palmas, Sec. 5.ª, Sentencia de 19 de abril de 2005*

**217**

Dado el carácter potestativo de la pensión compensatoria, ésta no puede fijarse cuando previamente la esposa ha renunciado de forma expresa a la misma, careciendo de virtualidad los padecimientos de salud que alega ahora la esposa.

*AP Granada, Sec. 3.ª, Sentencia de 26 de abril de 2005*

**217**

La temporalidad de la pensión compensatoria debe ser pedida por las partes.

*AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de abril de 2005*

**218**

No procede pensión compensatoria cuando la solicitante renunció expresamente a la misma en el acto de la vista de la separación.

*AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de abril de 2005*

**219**

## CONVENIO REGULADOR

Al ser ambos hijos mayores de edad, aunque tengan unas minusvalías del 70 y 75%, no cabe fijar nada respecto de los mismos en el convenio regulador de la separación, sin perjuicio de lo que se acuerde en el procedimiento de incapacitación.

*AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 8 de abril de 2005*

**219**

## CUESTIONES PROCESALES

Es ajustada la imposición de las costas al actor cuando ha visto desestimadas todas sus pretensiones, considerando que el artículo 394 de la LEC resulta de aplicación a todos los procesos declarativos.

*AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 8 de abril de 2005*

**220**

La ausencia de intervención del Ministerio Fiscal en el acto de juicio no es motivo de nulidad de actuaciones cuando en el momento de celebrarse el mismo ninguna de las partes puso objeción a la prosecución del juicio.

*AP Córdoba, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de abril de 2005*

**221**

## EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Nulidad de actuaciones en fase de ejecución de sentencia al haberse acordado la ampliación de la ejecución sin admitir al ejecutado la posibilidad de oponerse a la misma de forma análoga a la que procede respecto a la demanda principal, siendo intrascendente que se hubiese concedido al ejecutado la posibilidad de interponer recurso de reposición o apelación contra la resolución que acordaba la ampliación.

*AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 12 de abril de 2005*

**221**

Si un juzgado deja sin efecto las medidas que se acordaron en la sentencia de separación dictada por otro juzgado, tiene competencia para librar un oficio suprimiendo la retención en la nómina que se acordó en su día por el otro juzgado para el pago de una pensión.

*AP Cádiz, Sec. 6.ª, Auto de 21 de abril de 2005*

**222**

## REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Procede incluir en el inventario el inmueble, sin perjuicio de que al valorarse se tengan en consideración las posibilidades de desarrollo urbanístico que tiene, habida cuenta de que está afectado a una Junta de Compensación.

*AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de abril de 2005*

**223**

Procede incluir en el activo de la sociedad el valor de adquisición del vehículo dado que no se ha acreditado que se abonara con dinero privativo. Carece de respaldo probatorio la alegación de que su padre le prestó el dinero para adquirir el vehículo, y que no pudiendo devolverle el préstamo optó por ponerlo a su nombre tras la separación.

*AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de abril de 2005*

**223**

Procede incluir en el activo del inventario los saldos bancarios existentes a la fecha de la adopción de las medidas al presumirse que los mismos tenían carácter ganancial.

*AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de abril de 2005*

**224**

## PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No habiendo sido privado de la patria potestad el padre del menor, no procede constituir la tutela a favor de un tío materno del mismo por más que éste sea el que, durante la enfermedad de la madre, se haya ocupado del menor, no siendo obstáculo para dicha conclusión que el padre llegase en su día a impugnar la paternidad.

*AP Lleida, Sec. 1.ª, Auto de 22 de abril de 2005*

**224**

La medida más adecuada para la protección del menor corresponde adoptarla en todo caso a la entidad pública, pudiendo impugnarla ante la autoridad judicial. La intervención judicial es meramente revisora, no siendo por tanto procedente que, tras decretarse el acogimiento, sea el SATAV quien se ocupe del seguimiento de los menores.

*AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de abril de 2005*

**225**

## UNIONES DE HECHO

No procede fijar pensión compensatoria dado que no consta la existencia de una relación *more uxorio* ni el desequilibrio económico.

*AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de abril de 2005*

**226**

## CUESTIONES PENALES

Procede la condena por un delito de maltrato familiar del artículo 153 del CP dado que la sola declaración de la víctima, concurriendo ciertos requisitos, puede enervar la presunción de inocencia.

*AP Cantabria, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de abril de 2005*

**226**

## RESOLUCIONES DE LA DGRN

### NOMBRE Y APELLIDOS

Dado que no consta el consentimiento inicial de los hijos mayores de edad y que su solicitud manifestando la conformidad con el cambio de apellidos ha tenido lugar por comparecencia efectuada el 15 de marzo de 2004, es evidente que ha transcurrido en exceso el plazo reglamentario señalado de dos meses y que no es posible inscribir un cambio de apellidos de los hijos que no ha llegado a producirse.

*Resolución de 5 de julio de 2005*

**229**

Denegación del cambio de apellidos de una menor con base en que el padre ha hecho dejación absoluta de las obligaciones respecto a la hija común.

*Resolución de 29 de junio de 2005*

**231**

Autorización para el cambio de nombre de una menor adoptada en el sentido de que a partir de ahora será Estrella (el impuesto registralmente) Xiaojie (el utilizado antes de constituirse la adopción).

*Resolución de 24 de junio de 2005*

**232**

## MENORES

Es inscribible el reconocimiento de un menor otorgado en forma y con todos sus requisitos, sin que importe la sola sospecha o duda de que el reconocimiento no se ajusta a la veracidad biológica.

*Resolución de 27 de abril de 2005*

**233**

Denegación de la inscripción de una adopción simple constituida según las leyes argentinas ya que sus efectos no corresponden a la adopción regulada por los artículos 175 y siguientes del Código Civil.

*Resolución de 4 de julio de 2005*

**235**

## MATRIMONIO

Autorización para contraer matrimonio al haberse acreditado que la contrayente es una persona con una capacidad intelectual dentro de la normalidad que le permite mantener una vida de relación personal y social con su entorno y que, a pesar de los trastornos de personalidad que se le observan, tales limitaciones no le impiden conocer las responsabilidades que conlleva una relación afectiva, pudiendo discernir correctamente las implicaciones que supone una relación matrimonial y todas sus consecuencias.

*Resolución de 30 de junio de 2005*

**237**

## VIVIENDA FAMILIAR

Perteneciendo la vivienda familiar en pro indiviso al esposo y a terceras personas, y estando gravada la parte del esposo con un usufructo, procede la inscripción del uso que se ha atribuido a la esposa en la sentencia de separación exclusivamente respecto a la parte indivisa perteneciente a aquél, si bien, tendrá preferencia el usufructo anterior hasta tanto se extinga.

*Resolución de 28 de mayo de 2005*

**239**

## REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Procedencia de la inscripción de la sentencia de separación y del convenio regulador en el que los cónyuges dan carácter privativo a un bien, sin que sea obstáculo que dicho bien conste inscrito como ganancial en el Registro de la Propiedad por compra onerosa constante el matrimonio.

*Resolución de 27 de junio de 2005*

**241**

Admisibilidad de la inscripción marginal del auto de medidas provisionales en el que se acordaba que en lo sucesivo el régimen del matrimonio sería el de separación de bienes.

*Resolución de 12 de mayo de 2005*

**243**

Denegación de la inscripción del mandamiento de embargo sobre la parte que le corresponda al ejecutado respecto a un bien de carácter ganancial, habida cuenta de que no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran.

*Resolución de 5 de mayo de 2005*

**245**

## SECCIÓN PRÁCTICA

Trámites a seguir cuando existe discrepancia entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad

**249**

Casos prácticos

**251**

# DERECHO COMPARADO

|                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| El divorcio en Japón.<br><i>Francisco Javier Pastor Vita</i> | 263 |
|--------------------------------------------------------------|-----|

# TRIBUNA ABIERTA

|                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| La condena en costas en los procesos matrimoniales contenciosos.<br><i>Antonio Alberto Pérez Ureña</i>                                         | 277 |
| Soluciones judiciales frente al arrepentimiento o retractación de las víctimas de violencia doméstica.<br><i>Francisco Jesús Sánchez Parra</i> | 291 |

# PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| Publicaciones, noticias y datos de interés | 297 |
|--------------------------------------------|-----|

# AVANCES JURISPRUDENCIALES

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| Matrimonio                     | 317 |
| Separación, divorcio y nulidad | 317 |
| Patria potestad                | 317 |
| Guarda y custodia              | 318 |
| Régimen de visitas             | 318 |
| Vivienda familiar              | 319 |
| Pensión alimenticia            | 320 |
| Pensión compensatoria          | 320 |

## ÍNDICE

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| Convenio regulador                | 321 |
| Cuestiones procesales             | 321 |
| Ejecución de sentencia            | 322 |
| Regímenes económico-matrimoniales | 322 |
| Procedimientos de menores         | 324 |
| Filiación                         | 324 |
| Uniones de hecho                  | 325 |
| Cuestiones penales                | 326 |
| Sucesiones                        | 326 |
| Otras cuestiones                  | 327 |



# Revista de **Derecho de** **familia**

---

**ESTUDIOS DOCTRINALES**

---



# DERECHOS HEREDITARIOS DEL CÓNYUGE Y DE LOS HIJOS: PROBLEMAS PRÁCTICOS SOBRE LEGÍTIMAS Y OTRAS CUESTIONES\*

ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela

## Sumario

### I. LEGISLACIÓN APLICABLE: NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL E INTERREGIONAL PRIVADO

- I.1. Importancia de su determinación
- I.2. Diversidad de regímenes jurídicos dentro de España
- I.3. Legislación aplicable
- I.4. La vecindad civil como primer criterio determinante de la legislación aplicable
- I.5. Adquisición y modificación de la vecindad civil
- I.6. Efectos de la modificación de la vecindad civil
- I.7. Modificación de la vecindad civil y fraude a las legítimas

### II. LEGÍTIMA: CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS

- II.1. Concepto
- II.2. La legítima como límite a la facultad de disposición a título gratuito
- II.3. La legítima como derecho individual de cada legitimario
- II.4. La legítima como *pars bonorum*
- II.5. La legítima como derecho en la herencia de cada causante
- II.6. La legítima como derecho irrenunciable antes de su delación
- II.7. El legitimario no tiene que ser necesariamente heredero forzoso

### III. LOS SUJETOS LEGITIMARIOS: DETERMINACIÓN

### IV. LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES

- IV.1. Cuantía
- IV.2. Determinación de los legitimarios

\* El presente estudio ha sido realizado dentro del proyecto de investigación «La transformación social de la familia: una revolución en el sistema sucesorio» (PGIDIT05CSO20204PR), financiado por la Consellería de Innovación, Industria e Comercio de la Xunta de Galicia dentro del Programa Sectorial de Ciencias Sociales del Plan Gallego del IDTI de 2005, y del que el autor es investigador principal.

IV.3. Filiación adoptiva

IV.4. Distribución de la legítima en dos tercios

IV.5. Derecho individual a la percepción de la legítima

IV.6. Los descendientes como legitimarios en defecto de hijos

IV.7. Renuncia a la legítima mediante la repudiación

## V. LA MEJORA: CONCEPTO Y SUJETOS

V.1. Concepto

V.2. Voluntariedad de la mejora salvo promesa de mejorar o no mejorar

V.3. Características

V.4. Sujetos

## VI. CLASES Y FORMAS DE MEJORA

VI.1. Mejora expresa

VI.2. Mejora tácita

VI.3. Mejora realizada en testamento

VI.4. Mejora hecha por donación *inter vivos* con tal carácter

VI.5. Mejora hecha en capitulaciones matrimoniales

VI.6. Mejora hecha en contrato oneroso con tercero

VI.7. Mejora de cuota o cantidad

VI.8. Mejora de cosa cierta o determinada

## VII. EXTINCIÓN DE LA MEJORA

VII.1. Revocación del testamento en que se recogía

VII.2. Revocación del carácter de mejora de la donación

VII.3. Supuestos de no revocabilidad

VII.4. Renuncia a la mejora y renuncia a la herencia pero no a la mejora

## VIII. DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE MEJORAR

VIII.1. Concepto

VIII.2. Quién puede mejorar y quién puede ser mejorado

VIII.3. En qué pueden ser mejorados

VIII.4. Límites al ejercicio de la facultad de mejorar

VIII.5. Forma y plazo de ejercicio de la facultad de mejorar

VIII.6. Extinción de la facultad de mejorar

VIII.7. Efectos de la delegación de la facultad en relación con descendientes no comunes

## IX. LEGÍTIMA DE LOS ASCENDIENTES

IX.1. Supuestos en que son legitimarios

IX.2. Cuantía de la cuota legitimaria

IX.3. Inexistencia del derecho de legítima

IX.4. Distribución de la legítima entre los ascendientes

## X. LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO

### X.1. Concepto

### X.2. Presupuesto para la existencia de la legítima

### X.3. Cuantía de la legítima

### X.4. Conmutación del usufructo

- A) Posibilidad de conmutación por los herederos. B) Regla general.  
C) Necesidad de acuerdo de los herederos para la conmutación. D) Forma de conmutación. E) Conmutación a instancia del cónyuge.

### X.5. Extinción del usufructo

## XI. EL USUFRUCTO UNIVERSAL DEL CÓNYUGE VIUDO

### XI.1. La realidad práctica del usufructo universal a favor del cónyuge viudo

### XI.2. El usufructo universal del cónyuge viudo en el CC

## XII. CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA

### XII.1. Norma general

### XII.2. Composición del *relictum*

### XII.3. Composición y valoración del *donatum*

## XIII. LA COLACIÓN: ÁMBITO Y SIGNIFICADO

### XIII.1. Significado de la colación

### XIII.2. Clases de colación

### XIII.3. Colación entre herederos forzosos

### XIII.4. Fundamento

## XIV. SUJETOS DE LA COLACIÓN

### XIV.1. Los herederos forzosos

### XIV.2. Legatarios y cónyuge viudo

### XIV.3. Herederos legitimarios por derecho de representación

### XIV.4. Donaciones realizadas a los nietos

### XIV.5. Donaciones realizadas al consorte del hijo

### XIV.6. Donaciones realizadas por ambos cónyuges

## XV. BIENES COLACIONABLES Y NO COLACIONABLES

### XV.1. Bienes colacionables

### XV.2. Bienes no colacionables

### XV.3. Bienes colacionables si lo dispone el causante o perjudican las legítimas

### XV.4. Supuesto dudoso

## XVI. FORMA DE REALIZARSE LA COLACIÓN Y EFECTOS

### XVI.1. Regla general

### XVI.2. Valoración de las donaciones

### XVI.3. Riesgos

XVI.4. Régimen de los frutos e intereses

XVI.5. Efectos de la colación

XVI.6. Contienda entre los coherederos sobre la colación

## **XVII. IMPUTACIÓN DE DONACIONES Y LEGADOS**

XVII.1. Concepto de imputación

XVII.2. Donaciones

XVII.3. Atribuciones hechas en testamento

XVII.4. Reducciones de donaciones y legados

## **XVIII. TÍTULOS HÁBILES PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA**

XVIII.1. Regla general

XVIII.2. Atribución de la legítima por el testador

XVIII.3. Atribución por donación

## **XIX. EXCEPCIONES A LA LEGÍTIMA COMO *PARS BONORUM*: SUPUESTOS DE PAGO EN METÁLICO**

XIX.1. Partición por el testador con pago en metálico de la legítima

XIX.2. Mejora en cosa determinada

XIX.3. Supuestos generales de pago en metálico de la legítima

A) Supuestos. B) Opción del heredero obligado al pago en metálico.

C) Aprobación de la partición o pago. D) Cálculo de la suma a abonar.

E) Tiempo y forma de pago de la legítima. F) Garantías del pago.

## **XX. PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA: INTAGIBILIDAD CUANTITATIVA Y CUALITATIVA**

### **XXI. INDISPONIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA FUTURA**

### **XXII. INTANGIBILIDAD CUALITATIVA Y PROHIBICIÓN DE GRAVÁMENES**

XXII.1. Regla general

XXII.2. Excepciones legales sobre el tercio de mejora

XXII.3. Excepciones legales sobre el tercio de legítima estricta

XXII.4. Vulneración cualitativa

### **XXIII. INTANGIBILIDAD CUANTITATIVA**

### **XXIV. ACCIÓN DE SUPLEMENTO**

XXIV.1. Supuestos

XXIV.2. Características

XXIV.3. Tiempo de ejercicio y prescripción

### **XXV. ACCIÓN DE REDUCCIÓN DE DONACIONES Y LEGADOS**

XXV.1. Consecuencias de la vulneración de la legítima

XXV.2. Vulneración de legítimas y fraude

XXV.3. Legitimación activa

**XXV.4. Reducción de las donaciones**

- A) Tiempo de ejercicio de la acción de reducción. B) Reducción de legados antes que las donaciones. C) Forma de realizarse la reducción de donaciones. D) Plazo de ejercicio de la acción.

**XXV.5. Reducción de los legados**

- A) Orden de reducción. B) Forma de reducción.

**XXVI. PRETERICIÓN**

**XXVI.1. Requisitos previos**

**XXVI.2. Concepto y supuestos de preterición**

**XXVI.3. Distinción entre la preterición intencional y errónea o no intencional**

- A) Concepto. B) Prueba del carácter de la preterición. C) Problemas de calificación de la preterición en el supuesto de hijos. D) Efectos de la preterición intencional. E) Efectos de la preterición no intencional del cónyuge y ascendientes. F) Efectos de la preterición no intencional de los hijos y descendientes. G) Derecho de representación del descendiente no preterido. H) Plazo para el ejercicio de la acción de preterición.

**XXVII. DESHEREDACIÓN**

**XXVII.1. Concepto**

**XXVII.2. Distinción entre indignidad para suceder (artículo 756 CC) y desheredación**

**XXVII.3. Requisitos de forma y causas de desheredación**

**XXVII.4. Negación y prueba de la causa**

**XXVII.5. Efectos de la desheredación justa**

**XXVII.6. Efectos de la desheredación injusta**

**XXVII.7. Plazo de ejercicio de la acción contra la desheredación injusta**

**XXVII.8. La reconciliación y sus efectos**

**I. LEGISLACIÓN APLICABLE: NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL E INTERREGIONAL PRIVADO**

**I.1. Importancia de su determinación**

Cuando surge un problema o conflicto que haya de resolverse en los Tribunales de nuestro país por aplicación de normas sucesorias, en concreto la delimitación de los derechos hereditarios del cónyuge viudo o de los hijos o descendientes del fallecido, ha de tenerse en cuenta que, sin perjuicio de la competencia atribuida a los Tribunales españoles del orden civil por los artículos 21 y 23 LOPJ para conocer de materia de sucesiones cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España, no siempre ha de buscarse la solución en el sistema legitimario establecido en el Código Civil.

De entrada, puede tratarse de un causante que no ostente la nacionalidad española, en cuyo caso los derechos hereditarios de los hijos y descendientes, aunque éstos sí ostenten la nacionalidad española, estarán determinados por la legislación propia sustantiva correspondiente a la nacionalidad del fallecido, mientras que los del cónyuge viudo estarán señalados por la ley que regule los efectos del matrimonio. Así lo establece el artículo 9.1 CC al decir que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad y que dicha ley regirá la sucesión por causa de muerte; y más específicamente el artículo 9.8 CC, cuando recoge que la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren, mientras que los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre la legítima de los descendientes que, en todo caso, se regirán y deberán ser respetadas conforme a la ley nacional del causante.

Ahora bien, no hay que olvidar que es insuficiente que el causante no tenga nacionalidad española para que, sin más, sea inaplicable el sistema legitimario del Código Civil. Por una parte, no faltan resoluciones judiciales, como la STS de 23 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8280), que consideran que la remisión del artículo 9.8 CC a la ley nacional del causante no comprende el sistema legitimario que, de acuerdo con el artículo 13.3 CC, habría que considerar de orden público, por lo que la regulación del Código Civil resultaría siempre aplicable; argumento que, sin embargo, hoy carece de la fuerza jurídica de antaño a la vista del claro retroceso del sistema legitimario en todas las legislaciones civiles autonómicas, lo que hace técnicamente imposible mantener que la legítima es una institución de orden público dentro del Derecho español. Por otra parte, la necesidad de probar el Derecho extranjero en cuanto a su contenido y vigencia que impone el artículo 281.2 LEC, dado que los Tribunales españoles no pueden aplicar de oficio una ley extranjera no alegada por las partes<sup>1</sup> lleva a la consecuencia de que en muchas ocasiones acaba aplicándose el Derecho español para resolver los litigios que se sustentan ante los tribunales [SSTS de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10439), 11 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3759)]<sup>2</sup>.

## I.2. Diversidad de regímenes jurídicos dentro de España

La consideración de la diversidad legislativa en el ámbito internacional no es lo único relevante a la hora de terminar la legislación aplicable a la sucesión por causa de muerte. También la diversidad legislativa existente en España a través de los Derechos civiles autonómicos exige tener en cuenta sus respectivos ámbitos de aplicación, y mucho más al tratar de resolver los conflictos sobre los derechos hereditarios del cónyuge viudo y los hijos y descendientes, en que las diferencias de los sistemas legitimarios pueden ser en ocasiones ciertamente significativas, de mucha menor rigidez en los Derechos autonómicos que en el Código Civil, como puede constatarse en la Ley 40/1991, de 39 de diciembre, Código de Sucesiones de Cataluña; Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia; Ley

1. SSTS de 5 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4085), 7 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 6855), 5 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8212), 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10245).

2. Sobre los complejos problemas de legislación aplicable cuando el causante es extranjero pueden verse las SSTS 29 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 354), 23 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2167), 21 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4580), 11 de mayo y 21 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 3758 y 7895), y 23 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8029), comentada por LÁZARO GONZÁLEZ en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61, enero-abril 2003, pp. 158 y ss.

1/1999, de 24 de febrero, Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón; Ley 1/1973, de 1 de marzo, modificada por Ley 5/1987, de 1 de abril, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares.

### 1.3. Legislación aplicable

La determinación de cuál es la legislación aplicable a las sucesiones por causa de muerte cuando el causante ostenta la nacionalidad española es competencia exclusiva del Estado, tal y como prevé el artículo 149.1.8 CE y declaró la STC 156/1993, de 6 de mayo. La normativa propia de las Comunidades Autónomas no contiene, pues, normas de conflicto, y serán las contenidas en el Código Civil las que nos indiquen si ha de aplicarse el sistema legitimario recogido en él o, por el contrario, alguno de los establecidos por los Derechos civiles propios de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil (artículo 149.1.8 CE).

### 1.4. La vecindad civil como primer criterio determinante de la legislación aplicable

De acuerdo con el artículo 16.1 CC, los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio español, se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con la particularidad de que será ley personal la correspondiente a la vecindad civil. Ello supone que en cuanto a los derecho legitimarios de los hijos y descendientes habrá de estarse, conforme el artículo 9.8 CC, como primer criterio, a la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento (artículos 9.8 y 16.1.1.ª CC). En cuanto a los derechos del cónyuge viudo, se aplicará el Código Civil o la legislación autonómica que se derive del artículo 9.2 CC, ello por remisión de los artículos 16.3 y 9.8 CC.

### 1.5. Adquisición y modificación de la vecindad civil

Como se ha dicho, saber cuándo debemos aplicar el sistema legitimario del Código Civil y cuándo el Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma depende primordialmente de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento. La adquisición y modificación de la vecindad civil está regulada en el artículo 14 CC del que conviene resaltar, por su importancia práctica, los cambios de vecindad civil que se pueden producir por residencia. Según el artículo 14.5 CC, la vecindad civil se adquiere por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésa su voluntad; y también por residencia continuada de diez años, sin declaración contraria en ese plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas.

Nótese que la vecindad civil es un concepto distinto de la vecindad administrativa o del hecho de estar o no empadronado en un determinado lugar, y téngase en cuenta igualmente los cambios de vecindad civil que se pueden producir *ex lege* por una residencia continuada durante diez años, bien en territorio de Derecho común bien en territorio aforado, de manera que la vecindad civil del causante –y con ella el régimen jurídico aplicable en la determinación de los derechos del cónyuge viudo y de los hijos y descendientes– no la sabremos por el simple lugar de su domicilio ni por el lugar de su fallecimiento, sino que habrá que atender a los específicos criterios del artículo 14 CC, y muy especialmente a los años de

residencia que pueda llevar en un territorio de Derecho común o autonómico y las posibles –aunque infrecuentes– declaraciones de conservación de la vecindad ante el encargado del Registro Civil–, pues, se reitera, su vecindad civil no tiene que coincidir necesariamente con su lugar de residencia.

### 1.6. Efectos de la modificación de la vecindad civil

La regla general del artículo 9.8 CC de que la sucesión se rige por la ley de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento tiene algunos matices cuando se produce un cambio de vecindad civil, de especial relevancia cuando se pasa de una vecindad civil de Derecho autonómico a la vecindad civil común, dado que los Derechos civiles autonómicos contienen instituciones no permitidas por el Código Civil. Según el propio artículo 9.8 CC, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador (vecindad civil) en el momento de su otorgamiento, conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rijan la sucesión. Es decir, que mantienen su eficacia las disposiciones sucesorias realizadas en testamento o pactos sucesorios aunque la ley de la sucesión sea distinta.

Pero hay un límite a dicha validez: las legítimas, en todo caso, se ajustarán a la ley de la sucesión, la correspondiente a la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento. En otras palabras, el sistema legitimario –quiénes son herederos forzosos, cuantía, protección cuantitativa y cualitativa, etc.– depende única y exclusivamente de la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento, lo que es especialmente relevante cuando se pasa de una vecindad civil de Derecho propio a la común, ya que en muchos casos el sistema legitimario del que se proviene no es compatible con el del Código Civil.

### 1.7. Modificación de la vecindad civil y fraude a las legítimas

Legalmente nada impide una modificación de la vecindad civil que, como se ha expuesto, conlleva un cambio en la legislación aplicable en materia de sucesiones, especialmente del sistema legitimario. Incluso, en ocasiones, el cambio se produce de una manera totalmente voluntaria mediante declaración expresa tras dos años de residencia (artículo 14.5.1.º CC), y no es ajeno a ello un cierto conocimiento de las consecuencias que el cambio de vecindad tiene en el ámbito sucesorio y de la mayor libertad que ciertos Derechos civiles autonómicos conceden al testador frente a la rigidez del sistema legitimario del Código Civil.

En principio, la alteración de la ley aplicable es una mera consecuencia de una decisión conforme a Derecho, pero tampoco hay que descartar la posible existencia de un fraude a la Ley del artículo 6.4 CC, que parte precisamente de un acto jurídico legítimo y amparado por una norma, es este caso el artículo 14.5.1.º CC), para vulnerar otra de carácter imperativo (artículo 806 CC). Se trata de una situación excepcional que, en buena medida, dependerá de lo que se pueda probar sobre concurrencia de fraude –que recordemos no requiere intencionalidad sino tan sólo la producción de un resultado calificable de fraude de ley–, pero que en alguna ocasión ha sido apreciado por los tribunales, como la STS de 5 de abril de 1994 (RJ 1994, 2933) que declara la nulidad de testamento por existencia de fraude de ley al

haberse adquirido la vecindad foral vizcaína para eludir la aplicación de las normas del Código Civil sobre sucesión hereditaria y desheredar sin justa causa a dos hijos del testador<sup>3</sup>.

En todo caso, para poder plantear problemas de fraude a la ley como consecuencia de cambios en la vecindad civil es necesario que aquéllos se hayan producido conforme a Derecho, problema distinto a la simple alegación en el momento de realizar testamento de una vecindad civil que no se posee, pues la validez del testamento y disposiciones en él contenidas –y en su caso vulneración de las legítimas con las consecuencias que procedan– no se resuelve en base a las reglas del fraude de ley, sino directamente por aplicación de la normativa correspondiente a la vecindad civil real y no a la falsamente manifestada [*vid.*, en este sentido, SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 15 de junio de 2001 (AC 2001, 1587)].

## II. LEGÍTIMA: CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS

### II.1. Concepto

Según establece el artículo 806 CC, en una definición jurídicamente imprecisa lo que ha permitido un amplio debate doctrinal y jurisprudencial sobre su naturaleza, la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos<sup>4</sup>.

### II.2. La legítima como límite a la facultad de disposición a título gratuito

Con independencia de cuál sea su naturaleza jurídica<sup>5</sup>, la legítima supone una importante limitación al poder de disposición a título gratuito del titular de un derecho de contenido económico y ello tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Es cierto que el artículo 806 CC literalmente enmarca la legítima como un límite exclusivamente al poder de disposición *mortis causa* por el testador. Sin embargo, también lo es que su manera de computarse con referencia a las donaciones *inter vivos* que haya podido realizar el causante (artículo 818 CC), los límites a las mismas señalados en el artículo 636 CC –nadie puede dar ni recibir por vía de donación más de lo que pueda dar y recibir por testamento– con la posibilidad de que sean inoficiosas y objeto de reducción a instancia de los legitimarios (artículos 654, 655, 819 y 820 CC), supone igualmente una fuerte restricción a la facultad de disposición *inter vivos* a título gratuito. Eso sí, no tanto en el momento de realizarlas –en que todavía no pueden ser impugnadas por los futuros herederos forzosos ni el titular pierde su facultad de disposición

3. *Id.* el comentario de esta sentencia de TORRES GARCÍA, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, abril-agosto 1994, pp. 797 y ss.

4. Sobre todos los problemas de legítimas *vid.* VALLET DE GOYTISOLO, *Las legítimas*, Montecorvo, Madrid, 1982; «Las legítimas», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XI, artículos 806 a 857 CC, dirigidos por Manuel ALBALADEJO. 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1982; GARCÍA-BERNARDO Y LANDETA, *La legítima en el Código Civil*, Oviedo, 1964; FERNÁNDEZ HIERRO, *La sucesión forzosa. Estudio sobre legítimas y las reservas en Derecho común y foral*, Comares, Granada, 2004; RIVAS RODRÍGUEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, t. II, vol 1, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004.

5. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la legítima», *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 187 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima» y «Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo y julio-septiembre 1986, respectivamente; BERNALDO DE QUIRÓS, «La naturaleza de la legítima» y «La naturaleza de la legítima –nota final–», *Anuario de Derecho Civil*, 1985, pp. 489 y ss. y 1986, pp. 571 y ss., respectivamente; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pp. 833 y ss.

en cuanto dueño [SSTS de 23 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7019), 20 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2541), 24 de enero de 1998 (RJ 1998, 152)]— sino tras el fallecimiento en que se traerán a la cuenta de la herencia, y serán examinadas, todas las donaciones realizadas en vida<sup>6</sup>.

### II.3. La legítima como derecho individual de cada legitimario

La legítima se concibe como el derecho individual de cada heredero forzoso a percibir un mínimo de los bienes que constituyen el caudal hereditario con independencia de los demás coherederos forzosos. Dada la distinción y distribución del haber hereditario entre los tercios de legítima estricta, tercio de mejora y tercio de libre disposición, ello supone que, salvo concurrencia de causa de indignidad (artículo 756 CC) o de desheredación justa por el testador (artículo 848 CC), cada hijo tiene derecho, como mínimo, a percibir siempre lo que por legítima estricta le corresponda.

### II.4. La legítima como *pars bonorum*

Sin entrar en los complejos debates doctrinales —que también tienen su reflejo en la doctrina jurisprudencial— sobre su naturaleza jurídica, se puede considerar que la legítima realmente no constituye estrictamente un *pars hereditatis* como en ocasiones lo ha estimado la jurisprudencia<sup>7</sup>, en el sentido de que el legitimario tenga que ser como tal necesariamente heredero que participa en el activo y el pasivo de la herencia, sino que es una *pars bonorum*, lo que supone un derecho a percibir la legítima —una vez calculada conforme el artículo 818 CC después de computar el pasivo de la herencia— *in natura* en bienes del haber hereditario.

Lo que sí se puede negar, como reiteradamente realiza la Jurisprudencia<sup>8</sup>, es que la legítima en el Código Civil sea una *pars valoris* concebida como un simple derecho de crédito o personal contra el heredero que con carácter general pueda ser satisfecho con dinero y no con bienes de la herencia. Tal posibilidad, que efectivamente se admite en los artículos 841 y siguientes CC con una relativa amplitud tras la reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo,

6. La citada STS de 23 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7019) afirma que «en el sistema existente de protección de las legítimas en nuestro ordenamiento jurídico, no es posible admitir que se dé una protección o tutela de los derechos de los legitimarios hasta que realmente no tengan la cualidad de tales, y eso, sólo puede ocurrir cuando se haya producido el óbito del causante o ascendiente en cuya sucesión, como tales descendientes les corresponde la sucesión forzosa o legitimaria al amparo de lo dispuesto en los artículos 807 y ss. del CC pues no cabe hablar de legítima o sucesión forzosa sino cuando se ha producido la apertura de la sucesión por la muerte del causante determinante de dicha sucesión, de tal suerte que, en vida, en el mecanismo jurídico de nuestro derecho positivo, sólo se dan las correspondientes acciones de protección bien a tenor de la deuda alimenticia, al socaire de la prodigalidad que pueden instar frente a una conducta desordenada los parientes necesitados de dicha deuda alimenticia en los términos fijados en el actual artículo 294 CC (artículo 756 LEC), o bien mediante las posibles cautelas protectoras de la legítima a través de los expedientes del CC, contenidos tanto en la colación de bienes, cuando se trata de actos dispositivos a título gratuito realizados a favor de un coheredero que asimismo concurre a la sucesión con otro que haya percibido bienes con ese carácter en vida del causante, conforme a los artículos 1035 y ss., o bien merced a la sanción de protección jurídica de la legítima (preterición, complemento, reducción) artículos 813 y ss., o merced a la técnica de la llamada donación inoficiosa, cuando lo donado en vida por el causante exceda de lo que posteriormente se determine como tercio de libre disposición asimismo, reflejado en los artículos 820 y ss., mas se repite, esas son previsiones a concretar tras la muerte del disponente en los términos antes establecidos, por lo que no cabe pues, entender que esté legitimada cualquier persona por su presunta cualidad de futuro heredero forzoso para poder impugnar o ejercitar la acción correspondiente de nulidad de un acto dispositivo».

7. SSTS de 31 de marzo de 1970 (RJ 1970, 1854), 8 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3673) y 26 de abril de 1997 (RJ 1997, 3542), con comentario de DOMÍNGUEZ LUELMO en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 45, septiembre-diciembre 1997, pp. 973 y ss. Vid. GARCÍA VALDECASAS, «La legítima como cuota hereditaria y cuota de valor», *Revista de Derecho Privado*, 1963, pp. 957 y ss.

8. SSTS de 31 de marzo de 1970 (RJ 1970, 1854), 8 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3673), 27 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1364), 26 de abril de 1997 (RJ 1997, 3542).

sigue siendo excepcional en relación con la regla general; y así se configura legalmente el pago en metálico de la legítima —en los supuestos admitidos y con cumplimiento de los requisitos exigidos— *como pago de la porción hereditaria en casos especiales*.

## II.5. La legítima como derecho en la herencia de cada causante

La legítima de los hijos y descendientes se calcula y se percibe respecto de la herencia de cada uno de los causantes o línea de la que procedan los bienes (*vid.* artículo 808, párrafo 1.º, CC) y teniendo en cuenta las disposiciones testamentarias individuales, así como las donaciones que cada uno de ellos hubiera hecho en vida. Ello supone en muchos casos la necesidad de proceder previamente a la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta *ope legis* tras el fallecimiento de uno de los cónyuges (artículo 1392.1 CC), conforme a las previsiones contenidas en los artículos 1396 y siguientes CC, con especial atención a los bienes privativos de cada cónyuge que son los que pueden producir alteraciones, teniendo en cuenta que sin tal liquidación previa, como señala la SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, de 30 de octubre de 2003 (AC 2003, 1955), no es posible proceder al cálculo de las legítimas.

Y si ambos esposos han fallecido, en principio serían procedentes las mismas operaciones para determinar el activo hereditario de cada herencia y el cálculo de cada legítima, que habrá de ser satisfecha con bienes de cada haber hereditario sin que pueda pagarse la legítima total con bienes de uno solo de los progenitores, salvo el supuesto excepcional previsto en el artículo 831.3 CC tras la redacción que le dio la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que en el ejercicio de la facultad de mejorar, prevé que «se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades».

## II.6. La legítima como derecho irrenunciable antes de su delación

Salvo algunas excepciones relacionadas con la mejora (artículos 826, 827, 831 CC), el artículo 1271 CC prohíbe cualquier tipo de contrato sobre la herencia futura salvo aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056 CC. Esta regla general se traduce en el ámbito específico de la legítima en el artículo 816 CC: toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, de manera que tanto el renunciante como sus propios herederos forzosos en caso de que él premuera al causante, podrá reclamar la legítima una vez abierta la sucesión [STS de 10 de julio de 2003 (RJ 2003, 4628)].

## II.7. El legitimario no tiene que ser necesariamente heredero forzoso

Sin perjuicio de que, como se ha señalado, todavía en la actualidad sigue siendo una cuestión discutida por la doctrina con referencia al Código Civil, puede decirse que el legitimario no es realmente un heredero forzoso: tiene derecho a percibir la legítima, pero puede ser por legado, donación o cualquier otro título que no sea como heredero (artículo 815 CC). Así la STS de 17 de julio de 1996 (RJ 1996, 5800) afirmó que en nuestro Derecho no es obligatorio que la institución de heredero recaiga en los herederos forzosos pues éstos sólo

tienen derecho a la legítima, e igualmente la RDGRN de 29 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2397) admite que toda la herencia se distribuya en legados (artículo 891 CC) pagándose la legítima de la heredera forzosa con el legado de dos bienes.

Si el legitimario no es heredero en una sucesión en concreto, no responde del pago de las deudas, pues éstas recaen sobre el sucesor a título universal (artículos 1003 y 1023 CC), salvo que así lo disponga el testador en cuyo caso la responsabilidad se limita a lo legado (artículo 858 CC) o se distribuya toda la herencia en legados (artículo 891 CC). Por supuesto, como la legítima se calcula sobre el haber líquido del haber hereditario (artículo 818 CC), las deudas y cargas hereditarias, aunque no responda de ellas, disminuye la cuantía de la legítima<sup>9</sup>.

### III. LOS SUJETOS LEGITIMARIOS: DETERMINACIÓN

Según el artículo 807 CC son herederos forzosos: 1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código. Sin perjuicio de la tradicional cuestión de si el usufructo legal del cónyuge viudo le atribuye o no la cualidad de heredero forzoso a pesar de la dicción literal del artículo 807 CC, no existen otros herederos forzosos que los señalados en el precepto.

### IV. LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES

#### IV.1. Cuantía

La legítima de los hijos y descendientes se cifra en dos terceras partes del haber hereditario (artículo 808 CC). El otro tercio es de libre disposición, por lo que el causante puede disponer de él en vida en favor de terceros –incluido aquí el cónyuge viudo– a través de actos de enajenación a título gratuito, o *mortis causa*, a título de legado e incluso de heredero, si se admite que los legitimarios no son herederos forzosos.

#### IV.2. Determinación de los legitimarios

Aunque el artículo 807.2 CC señala que los hijos y descendientes son legitimarios de sus padres y ascendientes, no lo son cumulativamente, porque existiendo hijos no premuertos, ni indignos ni desheredados, los nietos (descendientes) no son legitimarios, aunque pueden recibir el tercio de mejora (artículo 823 CC) pero no el de legítima estricta. Por otra parte, son legitimarios los hijos (y descendientes) sin distinción entre filiación matrimonial, no matrimonial con aplicación directa del artículo 39.2 CE para las sucesiones abiertas tras su entrada en vigor [*vid.*, por todas, SSTs de 10 de febrero de 1986 (RJ 1986, 513) y 7 de octubre de 2004 (RJ 20904, 6330)], pero también con la aplicación de las antiguas diferencias para

9. *Vid.*, sobre todos estos aspectos, la clara exposición de la SAP de Madrid, Sección 21.ª, de 17 de julio de 2002 (JUR 2003, 22656).

las herencias abiertas con anterioridad y que todavía estén pendientes de partición y adjudicación [vid. SAP de Sevilla, Sección 5.<sup>a</sup>, de 6 de octubre de 2004 (AC 2004, 1843)].

### IV.3. Filiación adoptiva

La determinación de los descendientes legitimarios comprende también la filiación adoptiva (artículo 108.2 CC), claramente en el concepto actual de adopción, único desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y sin perjuicio de los derechos hereditarios de los adoptados en forma simple o menos plena conforme a legislaciones anteriores, concretamente la redacción originaria del Código Civil y tras las reformas de 24 de abril de 1958 y 4 de junio de 1970<sup>10</sup>.

### IV.4. Distribución de la legítima en dos tercios

Tratándose de hijo o descendiente único, la legítima alcanza a los dos tercios del haber hereditario (legítima larga) siendo la tercera parte el tercio de libre disposición (artículo 808, párrafo 3, CC). Pero si hay pluralidad de hijos o descendientes los dos tercios de legítima se dividen en dos: la legítima corta (estricta) y el tercio de mejora, de que los padres o ascendientes pueden disponer libremente entre los legitimarios y sus descendientes. Por ello, cuando el legitimario no percibe lo que le corresponde, bien porque ha concurrido preterición (artículo 814 CC), desheredación injusta (851 CC) o simplemente lo dejado no alcanza a cubrir la legítima (acción de suplemento del artículo 815 CC), tratándose de varios legitimarios tan sólo se le reconoce su derecho a la legítima estricta. Obviamente, si se trata de legitimario único siempre tiene derecho a la legítima de los 2/3 del haber hereditario.

### IV.5. Derecho individual a la percepción de la legítima

Como se dijo, en el régimen del Código Civil, existe un derecho individual del heredero forzoso a su parte en el tercio de legítima estricta salvo desheredación o indignidad para suceder.

### IV.6. Los descendientes como legitimarios en defecto de hijos

Se ha dicho que el llamamiento que como herederos forzosos se realiza de los descendientes en el artículo 807.1 CC no es acumulativo con el que se verifica a los hijos. Ahora bien, sin perjuicio de que aquéllos sí pueden recibir el tercio de mejora (artículo 823 CC), si uno de los hijos ha premuerto, es indigno (artículo 756 CC) o ha sido desheredado con justa causa (artículo 848 CC), le suceden sus propios descendientes (artículos 857 y 761 CC).

10. Puede verse sobre esta cuestión la SAP de Jaén, Sección 2.<sup>a</sup>, de 10 de diciembre de 2001 (LA LEY IURIS 1009708/2001). Igualmente la STS de 23 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3786) y el comentario de PÉREZ ÁLVAREZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 26, abril-agosto 1991, pp. 618 y ss.; y STS de 5 de octubre de 1991 [RJ 1991, 6889] comentada por SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 987 y ss.; STS de 27 de septiembre de 2000 [RJ 2000, 7532], comentada por BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 55, enero-marzo 2001, pp. 271 y ss. ALBALADEJO GARCÍA, «La ley que rija al morir el causante es la que regula la sucesión en que indica una adopción», *Anuario de Derecho Civil*, XLI, abril-junio 1988, pp. 441 y ss.

#### IV.7. Renuncia a la legítima mediante la repudiación

Si uno de los hijos repudia la legítima<sup>11</sup>, a diferencia de lo que sucede en caso de premoriente, indignidad o desheredación justa, no ocupan su lugar sus propios descendientes (generalmente nietos del causante) y la parte de legítima repudiada, como señala la STS de 10 de julio de 2003 [RJ 2003, 5628], corresponde a los colegitimarios por derecho propio y no por derecho de acrecer (artículo 985 CC). Si es el único descendiente el que repudia tampoco corresponde a los ascendientes (artículo 807.2 CC) porque no serían legitimarios (no hay falta de los anteriores como exige la norma) y, por lo tanto, el testador habría recobrado la libre disposición de sus bienes, siendo plenamente válida y eficaz la institución de heredero que hubiera realizado.

No obstante, es de tener en cuenta que en la sucesión testada es frecuente que en la institución de heredero se haga uso de la sustitución vulgar, por lo que en este caso la repudiación del legitimario haría entrar en juego la sustitución dado que, entre otros, comprende salvo indicación contraria el supuesto de repudiación (artículo 774 CC). Los descendientes tendrían derecho entonces a la legítima de su ascendiente, pero no como legitimarios por derecho propio o en representación impropia de su ascendiente, sino como sustitutos. Esto ha de tenerse en cuenta a la hora de otorgar testamento, en que en muchos de ellos ya se opta expresamente por recoger la sustitución que no comprenda la repudiación.

### V. LA MEJORA: CONCEPTO Y SUJETOS

#### V.1. Concepto

Según se desprende de los artículos 808, párrafo 2.º, y 823 CC, la mejora es una de las dos terceras partes que constituyen la legítima de los hijos y descendientes de las que el padre y la madre pueden disponer a favor de alguno o algunos de ellos, ya lo sean por naturaleza o adopción<sup>12</sup>.

#### V.2. Voluntariedad de la mejora salvo promesa de mejorar o no mejorar

La posibilidad de mejorar a los hijos y descendientes es una facultad del causante, que puede ejercer o no, *inter vivos* o *mortis causa*, sin explicación alguna. Ahora bien, ello tiene como excepción el supuesto de promesa de mejorar o no mejorar a que se refiere el artículo 826 CC, auténtico pacto sucesorio frente a la prohibición general del artículo 1271 CC. Según el artículo 826 CC será válida la promesa de mejorar o no mejorar hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, y cualquier disposición realizada por el testador contraria a la promesa no surtirá efecto.

11. O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La renuncia a la legítima», en *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, t. III, Junta de Decanos de Colegios Notariales de España, Madrid, 1973, pp. 311 y ss.

12. ALBALADEJO GARCÍA, *La mejora*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003; FUENMAYOR CHAMPÍN, *La mejora en el sistema sucesorio español*, Coimbra, 1946; GARCÍA GRANERO, «Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora», *Revista de Derecho Privado*, 1949, pp. 805 y ss.

### V.3. Características

La mejora requiere siempre la concurrencia de una pluralidad de descendientes, aunque no necesariamente en el mismo grado (hijos y nietos). Puede mejorarse en el tercio de mejora o en parte del mismo y la práctica más habitual es hacer un legado a uno o varios de los hijos (o nietos) en concepto de mejora e instituirle con los demás herederos a partes iguales, o bien reducir a uno o varios herederos a su legítima estricta mediante un legado nombrando heredero universal a otro u otros legitimarios; o incluso mediante donaciones *inter vivos* no colacionables o como mejora.

### V.4. Sujetos

Según se desprende del tenor literal de los artículos 808 y 823 CC sólo el padre y la madre pueden mejorar, pero realmente también tienen esa facultad los ascendientes desde el momento en que pueden ser mejorados los hijos y descendientes sin que, además, haya que guardar el orden de grado pues el abuelo o abuela puede mejorar el nieto o nieta aunque vivan el padre o la madre, tal y como se deriva de los artículos 782, 823, 824 y 972 CC y fue admitido por las antiguas SSTs de 19 de diciembre de 1903 y 23 de diciembre de 1935<sup>13</sup>. Además, y respecto de quien puede mejorar, tampoco hay que olvidar la institución de la delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 CC en que como una excepción al carácter personalísimo del testamento en el Código Civil (artículo 670 CC), permite que el causante fallezca sin haber hecho uso de la mejora pero que todavía su cónyuge —o en su caso pareja de hecho— pueda ejercerla por él.

## VI. CLASES Y FORMAS DE MEJORA

### VI.1. Mejora expresa

Cuando en el acto de disposición *inter vivos* o *mortis causa* se dispone expresamente como mejora (artículos 825 y 828 CC), y que puede ser condicional [*vid.* STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10138)].

### VI.2. Mejora tácita

Disposición hecha en el testamento a favor de un descendiente sin especificar que es mejora, pero que en la imputación no cabe en el tercio de libre disposición (artículo 828 CC). También cabe considerar mejora tácita a favor de los herederos forzosos no preteridos o no desheredados cuando la preterición de un heredero forzoso ha sido intencional o la desheredación injusta, y ello desde el momento en que, como se verá, se considera que el preterido o desheredado sólo tiene derecho a reclamar con fundamento en los artículos 814 y 851 CC su legítima estricta<sup>14</sup>.

13. ALBALADEJO GARCÍA, «La mejora del nieto», *Actualidad civil*, 1997, pp. 937 y ss.

14. Puede verse VALLET DE GOTTISOLO, «La mejora tácita», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 8, 1954, pp. 9 y ss.

### VI.3. Mejora realizada en testamento

El testador puede realizar en su testamento una manda o legado a favor de alguno de sus hijos o descendientes declarando expresamente ser ésa su voluntad (artículo 828 CC). La STS de 18 de junio de 1982 (RJ 1982, 3432) recoge la doctrina de que para que se dé este supuesto no requiere utilizar la palabra mejora, sino que es suficiente una voluntad clara de mejorar<sup>15</sup>. También se da mejora testamentaria en el supuesto señalado de mejora tácita del artículo 828 CC.

### VI.4. Mejora hecha por donación *inter vivos* con tal carácter

Según el artículo 825 CC ninguna donación por contrato *inter vivos*, sea simple o por causa onerosa, a favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora si el donante no ha declarado de manera expresa su voluntad de mejorar. Así pues es mejora si expresamente se le da ese carácter por el donante, bien diciéndolo así en la donación bien especificando que no es colacionable (que lo sería a los efectos del artículo 818 CC pero no para el artículo 1035 CC)<sup>16</sup>. También posteriormente en testamento puede darle carácter de mejora a una donación que cuando se realizó no se le atribuyó expresamente esa consideración. Si no es mejora la donación se considera anticipo de legítima (artículo 819 CC). La donación a los nietos puede realizarse con carácter de mejora. Si la donación supera el tercio de mejora se imputa a la legítima (artículo 819.1 CC) si se trata de un hijo legítimo. Si no lo es por ser el nieto, se imputa al tercio de libre disposición.

### VI.5. Mejora hecha en capitulaciones matrimoniales

Aunque no es frecuente en la práctica en el régimen del Código Civil, la mejora puede realizarse en capitulaciones matrimoniales (artículo 827 CC), con un cierto aspecto de pacto sucesorio. Esta mejora es irrevocable salvo nuevo acuerdo entre los cónyuges y modificación de las capitulaciones.

### VI.6. Mejora hecha en contrato oneroso con tercero

La mejora puede pactarse excepcionalmente con tercero en contrato oneroso (artículo 827 CC). Este pacto de mejora no es con el propio mejorado, sino con un tercero, y también tiene como característica su naturaleza de pacto sucesorio y su irrevocabilidad salvo nuevo acuerdo. Tampoco es frecuente en la práctica en el Código Civil.

15. Señala esta STS de 18 de junio de 1982 que si bien este último [tercio de mejora] está afecto a las limitaciones establecidas en los artículos 825 y 828, determinantes de que para que la mejora se considere como tal habrá de declararlo así el testador expresamente, sin que en ningún caso esto haya de ser entendido, en el rígido sentido de que el testador venga obligado necesariamente a utilizar la palabra mejora, para que la misma pueda estimarse verificada, pues ello significaría tanto como extender el alcance del precepto sustantivo a una sacramentalidad, que ni de su texto, ni de su contenido, interpretados a la luz de la normativa de los artículos 1281 y siguientes del propio Código, exigen, sino que habrá de ser el contenido del testamento, el que pondrá de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar, debiendo afirmarse que tal voluntad es patente, cuando el causante se haya manifestado de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, sin que ello pueda entenderse como forma tácita de expresión de voluntad del causante, que implique la existencia de una voluntad que, aunque no gramaticalmente manifestada, si aparezca directamente comprobada, sino como una declaración expresa e implícita de la exteriorizada voluntad de mejorar, que no pierde tal condición por el hecho de que no se haya empleado la palabra mejora.

16. Puede verse FONT BOIX, «La mejora de tercio por acto *inter vivos*», *Revista de Derecho Notarial*, 1961, pp. 351 y ss.

## VI.7. Mejora de cuota o cantidad

El testador no mejora al descendiente con ningún bien concreto, sino con todo el tercio de mejora o una parte del mismo. Se produce normalmente mediante el legado del tercio de mejora, o de la mitad del mismo, de la cuarta parte, etc. (realmente un legado de parte alícuota). En este supuesto, el artículo 832 CC establece que será pagada con los mismos bienes hereditarios, observándose, en cuanto puedan tener lugar, las reglas establecidas en los artículos 1061 y 1062 CC para procurar la igualdad de los herederos en la partición de los bienes.

Téngase en cuenta que es posible que en la mejora de cuota el mejorado no sea heredero, bien por ser un nieto o bien porque aun siendo un hijo ha podido renunciar a la herencia —y con ella a su legítima— pero aceptar la mejora (artículo 833 CC). En ese caso, como legatario de parte alícuota tiene derecho a instar la división judicial de la herencia (artículo 782 LEC) y adquiere toda su importancia el artículo 832 CC.

## VI.8. Mejora de cosa cierta o determinada

Se da cuando una donación *inter vivos* se realiza con el carácter de mejora o, en el testamento, se lega un bien o bienes determinados, en concepto de mejora o con cargo al tercio de mejora. La mejora en bien determinado se admite en el artículo 829 CC<sup>17</sup>. Si tras la imputación no agota el tercio de mejora, el mejorado no tiene derecho a él íntegro por lo que en el resto no hay mejora y se reparte a partes iguales entre los hijos legitimarios. Pero si el bien determinado excede el tercio de mejora, según el artículo 829 CC se imputará a la legítima estricta del mejorado, y si tampoco alcanzara habrá de abonar el mejorado la diferencia a los demás interesados. Es de resaltar que el artículo 829 CC señala que ha de abonarse la diferencia, por lo que no se imputa al tercio de libre disposición.

## VII. EXTINCIÓN DE LA MEJORA

### VII.1. Revocación del testamento en que se recogía

Toda mejora testamentaria, sea expresa o tácita (artículo 828 CC), es siempre revocable a través de la revocación del testamento que la contiene, que igualmente siempre es revocable (artículo 737 CC), eso sí, a través de otra voluntad que adopte la forma del testamento (artículo 738 CC).

### VII.2. Revocación del carácter de mejora de la donación

La donación *inter vivos* realizada a un heredero forzoso no es revocable más que en los supuestos expresamente establecidos en el Código Civil en los artículos 644 y siguientes. Pero sí es posible que el donante revoque el carácter de mejora que le hubiera podido atribuir en la escritura de donación y que, en cuanto anticipo de una declaración de última voluntad,

17. LÓPEZ JACOISTE, «La mejora en cosa determinada», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1961.

salvo excepciones, siempre es revocable. Así lo dice con carácter general el artículo 827 CC: la mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable. Parece que la voluntad de revocación del carácter de mejora atribuido deberá realizarse en forma testamentaria.

### VII.3. Supuestos de no revocabilidad

La mejora *inter vivos*, se haya verificado con o sin entrega de bienes, no es unilateralmente revocable si se ha realizado en capitulaciones matrimoniales o a través de contrato oneroso con tercero (artículo 827 CC)<sup>18</sup>.

### VII.4. Renuncia a la mejora y renuncia a la herencia pero no a la mejora

Según el artículo 833 CC es posible que el hijo o descendiente renuncie a la herencia pero acepte la mejora. Por supuesto, también puede renunciar a la mejora y aceptar la herencia. Si la renuncia sin más, el tercio de mejora desaparece dentro de la legítima por lo que el mejorado participará en los 2/3 en iguales condiciones que los colegitimarios. Si la renuncia a favor de alguno o algunos de los colegitimarios, o incluso en beneficio de los demás quedando él excluido, se entendería aceptación por su parte y posterior transmisión gratuita (artículo 1000.3 CC). Pero si existen varios mejorados y uno de ellos renuncia sin más a la mejora hay que tener en cuenta que no se da el derecho de acrecer respecto de los demás pues, según el artículo 985 CC, éste sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más herederos forzosos, o a alguno de ellos y a un extraño, por lo que si la parte repudiada fuera la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por derecho de acrecer. Y dentro de la legítima, en cuanto que claramente no es parte de libre disposición, se encuentra la mejora por lo que si uno de los coherederos mejorados la repudia no acrece al otro, sino que se integra en el totalidad de la legítima en la que todos los demás participan por derecho propio [*vid.* STS de 26 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8872)]<sup>19</sup>.

## VIII. DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE MEJORAR

### VIII.1. Concepto

La regla general es el carácter personalísimo del testamento impuesto por el artículo 670 CC de manera que no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. La concreción de tal regla en el ámbito de la mejora se encuentra en el artículo 830 CC según el cual la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro. Pero ello tiene como excepción la delegación de la facultad

18. BLASCO GASCO, *La mejora irrevocable*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990.

19. Sobre esta cuestión puede verse el comentario de ALBALADEJO GARCÍA en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 22, enero-marzo 1990, pp. 211 y ss. y «El acrecimiento en la mejora», *Revista de Derecho Privado*, 1990, pp. 447 y ss.; GONZÁLEZ PALOMINO, «El acrecimiento en la mejora», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 2, 1945, pp. 546 y ss.

de mejorar contenida en el artículo 831 CC –cuya redacción actual se debe a la reforma de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre–<sup>20</sup>.

Según el artículo 831.1 CC, no obstante lo dispuesto en el artículo anterior (artículo 830 CC), podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar. Nótese que actualmente sólo se puede conferir la delegación de la facultad de mejorar en testamento, a diferencia de la redacción anterior del artículo 831 CC que también lo permitía en capitulaciones matrimoniales. Por otra parte, y a la vista del artículo 831 CC, es claro que en él se regula algo más que la clásica delegación de la facultad de mejorar.

### VIII.2. Quién puede mejorar y quién puede ser mejorado

Puede conferirse la facultad de mejorar al cónyuge (artículo 831.1 CC) o a la pareja de hecho con descendencia común (artículo 831.6 CC). Pueden ser mejorados los hijos o descendientes comunes al premuerto y cónyuge o pareja de hecho al que se confiere la facultad (artículo 831.1 CC).

### VIII.3. En qué pueden ser mejorados

La reforma de la Ley 42/2003 ha puesto fin a todas las dudas que anteriormente producía el artículo 831 CC. A la vista de la actual redacción de la norma parece claro que el cónyuge o pareja de hecho puede ejercer la facultad de mejorar sobre el tercio de mejora, pero también sobre el de libre disposición y bienes de la sociedad de gananciales no liquidada: artículo 831.1 CC. Incluso puede distribuir bienes en pago de la legítima estricta, por lo que la facultad se extiende más allá de la genérica de mejorar en el tercio de este nombre o en el de libre disposición.

### VIII.4. Límites al ejercicio de la facultad de mejorar

Según el artículo 831.3 CC, el cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos. De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado. Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades. Este último inciso supone, como se dijo anteriormente, una excepción al principio del derecho al pago de la legítima con bienes del haber hereditario del padre y de la madre.

20. BERMEO PUMAR, *El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad con el sistema de mejoras sucesorias (la mejora a favor del cónyuge)*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2001.

### VIII.5. Forma y plazo de ejercicio de la facultad de mejorar

De acuerdo con el artículo 831.2 CC, mientras el cónyuge sobreviviente no ejercite las facultades conferidas tendrá la administración de todos los bienes. Obviamente no tiene por sí mismo el usufructo universal, salvo que le haya sido expresamente conferido en el testamento y sin perjuicio de la aplicación del artículo 820.3 CC. Por otra parte, en cuanto al ejercicio de las facultades conferidas, las mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes (artículo 831.1, párrafo 2.º, C).

La regla general pues, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, es que el cónyuge o pareja de hecho viudo tendrá que ejercitar sus facultades por acto *inter vivos*, y en un plazo relativamente breve –salvo que haya hijos menores– por lo que la situación de interinidad no se prolongará en el tiempo. La forma habitual de ejercicio de la facultad es dentro de la partición hereditaria aunque no está legalmente vinculada a ella, por lo que puede ser de ejercicio independiente. Lo que sí parece es que una vez ejercitada la facultad por actos *inter vivos* la mejora es irrevocable, lo que no sucede cuando estando autorizado para ello por el testador haga uso de la misma en testamento, que será esencialmente revocable (artículo 737 CC)<sup>21</sup>.

### VIII.6. Extinción de la facultad de mejorar

Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa (artículo 831.5 CC).

### VIII.7. Efectos de la delegación de la facultad en relación con descendientes no comunes

Señala el artículo 831.4 CC que la concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones. Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.

21. Aunque para la redacción anterior del artículo 831 CC, *vid.* HERRADA ROMERO, «Algunas consideraciones sobre el plazo *ex artículo 831 CC*», *Revista de Derecho Privado*, noviembre 2000, pp. 838 y ss.

## IX. LEGÍTIMA DE LOS ASCENDIENTES

### IX.1. Supuestos en que son legitimarios

Los padres y ascendientes son legitimarios de los descendientes cuando éstos no tienen a su vez descendencia (artículo 807.2 CC)<sup>22</sup>. Es decir, respecto de sus hijos son legitimarios sólo en supuestos de inexistencia o premoriencia de los hijos o descendientes de éstos, no en los casos de incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación pues en tales supuestos no se produce el requisito legal previo de «a falta de los anteriores».

### IX.2. Cuantía de la cuota legitimaria

Tiene cuantía diferente según concurren con el cónyuge viudo  $-1/3$  de la herencia— o con extraños  $-1/2$  de la herencia— (artículo 809 CC). Es importante no olvidar la legítima de los padres cuando concurren con el cónyuge pues, en ocasiones, el deseo del testador de nombrarle heredero universal a falta de hijos o descendientes, produce la preterición de aquellos que, teniendo en cuenta el artículo 814, párrafo 1.º, CC, tiene como consecuencia la validez de la institución, pero ha de reducirse para respetar la legítima.

### IX.3. Inexistencia del derecho de legítima

El artículo 111 CC niega a los progenitores todo derecho otorgado por ministerio de la ley en la herencia de sus hijos y descendientes —y por lo tanto el derecho de legítima— cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme o cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. Estas restricciones dejarán de producir efecto por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

### IX.4. Distribución de la legítima entre los ascendientes

El artículo 810 CC establece un sistema de distribución de la legítima de los ascendientes por líneas: la legítima reservada a los padres se dividirá entre los dos por partes iguales y si uno de ellos hubiere muerto, recaerá toda en el sobreviviente. Cuando el testador no deje padre ni madre, pero sí ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero a los más próximos de una u otra línea.

22. VALLET DE GÖYTISOLO, «Cuándo y cómo son legitimarios los padres y demás ascendientes legítimos», *Revista de Derecho Privado*, 1974, pp. 3 y ss.

## X. LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO

### X.1. Concepto

Según el artículo 834 CC, el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora<sup>23</sup>. Una discusión clásica en la doctrina y jurisprudencia es la de si el cónyuge viudo es o no legitimario, polémica que en buena medida se sustenta en la particularidad de como el Código Civil establece esta legítima, un derecho de usufructo y no propiedad, y que actualmente se ha visto reforzada por el hecho de que el artículo 782 LEC no contenga una referencia expresa al cónyuge viudo como legitimado para iniciar el procedimiento judicial de división de la herencia.

### X.2. Presupuesto para la existencia de la legítima

Con anterioridad a la Ley 15/2005, de 8 de julio, el artículo 834 CC se le atribuía al cónyuge viudo —no lo es el divorciado o con matrimonio declarado nulo—, no separado o que lo estuviera por culpa del difunto, con una importante polémica sobre las consecuencias de la separación de hecho libremente consentida, que conforme al artículo 945 CC excluía al cónyuge viudo en la sucesión intestada, y en que la doctrina jurisprudencial y registral no se mostraba uniforme, pues mientras resoluciones como la SAP de Valencia, Sección 6.ª, de 17 de mayo de 2003 (JUR 2003, 172054), SAP de Ourense, Sección 2.ª, de 10 de enero de 2002 (AC 2002, 633) o la SAP de Valladolid, Sección 3.ª, de 14 de febrero de 2000 (AC 2000, 484) admitían la aplicación del artículo 945 CC y la pérdida de la condición de legitimario, otras se inclinaban por la respuesta negativa en la sucesión testada [STS de 7 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1558), RDGRN de 25 de junio de 1997 (RJ 1997, 4571)<sup>24</sup>, SAP de Cuenca, Sección 1.ª, de 4 de marzo de 2004 (AC 2004, 484), SAP de A Coruña, Sección 4.ª, de 16 de noviembre de 2000 (JUR 2001, 109598)]. Todos los anteriores problemas, que siguen teniendo relevancia para las sucesiones abiertas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005<sup>25</sup>, han quedado solucionados para el futuro con la reforma del artículo 834 CC, en el que, al igual que en el artículo 945 CC, se equipara la separación judicial y de hecho a efectos de pérdida de los derechos de legítima por el cónyuge viudo: «el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora».

23. COSSIO, «Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente», *Revista de Derecho Privado*, 1957, pp. 131 y ss.; MASIDE MIRANDA, *La legítima del cónyuge superviviente*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1989; ESPIAU ESPIAU, «El usufructo viudal y la legítima de los descendientes», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1996, pp. 629 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, «El tercio de herencia gravado por el usufructo del cónyuge viudo cuando los legitimarios son hijos del causante», *Actualidad Civil*, 1991-3, pp. 423 y ss.

24. Puede verse el comentario de esta resolución de REAL PÉREZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 45, septiembre-diciembre 1997, pp. 1201 y ss. y AGUIRRE FERNÁNDEZ, «RDGRN de 25 de junio de 1997: Registro de la Propiedad: Separación de hecho y legítima viudal: Perspectiva jurídico-civil y problemas de calificación registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre 1998.

25. Puede verse FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La separación de hecho conyugal y la legítima del cónyuge viudo», *Actualidad Civil*, 1996, XLI; PLAZA PENADES, *Derechos sucesorios del cónyuge viudo separado de hecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999; EGUSQUIZA BALMADEDA, *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

### X.3. Cuantía de la legítima

Es variable dependiendo de con quien concurre: A) Usufructo de 1/3 –de mejora– si concurre con hijos o descendientes del cónyuge causante, sean comunes o sólo de éste, sin distinción alguna (artículo 834 CC), habiendo suprimido la Ley 15/2005 el párrafo 2.º del artículo 837 CC que antes establecía el usufructo de la mitad de la herencia cuando concurría con hijos habidos con tercera persona constante matrimonio; B) Usufructo de la mitad de la herencia si concurre con los ascendientes del difunto (artículo 837 CC); C) Usufructo de 2/3 de la herencia si concurre con extraños.

### X.4. Conmutación del usufructo

#### A) Posibilidad de conmutación por los herederos

Señala el artículo 839 CC que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial<sup>26</sup>. Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge. Salvo el supuesto del artículo 840 CC, el cónyuge viudo no ostenta un derecho de conmutación, y tiene que conformarse con el usufructo si los herederos no ejercen su derecho. Por otra parte, el derecho de conmutación del artículo 839 CC sólo está referido al usufructo legal que como legítima le corresponde, pero no al usufructo voluntario atribuido por el testador, en el que se incluye no sólo el del tercio de libre disposición, que perfectamente puede establecer, sino también el de legítima estricta afectado por el eventual usufructo universal, en que los herederos forzosos podrán hacer uso de la *cautela socini* del artículo 820.3 CC, pero no de la conmutación del artículo 839 CC [*vid.*, en este sentido, SAP de Cantabria, Sección 3.ª, de 25 de septiembre de 2003 (AC 2003, 1949)].

#### B) Regla general

La conmutación se puede producir a instancia de los herederos, sin que el Código Civil matice que se trate exclusivamente de los herederos legitimarios afectados en el tercio de mejora. Por ello, y sin perjuicio de que en la práctica sea éste el supuesto más normal, conforme a la dicción literal del artículo 839 CC, la STS de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8549) admite el derecho de conmutación a todos los herederos, sean voluntarios o forzosos, recaiga sobre el tercio de mejora o libre disposición<sup>27</sup>.

26. GULLÓN BALLESTEROS, «La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», *Anuario de Derecho Civil*, 1964, pp. 583 y ss.; MEZQUITA, «Conmutación del usufructo viudal común», *Revista de Derecho Notarial*, 1957, pp. 240 y ss.

27. Esta STS de 25 de octubre de 2000 realiza una interpretación no restrictiva de la legitimación activa para instar la conmutación del usufructo: la facultad de elegir una de estas formas expresadas en el artículo 839 corresponde a los herederos, sean voluntarios o forzosos, testados o abintestato, o, incluso, legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, ya sean descendientes, ascendientes o colaterales del causante o, incluso, extraños al mismo, y tanto si dicha cuota viudal recae sobre el tercio de mejora como en el de libre disposición, y desde esta óptica, en consonancia a que la mención de «herederos» se refiere sólo a los «afectados» por el usufructo de la viuda, a quienes compete la posibilidad de elegir entre las distintas opciones establecidas en el artículo 839, al tratarse de una carga sobre su porción hereditaria.

### C) Necesidad de acuerdo de los herederos para la conmutación

Parece exigirse el acuerdo unánime de los herederos, más exactamente, como afirma la STS de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8549), el de aquellos afectados por los bienes sobre los que recae el usufructo (por ejemplo, hijos mejorados), tanto para la conmutación como para la propia forma de hacerla respecto de las alternativas que contempla la norma de manera que, en otro caso, no podrá realizarse la conmutación –*vid.*, en este sentido, SAP de Cantabria, Sección 3.<sup>a</sup>, de 25 de septiembre de 2003 [AC 2003, 1949]– pues la posibilidad de decisión judicial que recoge el propio artículo 839 CC, como se dice a continuación, no es para suplir la discrepancia entre los colegitimarios, sino la del cónyuge viudo en cuanto a la forma de conmutación.

La referencia legal al «mutuo acuerdo» debe entenderse a los propios herederos legitimados para instar la conmutación, sin que se requiera el acuerdo del cónyuge viudo para el hecho de la conmutación y aun en el supuesto de que también sea heredero [STS de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8549). En sentido aparentemente contrario la STS de 4 de octubre de 2001 (RJ 2002, 7542) que exige el acuerdo del cónyuge para la conmutación y que en defecto del mismo será acordada por el juez. También implícitamente la SAP de Castellón, Sección 3.<sup>a</sup>, de 12 de marzo de 2001 (AC 2001, 1657)].

### D) Forma de conmutación

Según el artículo 839 CC los herederos pueden optar por conmutar el usufructo asignando al cónyuge viudo una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, pero para ello se requiere el acuerdo del cónyuge y, en su defecto, decisión judicial. Como se dijo, no sobre la conmutación, sino sobre la forma de hacerla pues es en este contexto en donde ha de interpretarse la referencia legal de «procediendo de mutuo acuerdo» [así SAP de Ourense, Sección Única, de 13 de enero de 1998 (AC 1998, 80)], aunque ello puede también estimarse como una conclusión no definitiva, dado que cabe interpretar que el mutuo acuerdo puede referirse exclusivamente a la cuantificación concreta, correspondiendo a los herederos la opción que estiman más conveniente –así lo entiende la SAP de Castellón, Sección 3.<sup>a</sup>, de 12 de marzo de 2001 (AC 2001, 1657) e implícitamente SAP de Ourense, Sección Única, de 15 de octubre de 1999 (AC 1999, 1815)–.

En todo caso, si los herederos mayores de edad están de acuerdo con el cónyuge, pueden conmutarlo como quieran, sin ceñirse a las tres formas del artículo 839 CC, dado que se aplica la regla general del artículo 1058 CC en el sentido de que los herederos mayores de edad que tuvieren la libre administración de sus bienes pueden distribuirse la herencia de la forma que estimen conveniente. Sin embargo, si existen menores, únicamente puede conmutarse según la forma establecida en el artículo 839 CC, pues la autorización judicial sólo puede referirse a uno de los tres supuestos [STS de 28 de junio de 1962 (RJ 1962, 3094)]. Si no hay acuerdo con el cónyuge, entonces tampoco es posible imponer una forma de conmutación que no sea una de las del artículo 839 CC, en concreto no es posible sustituir la entrega de un capital en efectivo por la propiedad de unos bienes [así STS de 10 de abril de 1982 (RJ 1982, 1943), SAP de Ourense, Sección 1.<sup>a</sup>, de 21 de junio de 2003 (JUR 2004, 270525)].

### E) Conmutación a instancia del cónyuge

Según el artículo 840 CC, en la redacción dada por la Ley 15/2005, cuando el cónyuge viudo concurre con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios. Nótese que ahora el precepto es aplicable siempre que el cónyuge concurre con hijos sólo del causante, con independencia del tiempo de su nacimiento, y si bien falta la referencia del suprimido artículo 837.2 CC, debe considerarse inaplicable cuando el cónyuge concurre simultáneamente con hijos comunes y sólo del causante.

En el supuesto del artículo 840 CC, el derecho de conmutación pertenece al cónyuge, que sí lo puede exigir e imponer a los herederos, y, además, en los términos del propio precepto, que reduce las posibilidades de conmutación a que los hijos satisfagan el usufructo, a elección de ellos, bien asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios. La elección, a diferencia del artículo 839 CC, no requiere conformidad del cónyuge ni decisión judicial, aunque ésta es posible si el cónyuge viudo no se conforma con la asignación discrepando de su cuantía. Lo que sí parece requerirse es la unanimidad de los hijos, o al menos aquellos afectados por la mejora objeto del usufructo, y ante su falta, dado que el derecho a la conmutación del cónyuge viudo no puede depender de los hijos sólo del causante, será procedente decisión judicial sobre una de las alternativas del artículo 840 CC.

Es discutible si el artículo 840 CC excluye la aplicación del artículo 839 CC cuando el cónyuge viudo no hace uso de su derecho de conmutación y sí quieren hacerlo los herederos hijos sólo del causante. La respuesta parece que debe ser negativa y éstos podrán instar la conmutación *ex* artículo 839 CC que debe ceder, sin embargo, ante el ejercicio simultáneo del derecho del cónyuge *ex* artículo 840 CC.

### X.5. Extinción del usufructo

En el Código Civil no se establece ninguna causa específica de extinción del usufructo del cónyuge viudo, por lo que son de aplicación las causas generales de los artículos 513 y siguientes CC. En concreto, no se extingue porque el cónyuge usufructuario contraiga nuevas nupcias.

## XI. EL USUFRUCTO UNIVERSAL DEL CÓNYUGE VIUDO

### XI.1. La realidad práctica del usufructo universal a favor del cónyuge viudo

En general se puede constatar que no son infrecuentes los supuestos en que el testador, por parecerle insuficiente el usufructo legal que concede el Código Civil en caso de concurrencia con los hijos (tercio de mejora del artículo 834 CC), lega al cónyuge viudo el usufructo universal, lo que en el régimen del Código Civil choca con la intangibilidad cualitativa de las legítimas<sup>28</sup>.

28. REAL PÉREZ, *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Madrid, 1988; SAPENA, «Viabilidad del usufructo universal del cónyuge viudo: su inscripción registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1974, pp. 861 y ss.; CARCABA FERNÁNDEZ,

## XI.2. El usufructo universal del cónyuge viudo en el CC

a) El usufructo universal del cónyuge viudo se extiende a los tercios de libre disposición y de mejora, lo cual es perfectamente posible, pero también al de legítima estricta, lo que choca con el sistema de la intangibilidad cualitativa de la legítima, que implica, como con carácter general establece el artículo 813 CC, que sobre la misma no se puede establecer gravamen alguno, salvo las excepciones legalmente previstas (artículos 782, 808, 824 CC), que en lo que se refiere al tercio de legítima estricta no afectan al cónyuge viudo.

b) No obstante, el usufructo universal del cónyuge viudo establecido por el testador no es nulo, sino que supone la aplicación de la llamada *cautela socini* del artículo 820.3.º CC<sup>29</sup>: si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador [por todas, STS de 10 de julio de 2003 (RJ 2002, 4628)], sin que, por otra parte, la posibilidad de elección que concede el artículo 820.3 CC tenga que ser atribuida por el testador a los legitimarios pues ya la concede directamente la ley, por lo que aun sin una cláusula testamentaria de tal tipo —aunque no sea infrecuente su inclusión en la práctica— el usufructo universal sigue siendo en principio válido [STS de 3 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9925)]<sup>30</sup>.

Téngase en cuenta que la referencia al «valor» que se tiene por superior a la parte disponible, como señala la SAP de Las Palmas, Sección 5.ª, de 9 de marzo de 2000 (AC 2000, 2181), no se refiere al posible valor económico del usufructo del cónyuge viudo que se pueda derivar de su capitalización atendida a la edad del usufructuario, sino el de los bienes gravados en relación con el tercio de libre disposición.

c) La elección corresponde a los herederos, pero es posible que el testador realice al cónyuge un legado alternativo consistente en el tercio de libre disposición o el usufructo universal. En tal supuesto, es necesario que le conceda expresamente la facultad de elección al cónyuge pues, en otro caso, y como consecuencia de la aplicación del artículo 1132 CC, al que se remite el artículo 874 CC, la elección correspondería a los herederos en los mismos términos que el artículo 820.3 CC.

d) El usufructo universal comprende ya el pago del usufructo legal como legítima del cónyuge viudo (artículo 834 CC) pero no lo absorbe, en el sentido de que la eventual renuncia al usufructo universal establecido por el testador no implica renuncia al usufructo legal, para lo que se debe exigir una renuncia expresa. Ello es importante tenerlo en cuenta para ulteriores transmisiones por los herederos de los bienes.

«Posibilidad en el Derecho común, de atribuir testamentariamente al cónyuge viudo el usufructo universal de los bienes del causante», *La Ley*, 1985-2, pp. 1145 y ss.

29. GULLÓN BALLESTEROS, «El párrafo 3.º del artículo 820 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pp. 875 y ss.; ROMERO COLOMA, «Análisis y valoración del usufructo univocal viudal y la cláusula de opción compensatoria de la legítima», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1997, pp. 1777 y ss.

30. Sobre esta cuestión, *vid.* el comentario a la sentencia de REAL PÉREZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, enero-marzo 2002, pp. 395 y ss.

## XII. CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA

### XII.1. Norma general

De acuerdo con el artículo 818 CC, para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables. Es decir, en términos utilizados habitualmente, ha de tenerse en cuenta el *relictum* y el *donatum*<sup>31</sup>.

### XII.2. Composición del *relictum*

a) Bienes existentes en el momento del fallecimiento deducidas las deudas y cargas, sin comprender en ellas las impuestas en el testamento (artículo 818, párrafo 1.º, CC).

b) No se descuenta lo pagado por el impuesto de sucesiones (cuando proceda y no esté exento), dado que dicho pago constituye deuda del heredero y no deuda o carga de la herencia.

c) Bienes que no se incluyen: los objetos de reversión legal (artículo 812 CC), reserva lineal (artículo 811 CC) y reserva viudal (artículo 968 CC), así como los bienes con destino determinado como sustituciones fideicomisarias (artículo 781 CC)<sup>32</sup>. Se computan para el cálculo de la legítima de la heredera reservataria, pero no para la que no lo es.

d) La exclusión del artículo 822 CC: según esta norma, la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella. Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la Ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible. Obviamente, las especialidades del artículo 822 CC sólo son aplicables al supuesto en él regulado y con los requisitos exigidos, de manera que a falta de éstos o si se trata de cualquier otro derecho de uso conferido a un heredero forzoso o a un extraño, en cuanto forma parte de la herencia y tiene valor económico es totalmente computable a efectos de legítimas [*vid.* SAP de Baleares, Sección 4.ª, de 13 de febrero de 2001 (AC 2001, 2429)].

e) Valoración del *relictum*: no tanto al fallecimiento (artículo 818.1 CC) sino a la partición (artículo 1074 CC) o pago de la legítima (artículo 847 CC)<sup>33</sup>.

31. PUIG FERRIOL, «Cómputo de la legítima», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1971, pp. 475 y ss.

32. Sobre la relación entre las legítimas y la reserva del artículo 811 CC, *vid.* SAP de Castellón de 26 de diciembre de 2002 (LA LEY JURIS: 1315699/2002).

33. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Momento de la valoración del caudal relicto y de las donaciones a efectos del cálculo de las legítimas», *Revista General de Derecho*, mayo 1993, pp. 4301 y ss.

### XII.3. Composición y valoración del *donatum*

a) Se trata de traer a la cuenta de la herencia para el cálculo de la legítima todas las donaciones colacionables, entendiendo por tales no sólo aquellas que deben de ser objeto de colación entre los herederos forzosos (artículo 1035 CC), sino todas las realizadas en vida por el causante, tanto a herederos forzosos como a extraños. Constituye pues un supuesto de colación amplia y distinta a la colación estricta del artículo 1035 CC –STS de 19 de julio de 1982 (RJ 1982, 4256)– y que debe ser realizada para el cálculo de las legítimas y comprobación de que no existe vulneración de las mismas, incluso aunque el donante hubiese dispensado de la colación (artículo 1036 CC). Por ello mismo debe hacerse incluso cuando se trata de un solo legitimario y tiene que calcularse la legítima en relación con un heredero extraño.

b) Valoración del *donatum*: El Código Civil no establece una norma específica sobre cómo ha de realizarse la valoración de las donaciones que en el ámbito del artículo 818 CC se califican de colacionables. Sin embargo, ninguna dificultad existe en aplicar otros preceptos que expresamente se refieren al cálculo de la legítima. Así, el artículo 847 CC, dentro del pago en metálico, señala que para fijar la suma que haya de abonarse a los hijos o descendientes se atenderá al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos o rentas hasta entonces producidas. Por su parte, el artículo 1045 CC, dentro de la colación entre coherederos forzosos establece que no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios. Es decir, valoración al tiempo de hacerse la partición y pago de la legítima. En todo caso, la colación dentro del ámbito del artículo 818 CC también es una agregación del valor, no del bien [así SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 15 de septiembre de 2003 (JUR 2004, 31108)].

## XIII. LA COLACIÓN: ÁMBITO Y SIGNIFICADO

### XIII.1. Significado de la colación

Como se ha dicho, consiste en traer a la cuenta de la herencia (activo) las donaciones realizadas en vida por el causante. La colación es una operación particional, no una forma de protección de la legítima, que sirve para fijar lo que el heredero forzoso debe percibir [STS de 15 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1484)]<sup>34</sup>. Sólo se colacionan atribuciones a título gratuito, no a título oneroso [SSTS de 22 de abril de 2003 (RJ 2003, 3719), 6 de abril de 1998 (RJ 1998, 1913)] en tanto que la legítima no limita las facultades de disposición del causante con causa onerosa, salvo que se demuestre simulación de contrato o fraude a los derechos de los herederos forzosos [STS de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 2200)]<sup>35</sup> por lo que ocasionalmente es necesario el ejercicio de una acción de simulación relativa. Por otra parte, no se colacionan todas las donaciones ya que, además de las dispensadas por el donante o cuando el he-

34. MUÑOZ GARCÍA, *La colación como operación previa a la partición (distinción de otras figuras afines a la misma)*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

35. GALVÁN GALLEGOS, «Compraventa y futuras legítimas (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001)», *Actualidad Civil*, 2002-4, LXI.

redero repudia la herencia (artículo 1036 CC), algunas están exceptuadas de computación en razón a sus circunstancias, como pueden ser las donaciones remuneratorias, onerosas y modales en aquello en que la carga o servicio remunerado absorbe el valor de lo donado<sup>36</sup>, o las donaciones usuales [STS de 21 de abril de 1990 (RJ 1990, 2762)]. La colación en sentido estricto sólo es necesaria cuando concurren herederos forzosos (artículo 1035 CC) aunque en el ámbito del artículo 818 CC también ha de hacerse para calcular la legítima del único legitimario cuando es instituido heredero un tercero. Se da tanto en la sucesión testada como intestada.

### XIII.2. Clases de colación

Colación en sentido amplio o computación de todas las donaciones realizadas por el causante para el cálculo de la legítima, a que se refiere el artículo 818.2 CC, y colación en sentido estricto, entre coherederos forzosos regulada en el artículo 1035 CC [SSTS de 17 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2161)<sup>37</sup>, 21 de abril de 1990 (RJ 1990, 2762)]. En la colación de las donaciones realizadas a extraños se imputan al tercio libre (artículos 636 y 819.2 CC) y en el exceso se reducen (artículo 654 CC).

### XIII.3. Colación entre herederos forzosos

Según el artículo 1035 CC, el heredero forzoso que concorra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.

### XIII.4. Fundamento

Se considera que el fundamento de la colación entre coherederos forzosos es que salvo voluntad del testador, al fallecimiento del causante se igualan todos los legitimarios. Es decir, que el que ha recibido una donación en vida, al fallecimiento del causante no entrará con los colegitimarios a partes iguales en el haber hereditario existente (*relictum*), sino que se igualarán todos. Así, las donaciones realizadas en vida a los legitimarios, salvo expresión contraria, no son mejoras (artículo 825 CC) sino anticipo de legítima (artículo 819.1 CC). Por eso, como señala el artículo 1036 CC, la colación no tiene lugar cuando el testador dispone lo contrario y no se perjudican las legítimas [STS de 21 de abril de 1997 (RJ 1997, 3248)]. Pero aun en este caso han de incluirse en el inventario y traerse a la cuenta de la herencia dentro del *donatum* del artículo 818 CC [STS de 21 de abril de 1990 (RJ 1990, 2762)].

36. Las donaciones remuneratorias y/u onerosas en principio no están excluidas de la colación, aunque en definitiva dependerá, como dice la STS de 14 de julio de 1988, de que exista un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento gratuito del donatario. *Vid.* el comentario de MALUQUER DE MOTES, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 18, septiembre-diciembre 1988, pp. 782 y ss.

37. Puede verse el comentario a esta sentencia de MALUQUER DE MOTES, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 20, abril agosto, 1989, pp. 445 y ss.

## XIV. SUJETOS DE LA COLACIÓN

### XIV.1. Los herederos forzosos

Según el artículo 1035 CC son los herederos forzosos que concurran en la partición los que tienen obligación de colacionar. Por ello, no está sujeto a colación el legitimario que no es heredero por repudiar la herencia, sin perjuicio de la posible inoficiosidad de la donación (artículo 1036 CC), que será imputada íntegramente al tercio de libre disposición y no a la legítima como se derivaría del artículo 819 CC, aunque tal conclusión no es del todo pacífica en la doctrina<sup>38</sup>.

### XIV.2. Legatarios y cónyuge viudo

No está sujeto a colación el legatario, ni el heredero de cosa cierta, que según el artículo 768 CC será considerado legatario, ni el legatario de parte alícuota, que no deja de ser legatario aunque se compute en el tercio de libre disposición a efectos del artículo 818.2 CC. Tampoco el cónyuge viudo que, sin perjuicio de la polémica sobre esta cuestión, a estos efectos, no se considera heredero forzoso [STS de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8549)].

### XIV.3. Herederos legitimarios por derecho de representación

Conforme artículo 1038 CC, cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado. También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los coherederos.

### XIV.4. Donaciones realizadas a los nietos

Como regla general no son colacionables por el padre cuando éste es el heredero forzoso y concurre a la partición (artículo 1039 CC) pues es una atribución patrimonial realizada a favor del nieto y no del heredero forzoso que según el artículo 1035 CC es el presupuesto de la colación. Pueden ser mejora si así se establece por el donante (artículos 823 y 825 CC), y en otro caso se computarán en el tercio libre a efectos del artículo 818.2 CC. Excepcionalmente sí son colacionables si es el propio nieto quien hereda y concurre a la partición por derecho de representación, teniendo que colacionar las donaciones recibidas del causante por su progenitor y por él mismo, salvo que el causante haya dispuesto lo contrario. En este caso deberá respetarse su voluntad en tanto no perjudique a la legítima de los coherederos (artículo 1038 CC).

38. Vid. GETE-ALONSO CALERA, «Comentario a la STS de 20 de junio de 1986», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 3856 y ss.

#### XIV.5. Donaciones realizadas al consorte del hijo

Según el artículo 1040 CC, tampoco se traerán a colación las donaciones hechas al consorte del hijo; pero, si hubieren sido hechas por el padre conjuntamente a los dos, el hijo estará obligado a colacionar la mitad de la cosa donada.

#### XIV.6. Donaciones realizadas por ambos cónyuges

La donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos. La hecha por uno solo se colacionará en su herencia (artículo 1046 CC).

### XV. BIENES COLACIONABLES Y NO COLACIONABLES

#### XV.1. Bienes colacionables

a) Según el artículo 1035 CC, son colacionables todos los bienes recibidos por donación o cualquier otro título gratuito. Ello comprende la condonación, pago de deuda a tercero por cuenta del legitimario, etc.

b) Otros supuestos: serán colacionables las cantidades satisfechas por el padre para redimir a sus hijos de la suerte de soldado, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos (artículo 1043 CC). Por su parte, el artículo 1044 CC señala que los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento.

#### XV.2. Bienes no colacionables

a) No son colacionables, por así establecerlo el artículo 1041 CC, los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre. Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.

b) Tampoco serán colacionables si existe una disposición en contra a la misma del donante (artículo 1036 CC), bien en la donación o en testamento<sup>39</sup>. Aunque es discutible, generalmente se admite que en el testamento puede cambiar de opinión respecto de la dispensa de colación realizada en la escritura de donación, pues tal manifestación se enmarca dentro del principio de autonomía de la voluntad y de las disposiciones que han de producir su eficacia *mortis causa* por lo que estarían regidas por el principio esencial de la revocabilidad recogido en el artículo 737 CC al ser lo primordial la última voluntad del testador [en este sentido, *vid.* SAP de Badajoz, Sección 1.ª, de 16 de enero de 2001 (AC 2001, 622) e igualmente la STS de 17 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2161)].

39. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», *Anuario de Derecho Civil*, XLVIII, julio-septiembre 1995, pp. 1105 y ss.; ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Algunas cuestiones sobre la colación y su dispensa en relación con la protección de las legítimas», *Actualidad Civil*, 1998-1, XII.

La donación no colacionable no se imputa a la legítima (artículo 819 CC), pero no puede prescindirse de ella ya que debe traerse al inventario y computarse de acuerdo con el artículo 818.2 CC para determinar si el testador se ha extralimitado en sus facultades y su eventual reducción por su posible inoficiosidad<sup>40</sup>, imputándose al tercio libre (artículo 818.2 CC).

### XV.3. Bienes colacionables si lo dispone el causante o perjudican las legítimas

a) Bienes dejados en testamento: la regla general es que no son colacionables salvo voluntad contraria del testador, quedando en todo caso a salvo las legítimas (artículo 1037 CC). Estrictamente hablando la voluntad contraria del testador no implica que lo dispuesto en testamento sea colacionable, sino imputación o pago de legítima.

b) Gastos a los que se refiere el artículo 1042 CC: no se traerán a colación, sino cuando el padre lo disponga o perjudiquen a la legítima, los gastos que éste hubiere hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística; pero cuando proceda colacionarlos, se rebajará de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres [*vid.* STS de 15 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1484)].

### XV.4. Supuesto dudoso

En principio no es excepción de la colación como donación las aportaciones al patrimonio protegido (EM Ley 41/2003). Pero sí lo parece dado que la EM lo declara implícitamente incluido en el nuevo artículo 1041 CC.

## XVI. FORMA DE REALIZARSE LA COLACIÓN Y EFECTOS

### XVI.1. Regla general

A pesar de la dicción literal del artículo 1035 CC, como dice expresamente el artículo 1045 CC, no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios. Se trata, pues, de una colación por imputación del valor, no colación por aportación. Es derecho imperativo, por lo que no puede ser impuesta por el testador la colación *in natura*.

### XVI.2. Valoración de las donaciones

Según el artículo 1045 CC deben valorarse con referencia al tiempo en que se evalúen, que para la STS de 4 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8526), no es otro que la partición, aunque ésta se haya retrasado. En todo caso se excluye que la valoración se haga con referencia al tiempo de la donación.

40. SSTS de 21 de abril de 1997 (RJ 1997, 3248), 21 de abril de 1990 (RJ 1990, 2762), 16 de junio de 1962 (RJ 1962, 3248).

### XVI.3. Riesgos

Según el párrafo 2.º del artículo 1045 CC, el aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario. Así pues, los riesgos recaen sobre el donatario. Ahora bien, por su importancia económica conviene tener en cuenta que se considera que los aumentos de valor derivados de los procesos urbanísticos, recalificación de terrenos, creación de infraestructuras, etc., no son incluibles en el artículo 1045.2 CC en tanto que no constituyen cambios físicos del inmueble donado por lo que se computan a favor –o en su caso en contra– de la masa hereditaria [STS de 17 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10696)<sup>41</sup>, SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 30 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 28282)].

### XVI.4. Régimen de los frutos e intereses

Los frutos e intereses de los bienes sujetos a colación no se deben a la masa hereditaria sino desde el día en que se abra la sucesión. Para regularlos, se atenderá a las rentas e intereses de los bienes hereditarios de la misma especie que los colacionados (artículo 1049 CC).

### XVI.5. Efectos de la colación

La finalidad de la colación es que todos los herederos forzosos queden igualados tras el fallecimiento del causante y la partición hereditaria. Por eso el efecto que se produce es que el donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad (artículo 1047 CC). No pudiendo verificarse lo prescrito en el artículo anterior, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria (artículo 1048 CC).

### XVI.6. Contienda entre los coherederos sobre la colación

Si entre los coherederos surgiera contienda sobre la obligación de colacionar o sobre los objetos que han de traerse a colación, no por eso dejará de proseguirse la partición, prestando la correspondiente fianza (artículo 1050 CC).

## XVII. IMPUTACIÓN DE DONACIONES Y LEGADOS

### XVII.1. Concepto de imputación

Dentro de las operaciones particionales para el cálculo y pago de la legítima, ha de distinguirse la computación de las donaciones –aquellas que han de traerse a la cuenta de la herencia en el ámbito de los artículos 818 y 1035 CC– de la imputación, es decir, previa

41. Puede verse el comentario a esta sentencia de LOBATO GÓMEZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 31, enero-marzo 1993, pp. 104 y ss.

computación, determinar en qué tercio han de considerarse incluidas [*vid.* STS de 15 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1484)] para establecer, en su caso, la posible inoficiosidad y correspondiente reducción. Lo mismo es aplicable a las disposiciones testamentarias realizadas por el causante.

## XVII.2. Donaciones

a) Las donaciones hechas a extraños se imputan al tercio de libre disposición y en lo que no quepan se reducen por inoficiosos (artículo 819.2 CC).

b) Las donaciones hechas a hijos legitimarios como regla general, tal y como señala el artículo 819.1 CC, se imputan a la legítima estricta [STS de 15 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1484)]<sup>42</sup>. Sólo se imputan como mejora si así se ha establecido por el donante, sin que se presuma tal carácter (artículo 825 CC). Si no caben en el tercio de legítima estricta se imputan al tercio de libre disposición, y si tampoco caben se reducirán por inoficiosas. Estas donaciones con carácter general son colacionables (artículo 1035 CC).

c) Donaciones a otros descendientes: se imputan al tercio de mejora si así lo estableció el donante (artículo 825 CC). En otro caso, como no son legitimarios, se consideran extraños y se imputan al tercio de libre disposición, sin que los padres tengan que traer a colación la donación (artículo 1039 CC).

## XVII.3. Atribuciones hechas en testamento

a) Hechas a extraños: se imputan al tercio de libre disposición.

b) Hechas a legitimarios: se imputan a la legítima estricta, salvo que se especifique por el testador que lo son en concepto de mejora o el supuesto del artículo 828 CC, que implica que lo que no quepa en el tercio de legítima se imputa al tercio de libre disposición, y lo que no quepa en él —a diferencia de las donaciones que tienen que reducirse— se imputa al tercio de mejora, constituyendo un supuesto excepcional de mejora táctica<sup>43</sup>.

## XVII.4. Reducciones de donaciones y legados

Una vez producida la imputación de las donaciones y legados a los respectivos tercios, dependiendo de si lo son a favor de herederos forzosos, descendientes o extraños y de la voluntad del donante o testador, puede suceder que haya un exceso en cuyo caso será necesario proceder a la reducción de donaciones y legados, conforme a las reglas establecidas en los artículos 820 y siguientes, que serán examinadas a continuación.

42. GALVÁN GALLEGOS, «Donaciones imputables a la legítima y donaciones colacionables (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2001)», *Actualidad Civil*, 2001-4, LXVI.

43. Puede verse VALLET DE GOYTISOLO, «Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios», *Revista de Derecho Privado*, 1984.

## XVIII. TÍTULOS HÁBILES PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA

### XVIII.1. Regla general

El derecho a la legítima no implica necesariamente la institución de heredero, pero debe recordarse que constituye *pars bonorum* y no *pars valoris* salvo excepciones de pago en metálico (artículos 841 y siguientes CC), por lo que tiene que ser pagada en bienes de la herencia, y además, bienes de cada herencia del padre o madre o línea de la que proviene, con la excepción del artículo 831.3 CC.

### XVIII.2. Atribución de la legítima por el testador

Del artículo 815 CC se desprende que el testador puede atribuirle la legítima al heredero forzoso por cualquier título, bien sea *inter vivos* o *mortis causa*. En la práctica es frecuente que se atribuya la legítima implícitamente a través de la institución de heredero, sin más, por lo que el heredero forzoso percibirá generalmente más de lo que por legítima le corresponde –sin perjuicio de problemas de colación o legados y donaciones inoficiosas–. Pero también puede atribuirse tan sólo la legítima como legado, bien de cosa determinada o bien como un legado de parte alícuota, que se calcula después de deducidas las cargas y deudas; pero en este caso no responde de las deudas. También puede atribuirse la legítima, lo que es más raro pero posible, a título de heredero, en cuyo caso la institución lo es exclusivamente como heredero hasta donde alcance la cuantía de su legítima, pero sin la fuerza expansiva del sucesor a título universal con la consecuencia de que el legitimario-heredero responderá también del pago de las deudas hereditarias, cosa que no sucede si tal sólo es legatario de la legítima.

### XVIII.3. Atribución por donación

La legítima puede ser satisfecha sin atribución patrimonial testamentaria alguna por haber sido pagada ya en vida a través de donaciones *inter vivos*. Recordemos que las donaciones son anticipo de legítima y no mejora (artículos 819 y 825 CC), y que estas donaciones son objeto de colación (artículo 1035 CC) salvo voluntad del testador de no colacionar (artículo 1036 CC); pero siempre se computan a efectos del artículo 818 CC.

## XIX. EXCEPCIONES A LA LEGÍTIMA COMO *PARS BONORUM*: SUPUESTOS DE PAGO EN METÁLICO

### XIX.1. Partición por el testador con pago en metálico de la legítima

La regla general de que la legítima ha de ser satisfecha con bienes de la herencia tiene una excepción concreta en el supuesto del artículo 1056.2 en la redacción dada por la Ley 7/2003, de 1 de abril: si el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este

artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.

### **XIX.2. Mejora en cosa determinada**

Según el artículo 829 CC, si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.

### **XIX.3. Supuestos generales de pago en metálico de la legítima**

Los artículos 841 y siguientes CC<sup>44</sup>.

#### **A) Supuestos**

El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios. También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador partidor dativo a que se refiere el artículo 1057 del Código Civil (artículo 841 CC).

#### **B) Opción del heredero obligado al pago en metálico**

No obstante lo dispuesto en el artículo 841 CC, cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia, debiendo observarse, en tal caso, lo prescrito por los artículos 1058 a 1063 de este Código (artículo 842 CC).

#### **C) Aprobación de la partición o pago**

Salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación judicial (artículo 843 CC). La aprobación está referida estrictamente al ejercicio de la facultad de pago en metálico de la legítima, no a su existencia.

44. VATTIER FUENZALIDA, «El pago en metálico de la legítima de los descendientes», *Revista de Derecho Privado*, mayo 1983; DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Madrid, 1989; VALLET DE GOYTISOLO, «Nuevos supuestos de pago en dinero de las legítimas después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia*, núm. II, 1983, pp. 113 y ss.; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la Ley de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia*, núm. II, 1983, pp. 125 y ss.

**D) Cálculo de la suma a abonar**

Para fijar la suma que haya de abonarse a los hijos o descendientes se atenderá al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos o rentas hasta entonces producidos. Desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal (artículo 847 CC).

**E) Tiempo y forma de pago de la legítima**

La decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. El pago deberá hacerse en el plazo de otro año más, salvo pacto en contrario. Corresponderán al perceptor de la cantidad las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad. Transcurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos o descendientes por el testador o el contador-partidor y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición (artículo 844 CC).

**F) Garantías del pago**

Anotación preventiva (artículo 48 LH). La adjudicación a los herederos se inscribe con la observación del artículo 844 CC (artículo 80.2 LH). En último término pasan a ser acreedores de la herencia.

**XX. PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA: INTANGIBILIDAD CUANTITATIVA Y CUALITATIVA**

El legitimario tiene derecho a percibir la legítima en la cuantía que le corresponde y sin más gravámenes que los permitidos expresamente por la Ley (artículo 813 CC). En caso de que el testador vulnere cuantitativa o cualitativamente la legítima el heredero forzoso dispone de las acciones de protección de su derecho, como la acción de reclamación, suplemento, reducción de donaciones y legados inoficiosos, preterición o desheredación<sup>45</sup>.

**XXI. INDISPONIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA FUTURA**

Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción (artículo 816 CC). En el régimen del Código Civil esta prohibición es absoluta fuera de la promesa de mejorar o no mejorar (artículo 827 CC). Se entiende legítima futura aquella en que todavía no se ha producido la delación hereditaria por fallecimiento del causante y apertura de la sucesión (artículo 657 CC).

45. Vid. FUENMAYOR CHAMPIN, «Intangibilidad de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, 1948, pp. 46 y ss.

## XXII. INTANGIBILIDAD CUALITATIVA Y PROHIBICIÓN DE GRAVÁMENES

### XXII.1. Regla general

La legítima, salvo los supuestos de pago en metálico (artículos 829, 1056 y 841 y ss. CC) y especialidad derivada de la delegación de la facultad de mejorar (artículo 831.3 CC), ha de percibirse en bienes de la herencia sin más cargas ni gravámenes que los permitidos por la Ley. Así, el artículo 813 CC, después de decir que el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley, añade que tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados<sup>46</sup>.

### XXII.2. Excepciones legales sobre el tercio de mejora

El tercio de mejora se encuentra gravado con el usufructo a favor del cónyuge viudo (artículo 834 CC), pero salvo eso no se puede gravar a favor de ningún extraño aunque sí a favor de otros legitimarios o sus descendientes (artículo 824 CC), lo cual es lógico si pensamos que más que el gravamen a su favor habría podido disponer del propio tercio (artículo 823 CC).

### XXII.3. Excepciones legales sobre el tercio de legítima estricta

También son una excepción los gravámenes que se pueden establecer sobre la legítima estricta –lo más excepcional de todo– única y exclusivamente en el supuesto de hijos o descendientes incapacitados. Así, según el artículo 808 CC, cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. Esta previsión legal está aparentemente corroborada en el artículo 782 CC al establecer que las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes.

### XXII.4. Vulneración cualitativa

La más frecuente en la práctica la constituye el usufructo universal del cónyuge viudo que ha de ponerse en relación con el artículo 820.3 CC.

## XXIII. INTANGIBILIDAD CUANTITATIVA

El legitimario tiene que percibir la cuantía que le corresponde y se produce una violación cuantitativa de la legítima cuando no percibe nada –preterición (artículo 814 CC) o des-

46. REAL PÉREZ, *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Madrid, 1988.

heredación injusta (artículo 851 CC)– o no percibe todo lo que le corresponde –acción de suplemento (artículo 815 CC)– .

## XXIV. ACCIÓN DE SUPLEMENTO

### XXIV.1. Supuestos

Según el artículo 815 CC, el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma<sup>47</sup>. La acción de suplemento entonces procede cuando el legitimario por cualquier título ha percibido algo pero no en la cuantía que le corresponde. Pero es la acción que procede, y no la de reclamación, que corresponde cuando el legitimario no ha recibido nada ni como anticipo ni en el testamento [STS de 27 de enero de 1989 (RJ 1989, 131)], preterición o desheredación injusta, si el legitimario percibe algo, por poco que sea: debe plantear la acción de suplemento.

### XXIV.2. Características

Es una acción personal en la que la legitimación activa la ostenta el legitimario y la pasiva el heredero –o el donatario o legatario cuya atribución patrimonial haya de ser objeto de reducción– para reclamar el complemento de legítima, que como regla general ha de verificarse con bienes de la herencia, no en metálico –*pars bonorum*–. Si es en metálico por ser un supuesto en los que el Código Civil autoriza el pago en metálico de la legítima, se deben intereses desde el fallecimiento del causante [SSTS de 21 de mayo de 1963 (RJ 1963, 2745) y 7 de julio de 1995 (RJ 1995, 5565)].

### XXIV.3. Tiempo de ejercicio y prescripción

La acción de suplemento de legítima sólo puede plantearse una vez que se ha determinado el *quantum* de la misma conforme el artículo 818 CC verificado dentro de las operaciones particionales, pues es entonces cuando se conocerá la cuantía de lo percibido y de lo que se debía percibir<sup>48</sup>. Es cuestión discutible cuál es el plazo de prescripción de esta acción, si 15 ó 30 años. La doctrina se inclina por los 30 años.

## XXV. ACCIÓN DE REDUCCIÓN DE DONACIONES Y LEGADOS

### XXV.1. Consecuencias de la vulneración de la legítima

En general las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa* que perjudiquen cuantitativa o cualitativamente las legítimas no son nulas sino que, a través de la acción de suplemento, de reclamación o específicamente de reducción por inoficiosidad, han de ser objeto de reducción –STS de 28 de febrero de 1966 (RJ 1966, 2608)– para que pueda pagarse al legitimario lo que por

47. VALLET DE GOYTISOLO, «El complemento de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, 1973, pp. 3 y ss.

48. STS de 8 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2023), SAP de Cantabria, Sección 3.ª, de 21 de junio de 2004 (JUR 2004, 192457), SAP de Almería, Sección 1.ª, de 20 de marzo de 2001 (AC 2001, 1146).

legítima le corresponde, pero subsistiendo eficaces las disposiciones patrimoniales que quedan una vez satisfechos los derechos de legítima. Esto es lo que, en último término, recoge el artículo 817 CC: las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas.

## XXV.2. Vulneración de legítimas y fraude

La regla general de que frente a la vulneración de las legítimas por actos *inter vivos* o *mortis causa* del causante lo que procede es la reducción por inoficiosas de las donaciones y demás disposiciones subsistiendo en lo que queden, tiene como excepción las donaciones, normalmente simuladas encubiertas bajo forma de compraventa, realizadas en fraude de los derechos de los legitimarios. Sin perjuicio de los problemas de la propia validez de la donación encubierta cuando se trata de inmuebles en relación con el artículo 633 CC, en que la jurisprudencia se muestra contradictoria, o de la dificultad de demostrar que la donación es fraudulenta, es lo cierto que cuando se aprecia tal circunstancia la consecuencia no es la reducción por inoficiosa hasta el pago de la legítima, sino la nulidad de pleno derecho de toda la donación por causa ilícita del artículo 1275 CC [SSTS de 24 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2398), 5 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3897), 20 de abril de 2000 (RJ 2000, 2020)].

## XXV.3. Legitimación activa

La reducción de los legados y donaciones inoficiosos procede exclusivamente a petición de los legitimarios. Así, dice el artículo 655 CC que sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho a legítima o a una parte alícuota de la herencia, y sus herederos o causahabientes. A pesar de la dicción literal del artículo 655 CC se le niega legitimación al mero legatario de parte alícuota que no sea legítimo, como corrobora el propio artículo 817 CC.

## XXV.4. Reducción de las donaciones

### A) Tiempo de ejercicio de la acción de reducción

La inoficiosidad de las donaciones se funda en el artículo 636 CC y sólo se puede establecer al fallecimiento del causante con herederos forzosos. Por ello la inoficiosidad no se determina a la fecha de la donación sino a la del fallecimiento del donante, y los futuros legitimarios carecen de toda acción para impugnar en vida del futuro causante los actos de disposición que éste realice [SSTS de 23 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7019), 20 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2541)]. Al mismo tiempo, no podrán renunciar a su derecho (de instar la reducción de las donaciones inoficiosas) durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento a la donación (artículo 655, párrafo 2.º, CC).

### B) Reducción de legados antes que las donaciones

En principio habrán de realizarse los cálculos de la legítima para determinar si las donaciones son o no inoficiosas, pero cabe acción directa cuando los bienes dejados tras el fallecimiento son prácticamente inexistentes [STS de 28 de febrero de 2002 (RJ 2002, 4148)]. En todo caso, fijada la legítima y su vulneración cuantitativa con la procedente reducción de disposiciones patrimoniales, el artículo 820.1 CC señala que se respetarán las donaciones

mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si fuere necesario, las mandas hechas en el testamento. En otras palabras, se respetan las donaciones y se reducen los legados.

### C) Forma de realizarse la reducción de donaciones

Si es necesario reducir las donaciones se hace por orden inverso de antigüedad o, lo que es lo mismo, no a prorrata sino enteramente la más reciente y siguientes en lo que sea necesario (artículo 656 CC). La reducción no afecta a los frutos que siguen siendo del donatario (artículo 654 CC). Se considera una acción personal, de restitución *in natura* o su valor si se ha perdido o ha sido enajenado, pero no se aplica el artículo 1045.1 CC —colación no por aportación sino de valor sólo referido a la colación *stricto sensu*—. Es decir, devolución del bien, y si la reducción no alcanza al total de la donación, habrá de devolverse *in natura* una cuota del bien donado que cubra la legítima, quedando así la cosa en copropiedad, en la proporción que corresponda, de donatario y legitimario, salvo que sea de aplicación el artículo 821 CC, al que remite el 654.2 CC.

### D) Plazo de ejercicio de la acción

Aunque para un sector de la doctrina y alguna sentencia [STS de 12 de julio de 1984 (RJ 1984, 3944)] es de naturaleza rescisoria, sometida al plazo de 4 años (artículo 1299 CC) y para otro es una acción personal al que se le aplica el plazo general de 15 años (artículo 1964 CC), la Jurisprudencia entiende aplicable, por analogía, el plazo de 5 años del artículo 646 CC [SSTS de 9 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2779) y 4 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1401)]<sup>49</sup>. Tal plazo se cuenta desde la apertura de la sucesión —pues sólo entonces, pudo saberse, computando el valor líquido de los bienes relictos, si las donaciones fueron o no inoficiosas (artículos 654, 818, 820 y 821 CC)— o, excepcionalmente, desde la determinación de la filiación del heredero forzoso, y considerándose que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción.

## XXV.5. Reducción de los legados

Está regulada en los artículos 820 y 821 CC.

### A) Orden de reducción

Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: 1.º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento. 2.º La reducción de éstas se hará a prorrata, sin distinción alguna. Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima. 3.º Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger

49. *Vid.* el comentario a esta sentencia de REAL PÉREZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 51, septiembre-diciembre 1999, pp. 948 y ss.

entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador (artículo 820 CC)<sup>50</sup>.

## B) Forma de reducción

Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero. El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere, el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima. Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados (artículo 821 CC).

## XXVI. PRETERICIÓN<sup>51</sup>

### XXVI.1. Requisitos previos

Para poder hablar de preterición se requiere que al fallecimiento del causante exista un legitimario con derecho a legítima (artículo 818, párrafo 4.º, CC). En el régimen del Código Civil, dada la indisponibilidad de la legítima y la intangibilidad de la misma, la existencia de las personas recogidas en el artículo 807 CC supone la existencia de legitimarios y, en consecuencia, la posibilidad de que se pueda producir preterición.

### XXVI.2. Concepto y supuestos de preterición

a) Para que se dé es necesario que el legitimario no haya recibido nada por cualquier título, *inter vivos* o *mortis causa*. En otro caso no hay preterición sino simple acción de suplemento de legítima (artículo 815 CC).

b) No obstante es discutible si hay preterición cuando el legitimario no es mencionado en el testamento y ha recibido donación en vida. Alguna sentencia [SSTS de 17 de junio de 1908, 1 de julio de 1969 (RJ 1969, 3824)] se ha pronunciado por la existencia de preterición atendiendo a que lo relevante es si el legitimario es o no mencionado en el testamento, aunque generalmente se considera que no, pues, como dice la STS de 15 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1484), «en nuestro sistema legitimario el testador puede dejar la legítima “por cualquier título”, sin excluir ninguno, por tanto *inter vivos* o *mortis causa*». Así lo dispone el artículo 815 del Código Civil. Por ello, asumiendo la doctrina de la STS de 20 de febrero de 1981 (RJ 1981, 534), se reafirma en que el heredero forzoso, a quien en vida haya hecho

50. POVEDA BERNAL, «Los artículos 820.2.ª, 887 y 891 del Código Civil: posible concurrencia e incompatibilidad», *Revista de Derecho Privado*, junio 1995, pp. 538 y ss.

51. RIVERA FERNÁNDEZ, *La preterición en el derecho común español*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994; DE PABLO CONTRERAS, «Sobre el concepto y los efectos de la preterición en el Código Civil», *Estudios jurídicos-Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de La Laguna*, t. II, 1993, pp. 609 y ss.; COBACHO GÓMEZ, «Notas sobre la preterición», *Revista de Derecho Privado*, 1983, pp. 403 y ss.; DOMÍNGUEZ RODRIGO, «El concepto de preterición en el artículo 814 del Código Civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1983, pp. 569 y ss.; LÓPEZ RENDO, «Reflexiones sobre la preterición en el Código Civil. Comentario al artículo 814 tras la reforma sufrida por Ley de 13 de mayo de 1981», *Actualidad Civil*, 1991-1, pp. 35 y ss.

alguna donación su causante, no puede considerarse desheredado ni preterido, y sólo puede reclamar que se complete su legítima, al amparo del artículo 815 CC<sup>52</sup>. No obstante, es de señalar cómo en la STS de 15 de febrero de 2001 la legitimaria era mencionada en el testamento, aunque sin realizarse a su favor atribución patrimonial alguna.

c) Si la donación fue anterior al testamento, en todo caso la preterición es intencional (artículo 814.1 CC), por lo que el resultado final es el mismo (complemento de legítima).

d) En cambio, no hay preterición si es mencionado en el testamento, aunque sólo sea para decir que ya ha recibido su legítima en vida y no se le realice atribución patrimonial alguna. La verdad o no de la aseveración conduce a la acción de suplemento, pero excluye la preterición.

f) La preterición sólo se puede dar en la sucesión testada y no existe si los legitimarios fallecen antes del testador aunque vivieran cuando se otorgó el testamento en el que fueron omitidos (artículo 814.4 CC). En sentido inverso, para que haya preterición es indiferente que el legitimario no existiera cuando se hizo testamento. Lo que se tiene en cuenta es si existe en el momento del fallecimiento.

### XXVI.3. Distinción entre la preterición intencional y errónea o no intencional

#### A) Concepto

Por sus diferentes consecuencias, se distingue entre la preterición intencional y la no intencional. En la primera, el testador de forma voluntaria omite toda referencia al legitimario en su testamento, al que tampoco ha realizado en vida ninguna atribución patrimonial [STS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 8237)]. En la segunda, la omisión es por error, bien material o por desconocimiento de la existencia o sobrevivencia del legitimario. Normalmente se considera que para que exista preterición intencional se exige que el testador conozca la existencia del legitimario omitido [SSTS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 8237), 7 de octubre de 2004 (RJ 20904, 6330)].

#### B) Prueba del carácter de la preterición

Aunque el CC no establece presunción alguna a favor o en contra de ninguna, en la práctica se exige que se pruebe la preterición intencional. En otro caso se considera no intencional. Es importante tener en cuenta que para decidir sobre si la preterición debe calificarse de intencional o no ha de estarse al propio testamento y a la realidad que, al tiempo de su otorgamiento, pudo contemplar y tener en cuenta el testador [STS de 23 de enero de 2001 (RJ 2001, 17)].

52. *Vid.*, en el mismo sentido, STS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 8237), SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, de 30 de octubre de 2003 (AC 2003, 1955), SAP de Jaén, Sección 3.ª, de 18 de diciembre de 2002 (AC 2003, 812).

### C) Problemas de calificación de la preterición en el supuesto de hijos

Se considera preterición no intencional cuando el heredero forzoso nace con posterioridad al testamento [STS de 30 de enero de 1995 (RJ 1995, 388)], a lo que se identifica la adopción posterior, aunque el testador voluntariamente no haya procedido a la modificación de su testamento. Conclusión similar se mantiene en el supuesto de cierta frecuencia en la práctica de otorgamiento de testamento y posterior sentencia de filiación declarando la misma sin modificar aquél, con la correspondiente polémica sobre si constituye preterición intencional o no. Las SSTS de 30 de enero de 1995 (RJ 1995, 388)<sup>53</sup> y 23 de enero de 2001 (RJ 2001, 997)<sup>54</sup>, consideran la preterición no intencional si no se modifica el testamento después del nacimiento de un hijo extramatrimonial reconocido pues, tengamos en cuenta, en el momento del otorgamiento del testamento –único respecto del que hemos de buscar e interpretar la voluntad del testador (artículo 675 CC)– no pudo darse intencionalidad de preterición de un hijo cuya filiación no había sido legalmente determinada [en el mismo sentido, STS de 1 de julio de 1969 (RJ 1969, 3824), sobre que la preterición ha de resultar exclusivamente del testamento].

Obviamente, si con posterioridad a la sentencia o reconocimiento se otorga testamento con preterición del descendiente, salvo error, sería intencional, pues no de otra manera se puede calificar el hecho de que sabiendo que se tiene un hijo no se le mencione en el testamento y no se le haga, o haya hecho *inter vivos*, una atribución patrimonial en pago de su legítima [vid., en tal sentido, afirmando que es una conclusión obvia la intencionalidad, SAP de A Coruña, Sección 3.ª, de 18 de julio de 2000 (AC 2001, 1759)].

### D) Efectos de la preterición intencional<sup>55</sup>

Se señalan en el párrafo 1.º del artículo 814 CC: la preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Es decir, el legitimario que ha sido preterido intencionalmente sólo puede reclamar su legítima estricta, a través de la reducción de las disposiciones patrimoniales, pero es válida la institución de heredero y legados a favor de otros legitimarios y extraños, incluso aunque hayan sido preteridos intencionadamente todos los legitimarios. Así pues, tiene los mismos efectos que la desheredación injusta del artículo 851 CC [SSTS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 8237), 6 de abril de 1998 (RJ 1998, 1913)<sup>56</sup>, 13 de julio de 1985 (RJ 1985, 4052)].

Obviamente, si se trata de preterición de todos los legitimarios o del único existente, la legítima alcanza los 2/3 de la herencia desde el momento en que el tercio de mejora es

53. Vid. el comentario de RIVERA FERNÁNDEZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 38, abril-agosto 1995, pp. 698 y ss.

54. Vid. el comentario de esta sentencia de RIVERA FERNÁNDEZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 56, abril-septiembre 2001, pp. 758 y ss.

55. MORENO DEL VALLE, «Los efectos de la preterición: aspectos doctrinales y jurisprudenciales», *Actualidad Civil*, 2002-1, XI; LINARES NOCI, «La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1988, pp. 1491 y ss.

56. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Comentario a la STS de 6 de abril de 1998», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 48, septiembre-diciembre 1998, pp. 1064 y ss.

legítima frente a extraños, y siempre calculada conforme al artículo 818 CC, es decir, no sólo en relación con los bienes dejados por el causante sino computándose las donaciones *inter vivos*<sup>57</sup>.

### **E) Efectos de la preterición no intencional del cónyuge y ascendientes**

La preterición no intencional del cónyuge viudo o de los ascendientes produce los mismos efectos que la preterición intencional: pueden reclamar lo que por legítima le corresponda, pero son válidas todas las disposiciones patrimoniales sin perjuicio de su reducción.

### **F) Efectos de la preterición no intencional de los hijos y descendientes**

Se distingue si son preteridos todos o sólo alguno o algunos. Si son preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial (artículo 814.1.º CC). En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas (artículo 814.2 CC)<sup>58</sup>. Los efectos no son automáticos (anulación de las disposiciones de contenido patrimonial) sino que requiere consentimiento de los afectados —que sería suficiente para reconocer extrajudicialmente el derecho del preterido realizando la partición adaptada a esta situación separándose de lo dispuesto en el testamento [RDGRN de 4 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3251) y STS de 14 de julio de 1995 (RJ 1995, 6010)]— o declaración judicial.

### **G) Derecho de representación del descendiente no preterido**

Lo descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos (artículo 814, párrafo 3.º, CC)<sup>59</sup>.

### **H) Plazo para el ejercicio de la acción de preterición**

Aunque es discutible, se entiende que es aplicable el plazo de 15 años del artículo 1964 CC.

57. Vid. STS de 7 de octubre de 2004 (RJ 20904, 6330), SAP de A Coruña, Sección 4.ª, de 7 de mayo de 2004 (AC 2004, 1849), SAP de Salamanca, Sección Única, de 2 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 73373), SAP de Burgos, Sección 2.ª, de 31 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 44355), SAP de Alicante, Sección 7.ª, de 27 de noviembre de 2000 (AV 2000, 2415).

58. ESPIAU ESPIAU, «Nulidad de testamento por preterición errónea y usufructo viudal», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1995, pp. 593 y ss.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Algunos problemas de la preterición no intencional de los hijos o descendientes», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1988, pp. 357 y ss.

59. ALBALADEJO GARCÍA, «La sucesión del descendiente ulterior del causante en lugar del descendiente intermedio no preterido (análisis del artículo 814, párrafo antepenúltimo, del Código Civil)», *Actualidad Civil*, 2003-3, XLII; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1991; LANZAS GALVACHE Y RODRÍGUEZ LÓPEZ, «El derecho de representación del artículo 814, párrafo 3.º, del Código Civil», *RCDI*, 1988, pp. 1491 y ss.

## XXVII. DESHEREDACIÓN

### XXVII.1. Concepto

Es la privación de la legítima de los herederos forzosos realizada por el testador por las causas contempladas en la Ley (artículos 813.1 y 848 CC). El testador puede desheredar a cualquier legitimario<sup>60</sup> pero no es posible la desheredación parcial<sup>61</sup>.

### XXVII.2. Distinción entre indignidad para suceder (artículo 756 CC) y desheredación

El legitimario no desheredado puede entrar en posesión de los bienes, y sólo se le puede aplicar la causa de indignidad con el límite del artículo 762 CC, según el cual, no puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado. Por el contrario el desheredado puede reclamar contra la desheredación injusta si no concurre causa de indignidad con el efecto del artículo 851 CC, es decir, tiene derecho a percibir la legítima estricta<sup>62</sup>.

### XXVII.3. Requisitos de forma y causas de desheredación

Tal y como exige el artículo 849 CC, la desheredación sólo puede hacerse en testamento que, a su vez, tiene que mencionar la causa en que se funde, que no puede ser otra que una o varias de las establecidas como tales en el Código Civil. Es suficiente con mencionar la causa, sin que sea preciso relatar y menos detallar los hechos que provocan la desheredación [STS de 25 de septiembre de 2002 (RJ 2003, 6442)]<sup>63</sup>. Las causas legales de desheredación son generales para todos los legitimarios (artículo 852 CC) o específicas de desheredación de los hijos y descendientes (artículo 853 CC)<sup>64</sup>, ascendientes (artículo 854 CC) y cónyuge viudo (artículo 855 CC) –SAP de A Coruña, Sección 1.ª, de 30 de septiembre de 2003 (AC 2003, 1952)<sup>65</sup>–. Por su carácter sancionador la Jurisprudencia ha declarado reiteradamente que es una enumeración taxativa y de interpretación restrictiva [STS de 28 de junio de 1993 (RJ 1993, 4792)], por lo que no se extiende su aplicación a casos no expresamente contemplados en la Ley, quedando excluida cualquier otra análoga o de mayor gravedad [STS de 19 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9479)], interpretación que, en ocasiones, es llevada hasta sus últimas consecuencias, como puede verse en la STS de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7930)<sup>66</sup>.

60. CÁMARA LAPUENTE, *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Civitas, Madrid, 2000; PASCUAL QUINTANA, «La desheredación en el Código Civil», *Revista de Derecho Español y Americano*, 1958, pp. 105 y ss.

61. BATLLE VÁZQUEZ, «Invalidación de la desheredación parcial en nuestro Derecho», *Anales de la Universidad de Murcia*, 1951-1952, pp. 63 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, «¿Puede desheredarse parcialmente o bajo condición?», *Revista de Derecho Notarial*, 1957, pp. 179 y ss.

62. Sobre la relación entre desheredación e indignidad puede verse JORDANO FRAGA, *Indignidad sucesoria y desheredación (algunos aspectos conflictivos de su reciproca interrelación)*, Comares, Granada, 2004.

63. *Id.*, en sentido contrario, la SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 23 de julio de 2004 (AC 2004, 999), que exige que el testamento recoja los hechos concretos sin que sea suficiente la referencia al precepto del Código Civil.

64. Entre otras, SSTs de 26 de junio de 1995 (RJ 1995, 5117), 14 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1777), 28 de junio de 1993 (RJ 1993, 4792), 16 de julio y 15 de junio de 1990 (RJ 1990, 5886 y 4760). BARCELÓ DOMÉNECH, «La desheredación de los hijos y descendientes por mal trato de obra o injurias graves de palabra», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 2004.

65. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La desheredación del cónyuge separado de hecho», *Actualidad Civil*, 1997, XLVI.

66. Alegado que los hijos incurrieron en causa de desheredación porque no convivieron con el padre, no mantuvieron relación con él, le privaron de su presencia en vida para confortarle de sus dolencias mortales y ni siquiera acudieron al entierro,

#### XXVII.4. Negación y prueba de la causa

En la desheredación basta que el legitimario niegue la concurrencia de la causa mencionada por el testador como causa de desheredación para que le corresponda a los herederos del causante la prueba de que la causa es cierta (artículo 850 CC) y si no lo acreditan se tratará de una desheredación injusta (artículo 851 CC). Ésta es una gran dificultad práctica para la prosperabilidad de la desheredación en situaciones que muchas veces son reales pero que, tras la muerte del testador, no pueden probarse con la claridad y certeza exigida por la mayoría de los tribunales que mantienen una especial rigurosidad ante una cierta consideración cuasi sacramental de la legítima. Ello conduce muchas veces a la desheredación de hecho del legitimario, a través de donaciones simuladas —en otro caso son colacionables en el ámbito del artículo 818 CC— que conllevan la inexistencia de bienes aunque el legitimario ostenta su derecho formal<sup>67</sup>. Téngase en cuenta que, como se dijo, frente a la desheredación de hecho demostrada, no procede la reducción por inoficiosa de las donaciones, sino que los tribunales declaran la nulidad de pleno derecho por fraude a las legítimas. SSTs de 24 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2398), 5 de mayo de 1995, 20 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2020).

#### XXVII.5. Efectos de la desheredación justa

Cuando se considera que la desheredación es justa tiene como consecuencia la privación de la legítima del desheredado, pero no siempre se alcanza con ello la libertad del testador pues, según el artículo 857 CC, los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima. Téngase en cuenta que la atribución a dichos descendientes de la consideración de legitimarios se produce de manera automática como efecto de la desheredación testamentaria, de manera que si el progenitor en cuanto legitimario desheredado injustamente reclama contra la misma, los descendientes deben ser llamados a juicio por lo que existe litis consorcio pasivo necesario respecto de ellos y, en su caso, los otros herederos, dado que la sentencia les afecta en cuanto les priva de una legítima que les corresponde como consecuencia de la desheredación de su ascendiente [STS de 31 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7784)].

#### XXVII.6. Efectos de la desheredación injusta

Según el artículo 851 CC, la desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima. Sin perjuicio de la existencia de alguna resolución judicial que aplica el precepto en su dicción literal anulando la institución de heredero en el supuesto

«el motivo se desestima, porque los hechos imputados no son subsumibles en el artículo citado (negativa a prestar alimentos, sin motivo legítimo y malos tratos de obra o injurias graves de palabra), la jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley. Los desheredados ni negaron alimentos ni maltrataron de obra o palabra al padre, y no demostrada la causa de la desheredación (artículo 850) por la parte a quien le incumbe, la desestimación es la única decisión posible».

67. Sobre esta cuestión puede verse REBOLLEDO VARELA, «El legitimario ante la desheredación de hecho (algunos aspectos de la vulneración cuantitativa de la legítima de los descendientes en la Jurisprudencia)», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, III, Madrid, 1995, pp. 227 y ss.

de desheredación injusta [*vid.* SAP de Cádiz, Sección 8.ª, de 26 de diciembre de 2003 (AC 2004, 29)], la interpretación correcta y habitual del artículo 851 CC por la Jurisprudencia es que se reconoce al legitimario desheredado injustamente su derecho a la legítima estricta (a los 2/3 si se trata de hijo o descendiente único), sin que ello afecte a la validez y eficacia de la institución de herederos y demás disposiciones patrimoniales<sup>68</sup>.

#### **XXVII.7. Plazo de ejercicio de la acción contra la desheredación injusta**

Se considera el plazo de 15 años del artículo 1964 CC.

#### **XXVII.8. La reconciliación y sus efectos**

Según el artículo 856 CC, la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha. Comprendería también el perdón unilateral del causante. Tiene carácter irrevocable para la causa de desheredación concreta.

---

68. SSTS de 23 de enero de 1959 (RJ 1959, 125), 13 de julio de 1985 (RJ 1985, 4052), 5 de octubre de 1991 (RJ 1991, 6889), 6 de abril de 1998 (RJ 1998, 1913).

# EL USO DE LOS HIJOS EN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN: EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

JOSÉ MANUEL AGUILAR CUENCA

Psicólogo

## Sumario

I. ¿POR QUÉ MI HIJO NO QUIERE VERME?

II. ¿CÓMO SE MANIPULA A UN HIJO?

III. EL LENGUAJE DE LOS MENORES

IV. CONSECUENCIAS DEL SAP EN LOS MENORES

V. ABORDAJE LEGAL DEL SAP

A principios de los años ochenta comenzaron a ocurrir un conjunto de muertes inexplicables que estaban llamadas a cambiar la historia reciente de nuestro planeta. Nadie conocía los motivos de aquellas muertes, por lo que empezaron a elaborarse distintas hipótesis. De ese modo, para explicar lo que estaba pasando, se comenzó a hablar de maldiciones, nuevas drogas letales, conspiraciones de grupos paramilitares o del propio gobierno, incluso de castigo divino.

A principios de los años ochenta el SIDA no existía. No estaba en ningún manual médico, los foros internacionales no lo incluían en sus temas de debate, no había especialistas que escribieran libros sobre ello y ningún gobierno del mundo consideraba que debía destinar fondos para actuar sobre sus víctimas. Hoy en día, como hace veinte años el SIDA, el Síndrome de Alienación Parental (SAP) es un mal desconocido para la mayoría de aquellos que trabajan en el entorno de la Ley y la Justicia de nuestro país, y del que apenas se tiene información entre aquellos profesionales llamados a realizar su trabajo en el mismo lugar, como técnicos de apoyo imprescindibles para aplicar los principios que la norma recoge –psicólogos, médicos y trabajadores sociales–. Y, sin embargo, en nuestro entorno es padecido por miles de niños cada año, siendo el responsable de un número desconocido de patologías entre ellos.

## I. ¿POR QUÉ MI HIJO NO QUIERE VERME?

La Real Academia Española de la Lengua define la mentira como *expresión o manifestación contraria a lo que se sabe, se cree o se piensa*, mientras que mentir es *decir o manifestar lo contrario de lo que se sabe, cree o piensa*. El psicólogo PAUL EKMAN (1985) considera que «existen dos formas fundamentales de mentir: ocultar y falsear. El mentiroso que oculta, retiene cierta información sin decir en realidad nada que falte a la verdad. El que falsea da un paso adicional: no sólo retiene información verdadera, sino que presenta información falsa como si fuera cierta»<sup>1</sup>. La preocupación por discriminar qué es real, verosímil y, por tanto, creíble, de aquello que es ocultado, y en ocasiones además falseado, es una tarea diaria que en el ámbito de la Psicología que lleva a cabo su trabajo ante los juzgados y tribunales se está convirtiendo en un tema cada vez más controvertido.

Junto a lo anterior hace algunas décadas surgieron otros conceptos que, desde fuera del ámbito de la Justicia, han venido a ocupar espacio en el quehacer de los profesionales que en ella trabajan. Éste es el caso de términos como programación, lavado de cerebro y alienación. A los conceptos mentira o verdad se sumaron entonces los de realidad y creencia de realidad, haciendo el trabajo de la pericial psicológica más complejo, pero mucho más ajustado a lo que ocurría en las disputas en el ámbito de familia.

El Síndrome de Alineación Parental es un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición<sup>2</sup>. Esta situación está directamente relacionada con los procesos de separación contenciosa o aquellos que, iniciándose de mutuo acuerdo, han derivado en una situación conflictiva.

El primer autor que definió el SAP fue RICHARD GARDNER (1985), Profesor de Psiquiatría Clínica del Departamento de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Columbia, en un artículo titulado «Tendencias recientes en el divorcio y la litigación por la custodia»<sup>3</sup>. En una revisión histórica de este síndrome podemos descubrir que esta problemática ha sido descrita por distintas vías, de modo incluso paralelo y sin contacto, por diversos autores que, partiendo cada uno de su experiencia profesional, en mi opinión han dado distintos nombres al mismo fenómeno. Por un lado, WALLERSTEIN<sup>4</sup> (1980) en California y JACOBS<sup>5</sup> (1988) en Nueva York, publicaron informes sobre casos de lo que llamaron el Síndrome de Medea —el Síndrome de Medea se inicia con el matrimonio en crisis y la separación subsiguiente, y describe cómo los padres adoptan la imagen de su hijo como una extensión de su yo, perdiendo de vista el hecho de que son sujetos distintos de ellos mismos—, mientras

1. EKMAN, P. (1985) *Cómo detectar mentiras*, Barcelona, Paidós.

2. AGUILAR, J.M. (2004) *SAP. Síndrome de Alienación Parental*, Almuzara. Córdoba.

3. GARDNER, R. (1995) «Recent trends in divorce and custody litigation», *Academy Forum*, 29:2:3-7.

4. WALLERSTEIN, J.S. & Kelly, J.B. (1980) *Surviving the breakup: how children and parents cope with divorce*, Basic Books, New York.

5. JACOBS, J.W. (1988) «Eurípides' Medea: a psychodynamic model of severe divorce pathology», *American Journal of Psychotherapy*, XLII:2:308-319.

que en Michigan BLUSH y ROSS<sup>6</sup> (1986) publicaron un trabajo en el que definían tipologías de progenitores que llevaban a cabo acusaciones falsas de delitos sexuales, definiendo el Síndrome SAID (*Sexual Allegations In Divorce*). Finalmente, en el mismo año, TURKAT<sup>7</sup> describió el Síndrome de la Madre Maliciosa Asociado al Divorcio –las madres maliciosas son aquellas que utilizan con éxito la ley para castigar y acosar al excónyuge, usando todo tipo de medios legales e ilegales, con objeto de interferir el régimen de visitas del padre–.

Todos los trabajos anteriores vinieron a reflejar unos hechos que, en el transcurso de la investigación, han abierto un camino a la comprensión de distintas situaciones –en el seno de los procesos de separación y divorcio–, que es necesario que los profesionales y padres implicados debamos conocer. La asunción por parte de los hijos de los presupuestos, ideas y actitudes injuriosas del progenitor alienador, logra la elaboración de una conciencia en aquéllos surgida de procesos de manipulación, hasta el punto que los menores sienten esa emoción negativa, de rechazo a su madre o a su padre, como elaborada por sí mismo, lo que GARDNER definió como «el pensador independiente». En este momento el hijo se reviste de una personalidad que cree autoelaborada, de tal suerte que resulta impermeable a las influencias de los demás, dotándose de todo aquel recurso necesario para mantener su sistema de valores y creencias con objeto de aislar las posibles influencias.

## II. ¿CÓMO SE MANIPULA A UN HIJO?

Para lograr la manipulación, la educación en el odio de un hijo, con objeto de que rechace tener contacto con su otro progenitor, hace falta lo que he venido a dividir entre condiciones necesarias –que el progenitor alienador busca para lograr los objetivos de destrucción del vínculo afectivo del hijo con el otro progenitor– y conductas expresas –que el alienador utiliza para ejecutar su plan–.

Si buscamos que un sujeto elabore una imagen o afecto sobre determinado objeto requerrémos un trabajo sistemático, continuo y prolongado, en el que el aislamiento, el miedo, la purga emocional de todo afecto positivo hacia él y el distanciamiento físico permita el aprendizaje del modelo único que deseamos inculcar. Las conductas expresas para lograr esto suelen iniciarse con las interferencias de la comunicación entre hijo y progenitor –no pasar las llamadas telefónicas a los hijos– así como los contactos físicos –llegar tarde a las visitas, inventarse enfermedades, citas, olvidos, etc.–.

Estas interferencias van extendiéndose a diversas áreas –no informar al otro progenitor de actividades relevantes en el desarrollo evolutivo de los hijos, como pueden ser actividades escolares, actos culturales, encuentros deportivos en los que participen– así como en mayor profundidad y relevancia emocional –interceptan el correo y los envíos del progenitor y la familia extensa con ocasión de cumpleaños, comuniones, etc.–. Con posterioridad o paralelamente inicia la campaña de desvalorización, injurias y ataques a éste delante de los hijos. Dentro de ésta se prosigue, aumentando en intensidad y extendiendo los obje-

6. BLUSH, G.J. & ROSS, K.L. (1986) «Sexual allegations in divorce: the SAID syndrome», *Conciliation Courts Review*, 1987, 25:11-11.

7. TURKAT (1994) «Child visitation interference in divorce», *Clinical Psychology Review*, 14:8:737-742.

tivos de sus ataques –desvalorizando e insultando a la nueva pareja del otro progenitor–, mientras sigue con el aislamiento del menor mediante el entorpecimiento de los contactos –impidiendo que el otro progenitor ejerza su derecho de visita–, así como evitando que intervenga en su vida –«olvida» informarle de citas importantes de los hijos con el dentista, el médico, psicólogo, etc.–.

Poco a poco extiende a su entorno próximo propio su influencia –implicando a su familia extensa en sus acciones de programación–, y comienza a tomar decisiones relevantes en la vida de sus hijos sin consultar al otro miembro –cambio de colegio, visita a especialistas sanitarios, intervenciones quirúrgicas, etc.–. En su deseo de expulsión del progenitor alienado de la vida del hijo, el alienador alcanza áreas como la académica –impidiendo que acceda a sus expedientes y al conocimiento de su marcha escolar– o las propias acciones llevadas a cabo en el hogar del progenitor alienado –cuenta a sus hijos que las ropas que el otro progenitor les ha comprado son feas y les prohíbe ponérselas–.

Cuando el proceso de alineación permite provocar la autonomía de pensamiento en los menores –es decir, el momento en el que los menores toman la iniciativa de odiar al otro padre sin necesidad de un adulto supervisor–, los progenitores alienadores niegan que ellos puedan hacer nada para cambiar las decisiones de sus hijos, soliendo dar una imagen de impotencia ante el observador. Pero de modo sutil los siguen apoyando en el rechazo del otro progenitor, permitiendo que elijan si ir o no a sus visitas, otorgándoles unos derechos y responsabilidades que no les son propias por su edad.

Esto es muy importante a la hora de entender la actitud presuntamente colaboradora e impotente del progenitor alienador. Llegados a este momento es habitual que los juzgados decidan utilizar la mediación familiar, los puntos de encuentro familiar o la terapia psicológica clásica para atajar estos problemas. Debido al cambio ocurrido en el hijo, el alienador puede permitirse cambiar radicalmente su talante y comportamiento externo, de modo que tenderá a mostrarse en una actitud de impotencia y conciliación. Impotencia ante su presunta incapacidad para hacer nada ante la iniciativa del menor que no desea ver al otro progenitor, surgida de modo justificado en él debido a las «relevantes razones» que esgrime para no ver a su padre o madre odiado. Conciliador en tanto se muestra al observador externo sin necesidad de argumentos agrios u ofensivos, de razones sin peso o argumentos tendenciosos, ya que ahora es el hijo el que los esgrime permitiendo que él se libere de esa necesidad, lo que confunde a los profesionales psicólogos y trabajadores sociales, que terminan elaborando informes equivocados al no hallar la fuente de la actitud de los menores. Deseosos de dar respuesta a las expresiones y deseos de los hijos hacia el progenitor rechazado los profesionales dan argumentos basados en la mayor vinculación elaborada con el progenitor alienador, la incapacidad del progenitor rechazado para dar respuesta a las demandas de sus hijos o, y tal vez sea lo peor, justifican su comportamiento por los supuestos acontecimientos negativos vividos con el progenitor al que rechazan, dándole carta de realidad a lo que en muchas ocasiones no son más que justificaciones sin base real.

### III. EL LENGUAJE DE LOS MENORES

Cuando el SAP se encuentra presente podemos encontrar distintas expresiones en los menores que no son sino el reflejo de los criterios de identificación que se han venido acordando para diagnosticar la presencia de esta patología. Con intención de facilitar al lector

la identificación de este síndrome, recogeré aquí algunas de las que he podido recopilar en mi práctica profesional.

Expresiones de temor y miedo: «Quiero irme con mi padre, tengo miedo, tengo miedo a no volver a verlo». «No quiero subir a tu coche porque seguro que nos quieres matar». «No quiero comer tu comida, nos quieres envenenar».

Expresiones que reflejan el proceso de cosificación del progenitor alienado y el distanciamiento emocional: «Yo no quiero saber nada de ese» (refiriéndose a su padre). «Si no me das lo que quiero voy a menores y te denuncio por maltrato». «Tú no eres mi madre, para lo único que quiero saber de ti es para recuperar mi bicicleta que se quedó en tu casa».

Expresiones de exaltación del amor hacia el alienador: «Quien no me respete, papá puede enfrentarse a él y puede hacer lo que sea; porque mi padre es mi padre y yo tengo derecho a hacer lo que quiera». «Papá te perdona y deja que vengas a comer a casa con nosotros; él sí es bueno». «¡Qué pena! Si no nos hubieras abandonado».

Expresiones dicotómicas: «Contigo estoy mal y con papá no». «La abuela es mala porque lo dice mamá; mamá siempre dice la verdad». «Mi mamá es mala; lo dice mi papá, papá nunca me miente».

Expresiones que denotan la inmersión en el proceso judicial y la información inapropiada de la que disponen: «El 30 de noviembre vamos a ver al juez y el juez tiene la opinión mía en cuenta». «Seremos amigos, pero no vuelvas a decir a la policía que tengo que estar a 300 metros de papá, ¿vale?». «El miércoles que viene me pregunta un juez ¿tú qué quieres, cómo lo ves, con quién quieres vivir?». (Día del juicio, a primera hora de la mañana, mensaje en el contestador del hijo a la madre) «Eh..., hola mamá, esto que..., no hables cosas malas de papá en el juicio, que dejes de contárselo a otras personas y ya está. ¿Vale? Por favor».

Expresiones contradictorias: «Mamá dice que eres malo, pero tú eres bueno; tengo que esconderme debajo de la mesa porque mamá dice que no puedo salir contigo a la calle». «Mamá eres una hija de puta, tonta, hija de puta. Perdón, perdón...»

Expresiones que muestran una identificación con los deseos y emociones del progenitor alienador: «Papá lo está pasando mal, no tiene dinero por tu culpa». «He leído una noticia en el Diario Médico que dice que los niños no pueden tomar huevos Kinder ni helados porque producen colesterol». «No tendrías que haberme metido en unos juzgados y que si te portas bien a lo mejor en el futuro te perdona. Me dijo papá, dile esto a mamá».

Expresiones inadecuadas para su edad: «No quiero ver a mi padre porque me maltrata psicológicamente de modo sistemático». «¿Qué? ¿Vienes de ver a esa puta?». «No se te olvide ingresar la pensión alimenticia en el banco de mamá».

Ataques indirectos: «Papá me iba a llevar la semana que viene a Disney World, pero ¡claro! como te empeñas en que te tocaba estar conmigo... Eres una egoísta, tiene razón mi padre». «Claro, como prefieres estar con tu novia que con nosotros». «Yo perdono a mi padre porque sé que en el fondo no puede evitar ser un irresponsable». «Mi madre dice que jamás me va a hablar mal de mi padre aunque tenga motivos para hacerlo».

Purga emocional: «Los juguetes que me compra mamá los dejo en su casa porque si no mi papá me los tira a la basura». «Antes íbamos mucho a patinar a ese sitio que le gustaba a mi madre, pero mi padre no quiere que vayamos dice que allí es donde van los amigos de mamá».

#### IV. CONSECUENCIAS DEL SAP EN LOS MENORES

Los estudios llevados a cabo en las últimas décadas, acerca de las consecuencias que el divorcio tiene sobre los hijos, demostraron que éstos no presentaban necesariamente más problemas que los hijos de parejas unidas. La angustia y ansiedad que los menores sufren en todos los procesos de separación y divorcio tiende a desaparecer conforme vuelven a la rutina de sus vidas. Es el grado de conflicto, y la implicación de los menores en él, lo que determina el tipo y grado de consecuencias de la ruptura de la pareja en los hijos (AGUILAR<sup>8</sup>, 2005). Existen muy pocos datos acerca de los efectos a medio y largo plazo de las víctimas del SAP (CARTWRIGHT<sup>9</sup>, 1993). En los casos de familias que sufren SAP, la vuelta a la normalidad antes descrita puede tardar años, o no llegar jamás. Durante ese tiempo se inicia un continuo desgaste emocional forzado por los ataques del progenitor alienador y las acciones defensivas del progenitor alienado, al que se suman los procesos judiciales iniciados y los propios problemas —por ejemplo, la adolescencia— surgidos en su desarrollo. Las sucesivas evaluaciones a manos de diversos profesionales, las repetidas implicaciones en episodios dentro de la campaña de denigración y los continuos mensajes de odio hacia el otro padre, llenan el tiempo y los afectos de los niños.

Una variable que va a determinar las consecuencias futuras en los menores es el conjunto de estrategias que el alienador use con ellos en el proceso de adoctrinamiento. Una estrategia frecuente es el uso de falsas denuncias y querellas de abusos sexuales. Este problema ya se valoró a mediados de los años ochenta en EEUU. Un estudio de *Research Unit of the Association of Family and Conciliation Courts* de aquella época sugirió que las acusaciones de abusos sexuales en los procesos de divorcio podían ser válidas sólo en un 50% de las ocasiones<sup>10</sup>. El problema siguió agravándose, hasta que en 1996 el Congreso de aquel país estableció una enmienda para eliminar la impunidad que gozaban aquellos que llevaban a cabo falsas alegaciones de abusos sexuales, lo que permitió que los estados establecieran iniciativas legales para actuar ante esta situación. En nuestro país son varias las voces que desde la judicatura se han levantado denunciando esta realidad, sin que hasta el momento se haya hecho nada para atajarlo. El uso o no de esta estrategia puede ser demoledora para el menor y marcará una diferencia en las secuelas que podrá presentar en el futuro.

Tal vez el problema más relevante que nos encontramos con estos niños es que su relación con uno de sus progenitores está rota. La pérdida de una de estas figuras se debe cuantificar en términos de pérdida de las interacciones del día a día, de aprendizajes, del apoyo y el afecto que mana normalmente de los padres y abuelos. Mientras que en el caso de una muerte la pérdida es inevitable, en el caso del SAP es tanto evitable como inexcusable (CARTWRIGHT, 1993).

8. AGUILAR, J. M. (2005) *Con mamá y con papá*, Almuzara, Córdoba.

9. CARTWRIGHT, G.F. (1993) «Expanding the parameters of Parental Alienation Syndrome», *American Journal of Family Therapy*, 21 (3), 205-215.

10. THOENNES, N. & TJADEN, P.G. (1990) «The extent, nature, and validity of sexual abuse allegations in custody visitation disputes», *Child Abuse & Neglect*, 12:151-63.

En el área psicológica se ven afectados el desarrollo del autoconcepto y la autoestima, carencias que favorecen muchos otros problemas dentro de este plano. El hijo aprende a manipular y a ser valorado en tanto muestra adhesión a los preceptos marcados por el progenitor alienador. Los efectos del SAP en los menores pueden llegar a ser irreparables. La infidelidad emocional del hijo al progenitor alienador puede derivar en castigos, cuya intensidad cubre todo el espectro. Las expresiones de chantaje, retirada del afecto o un castigo corporal suelen ser habituales. Si nos imaginamos un progenitor alienador en el que los delirios paranoicos se expresen en toda su extensión, habría que aceptar la posibilidad de un grave riesgo para la integridad física del hijo. En mi experiencia profesional he recogido un caso de suicidio relacionado con SAP.

En resumen, debemos considerar que estamos hablando de un tipo de abuso emocional con amplias y profundas consecuencias para los menores y su entorno. Más allá de las diferencias surgidas entre dos adultos, las conductas que hemos recogido son las responsables de la ruptura de los lazos afectivos de los menores con parte de su familia, lo que provoca un empobrecimiento innecesario, así como su exposición a escenarios en los que la probabilidad de desarrollar diversos problemas está aumentada. Por último debemos recordar que estamos hablando de la introducción en el sujeto de ideas, creencias y valores altamente perniciosos para su desarrollo personal y visión del mundo, ideas que organizarán su conducta futura y el modo en que afronte su vida.

## V. ABORDAJE LEGAL DEL SAP

La dinámica habitual en los juzgados y tribunales a la hora de dictar resoluciones y acordar medidas es el mantenimiento del estado de las cosas, siendo muy reacios a la hora de tomar decisiones que impliquen cambios significativos en la situación de los menores. Esto supone un extraordinario error por parte de los Jueces, en tanto es el arma fundamental del progenitor alienador a la hora de proseguir en su campaña de desprestigio, así como en el hijo, para el mantenimiento de su agresión hacia el progenitor alienado, una vez ha sido asumido por éste la campaña de agresión inicialmente provocada por el progenitor.

Mi recomendación fundamental se encuentra en que, considerando la clasificación (leve, moderado y severo) en la que se diagnostique el SAP, se deben tomar inevitablemente determinadas decisiones que impliquen de modo necesario un cambio sustancial en la realidad contemplada hasta ese momento. Las experiencias observadas hasta el momento parecen ir en esta dirección. CLAWAR y RIVLIN, responsables del mayor estudio llevado a cabo sobre este problema, comentan que de los cuatrocientos casos observados en su investigación en donde los tribunales acordaron incrementar el contacto con el progenitor alienado, se produjo un cambio positivo en el 90% de las relaciones entre los hijos y aquéllos. Este cambio incluía la eliminación o reducción de problemas psicológicos, físicos y educativos presentes antes de la medida. Es realmente significativo que la mitad de estas decisiones fueron tomadas aun en contra del deseo de los menores (CLAWAR & RIVLIN, 1991)<sup>11</sup>.

11. CLAWAR, S.S. & RIVLIN, B.V. (1991) *Children Held Hostage: Dealing with Programmed and Brainwashed Children*, American Bar Association, Chicago, Illinois (p. 150).

Otro estudio incluye 16 casos de SAP, diagnosticados de moderados o severos. En tres de estos casos el tribunal decidió el cambio de custodia y/o la limitación del contacto con el progenitor alienador. En estos 3 casos el SAP fue eliminado. En los otros 13, en los que el tribunal mantuvo el régimen de custodia y no limitó el contacto, se decidió intervención psicológica. Ninguno de los menores del último grupo mejoró en su alienación (DUNNE & HEDRICK, 1994)<sup>12</sup>.

En mi experiencia profesional, con un grupo de estudio de 50 casos de SAP, diagnosticados en los tipos moderado y severo, en aquellos que fue recomendado algún tipo de terapia psicológica tradicional por parte del tribunal, ninguno mejoró en su alienación del progenitor odiado y, de aquellos que habían sido incluidos en el nivel moderado, una vez transcurrido el tiempo necesario para llevar a cabo la terapia, todos pasaron al tipo severo.

Se hace necesario recordar aquí una vez más que es precisa una serie de condiciones necesarias para la elaboración del SAP. La que tal vez sea más relevante es la generación de un distanciamiento temporal y espacial del hijo sobre el progenitor alienado, de modo que resulte imposible contrastar, y con ello contradecir, el programa de miedo y odio inculcado en el menor ante la experiencia directa, así como llevar a cabo las conductas expresas (interferencia en las comunicaciones, no información de los temas académicos, sanitarios, sociales, etc., relato de hechos o acusaciones negativas culpabilizadoras, refuerzo implícito del rechazo expresado por el menor hacia el progenitor alienado, etc.) que permitan la interiorización de ese sentimiento negativo en él. El mantenimiento de las circunstancias que posibilitaron la presencia de semejante comportamiento no es sino la facilitación expresa de su práctica. El SAP es un excelente ejemplo de desorden en el cual los profesionales de la salud mental y la justicia deben trabajar juntos para ayudar a estos niños. Ninguna disciplina puede ayudar a estos menores sin la significativa participación de la otra (GARDNER, 2001)<sup>13</sup>. Éste es sin duda el mayor escollo que en mi práctica profesional me he encontrado en los tribunales. Si un profesional realiza una serie de recomendaciones y éstas no son consideradas es, sencillamente, imposible tener éxito en el tratamiento de este problema. Recientemente, en sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Segovia, Sección Única, sentencia núm. 113/2005, viene a apoyar sin ambages la evaluación propuesta por la psicóloga nombrada en un asunto en el que se está considerando la presencia de SAP, «sin que puedan consentirse obstrucciones de cualquier tipo a su práctica, por cualesquiera de las partes interesadas; e igualmente podrá contar con el auxilio o colaboración de los compañeros que entienda necesario e incluso expandir la evaluación a los progenitores, tras la correspondiente notificación y autorización del Juez», apoyo que, desafortunadamente, es escaso en la inmensa mayoría de los temas en los que este problema se ha visto en nuestro país.

Por otro lado, si se permiten las dilaciones indebidas del procedimiento, enquistando el conflicto y manteniendo la distancia entre el progenitor y su hijo, se facilitan los pilares básicos sobre los que construir esta patología. En nuestro país he recogido procesos en los que los progenitores han acumulado trescientas cincuenta denuncias, o expedientes en los que han intervenido veintiún profesionales –psicólogos, psiquiatras– con sus correspondientes

12. DUNNE, J. & HEDRICK, M. (1994) «The parental alienation syndrome: an analysis of sixteen selected cases», *Journal of Divorce and Remarriage*, 21(3/4):21-38.

13. GARDNER, R. (2001) «Should Courts Order PAS Children to Visit/Reside with the Alienated Parent? A Follow-up Study», *The American Journal of Forensic Psychology*, 19(3):61-106.

informes periciales, permitiendo la prolongación del proceso por años y, consecuentemente, la eliminación *de facto* de uno de los progenitores de la vida de sus hijos.

He iniciado este artículo con la exposición de un problema que se encuentra diariamente en los juzgados de nuestro país. Hemos transcurrido por su definición, la consideración de su envergadura y la expresión que adopta en el menor. Cierro con las directrices que deben considerarse si se desea atajar. Hasta la fecha más de una veintena de sentencias de Audiencias Provinciales hablan de SAP en España. A diferencia de otros países como EEUU —que dispone de articulados legales que consideran este problema— o México DF —que lo incluyó en su última reforma del Código Civil en septiembre de 2004— España comienza a considerar el SAP un problema serio que empieza a estudiarse, pero el desconocimiento entre los profesionales puede ser el mayor problema a la hora de enfrentarnos a esta realidad. Una realidad en la que la inacción, cuando no el asentimiento tácito, hacen que anualmente dejemos en el camino miles de víctimas de este tipo de maltrato, tan desconocido técnicamente como cotidiano para los profesionales de la Justicia.



# Revista de **Derecho de** **familia**

---

**JURISPRUDENCIA**

---



**Anulación de la sentencia del Tribunal Supremo que estimó la demanda de reclamación de paternidad con base única y exclusivamente en la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad.**

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, SENTENCIA 29/2005, DE 14 DE FEBRERO**

### ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Pilar, en representación y beneficio de su hijo menor de edad don Marcos, interpuso demanda contra don Antonio reclamando la filiación extramatrimonial del menor.
- ⦿ Don Antonio se opuso a la demanda y en la comparencia prevista en el artículo 691 LEC de 1881 se opuso a su admisión a trámite por no contener el principio de prueba que exige el artículo 127.2 CC.
- ⦿ Recibido el procedimiento a prueba, la demandante solicitó, entre otras, la confesión judicial del demandado, la documental unida al escrito de demanda, la testifical de una tía –doña María Ángeles– y de un primo suyos –don José Miguel–, así como la de la esposa de éste –doña María Antonia–, y la pericial biológica. Las referidas pruebas fueron admitidas y practicadas, salvo la pericial biológica, a la que el ahora recurrente en amparo no aceptó someterse.
- ⦿ El Juzgado del Primera Instancia núm. 17 de Madrid dictó Sentencia en fecha 3 de noviembre de 1995, en la que desestimó la demanda interpuesta en amparo y absolvió a éste de las pretensiones contra él deducidas. Tras un minucioso análisis de las pruebas, el juez valoró pormenorizadamente la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica, con expresa mención de la doctrina de la STC 7/1994 y de la STS de 27 de mayo de 1994.
- ⦿ Doña Pilar interpuso recurso de apelación contra la anterior Sentencia, solicitando la apertura a prueba del proceso en segunda instancia para que se llevara a cabo la pericial biológica no practicada. La Sec. 22.ª, de la AP de Madrid por Auto de 5 de marzo de 1996, acordó no haber lugar a recibir el pleito a prueba, al constar ya en las actuaciones la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica, sin perjuicio de la valoración que en su momento pudiera merecer dicha negativa.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 7 de diciembre de 1996 desestimando el recurso de apelación, en la que valoró las pruebas practicadas y su resultado, así como la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica.
- ⦿ Doña Pilar interpuso recurso de casación, dictándose Sentencia por la Sala 1.ª del TS con fecha 20 de septiembre de 2002, en la que declaró haber lugar al recurso de casación, casó y anuló la Sentencia de la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid y estimó la demanda interpuesta por doña Pilar, declarando, en consecuencia, que don Marcos es hijo no matrimonial de don Antonio.

⊙ Don Antonio interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue estimado, anulando la Sentencia del Tribunal Supremo y retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la mencionada Sentencia para que se dicte otra que sea respetuosa con los mencionados derechos fundamentales.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Razonamiento Jurídico del Tribunal Supremo para estimar la demanda de reclamación de paternidad.

La Sala considera en la citada Sentencia que el demandado ha atentado al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de la parte demandante al haberse negado a la práctica de la prueba biológica, así como al derecho a la igualdad sin discriminación que tiene el hijo menor de edad al impedir la declaración de paternidad (artículo 39 CE), y ha infringido la doctrina del Tribunal Constitucional plasmada en sus Sentencias de 17 de enero de 1994 y de 31 de mayo de 1999. La Sala, en definitiva, valora la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de forma aislada, sin ponerla en conjunción con el resto de las pruebas practicadas en el procedimiento, a la que está obligada por el principio de valoración conjunta de la prueba, pasando por alto el hecho cierto, como se declaró en las Sentencias de instancia y de apelación, de la inexistencia absoluta de prueba reveladora, siquiera, de una mera amistad entre la demandante y el demandado, pues no existe el más mínimo indicio de que existiera encuentro alguno entre ellos con posterioridad al día en que se conocieron en presencia de numerosos familiares y en el propio domicilio del demandado.

2. Fundamentos jurídicos de la demanda de amparo.

a) Bajo la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) se aduce, en primer lugar, que la Sentencia recurrida incurre en error en la apreciación de determinados datos fácticos en relación con las pruebas propuestas, practicadas o no, determinante de la estimación del recurso de casación.

Tras reproducir la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el error patente para que pueda estimarse lesivo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se afirma en la demanda de amparo que la parte actora aportó determinados documentos al proceso –libro de familia, certificación de nacimiento de don Marcos, cartas de la propia demandante, fotografías de su hijo, un dibujo de

éste y diversas facturas– que, como máximo, acreditarían que la actora vivió un tiempo en Madrid. De otra parte la prueba testifical por ella propuesta y declarada pertinente –declaraciones de una tía y de un primo suyos y de la esposa de éste–, no sólo no ha arrojado un resultado positivo sobre los hechos alegados y sostenidos por la demandante, sino que, por el contrario, lo único que ha acreditado fue que la demandante y el demandado se conocieron en el año 1983, sin que ninguno de los testigos tuviera constancia ni noticias de la existencia de una relación entre ambos. El ahora recurrente en amparo se negó a someterse a la prueba pericial biológica por considerar –se dice en la demanda– que no existía el más mínimo indicio de que el menor pudiera ser hijo suyo, máxime cuando sólo había visto una vez en su vida a la demandante, varios años antes de que el niño naciera.

Así pues en el proceso se practicaron numerosas pruebas que fueron tenidas en cuenta por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Provincial, junto con la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica, por lo que ha de concluirse que el Tribunal Supremo ha incurrido en un error patente en la apreciación de cada uno de los datos fácticos que resultan de las pruebas practicadas y que constan en las actuaciones, que ha sido absolutamente determinante de la decisión de estimar la demanda. Es decir, ha habido por parte de la Sala una indebida apreciación de los datos de la realidad, que ha condicionado la decisión plasmada en la Sentencia, al haberse centrado y fundando ésta, única y exclusivamente, en la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica, sin poner en consonancia esta negativa con el resto del material probatorio.

b) Asimismo, bajo la invocación conjunta del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), se denuncia que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, a diferencia del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial, ha prescindido en este caso de la valoración conjunta de la

prueba. En efecto, el Tribunal Supremo, no sólo no ha rebatido en ningún momento la inexistencia de prueba de una posible relación entre la demandante y el demandado, como razonadamente habían apreciado los órganos de instancia y apelación, sino que se abstrae de esa inexistencia absoluta de prueba y se centra en la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica para estimar la demanda, modificando sustancialmente el sentido de las decisiones adoptadas por la propia Sala con anterioridad en casos idénticos, sin que se razone el cambio de criterio que se aprecia en este supuesto.

c) El demandante también considera que ha resultado vulnerado el principio de igualdad (artículo 14 CE), al haberse prescindido de la valoración conjunta de la prueba y atribuirle al recurrente en amparo la paternidad de don Carlos, dando primacía a los derechos de los artículos 39 y 24 CE. Pese a no existir una sola prueba ni un solo indicio de la más remota relación entre la demandante y el demandado, la Sala, contradiciendo la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de filiación y la doctrina del Tribunal Constitucional, ha dado primacía a los derechos de la parte demandante sobre los del ahora recurrente en amparo.

d) La Sentencia impugnada ha causado asimismo indefensión al demandante de amparo como consecuencia del cambio sustancial del criterio adoptado respecto a la doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia. En la propia Sentencia se mencionan diversas Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, entre ellas las de 22 de mayo y 22 de noviembre de 2000, 24 de mayo y 3 de noviembre de 2001. Sin embargo, de manera sorprendente, la Sala ha prescindido de poner en relación todas las pruebas practicadas con la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica, ya que de haberlo hecho hubiera llegado a la lógica conclusión de la inexistencia de pruebas para atribuir al ahora demandante de amparo la paternidad reclamada.

En las Sentencias que se citan en la aquí recurrida se refleja la tendencia del Tribunal Supremo de aumentar cada vez más el valor probatorio de la conducta negativa del demandado, pero sin embargo se sigue exigiendo la valoración de dicha negativa en conjunción con el resto de las pruebas practicadas en el procedimiento, como permite apreciar la lectura de las mencionadas Sentencias de 22 de mayo y 22 de noviembre de 2000 y de 3 de noviembre de 2001. Estas Sentencias son suficientemente expresivas del criterio seguido hasta el momento, no sólo por el Tribunal Supremo, sino también por el Tribunal Constitucional, por lo que resulta increíble que ante la inexistencia absoluta y total de prueba en el presente procedimiento pueda declararse la paternidad del demandado por

el simple hecho de haberse negado a someterse a la prueba biológica.

e) Por último se afirma en la demanda de amparo que la Sentencia impugnada vulnera la propia doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en las SSTC 7/1994, de 17 de enero, 95/1999, de 31 de mayo, y 208/2001, de 22 de octubre, que pone de manifiesto la importancia de la prueba biológica en los procedimientos de filiación en los supuestos dudosos donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos despliega con plenitud sus efectos probatorios, ya que el resto de los medios de prueba son suficientes para demostrar que la demanda no es frívola, ni abusiva, debiendo ponerse en relación la negativa a someterse a la prueba pericial biológica con el resto de los elementos fácticos acreditados durante el procedimiento.

Sin embargo en este caso no existe un solo elemento fáctico que revele la existencia de un acercamiento, siquiera mínimo, entre la demandante y el demandado en la época de la concepción del menor, por lo que la prueba biológica ni era necesaria, ni imprescindible.

Concluye el escrito de demanda suplicando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites legales oportunos, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado y se declare la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2002, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de Sentencia para que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental lesionado. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 LOTC, se interesó la suspensión de la ejecución de la resolución judicial impugnada.

### 3. Alegaciones de doña Pilar.

a) Alega, en primer término, que la demanda de amparo incurre en la causa de inadmisión prevista en el artículo 50.1.a), en relación con el artículo 44.1.a), ambos LOTC, esto es, en la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables en la vía judicial previa, al no haber interpuesto el ahora solicitante de amparo recurso de reposición contra la providencia de 10 de febrero de 1994, por la que se admitió a trámite la demanda de reclamación de filiación extramatrimonial. Si hubiera interpuesto el referido recurso de reposición, el demandado podía haber hecho alusión entonces a la falta de indicios suficientes para admitir la demanda, en la que debía saber que con toda seguridad se iba a solicitar la práctica de la prueba hematológica.

b) La representación procesal de doña Pilar y don Marcos, respecto a la valoración judicial de la prueba obrante en autos en relación con la negativa injustificada del demandado a someterse a las pruebas de paternidad, argumenta que, de acuerdo con

una reiterada doctrina constitucional, este Tribunal no es una tercera instancia y, por lo tanto, no le corresponde revisar la mayor o menor verosimilitud atribuida por los órganos judiciales al relato fáctico que las partes realizaron, ni a la valoración de la prueba practicada (SSTC 199/1999, de 8 de noviembre, FJ 5; 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 40/2000, de 14 de febrero, FJ 5).

En este caso, aunque la prueba pericial biológica fue declarada pertinente por el Juzgado, el demandado se negó a colaborar en su práctica, colaboración que consistía en permitir que se le extrajera un pequeño volumen de sangre, a fin de determinar con un grado de certeza absoluto, cuando el resultado es negativo para la paternidad, o con un grado de probabilidad del 99%, cuando el resultado es positivo, la paternidad reclamada. Las razones ofrecidas por el demandado para justificar su negativa se fundaron en sus derechos fundamentales a la integridad física y moral (artículo 15 CE) y a la intimidad (artículo 18 CE), siendo reiterada jurisprudencia constitucional que ni una ni otra razón son válidas para negarse a someterse a la prueba si el órgano judicial la ha declarado pertinente (STC 7/1994). En conclusión, los límites que de los artículos 15 y 18.1 CE pueden derivarse a la investigación de la filiación no justifican en modo alguno la cerrada negativa del demandado a someterse a la misma, pues la imposibilidad de acreditar en este caso la filiación extramatrimonial del menor hacía indudablemente necesaria su práctica.

Desde la perspectiva de los artículos 14, 24.1 y 39 CE no es lícito que la negativa voluntaria y obstinada de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre prive de la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial y deje sin prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación. En este caso la infracción constitucional se ve agravada desde el momento en que se dejan sin tutela judicial los derechos del menor (artículo 39.1 CE), desconociéndose a su vez el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad, lo que exige una interpretación de los correspondientes preceptos procesales finalista y adecuada para hacer posible la práctica de la prueba cuya obligatoriedad no es constitucionalmente cuestionable (STC 95/1999, de 31 de mayo, FJ 2).

Resulta paradójico que una persona que de forma arbitraria se niega a obedecer a las autoridades judiciales pretenda obtener ahora, pese a haber sido advertido de las consecuencias de su negativa a la práctica de la prueba biológica, la declaración de que se ha producido un error en la valoración de la prueba por parte del Tribunal Supremo, habiendo resultado lesionados por ello sus derechos funda-

mentales, pues entonces, no ya sólo los deberes de buena fe, de lealtad procesal y de prestar la colaboración requerida por los Tribunales, sino el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio, se ven frustrados cuando se intentan eludir las responsabilidades y obligaciones derivadas de la paternidad, dejando con ello sin tutela judicial efectiva los derechos del menor reconocidos en el artículo 39.1 CE.

Concluye su escrito suplicando del Tribunal Constitucional que inadmita el presente recurso de amparo o, subsidiariamente, se deniegue el amparo solicitado, con expresa imposición de costas al demandante.

#### 4. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 4 de noviembre de 2004, en el que interesó el otorgamiento del amparo solicitado con base en las razones que a continuación sucintamente se resumen:

a) Tras reconducir la vulneración de derechos fundamentales que se denuncia en la demanda de amparo al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y al principio de igualdad en aplicación de la Ley (artículo 14 CE), el Ministerio Fiscal entiende que no puede prosperar la queja relativa al error patente, en el que, a juicio del demandante de amparo, incurre la Sentencia impugnada, pues la nota fundamental que caracteriza tal error es que recaiga sobre hechos, no abarcando, por tanto, errores jurídicos (SSTC 78/2002, FJ 3; 158/2002, FJ 6; 26/2003, FJ 2; 165/2003, FJ 2). En este caso la ausencia de valoración de la prueba conectada con la suficiencia de la prueba consistente en la negativa a la práctica de la prueba hematológica no puede tildarse de error fáctico, por no corresponderse con un dato de la realidad erróneamente consignado u omitido, sino que se incardina más bien en un supuesto de fundamentación deficiente, lo que conduce también al artículo 24.1 CE, pero desde la perspectiva de la motivación deficiente o de la falta de racionalidad de la respuesta.

En opinión del Ministerio Fiscal la Sentencia impugnada, desde el punto de vista de la motivación constitucionalmente exigible a las resoluciones judiciales, incurre en evidentes quiebras lógicas, que suponen una vulneración del artículo 24.1 CE (SSTC 214/1999, 164/2002, 186/2002). Así, en primer lugar, no es cierto que la solución en este caso adoptada encuentre apoyo argumental en las SSTC 7/1994 y 95/1999, pues tales Sentencias, particularmente la primera, contienen una doctrina general sobre la posible colisión entre la prueba biológica de extracción de sangre y los derechos fundamen-

tales a la intimidad, a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, en conexión con la protección de los hijos *ex* artículo 39 CE. De ello, sin embargo, no cabe extraer la consecuencia de que el Tribunal Constitucional avale la declaración de paternidad con la sola prueba hematológica. Es más, si se lee detenidamente la STC 7/1994, lo que en ella se hizo fue declarar la firmeza de la Sentencia de la Audiencia Provincial por entender que contenía la doctrina constitucionalmente correcta. Y en la citada Sentencia de la Audiencia Provincial no se estimó la demanda con la única prueba de la extracción de sangre, sino con prueba testifical y documental que se valoraron en el cuerpo de la resolución. Consecuentemente la mencionada Sentencia constitucional no avala la estimación de la demanda con la sola negativa a la práctica de la prueba biológica. En segundo lugar tampoco las Sentencias que se citan del Tribunal Supremo autorizan la solución tomada, ya que el Tribunal Supremo siempre exige un indicio de prueba, al menos, para corroborar la de la negativa tan citada. En tercer lugar el resumen que hace el Magistrado Ponente de la doctrina del propio Tribunal Supremo no hace sino corroborar la necesidad de la existencia de alguna prueba. Así en el caso más extremo se habla de prueba endeble, pero nunca de la ausencia de prueba.

La quiebra del razonamiento y de la lógica de la Sentencia se rompe en las últimas consideraciones, ya que la declaración puntual de la lesión de derechos fundamentales que es trasunto de las Sentencias constitucionales citadas no se complementa con razonamientos atinentes a la constatación y valoración de la prueba, y ello a pesar de que se asume la instancia. Esta última declaración hubiera obligado, por tanto, a la Sala a llevar a cabo lo que se hizo en las Sentencias de primera instancia y de apelación, es decir, a valorar, no sólo la negativa a la prueba hematológica, sino también la testifical practicada y la documental que la demandante acompañó a la demanda. Ésta es la consecuencia lógica de entender que es necesaria alguna corroboración aunque esta prueba adicional fuera endeble.

Por ello la solución final de atribución de la paternidad al ahora recurrente en amparo se hace, de un lado, contradiciendo la doctrina apuntada del Tribunal Supremo, con una evaluación absolutamente errónea de las Sentencias de este Tribunal Constitucional y sin una consideración específica de la prueba practicada en el proceso. El fallo, por tanto, no se coherente con las consideraciones que se hacen en el cuerpo de la Sentencia, produciéndose una incoherencia de la misma con la quiebra consiguiente de las reglas de la lógica. De ahí que proceda la estimación de este motivo de amparo, la anulación de la Sentencia y que se dicte otra con-

forme al derecho fundamental a la tutela judicial vulnerado.

b) La Sentencia recurrida, en opinión del Ministerio Fiscal, vulnera también el principio de igualdad en aplicación de la Ley (artículo 14 CE), al apartarse inmotivadamente de la doctrina anterior de la misma Sala con efectos en el fallo, creándose una suerte de voluntarismo selectivo en función de la persona enjuiciada.

La doctrina del Tribunal Supremo aparece respetada en la fundamentación jurídica de la Sentencia, pero no en el fallo, lo que se produce por la aludida discordancia e incoherencia de la Sentencia antes puesta de manifiesto. De otra parte la temática probatoria en materia de filiación extramatrimonial se ha manifestado en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS de 26 de septiembre de 1998; 19 de septiembre de 1998; 3 de octubre de 1998; 4 de diciembre de 1998; 28 de mayo de 1999; 26 de junio de 1999; 26 de julio de 1999; 2 de septiembre de 1999; 11 de octubre de 1999; 28 de marzo de 2000; 29 de marzo de 2000; 28 de marzo de 2000; 24 de abril de 2000; 22 de mayo de 2000; 30 de mayo de 2000; 20 de junio de 2000; 11 de noviembre de 2000; 22 de noviembre de 2000, entre otras muchas). En todas ellas se aplica la consolidada doctrina de que la negativa a la práctica de la prueba hematológica necesita ser complementada por algún tipo de indicio o prueba para declarar la paternidad, sin que la negativa a la prueba hematológica por sí sola pueda estimarse como prueba del hecho biológico de la generación.

En este caso se dan los requisitos para estimar asimismo lesionado el derecho a la igualdad en su dimensión de igualdad en aplicación de la Ley, en cuanto las Sentencias de comparación proceden del mismo Tribunal –Sala de lo Civil del Tribunal Supremo–, existe un término válido de comparación por tratarse de supuestos similares y no se da explicación del cambio de criterio por parte del órgano judicial (SSTC 117/2004; 129/2004). La circunstancia de discordancia entre razonamientos y fallo que constituyó la base de la lesión de la tutela judicial efectiva no ha de tener incidencia en la vulneración de la igualdad analizada, a la vista de que la desigualdad ha de partir del perjuicio material ocasionado, siendo indudable que éste ha existido en cuanto tal desigualdad en la parte dispositiva ha revertido en la estimación de la demanda inicial y en la consiguiente atribución de la paternidad al recurrente en amparo.

El Ministerio Fiscal concluye su escrito solicitando de este Tribunal que dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado, y se declare la nulidad de la Sentencia recurrida, debiendo dictarse una nueva Sentencia respetuosa con los

derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad en la aplicación de la Ley.

## 5. Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional.

A) Cuestiones procesales: Causa de inadmisión del recurso de amparo alegado por doña Pilar.

Hemos de comenzar nuestro enjuiciamiento con el análisis de la causa de inadmisión de la demanda de amparo alegada, consistente, según ya se ha adelantado, en la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables en la vía judicial [artículo 50.1.a), en relación con el artículo 44.1.a), ambos LOTC], que aduce la representación procesal de quien comparece en este proceso como parte demandada, por no haber interpuesto el ahora demandante de amparo recurso de reposición contra la providencia de 10 de febrero de 1994, por la que se admitió a trámite la demanda de reclamación de filiación no matrimonial. Sostiene al respecto la representación procesal de doña Pilar y don Marcos que el solicitante de amparo, si hubiera interpuesto el referido recurso de reposición, habría podido aludir con ocasión del mismo a la falta de indicios suficientes para admitir a trámite la demanda de reclamación de filiación no matrimonial, en la que con toda seguridad debía saber que se iba a solicitar la práctica de la prueba biológica de paternidad.

La lesión de los derechos fundamentales que se invoca en la demanda de amparo es directamente imputable en su origen, y únicamente, como permite apreciar con absoluta nitidez su lectura, a la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, resolución que pone fin a la vía judicial previa, y contra la que no cabe recurso alguno, por lo que no puede estimarse que no se hayan agotado frente a la decisión judicial supuestamente vulneradora de aquellos derechos fundamentales todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (STC 55/2001, de 26 de febrero, FJ 2).

Además la conculcación de los mismos no se funda en que los órganos judiciales hubieran declarado pertinente y acordado la práctica de la prueba biológica de la paternidad, a la que no quiso someterse el ahora demandante de amparo, sino en un supuesto error patente en el que, a juicio del recurrente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha incurrido al apreciar cada uno de los datos fácticos resultantes de las pruebas practicadas o no, habiendo prescindido de su valoración conjunta, y en el valor que la Sala ha conferido en este caso a la negativa del demandado a someterse a la referida prueba.

B) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Despejado el anterior óbice procesal, al objeto de precisar los términos en los que ha de desen-

volverse el debate de las cuestiones planteadas, las quejas del recurrente en amparo, como ya antes hemos dejado constancia, han de reconducirse para su adecuada sistematización, en primer lugar, a la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en relación con los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), por haber incurrido la Sentencia impugnada en un error patente. Se argumenta al respecto que la Sala ha incurrido en un error manifiesto en la apreciación de cada uno de los datos fácticos que resultan de las pruebas practicadas y no practicadas durante el proceso determinante de la decisión de estimar la demanda de reclamación de filiación, al haber fundado única y exclusivamente aquella decisión en la negativa del ahora recurrente en amparo a someterse a la prueba biológica de paternidad, sin poner en relación ni conexión dicha negativa con el resto del material probatorio, como, por el contrario, hicieron el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial, cuya conclusión probatoria en ningún momento ha sido rebatida en la Sentencia de casación. Además la forma de operar y el criterio mantenido en este caso por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo contradicen la jurisprudencia, tanto de la misma Sala como del Tribunal Constitucional, que en la propia Sentencia se cita como fundamento de la decisión adoptada.

Como acertadamente el Ministerio Fiscal señala en su escrito de alegaciones, no cabe apreciar, de acuerdo con una reiterada y conocida doctrina constitucional, que la Sentencia recurrida haya incurrido, por las razones que se aducen en la demanda de amparo, en un error patente con relevancia constitucional, pues esta institución viene relacionada primordialmente con aspectos de carácter fáctico o predominantemente fáctico (SSTC 78/2002, de 8 de abril, FJ 3; 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 6; 26/2003, de 10 de febrero, FJ 2; 165/2003, de 29 de septiembre, FJ 2; 224/2003, de 15 de diciembre, FJ 4). Así se ha aludido a ella como «indebida apreciación de datos de la realidad condicionantes de la resolución adoptada» (STC 68/1998, de 30 de marzo) o, de modo similar, se ha relacionado «con la determinación de los hechos objeto del juicio o con la determinación y relación del material de hecho sobre el que se asienta una decisión» (STC 112/1998, de 1 de junio), aplicándose también a un «dato fáctico indebidamente declarado como cierto» (STC 100/1999, de 31 de mayo) (STC 55/2001, de 26 de febrero, FJ 4). En este caso los motivos en los que el demandante de amparo funda el denunciado error patente en el que supuestamente ha incurrido la Sentencia impugnada, esto es, la falta de valoración conjunta del material probatorio del proceso, en relación con el valor conferido en este caso a la negativa del ahora soli-

citante de amparo a someterse a la prueba biológica de paternidad, así como la supuesta incoherencia interna en este extremo de la Sentencia recurrida, no pueden ser tildados, como es evidente, de errores fácticos, por no corresponderse con datos de la realidad erróneamente consignados u omitidos en la resolución judicial impugnada.

No obstante la anterior conclusión en modo alguno es óbice para que la queja del recurrente en amparo, atendiendo a aquellos motivos en los que se sustenta, pueda y deba reconducirse para su adecuada sistematización, como el Ministerio Fiscal propone, hacia un defecto de fundamentación en la Sentencia impugnada, en concreto hacia la irrazonabilidad de dicha fundamentación, vicio que puede determinar, de apreciarse, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) [SSTC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 3; 186/2002, de 14 de octubre, FJ 2; 224/2003, de 15 de diciembre, FJ 4, por todas]. Este nuevo enfoque del marco de enjuiciamiento constitucional de la pretensión del demandante de amparo se corresponde, como hemos señalado, «con el criterio de flexibilidad en la tutela de los derechos fundamentales» (SSTC 167/1987, de 28 de octubre, FJ 1; 184/1992, de 16 de noviembre, FJ 2; 80/1994, de 14 de marzo, FJ 2; 99/2000, de 10 de abril, FJ 6; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 19/2001, de 29 de enero, FJ 3; 154/2001, de 2 de julio, FJ 2; 229/2001, de 26 de noviembre, FJ 3; 186/2002, de 14 de octubre, FJ 2).

El examen de la queja del recurrente en amparo, en los términos a los que ha sido reconducida, requiere traer a colación la reiterada doctrina de este Tribunal, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), «que no garantiza el acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación del Derecho, sí exige, sin embargo, que la respuesta judicial a las pretensiones de las partes, o, en su caso, a la decisión de inadmisión de las mismas, esté motivada con un razonamiento congruente fundado en Derecho. Y para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en error patente». Ahora bien, en rigor, cuando lo que se debate en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, como sucede en este caso, «no afecta a los contenidos típicos del artículo 24.1 CE o a otros derechos fundamentales, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento» (SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ

4; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 82/2002, de 22 de abril, FJ 7; 224/2003, de 15 de diciembre, FJ 2).

En este contexto resulta pertinente recordar, respecto al vicio de irrazonabilidad susceptible de tutela a través del recurso de amparo, que, como este Tribunal ha afirmado repetidamente, «la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueban que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas» (SSTC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4; 186/2002, de 14 de octubre, FJ 5; 224/2003, de 15 de diciembre, FJ 4).

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo aquí impugnada declara que don Marcos es hijo no matrimonial del ahora demandante de amparo con base única y exclusivamente en la negativa de éste a someterse a la prueba biológica de paternidad acordada por el Juzgado de Primera Instancia, prescindiendo de cualquier consideración y valoración conjunta de esta negativa con el resto del material probatorio obrante en autos, esto es, la confesión judicial del demandado, la testifical practicada a propuesta de la demandante en el proceso *a quo* y la documental aportada por ésta. La Sala viene a revocar con dicha declaración, sin hacer referencia alguna a los mencionados medios de prueba, ni a la valoración que los mismos le merecen en conjunción con la negativa del demandado en el proceso *a quo*; esto es, no se analiza ni se valora la conclusión probatoria del Juzgado de Primera Instancia, que confirmó en apelación la Audiencia Provincial, según la cual, tras analizarse y valorarse en la Sentencia las pruebas practicadas, «no existe la menor prueba o indicio sobre la conducta del aquí demandado, ni de la necesaria existencia de relaciones sexuales entre la actora y este último», «ni siquiera existe prueba alguna sobre el mantenimiento, al menos, entre ambos de una cierta amistad», por lo que el órgano judicial

a quo entendió que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 7/1994) y del Tribunal Supremo (STS de 27 de mayo de 1994), no podía considerarse en este caso «injustificada la conducta del demandado negándose a la práctica de la indicada prueba (biológica); sin que tal negativa, según reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial, pueda considerarse como un *ficta confessio*».

Como fundamento de la decisión adoptada se cita y se reproduce parcialmente en la Sentencia impugnada, de un lado, la doctrina de las SSTC 7/1994, de 17 de enero, y 95/1999, de 31 de mayo, y, de otro, la de cinco Sentencias de la propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (SSTS de 22 de mayo de 2000, 22 de noviembre de 2000, 24 de mayo de 2001, 3 de noviembre de 2001 y 27 de diciembre de 2001), de la que, tras citar y referirse individualizadamente a cada una de estas Sentencias, se hace un resumen a modo de conclusión. Pues bien, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, basta la lectura de las referidas Sentencias, para constatar que no puede encontrar apoyo o fundamento en ellas o en la doctrina que en las mismas se plasma la decisión adoptada en este caso por la Sala; esto es, atribuir la paternidad reclamada al demandante de amparo con base única y exclusivamente en la negativa de éste a someterse a la prueba biológica de paternidad, prescindiendo del resto del material probatorio obrante en autos y, por tanto, sin entrar a valorarlo en conjunción con dicha negativa.

En efecto, las Sentencias citadas de este Tribunal, contra lo que parece desprenderse de la Sentencia impugnada, no avalan la posibilidad de la declaración de paternidad con base única y exclusivamente en la negativa del afectado a someterse a la prueba biológica de paternidad. Así en la STC 7/1994, de 17 de enero, lo que entonces se reprochó a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en lo que aquí y ahora interesa, fue que no concediera ninguna relevancia a la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad judicialmente acordada, exigiendo a la demandante en el proceso *a quo* la presentación en forma incontrovertible de otras pruebas no biológicas absolutamente definidas, pues «al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del artículo 24.1 CE, colocándola en una situación de indefensión» (FJ 6). De tal pronunciamiento y de la doctrina en la que se sustenta, sin embargo, no es posible concluir que este Tribunal haya considerado que pueda fundarse exclusivamente la declaración de paternidad en la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica acordada por el órgano judicial. Es más, el Tribunal Constitucional

declaró en la mencionada Sentencia la firmeza de la Sentencia de la Audiencia Provincial que había casado y anulado la del Tribunal Supremo por entender que la Sentencia de apelación no había incurrido en la violación constitucional apreciada, al haber considerado «la negativa del padre a someterse a la prueba biológica como un indicio, tanto más consistente cuanto más reiterado, que en conjunción con las restantes pruebas aportadas por la demandante —que no corresponde valorar a este Tribunal en su conjunto— contribuyó a zanjar con un medio de prueba apto en derecho —la prueba de presunciones *ex* artículo 1.253 CC— la dificultad probatoria provocada por la citada e injustificada negativa del demandado, dando, en el presente caso, adecuada respuesta con las técnicas probatorias existentes en nuestro Derecho, a los problemas ocasionados por la conducta obstruccionista del demandado» (FJ 8).

Idéntica conclusión se alcanza en relación con la STC 95/1999, de 31 de mayo, en la que el Tribunal, de conformidad con la doctrina recogida en la STC 7/1994, y reiterando además precedente doctrina constitucional, declaró que «cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos 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 CE (AATC 103/1990 y 221/1990)» (FJ 2). Tampoco, pues, encuentra sustento en la citada Sentencia el alcance probatorio que en la Sentencia impugnada en amparo se confiere a la negativa del afectado a someterse a la prueba biológica de paternidad.

Como confirmación más reciente de este línea jurisprudencial puede traerse a colación, aunque sólo sea a efectos meramente expositivos, el ATC 371/2003, de 21 de noviembre, en el que Tribunal declaró, entre otros extremos, que «... el resultado de dicha prueba (biológica), tanto si se practica efectivamente como si no, por no prestarse a su realización el afectado, ha de valorarse por el órgano judicial en el contexto del conjunto probatorio existente en el procedimiento, una vez cerrado el período probatorio y como parte de la fundamentación de la resolución adoptada, momento en el cual el órgano judicial expresa verdaderamente su apreciación de la prueba»; así como que «hemos rechazado que se pueda atribuir a la referida negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica “un carácter absoluto de prueba de paternidad, introduciéndose una carga *contra cives* que no está

autorizada normativamente”, ni puede interpretarse dicha negativa como una *ficta confessio* del afectado (ATC 221/1990, de 31 de mayo, FJ 2, *in extenso*), sino la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en el contexto valorativo anteriormente expuesto, es decir, en relación con la base probatoria (indiciaria) existente en el procedimiento (STC 95/1999, de 31 de mayo, FJ 2)».

De otra parte la declaración de la paternidad reclamada al ahora demandante de amparo con base única y exclusivamente en su negativa a someterse a la prueba biológica no sólo no encuentra apoyatura y fundamento alguno en las Sentencias de la propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que se citan en la recurrida en amparo, sino que tal solución resulta expresamente contraria a la doctrina recogida en las mencionadas Sentencias, y, como tendremos ocasión de constatar al examinar la queja relativa a la supuesta violación del principio de igualdad en aplicación de la Ley, a una consolidada doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre el valor probatorio de la negativa a someterse a la prueba biológica de la paternidad. En efecto, aquellas Sentencias plasman y reproducen la aludida doctrina jurisprudencial, según la cual la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad no es base para suponer una *ficta confessio*, aunque representa o puede representar un indicio valioso que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que de por sí es de imposible prueba absoluta. En términos, en concreto, de la STS núm. 508/2001, de 24 de mayo, que se cita expresamente en la Sentencia ahora recurrida en amparo, «Es doctrina pacífica de esta Sala la que establece que la negativa a la práctica de la prueba hematológica que puede ser determinante de una declaración de paternidad, y sobre todo cuando no hay base para tal negativa, no debe dársele el valor de una *ficta confessio* —en puridad terminológica ficticia pericia—, y como tampoco se da el enlace preciso y directo para encuadrar tal actitud dentro de la presunción como medio impugnatorio, sólo queda valorarla como un indicio muy cualificado que en unión del conjunto de otras pruebas, puede llevar al ánimo del Tribunal la convicción de la paternidad postulada» (Fundamento de Derecho Primero).

Las precedentes consideraciones ponen de manifiesto una quiebra en el discurso argumental en la Sentencia recurrida de la índole y entidad de las que en nuestra jurisprudencia precedentemente citada hemos considerado causante de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1

CE). Ello es así en cuanto la conclusión alcanzada —esto es, la atribución de la paternidad reclamada al recurrente en amparo con base única y exclusivamente en la negativa de éste a someterse a la prueba biológica— no puede fundarse en la doctrina jurisprudencial que se aduce en apoyo de la decisión adoptada —esto es, las Sentencias citadas de este Tribunal y de la propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo—, e incluso llega a resultar contradictoria con la doctrina de la propia Sala recogida en estas últimas Sentencias. En definitiva, la declaración en este caso de la paternidad reclamada al recurrente en amparo no puede cohonestarse con las consideraciones que le anteceden en el cuerpo de la Sentencia, produciéndose así una incoherencia interna que quiebra la lógica argumental del discurso judicial, y que, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia en el fundamento jurídico precedente, es una de las hipótesis en las que una resolución judicial puede calificarse de vulneradora del derecho de tutela judicial efectiva. Como el Ministerio Fiscal señala acertadamente, la atribución al demandante de amparo de la paternidad reclamada hubiera requerido, de conformidad con la doctrina de la propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de la que se deja constancia en la Sentencia, que aquélla hubiera valorado la negativa del ahora demandante de amparo a someterse a la prueba biológica en conjunción con las demás pruebas practicadas en el proceso, lo que no hizo, y, en consecuencia, hubiera rebatido la conclusión probatoria a la que en esa valoración conjunta llegaron tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial.

C) Vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

El recurrente en amparo considera que la Sentencia impugnada ha vulnerado también el principio de igualdad en la aplicación judicial de la Ley (artículo 14 CE), al haberse separado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sin motivar ni justificar tan radical cambio de criterio, de su consolidada doctrina y de la del Tribunal Constitucional sobre el valor probatorio de la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad.

El examen de la referida queja hace necesario traer a colación la reiterada doctrina constitucional en relación con el principio de igualdad, en su vertiente de aplicación judicial de la ley, recogida, más recientemente, entre otras, en las SSTC 210/2002, de 11 de noviembre (FJ 3), 46/2003, de 3 de marzo (FJ 2), 70/2003, de 9 de abril (FJ 2), 13/2004, de 9 de febrero (FJ) y 117/2004, de 12 de julio (FJ 2), según la cual, para que pueda considerarse vulnerado el mencionado derecho fundamental se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La acreditación de un *tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria. Los supuestos de hecho enjuiciados deben ser, así pues, sustancialmente iguales, pues sólo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno deba ser igual a la del otro.

b) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de la «referencia a otro» exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo.

c) La identidad de órgano judicial, entendiendo por tal, no sólo la identidad de la Sala, sino también de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órganos jurisprudenciales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en aplicación de la Ley.

d) La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizados el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició. La razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en aplicación de la Ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones, adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales, sin una argumentación razonada de dicha separación, que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta *ad personam*, singularizada.

También hemos dicho que la justificación a que hace referencia este último requisito no ha de venir necesariamente explicitada en la resolución judicial cuya doctrina se cuestiona, sino que podrá, en su caso, deducirse de otros elementos de juicio externos que indiquen un cambio de criterio, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso. En suma, lo que invariablemente hemos exigido en tales supuestos es que un mismo órgano no modifique arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la Ley es el

cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro; esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad.

A los efectos del juicio de igualdad en aplicación de la Ley propuesto se han de comenzar por descartar como término válido de comparación en este caso, obviamente, las Sentencias del Tribunal Constitucional que se citan en la demanda de amparo (SSTC 7/1994, de 17 de enero, y 95/1999, de 31 de mayo), mereciendo por el contrario tal consideración las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que al respecto se invocan en la demanda de amparo (SSTS de 22 de mayo y 22 de noviembre de 2000; 24 de mayo, 20 de julio y 3 de noviembre de 2001) y en el escrito de alegaciones del trámite del artículo 52.1 LOTC (SSTS de 3 de octubre y 4 de diciembre de 1998, 28 de mayo, 26 de junio y 2 de septiembre de 1999 y 24 de abril de 2000), por proceder del mismo órgano judicial y resolver supuestos sustancialmente iguales desde la perspectiva jurídica que nos ocupa; esto es, el valor de la negativa del afectado a someterse a la prueba biológica de paternidad.

Pues bien, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia recurrida en amparo, al atribuir al ahora demandante la paternidad reclamada con base única y exclusivamente en la negativa de éste a someterse a la prueba biológica, prescindiendo del resto de la prueba practicada en el proceso y de la valoración conjunta de aquélla y ésta, se ha separado de manera aislada y ocasional de una consolidada línea jurisprudencial, de la que son exponentes, entre otras muchas, las Sentencias que se citan en la propia Sentencia impugnada y las que, además, invoca el demandante de amparo, que no sólo se venía manteniendo con normal y total uniformidad antes de adoptar esta decisión divergente ahora recurrida en amparo, sino que también se ha continuado con posterioridad y persiste en la actualidad. Doctrina jurisprudencial según la cual, como ya hemos tenido ocasión de reflejar, la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad no es base para suponer una *ficta confessio*, aunque representa o puede representar un indicio valioso que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a aquéllas en sí mismas y por sí solas no sean suficientes para estimar probada una paternidad que de por sí es de imposible prueba absoluta (por todas, SSTS de 8 de

marzo de 1995; 11 y 28 de mayo de 1999; 26 de junio de 1999; 2 de septiembre de 1999; 17 de noviembre de 1999; 22 de mayo de 2000; 22 de noviembre de 2000; 24 de mayo de 2001; 3 de noviembre de 2001; 27 de diciembre de 2001; 17 de julio de 2002; 7 de julio de 2003; 11 de marzo de 2003; 11 de septiembre de 2003; 1 de octubre de 2003; 29 de junio de 2004; 2, 6, 7, 9, 15 y 16 de julio de 2004; 1 de septiembre de 2004).

La falta de justificación en la Sentencia del cambio de criterio jurisprudencial en términos generalizados, cambio, que, por el contrario supone, como ya hemos señalado, una ruptura aislada y ocasional de una línea doctrinal previa, e incluso en este caso posterior, consolidada y uniforme, ha de conducir a concluir que la Sentencia impugnada ha vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 CE).

**Se declara vulnerado el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, al haberse estimado la oposición a la ejecución efectuada por el esposo frente a la demanda en la que la esposa reclamaba las pensiones compensatorias impagadas que se acordaron en la separación, en base a que en la sentencia de divorcio no se hizo pronunciamiento alguno respecto a la pensión compensatoria.**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, SENTENCIA 96/2005, DE 18 DE ABRIL

## ANÁLISIS DEL CASO

- Doña María y don Ramón se encontraban separados en virtud de la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 25 de Madrid que aprobó el convenio regulador. En dicho convenio se estableció, entre otras determinaciones, una pensión compensatoria sin límite temporal y actualizable a pagar por el esposo a favor de la esposa por meses anticipados y en cuantía que podría variar según las vicisitudes laborales de la esposa.
- Don Ramón pagó la pensión compensatoria a su esposa hasta el mes de marzo de 2001.
- Doña María instó la ejecución de la sentencia de separación, en cuyo suplico interesó que se dictase auto despachando la ejecución por la cantidad adeudada, más las correspondientes actualizaciones, intereses y costas.
- Don Ramón se opuso a la ejecución, alegando la improcedencia de ejecutar la sentencia recaída en el proceso de separación, dado que a instancia suya se había seguido proceso de divorcio, de modo que desde que recayó la sentencia de divorcio el título ejecutado había perdido eficacia.
- Con anterioridad a que el esposo hubiese promovido el proceso de divorcio solicitó la modificación de las medidas de separación en proceso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid con el núm. 696/97, interesando la extinción de la pensión compensatoria de su esposa y subsidiariamente su reducción. La Sentencia del Juzgado dictada en el proceso de modificación de las medidas de separación se encontraba pendiente de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial cuando se inició el proceso de divorcio. Finalmente, la demanda de modificación de medidas instada por el esposo fue desestimada.
- Tras la impugnación por la demandante de amparo de la oposición a la ejecución formulada por don Ramón, el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 25 de Madrid dictó Auto de fecha 12 de enero de 2002,

en el que, estimando la oposición, declaró que no procedía la ejecución despachada, que dejó sin efecto.

⦿ Doña María interpuso recurso de apelación que fue desestimado por auto de fecha 24 de octubre de 2002 dictado por la Sec. 24.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid.

⦿ Doña María interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que acordó la nulidad de los autos dictados tanto por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia como por la Audiencia Provincial recaídos en autos de ejecución de la Sentencia de separación, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse el primero de los mencionados Autos para que se pronuncie una nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fundamentación jurídica de la demanda de amparo interpuesta por doña María.

En la fundamentación jurídica de la demanda de amparo se invoca, frente a los Autos del Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid, de 12 de enero de 2002, y de la Sección Vigésima Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de octubre de 2002, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en sus vertientes de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho exenta de arbitrariedad y de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

a) Bajo la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho exenta de arbitrariedad (SSTC 173/2002, de 9 de octubre; 186/2002, de 14 de octubre), se argumenta que del relato de hechos precedente se deduce que, según las resoluciones judiciales impugnadas, la Sentencia de divorcio hace borrón y cuenta nueva en las relaciones entre los esposos divorciados, anulando y dejando sin efecto todos los pronunciamientos de la Sentencia de separación, aunque no se haya pedido su modificación en el proceso de divorcio, razón esta última por la cual en este caso la Sentencia dictada en el proceso de divorcio no contenía determinación alguna al respecto.

Pues bien, tal decisión en modo alguno está fundada en Derecho, como permite comprobar el hecho de que en ninguna de las resoluciones judiciales se cita una sola disposición, norma, artículo, principio de Derecho o doctrina del Tribunal Supremo que establezca el referido efecto. El Auto

del Juzgado dice aplicar la doctrina de la superioridad, pero olvida que sólo la jurisprudencia del Tribunal Supremo completa el Ordenamiento jurídico (artículo 6.1 del Código Civil: CC), de modo que aplicar esa doctrina que denomina «de la superioridad» para resolver el caso concreto no es aplicar Derecho. Por su parte el Auto de la Audiencia Provincial simplemente no razona en Derecho y no cita, ni menos aún explica, en virtud de qué norma la oposición a la ejecución debe prosperar. Se limita a hacer unas consideraciones generales de las que no se sigue de ninguna manera que la oposición a la ejecución deba prosperar.

Además de no fundadas en Derecho las resoluciones judiciales impugnadas son irracionales, arbitrarias y tan patente y notoriamente equivocadas que, lejos de ser expresión de la recta administración de Justicia, son una simple apariencia de la misma, por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo. En efecto, si bien es verdad que en el proceso de divorcio pueden modificarse las medidas acordadas en la Sentencia de separación, es preciso ejercitar en el mismo la pertinente pretensión modificadora y que ésta sea estimada en Sentencia firme. Sin una declaración modificadora de las medidas de separación, cualquiera que sea el proceso en el que se haga —en el de divorcio o en otro *ad hoc*—, los efectos de la Sentencia de separación se perpetúan por el efecto de la cosa juzgada material. Por eso aquellas resoluciones judiciales son, además de no fundadas en Derecho, arbitrarias e irracionales, ya que parten de una premisa meramente imposible —que la Sentencia

de divorcio puede plantearse *ex novo* modificar las medidas de separación— y alcanza una conclusión absoluta y para todos los casos —que la Sentencia de divorcio deja sin efecto las medidas decretadas en la Sentencia de separación— que el propio resultado meramente posibilista de la premisa excluye.

Los Autos recurridos incurrirán también en error patente, pues tanto la demanda de divorcio como la Sentencia que recayó en dicho proceso evidencian que don Ramón no formuló pretensión alguna en este sentido ni, consecuentemente, la Sentencia de divorcio acordó la modificación de las medidas acordadas en el previo proceso de separación.

b) De otra parte el derecho a la invariabilidad, inmodificabilidad o intangibilidad de las Sentencias firmes, como su efectiva ejecución en sus propios términos (SSTC 175/2002, de 9 de octubre; 187/2002, de 14 de octubre), garantiza a la demandante de amparo que la Sentencia firme de separación no puede ser dejada sin efecto fuera de los cauces legales previstos para ello.

Es evidente que los Autos impugnados dejan sin efecto la Sentencia firme dictada en el proceso de separación con fundamento en que la Sentencia recaída en el proceso de divorcio dejó sin efecto aquella.

Las medidas adoptadas en la Sentencia firme que pone fin al proceso de separación conyugal gozan de eficacia de cosa juzgada, aunque condicionada a su posible modificación por el procedimiento adecuado. Esta pretensión modificadora de las medidas de separación puede ser ejercitada con ocasión del pleito de divorcio o en un proceso *ad hoc* al exclusivo objeto de interesar la modificación de las medidas de separación. Pero en este caso basta con leer la demanda del pleito de divorcio para comprobar que don Ramón no lo hizo, ni podía hacerlo, en el proceso de divorcio, ya que en caso contrario hubiera concurrido la excepción de litispendencia, pues en el momento de solicitar el divorcio tenía instado un proceso *ad hoc* en el que interesó la modificación de las medidas de separación, y este pleito se encontraba aún pendiente.

Constatado que en este caso, ni la Sentencia firme que puso fin al proceso de divorcio, ni la Sentencia firme recaída en el proceso *ad hoc* de modificación de las medidas de separación, modificaron en lo más mínimo el derecho a la pensión compensatoria de la ahora demandante de amparo, queda demostrada la violación denunciada, porque la no ejecución de la Sentencia de separación por los Autos recurridos en amparo no se justifica con arreglo a Derecho.

Concluye el escrito de demanda suplicando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites

legales pertinentes, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado y se declare la nulidad de los Autos del Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid de 12 de enero de 2002, y de la Sección Vigésima Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de octubre de 2002, ordenando que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse el primero de los Autos citados para que se dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva.

## 2. Informe del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 17 de septiembre de 2004, que en lo sustancial a continuación se extracta:

Tras resaltar la identidad del caso planteado en el presente recurso de amparo con el resuelto en el recurso de amparo núm. 3956-2002, y reproducir parcialmente las alegaciones que efectuó en este último, el Ministerio Fiscal señala que no parece que la falta de solicitud de pensión compensatoria en el juicio de divorcio deba abocar a una cancelación o extinción también automática de la pensión al margen de las normas legales que rigen la materia, es decir, los artículos 100 y 101 CC, que contemplan, entre las causas de extinción, el cese de la causa que la motivó, el hecho de contraer el acreedor nuevo matrimonio o la convivencia marital con otra persona (artículo 101 CC), condicionándose su modificación a la alteración sustancial de la fortuna de uno u otro cónyuge (artículo 100 CC). Consecuentemente la Sentencia de divorcio no puede ser causa de reducción, ni de extinción de la pensión compensatoria, si no existe un pronunciamiento sobre la misma, como en este caso aconteció.

Piénsese, por otro lado, que el marido había visto fracasar sus intentos de extinción o reducción de la pensión en los autos núm. 696/97, siendo significativo que sean los mismos órganos judiciales los que la consideren extinguida por no haber sido planteado su mantenimiento en la contestación a la demanda en el juicio de divorcio. Es curioso, pues, que lo que no se consigue por la vía adecuada, que era precisamente el incidente de modificación de medidas, se logre por el dictado de una Sentencia de divorcio, en cuyo proceso no se ha debatido sobre el referido objeto.

Por lo demás, deducir que la ahora recurrente en amparo renunciaba a la pensión al no haber planteado tal temática en el juicio de divorcio supone una presunción que no se puede ni debe deducir de su contestación a la demanda, máxime cuando su crédito estaba vivo por la Sentencia de separación y el convenio regulador.

Por tanto en el presente caso se ha lesionado de modo consecutivo el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente en amparo, en su doble vertiente de derecho a la no modificación de las Sentencias firmes fuera de las vías legales, en lo referente a la Sentencia de separación en su día dictada, y de derecho a la ejecución, que comporta que no se ejecute una resolución judicial de modo incoherente con lo resuelto o de modo arbitrario o irrazonable (SSTC 31/2004; 89/2004), ya que, de un lado, no se ha ejecutado una Sentencia firme, y, de otro, se ha denegado su ejecución sobre una base alega, es decir, el dictado de una Sentencia de divorcio y con la inaplicación de las normas sustantivas que regulan la extinción del derecho a percibir pensión compensatoria.

Concluye su escrito interesando del Tribunal Constitucional que dicte Sentencia en la que se anulen los Autos recurridos.

### 3. Alegaciones de la representación procesal de Don Ramón.

La representación procesal de don Ramón evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 2 de septiembre de 2004, que en lo sustancial a continuación se resume:

a) Tras referirse al proceso de divorcio entre las partes, las posiciones por éstas mantenidas y al contenido de las Sentencias recaídas en el mismo, opone como causas de admisión a la demanda de amparo su extemporaneidad y la falta de invocación en el proceso del derecho constitucional supuestamente vulnerado.

En cuanto a la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución fundada en Derecho exenta de arbitrariedad, la representación procesal de don Ramón sostiene que la ahora demandante de amparo comete un error de base, porque se equivoca al afirmar que en el proceso de divorcio no se pidió la modificación de las medidas establecidas años antes en el proceso de separación. Como esta parte ha venido sosteniendo en todos los incidentes y recursos planteados por la ahora solicitante de amparo, cuando se presentó la demanda de divorcio se solicitó que se declarase el mismo y, además, todos aquellos efectos que *ope legis* le fueran inherentes. En contestación a la demanda la ahora recurrente en amparo únicamente alegó defecto en el modo de proponerla, allanándose al resto de las pretensiones. De modo que, si se solicitó el divorcio con los efectos inherentes al mismo, y la ahora demandante de amparo se avino a dicha petición, sin solicitar, como la Ley le permite, el mantenimiento de la pensión compensatoria establecida en el procedimiento de separación, o incluso su modificación, no puede pretender que el Juzgador

le conceda algo que no ha solicitado, teniendo en cuenta que estamos en un proceso donde impera el principio de rogación.

Tampoco puede considerarse válida su pretensión de que la Sentencia de separación sigue vigente en cuanto al pronunciamiento de la pensión compensatoria, pero no en cuanto al resto de los pronunciamientos.

Frente a lo que se sostiene en la demanda de amparo, los Autos recurridos aplican los artículos 218 LEC –artículo 359 LEC 1881–, que establece el deber de congruencia de las Sentencias con las demandas y las pretensiones de las partes, 412.2 LEC –artículo 548 LEC 1881–, que prohíbe que las partes alteren el objeto del proceso una vez fijado éste en la demanda, en la contestación o en la reconvención, y los artículos 91 y 97 CC, habiendo sido interpretado este último jurisprudencialmente en el sentido de que el cónyuge que pretenda el establecimiento o prórroga de la pensión compensatoria fijada en un anterior proceso de separación tendrá que pedirla, dado el principio de rogación y, además, tendrá que probar que el desequilibrio económico existente en el momento de la separación todavía perdura. Así pues los mencionados preceptos legales constituyen, en definitiva, la base de las decisiones judiciales impugnadas, por lo que ha de concluirse que los Autos recurridos no han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo, ya que han sido dictados con base en la legislación vigente, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Supremo y por la Audiencia Provincial de Madrid, por lo que, con independencia de la opinión que las decisiones impugnadas merezcan a la recurrente, no pueden tildarse de arbitrarias, de irrazonables o de incongruentes.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que encontrarían cobertura las resoluciones judiciales recurridas la representación procesal de don Ramón cita y transcribe la STS de 2 de diciembre de 1987. Por lo que respecta a la doctrina de la Audiencia Provincial de Madrid aplicada se remite a las Sentencias invocadas en sus escritos de oposición a la ejecución y al recurso de apelación, si bien, a título de ejemplo, cita las Sentencias de 15 de junio de 1992, 9 de marzo de 1993, 29 de marzo de 1996, 27 de febrero de 1996 y los Autos de 29 de marzo de 1996, 26 de marzo de 1997 y 20 de mayo de 1997.

En relación con la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, considera que en este caso no puede defenderse la intangibilidad de la Sentencia de separación, ya que la propia Ley que regula la separación y el divorcio prevé la modificación de las

medidas definitivas acordadas en ambos procesos *ex* artículos 91, 97 y concordantes CC. Es más, la Ley procesal actualmente vigente prevé un procedimiento especial exclusivamente diseñado para la modificación de medidas definitivas acordadas en los procesos de separación y divorcio, y, además, está previsto el propio proceso de divorcio, donde mediante su análisis *ex novo* pueden establecerse nuevas medidas, así como modificarse o extinguirse las anteriormente acordadas.

Concluye su escrito suplicando del Tribunal Constitucional que dicte Sentencia en la que se inadmita la demanda o, subsidiariamente, se desestime el amparo solicitado, con la imposición de costas a la parte recurrente (artículo 95.2 LOTC).

#### 4. Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional.

El examen de la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho y de derecho a la intangibilidad y ejecución en sus propios términos de las resoluciones judiciales firmes, ha de ser reconducido, aun siendo evidente la conexión entre las distintas vertientes del derecho fundamental que se invocan en la demanda de amparo, por el cauce propio del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos, pues las resoluciones recurridas se han dictado en fase de ejecución de Sentencia (SSTC 116/2003, de 16 de junio, FJ 3; 190/2004, de 2 de noviembre, FJ 2), resultando en este caso de aplicación el canon más estricto que desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva opera, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional, en los supuestos en los que están en juego contenidos típicos del artículo 24.1 CE, como acontece en el que ahora nos ocupa, o de otros derechos fundamentales (STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 82/20002, de 22 de abril, FJ 7; 224/2003, de 15 de diciembre, FJ 2; 76/2004, de 26 de abril, FJ 3, por todas).

a) Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, en esencia, con una respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude ante ellos para la defensa de sus intereses. Cabe, en consecuencia, constatar la vulneración de este derecho fundamental cuando se priva a su titular del acceso a la jurisdicción; cuando, personado ante ella, no obtiene respuesta; cuando, obteniendo respuesta, ésta carece de fundamento jurídico o dicho fundamento resulta arbitrario; o cuando, obteniendo respuesta jurídicamente fundada, el fallo judicial no se cumple (SSTC 324/1994, de 1 de diciembre,

FJ 2; 24/1999, de 14 de abril, FJ 3; 10/2000, de 17 de enero, FJ 2, por todas).

Procede recordar al respecto que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería en todo caso una mera apariencia. En suma, el artículo 24 CE impone a los órganos judiciales, no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener un contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 100/2004, de 2 de junio, FJ 5, por todas).

Así pues no puede entenderse satisfecho el derecho a la tutela judicial efectiva con una fundamentación cualquiera del pronunciamiento judicial, sino que, muy al contrario, se precisa una fundamentación en Derecho, es decir, que en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas jurídicas que se consideren adecuadas al caso y carente de arbitrariedad, lo que sólo puede lograrse si en la resolución judicial se hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial y se exponen las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que se aplican, si bien con ello no se garantiza, claro está, ni el acierto de la argumentación judicial, ni tampoco, como es obvio, el triunfo de una pretensión determinada (STC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2). En tal sentido este Tribunal tiene declarado que existe arbitrariedad cuando, aun constatada la existencia formal de argumentación, la resolución judicial resulta fruto de un mero voluntarismo judicial o expresa un proceso deductivo irracional o absurdo, lo que supone que la resolución judicial no es expresión de la Administración de justicia, sino mera apariencia de la misma y, por tanto, negación radical de la

tutela judicial (SSTC 151/1994, de 23 de mayo, FJ 3; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7).

b) De otra parte hemos declarado reiteradamente que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial. No obstante hemos advertido que el alcance de las posibilidades de control por parte de este Tribunal del cumplimiento de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 CE) no es ilimitado, pues es también doctrina constitucional consolidada que a los órganos judiciales corresponde, en el ejercicio de la función jurisdiccional constitucionalmente conferida, la interpretación de los términos del fallo y la del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada, así como la decisión de si aquél ha sido ejecutado o no correctamente y la adopción de las medidas oportunas para asegurar, en su caso, su ejecución, apreciaciones todas ellas que únicamente resultan revisables en sede constitucional cuando han incurrido en incongruencia, arbitrariedad, carecen de razonabilidad o evidencian la dejación por parte del órgano judicial de su obligación de hacer ejecutar lo juzgado. Así pues el control que este Tribunal puede ejercer sobre el modo en que los Jueces y Tribunales ejercen esta potestad se limita a comprobar si estas decisiones se adoptan de forma razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se ejecuta, y sólo en los casos en los que estas resoluciones sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurran en error patente podrán considerarse lesivas del derecho que consagra el artículo 24.1 CE.

En el recurso de amparo, por tanto, no puede debatirse de nuevo sobre el contenido de la Sentencia que se ejecuta, ni sobre la interpretación y consecuencia de su fallo, pues ésta es una tarea de exclusiva competencia de los órganos jurisdiccionales. Nuestra jurisdicción está habilitada únicamente para un control externo que se ciñe al examen de la razonabilidad de la interpretación que los titulares de la potestad de ejecución realicen del fallo en el marco de la legalidad ordinaria. Se trata, por consiguiente, de garantizar que, en aras precisamente al derecho a la tutela judicial efectiva, los Jueces y Tribunales no lleven a cabo interpretaciones de los fallos que, por alterarlos o apartarse de ellos, incurran en arbitrariedad, incongruencia, irrazonabilidad o error (SSTC 140/2003, de 14 de julio, FJ 6; 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 6, por todas).

A la luz de la doctrina constitucional expuesta ha de ser examinada la queja de la recurrente en amparo.

El Auto del Juzgado de Primera Instancia declaró que no procedía continuar la ejecución inicialmente despachada a instancias de la demandante de amparo contra quien ha sido su esposo por las cantidades reclamadas por impago y actualización de la pensión compensatoria fijada a su favor en la Sentencia de separación, al considerar que la pensión compensatoria concedida en el proceso de separación «no se prorroga automáticamente en el procedimiento de divorcio», de modo que no habiéndose reclamado dicha pretensión en este procedimiento «no es necesario un pronunciamiento extintivo del derecho». Se razona al respecto en el Auto impugnado, con cita expresa de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de febrero de 1996, que los pronunciamientos complementarios contenidos en la Sentencia dictada en el proceso de separación a los efectos de acordarse sobre su continuidad o cese no tienen carácter vinculante para el proceso de divorcio, sino que, por el contrario, «en el ulterior procedimiento de divorcio debieron ser acordadas, en su caso, las medidas inherentes al nuevo estado civil, condicionadas, en virtud del principio dispositivo, a las peticiones de las partes, salvo aquellas que, cual las afectantes a los hijos menores de edad, tienen el carácter de *ius cogens*... Y evidentemente tal condición no se extiende al derecho de pensión compensatoria, plenamente inmerso en el principio de rogación al que se sujeta todo procedimiento civil, por lo que el no ejercicio de la acción correspondiente por quien pudo hacerla valer implica su renuncia». En esta línea argumental se insiste en la resolución judicial impugnada al afirmar que «el reconocimiento en la litis de separación del derecho ahora debatido, no implicaba su automática sanción en el actual procedimiento de divorcio. En consecuencia, al contrario que en la litis de separación matrimonial, la pensión compensatoria ha de quedar sin ulterior efectividad, al no haber sido renovada en la sentencia disolutiva del vínculo matrimonial» (razonamiento jurídico primero).

El criterio del Juzgado de Primera Instancia fue confirmado en su integridad por la Audiencia Provincial, en cuyo Auto se argumenta que «las medidas acordadas en sentencia de separación matrimonial ya sean de mutuo acuerdo o contencioso no tienen carácter vinculante en el divorcio, pues es éste un procedimiento donde pueden plantearse *ex novo* todas las mismas cuestiones de índole personal y económico ya resuelta(s) en la separación matrimonial habiendo de ajustarse la resolución sobre las circunstancias concurrentes al momento de dictar la sentencia de divorcio según las peticiones de parte y el resultado de las pruebas que se hayan aportado y sometido a la consideración judicial; por lo que, las medidas de la separación matrimonial no producen excepción de cosa

juzgada respecto de las medidas complementarias de divorcio; [de modo que] la pensión compensatoria pactada en sentencia de separación matrimonial no extiende su efectividad en el divorcio; sin ser necesario que en la sentencia de divorcio sea reconocida y sancionada expresamente» (razonamiento jurídico segundo).

Así pues las resoluciones judiciales impugnadas fundan la decisión de no continuar la ejecución inicialmente despachada a instancias de la demandante de amparo en el entendimiento de los procesos de separación y divorcio como juicios absolutamente independientes y autónomos, e incluso excluyentes, entendimiento en virtud del cual el proceso de divorcio constituye un nuevo juicio en el que han de plantearse *ex novo* las medidas de índole personal y económica inherentes al nuevo estado civil, cuya adopción, al estar supeditado en cuanto proceso civil al principio de rogación, resulta condicionada por las pretensiones ejercitadas por las partes, salvo aquellas medidas que tienen el carácter de *ius cogens* y que por tanto pueden ser adoptadas de oficio por el órgano judicial. Sobre la base de esa fundamentación, escuetamente sintetizada, las resoluciones recurridas concluyen denegando la continuación de la ejecución inicialmente despachada a instancias de la recurrente en amparo, dado que ésta en el proceso de divorcio no había formulado pretensión alguna en orden al reconocimiento de la pensión compensatoria y, en consecuencia, las Sentencias de divorcio no contienen pronunciamiento alguno reconociéndole el derecho a percibir una pensión compensatoria, quedando sin efectividad el pronunciamiento contenido al respecto en la Sentencia de separación, pues las medidas tanto de índole personal como patrimonial acordadas en ésta quedan sustituidas por las fijadas en la Sentencia de divorcio.

Es una cuestión que no trasciende el ámbito de la legalidad ordinaria, ajena, por lo tanto, a la jurisdicción de este Tribunal, la interpretación de la normativa reguladora de los procesos de separación y divorcio y, en particular, a los efectos que a este amparo interesan, la determinación de si la Sentencia de divorcio puede ser o no causa de extinción de una pensión compensatoria reconocida en un proceso de separación si en el proceso de divorcio no se ha deducido pretensión alguna en relación con dicha pensión y ningún pronunciamiento se efectúa al respecto en la Sentencia de divorcio. Desde la perspectiva de control que le

compete, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia en el fundamento jurídico 5 de esta Sentencia, lo que le corresponde a este Tribunal constatar en este caso es que los órganos judiciales en las resoluciones jurisdiccionales impugnadas no razonan ni exteriorizan con base en qué concreta previsión o previsiones legales sustentan la referida concepción de los procesos de separación y divorcio determinante en última instancia de la decisión de denegar en este caso la ejecución del pronunciamiento relativo a la pensión compensatoria reconocida en la Sentencia de separación a favor de la demandante de amparo, tratándose, además, de una decisión, como advierte el Ministerio Fiscal, que no se compadece con los tasados supuestos legales en los que puede ser modificada la pensión compensatoria (artículo 100 CC) o se extingue el derecho a percibirla (artículo 101 CC).

La falta de exteriorización de las previsiones normativas en la que se sustenta aquella concepción de uno y otro proceso, en definitiva, la decisión de no despachar la ejecución de la Sentencia de separación en el extremo interesado por la demandante de amparo; esto es, el referido a las cantidades que reclamaba por impago y actualización de la pensión compensatoria fijada a su favor en la Sentencia de separación, impide la consideración de los Autos recurridos como resoluciones judiciales fundadas en Derecho, por no ser fruto de una razonada aplicación de la legalidad, lo que ha de conducir en este caso, en atención a la fase procesal en la que aquéllos se han dictado, a estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

El Tribunal Constitucional declara vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (artículo 24.1 CE) y acuerda restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid de 12 de enero de 2002 y del Auto de la Sección Vigésima Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de octubre de 2002, recaídos en autos de ejecución de la Sentencia de separación núm. 282/1991, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse el primero de los mencionados Autos para que se pronuncie una nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

**Nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial determinando el activo de la sociedad de gananciales al haberse constatado la existencia de un error en el saldo existente en una cuenta bancaria. La no interposición del incidente de nulidad de actuaciones ante la Audiencia Provincial no es causa para la no admisión del recurso de amparo.**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 114/2005, DE 9 DE MAYO

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Teresa presentó demanda en ejercicio de acción de liquidación de sociedad de gananciales. Se acompañaba propuesta de inventario que, en lo ahora relevante, incluía el saldo de la libreta de ahorros abierta en Caja de Ahorros de Ávila, de la que eran titulares ambos cónyuges.
- ⦿ Por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Ávila se dictó sentencia, de fecha 31 de julio de 2002, que declaraba como único bien a incluir en la diligencia de inventario el saldo de esta libreta de ahorros en la fecha de la disolución por separación judicial o legal, 14 de mayo de 2001, por cuantía de 20.019 pesetas.
- ⦿ Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Ávila dictó Sentencia desestimándolo. En su recurso de apelación, la recurrente ya indicaba que el saldo real de la libreta el día 14 de mayo de 2001 era únicamente de 19 pesetas, en cuanto las 20.000 pesetas restantes, que se correspondían con el pago de su pensión compensatoria, fueron ingresadas en la cuenta posteriormente, el día 3 de julio de 2001.
- ⦿ Doña Teresa interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional quien declaró la nulidad de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila, para que constatado el error sufrido en la determinación del saldo partible existente en la cuenta corriente objeto del litigio, dicte otra sentencia respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La demandante de amparo invoca en su demanda la violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), por considerar que las Sentencias recurridas han sufrido, al adoptar su decisión, un error patente, dado que claramente se desprende de las actuaciones que el saldo existente en la fecha de disolución de la sociedad de gananciales decretada no era de 20.019 pesetas sino de 19 pesetas, por lo que sólo dicha cantidad debe integrar el activo de la misma a efectos de la liquidación, siendo las restantes 20.000 pesetas de carácter privativo de la demandante.

El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en

fecha 8 de junio de 2004, en el que, con base en la argumentación que a continuación se resume, interesó la estimación de la demanda de amparo, por haber vulnerado la resolución judicial recurrida el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo. Con carácter previo, el Ministerio Fiscal indica que, en principio, podría pensarse que la lesión de derecho fundamental debería haber sido remediada en la jurisdicción ordinaria mediante el mecanismo procesal del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 240.3 LOPJ, que podría haber sido dirigido contra la Sentencia de la Audiencia Provincial. Efectivamente, la recurrente puso de manifiesto en el recurso de apelación el

error padecido, no obstante lo cual la Audiencia Provincial hizo caso omiso del error, sin dedicar una sola línea a comentarlo. Tal falta de respuesta podría ser considerada como un supuesto de incongruencia omisiva, lo que nos llevaría a la posibilidad de interponer un incidente de nulidad de actuaciones, de conformidad al artículo 240.3 LOPJ. No se hizo así y ello podría concluir a una falta de agotamiento de la vía judicial previa prevista en el artículo 44.1.a LOTC con la correspondiente sanción de inadmisión del recurso de amparo (STC 105/2001).

No obstante lo anterior, añade el Fiscal que, si se atiende al principio *pro actione*, no habría lugar a tener en cuenta tal motivo de inadmisibilidad sobre la base de entender que, en este caso, existe una línea muy débil entre la incongruencia y el error patente, este último no articulable a través del incidente de nulidad de actuaciones.

Una vez superado el óbice anterior, según el Fiscal resulta palmario, a la vista de las actuaciones, que en la fecha en que la sentencia de separación es dictada solamente existía en cuenta la suma de 19 pesetas y no la de 20.019 pesetas como aparece en ambas Sentencias. Tal cantidad de 19 pesetas permanece invariable hasta julio en que existe un abono y un cargo de 20.000 pesetas y luego sucesivos abonos de 10.000 pesetas en agosto.

A la vista de tal prueba, la afirmación del fallo de la Sentencia de instancia, luego confirmada en apelación, de que «en la fecha de la disolución por separación judicial o legal el día 14 de mayo de 2001 por cuantía de 20.019 [pesetas]», es un aserto que no se corresponde en absoluto con lo que se revela de aquella fuente de prueba.

De otro lado, la equivocación habida cumple los requisitos del error lesivo de la tutela judicial tal como lo conceptúa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es decir, de hecho, patente y manifiesto, inmediatamente verificable a partir de las actuaciones judiciales, determinante del fallo o ligado causalmente a él y con producción de efectos negativos en la esfera del ciudadano (SSTC 90/1990, 63/1998, 112/1998 y 96/2000). El caso presente reúne todos los requisitos anteriores, siendo evidente además que el error ha sido determinante de la confirmación de la Sentencia y que ha supuesto una minoración en los derechos de la recurrente a que, de la liquidación de la sociedad de gananciales, ciertamente exigua, no se detraigan, además, los bienes que en concepto de pensión indemnizatoria le corresponden.

Finalmente, indica el Fiscal que la nulidad de la Sentencia que se pide en estas alegaciones no debe, a su juicio, afectar a extremos distintos de la corrección del saldo partible en la fecha de

separación que debe ser de 19 pesetas, sin que se amplíe al resto de la Sentencia, ni combatido en amparo, ni afectado directa o indirectamente por el error aludido.

Antes de examinar la cuestión de fondo suscitada en la presente demanda de amparo es necesario abordar la objeción de procedibilidad planteada por el Ministerio Fiscal, relativa a la falta de agotamiento de la vía judicial previa [artículo 44.1.a) LOTC], como consecuencia de que la recurrente, antes de promover la demanda de amparo, no hubiese acudido al incidente de nulidad de actuaciones del artículo 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (ahora en el artículo 241 LOPJ), para denunciar el error en el que supuestamente incurrió la Audiencia Provincial de Ávila, al considerar aquella representación procesal que dicho incidente podría haber constituido un cauce procesal idóneo para reparar el error denunciado.

Al respecto es oportuno recordar que no representa obstáculo para el análisis de la invocada causa de inadmisibilidad de la demanda de amparo el hecho de que ésta haya sido admitida a trámite en su día, ya que, según reiterada doctrina constitucional, los defectos insubsanables de que pueda estar afectada la demanda de amparo no resultan subsanados porque haya sido inicialmente admitida a trámite, pudiendo abordarse por este Tribunal, incluso de oficio, el examen de los presupuestos de viabilidad de la demanda de amparo en fase de Sentencia para llegar, en su caso, y si tales defectos son apreciados, a la declaración de inadmisión del recurso o del motivo del recurso afectado por dichos defectos (por todas, STC 201/2004, de 15 de noviembre, FJ 2, y las allí citadas).

Pues bien, la causa de inadmisibilidad alegada ha de ser rechazada, como, de hecho, ya razona el propio Ministerio Fiscal. Como tiene declarado este Tribunal, el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el artículo 240.3 LOPJ (ahora en el artículo 241 LOPJ), es un mecanismo destinado a que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer Sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, la Sentencia o resolución no sea susceptible de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida. Este incidente, tras la reforma de este precepto operada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, posteriormente por la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo y, más recientemente, por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, constituye un recurso de ineludible agotamiento, a efectos del artículo 44.1.a) LOTC, para estimar cumplido el mencionado requisito y respetar así el carácter subsidiario del recurso de

amparo, dando al órgano judicial la oportunidad de subsanar, en su caso, la resolución pretendidamente incongruente. Ello se debe a que la tutela general de los derechos y libertades corresponde, en primer término, a los Tribunales de Justicia, lo que hace exigible, en todo caso, que a los órganos judiciales se les haya dado la oportunidad de reparar la lesión cometida y de restablecer en sede jurisdiccional ordinaria el derecho constitucional supuestamente vulnerado (SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 192/2001, de 1 de octubre, FJ 3; 93/2002, de 22 de abril, FJ 3, por todas). Ahora bien, este incidente no resulta un cauce procesal adecuado para obtener la nulidad de la Sentencia por razones de fondo o por un vicio de error o irrazonabilidad, como ocurre en este caso, en el que la irregularidad denunciada consiste, precisamente, en un vicio de error patente sufrido por el Juzgado de Primera Instancia y, posteriormente, por la Audiencia Provincial al afirmar (en el FJ 2 de la Sentencia de apelación), que «en enero de 2001 dicha libreta tenía un saldo de 20.019 pesetas, sin tener otros movimientos hasta julio de 2001», cuando lo cierto es que el saldo existente a la fecha inicialmente citada era de 19 pesetas y no las 20.019 que por error se indican. De modo que, atacándose esta resolución por haber incurrido en este tipo de irregularidad, y no cabiendo otro recurso en la vía ordinaria, queda abierta la vía del recurso de amparo sin que sea necesario interponer previamente el incidente de nulidad del artículo 240.3 LOPJ (SSTC 35/2003, de 25 de febrero, FJ 3; 42/2004, de 23 de marzo, FJ 2; 63/2004, de 19 de abril).

El examen de la cuestión de fondo implica examinar si se ha producido una vulneración del derecho de la demandante de amparo a una tutela judicial efectiva sin indefensión en virtud de la existencia de un error patente con relevancia constitucional.

Debe recordarse que este Tribunal ha reiterado que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva

(SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2). Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6).

De este modo, y como decíamos recientemente en la STC 201/2004, de 15 de noviembre (FJ 3), un error del Juez o Tribunal sobre los presupuestos fácticos que le han servido para resolver el asunto sometido a su decisión puede determinar una infracción del artículo 24.1 CE. Ahora bien, para que se produzca tal violación es necesario que concurren determinados requisitos, pues no toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional. En primer lugar, el error ha de ser patente, manifiesto, evidente o notorio, en cuanto su existencia resulte inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia. El error ha de ser, en segundo lugar, determinante de la decisión adoptada, de forma que constituya el soporte único o fundamental de la resolución, su *ratio decidendi*; en definitiva, se trata de que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, de tal modo que no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo. Además la equivocación debe ser atribuible al órgano que la cometió, es decir, no imputable a la negligencia o mala fe de la parte que, en tal caso, no podría quejarse, en sentido estricto, de haber sufrido un agravio del derecho fundamental. Por último el error ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca (SSTC, por todas, 194/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 196/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 213/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 63/2004, de 19 de abril, FJ 3).

En el presente caso las actuaciones judiciales ponen de manifiesto que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, al dictar sus respectivas Sentencias, incurrieron en un error patente, pues resulta evidente que el saldo de la libreta de ahorros incluido en el inventario, a fecha 14 de mayo de 2001, era de 19 pesetas, y no de 20.019 pesetas. Dicho error fue puesto de manifiesto a la Audiencia Provincial en el recurso de apelación, siendo desatendida esta pretensión. Sin embargo, el más elemental examen de las actua-

ciones, y en particular del extracto de movimientos de la libreta bancaria correspondiente a la referida fecha, pone de manifiesto que el saldo en cuestión el día 14 de mayo de 2001 era de 19 pesetas, y no el superior que fue consignado, por error patente, en la resolución judicial.

Así pues, la Audiencia ha incurrido, al desestimar este motivo del recurso de apelación, en un error patente e inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible con el mero examen de las actuaciones judiciales. Se trata, además, de un error determinante de la decisión adoptada en relación con este motivo del recurso de apelación. También el error es únicamente imputable al órgano judicial, no siendo achacable en ningún caso a la recurrente en amparo que, al contrario, lo puso en todo momento de manifiesto. Y, por último, el error ha producido efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca, que ha visto desestimada su pretensión. En definitiva se trata de un error en el que, de acuerdo con la doctrina constitucional que se ha dejado expuesta en el precedente fundamento jurídico, concurren todos los elementos necesarios para que pueda apreciarse la denunciada vulne-

ración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE).

Las anteriores consideraciones nos conducen a la conclusión de que la resolución recurrida han vulnerado el derecho de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión, reconocido en el apartado 1 del artículo 24 CE, y a decretar, en consecuencia, la nulidad de la resolución dictada por la Audiencia Provincial de Ávila, en el único extremo relativo a la determinación del saldo existente en la cuenta corriente de la Caja de Ahorros de Ávila en la fecha fijada en las Sentencias, esto es, en la fecha en que se produjo la disolución del régimen económico matrimonial y de la sociedad de gananciales, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de resolución por la Audiencia Provincial del recurso de apelación interpuesto por la ahora demandante de amparo contra la Sentencia de fecha 31 de julio de 2002 dictada por el titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Ávila, para que se pronuncie sobre esta única cuestión en forma respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

**El plazo de caducidad establecido en el artículo 136 del CC para impugnar la paternidad matrimonial no comenzará a correr mientras que el marido ignore que no es el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil. Votos particulares.**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PLENO, SENTENCIA 138/2005, DE 26 DE MAYO

## ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Modesto M.S. interpuso demanda de menor cuantía contra su mujer doña María de las Nieves M.C., sobre impugnación de la paternidad matrimonial del menor David M.M., nacido el 18 de abril de 1992, que ha dado lugar a los autos núm. 877/1993 del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid. El actor fundamentó su pretensión, en síntesis, en las pruebas de paternidad a las que se sometió junto con sus dos hijos matrimoniales el 27 de agosto de 1993, cuyo resultado, que le fue comunicado el 30 de septiembre siguiente, confirmó la paternidad biológica sobre su hija Tania M.M., nacida el 9 de mayo de 1988 y excluyó la paternidad sobre David. El actor señalaba en su demanda que el 25 de enero de 1993 su mujer había formulado demanda de separación matrimonial, tramitada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid (autos núm. 436/1993), habiendo formulado él contestación a la demanda y demanda reconvenzional el 1 de julio de 1993, alegando, entre otros motivos, continuas infidelidades de su mujer, que junto a los rasgos físicos del menor David le llevaron a sospechar que éste no era hijo biológico suyo, sino de un tercero de nacionalidad peruana con la que su esposa había mantenido relaciones extramatrimoniales. Por tal razón decidió acudir a las pruebas biológicas de paternidad para aclarar sus dudas. Concluía solicitando que, con

estimación de la demanda, se ordenase la cancelación de la inscripción del actor en el Registro Civil como progenitor del menor David.

⦿ La representación de doña Nieves M.C. se opuso a la impugnación de la paternidad oponiendo como perentoria, a los efectos que aquí interesan, la excepción de caducidad de la acción en aplicación del artículo 136, párrafo primero, del Código Civil, toda vez que el hijo había nacido el 18 de abril de 1992 y el marido mismo había inscrito registralmente dicho nacimiento el día 20 del mismo mes y año.

⦿ Concluido el procedimiento, el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid acordó, mediante providencia de 29 de enero de 1996, oír a las partes y al Ministerio Fiscal (*ex* artículo 35.2 LOTC) para que formularan alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 136 CC «respecto de los artículos 24 y 39 de la Constitución, en cuanto viene a establecer el plazo de caducidad de un año de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, estableciendo como *dies a quo* el de la fecha de inscripción de la filiación en el Registro Civil, con total independencia del hecho de que el progenitor hubiere tenido conocimiento con posterioridad de la verdad material de la procreación».

⦿ El Tribunal Constitucional estimó la cuestión de inconstitucionalidad declarando la inconstitucional 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.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fundamentos jurídicos del auto dictado por el Juzgado planteando la cuestión.

El Auto de planteamiento de la cuestión se fundamenta en las consideraciones siguientes:

a) La primera de las cuestiones que inequívocamente debe resolverse en el proceso *a quo* es la relativa a la excepción de caducidad de la acción aducida por la parte demandada, pues en caso de ser estimada no sería necesario entrar en la cuestión de fondo planteada. Para ello debe partirse del párrafo primero del artículo 136 CC, a cuyo tenor «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. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento».

Razona el órgano judicial que la norma legal que cuestiona viene a establecer un plazo de caducidad de la acción, fijando como *dies a quo* para su cómputo la fecha de inscripción de la filiación en el Registro Civil. En el supuesto considerado, la inscripción registral del nacimiento del menor David tuvo lugar el 20 de abril de 1992, por lo que,

presentada la demanda de impugnación de la paternidad el 25 de octubre de 1993, ya había expirado el plazo, de modo que la aplicación de la norma del primer párrafo del artículo 136 CC habría de conducir necesariamente a apreciar la caducidad de la acción, impidiendo con ello el examen de fondo de la cuestión planteada. El precepto que se denuncia tiene un relieve indudable para el fallo.

b) La duda sobre la constitucionalidad del artículo 136, párrafo primero, del Código Civil no radica en que establezca un plazo anual de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, lo que considera razonable, sino en que determine como *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo la fecha de inscripción registral (siempre que el marido conozca el nacimiento), sin tener en cuenta el posible hecho de que el marido haya podido tener conocimiento de que no es el progenitor en un tiempo posterior a la fecha de inscripción registral, transcurrido el mencionado plazo de caducidad de la acción.

Se trae a colación la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1993,

en la que se señala que el expresado precepto legal, aisladamente considerado, «ofrece serios visos de contradicción a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, en su patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la verdad presunta que dimana del estado matrimonial, como proclama la misma Ley de Reforma y deja constancia el artículo 127 CC, al admitir toda clase de prueba en los juicios sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones presuntas, entre ellas, las del artículo 116 CC que da pie, como mera presunción, a la posibilidad impugnatoria puesta en juego por el marido, acreedor, en este caso, de una particular atención, puesto que no hay indicio alguno que permita poner a su cargo la más mínima demora ni mucho menos dejación de la decisión impugnatoria, tan pronto pudo entrever la verdad de su relación paterna, poniendo seguidamente en marcha, inmediatamente de tener mera sospecha, la decisiva investigación biológica».

A continuación se añade en la mencionada Sentencia que «la reforma de 1981 tuvo como uno de sus presupuestos asentar la filiación sobre la verdad biológica, y desvanecida la presunción del artículo 116 del Código, no sólo por su acomodo al sentido que en la normativa del Código informa la filiación como condición personal definida, de una parte, por el hecho veraz de ser hijo y, de otra, por el de ser verdadero progenitor, sino en consideración, a estos fines mucho más trascendente, de su ajuste a la normativa constitucional en la que, luego que el artículo 39 de la Constitución Española asegura la protección integral de los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor, ha consagrado la amplia investigación de la paternidad sin someter tal facultad a limitaciones que, contra la realidad y la voluntad del interesado expresada sin detenimiento o vacilación, en cuanto tuvo oportunidad de ello, conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedada por el artículo 24 de la propia Constitución».

c) El Auto de planteamiento comparte las conclusiones a las que llega la precitada Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. El párrafo primero del artículo 136 CC contradice, en primer término, los artículos 24.1 y 39.2 CE, por las razones siguientes:

El artículo 39.2 CE establece el principio capital en nuestro ordenamiento jurídico de posibilitar la investigación de la paternidad de forma abierta y sin cortapisas arbitrarias. A su vez, el ejercicio de

las acciones en materia de filiación debe conectarse con el artículo 24.1 CE, como proclamador del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el sentido de que la regulación de aquellas acciones deberá permitir el acceso de los interesados en la filiación a los Juzgados y Tribunales.

Cierto es que la Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquél puede convertir sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad (SSTC 11/1981 y 194/1989). No lo es menos, sin embargo, que deberá respetar el contenido de la institución que trata de regular. Pues bien, es dudoso —razona el órgano judicial— que el párrafo primero del artículo 136 CC se acomode a los mencionados preceptos constitucionales, ya que al concretar el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción con el de la fecha, en su caso, de la inscripción registral del nacimiento, pudiera estar desconociendo los expresados mandatos constitucionales, ya que, aunque en principio se está dando cumplimiento a los mismos, se hace de forma ficticia respecto de aquellos supuestos en los que el marido tuvo conocimiento de la verdad biológica tiempo después de la mencionada inscripción. Lo decisivo, a fin de posibilitar la investigación de la paternidad y el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión, sería que se conectase el correspondiente plazo de caducidad con el momento en que, realmente, había posibilidad de ejercicio de la acción, lo que tan sólo sucedería cuando el marido tuviese dudas sobre la realidad de su paternidad. Debe partirse del principio de que la Constitución ha pretendido poder adecuar la filiación jurídica a la biológica, a fin de hacer realidad el principio de veracidad en materia de filiación. El precepto legal que se cuestiona, por el contrario, impide el ejercicio por el marido de la acción de impugnación cuando hubiere tenido conocimiento de la realidad biológica con posterioridad al transcurso del plazo fijado.

Tal limitación, en opinión del Juzgado proponente de la cuestión, no sólo parece contraria a los artículos 39.2 y 24.1 CE, sino también a su artículo 14, si se compara el párrafo primero del artículo 136 CC con los artículos 138 y 141 del mismo Código. Estos dos últimos preceptos en los supuestos en los mismos contemplados —el primero, referido a las impugnaciones de filiación matrimonial determinada por reconocimiento, y, el segundo a las impugnaciones de filiación no matrimonial determinada por reconocimiento— posibilitan el ejercicio de la correspondiente acción impugnatoria por la concurrencia de algún vicio del consentimiento, en cuyo caso el plazo de caducidad comenzará a contarse «desde que cesó el vicio del consentimiento».

Comparando ambos preceptos con el párrafo primero del artículo 136 CC se advierte, según el órgano judicial proponente de la cuestión, una evidente desigualdad en cuanto al ejercicio de la acción impugnatoria, pues en aquéllos se viene a establecer el *dies a quo* del plazo de caducidad, no desde la fecha del reconocimiento, sino desde la fecha del cese del vicio del consentimiento que hubiera afectado al acto del reconocimiento. Por el contrario, el precepto legal cuestionado establece el comienzo del cómputo del correspondiente plazo de caducidad desde la fecha de la inscripción registral (conocido el nacimiento), pudiendo suceder que el marido advirtiese con posterioridad a dicho plazo la inexactitud o discordancia de la realidad jurídica con la realidad biológica. En otras palabras, los citados preceptos establecen en orden a un posible vicio del consentimiento un trato desigual según cómo se haya determinado la filiación, sin que obedezca a una justificación objetiva y razonable, por lo que el párrafo primero del artículo 136 CC podría resultar contrario al artículo 14 CE, pues como regla general el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, vedando la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable (STC 110/1993).

## 2. Alegaciones del Abogado del Estado.

Comienza por delimitar el objeto de la cuestión, precisando que no es la inscripción en el Registro Civil el único dato que el precepto cuestionado toma en consideración para establecer el *dies a quo* de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, ya que el plazo comienza a correr desde que el marido tiene conocimiento del nacimiento del hijo.

Sostiene que el precepto legal tiene plena cobertura constitucional, ya que pretende dar seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) a las relaciones familiares en un procedimiento tan delicado como el de impugnación de la paternidad, que no puede hacerse depender, exclusivamente, de criterios de oportunidad o de conveniencia de quien aparece formalmente como padre. La acción de impugnación de la paternidad se limita temporalmente para que no quede abierta de manera indefinida en perjuicio de quien aparece como hijo, a fin de dar a éste la mayor seguridad posible en sus relaciones familiares y sociales. No debe olvidarse, razona, que el artículo 39.2 CE impone a los poderes públicos asegurar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación. No tiene sentido que, conocido por el padre el nacimiento del niño y admitido éste como hijo durante un considerable lapso de tiempo, con todo

lo que ello comporta, pueda aquél impugnar en cualquier momento su paternidad.

La vulneración del artículo 14 CE que se invoca carecería también de justificación, pues no existe igualdad en los supuestos de hecho que el órgano judicial pretende contrastar; los diferentes plazos para el ejercicio de las acciones de filiación han sido regulados por el legislador dentro de la amplia libertad de configuración de la que goza para cumplir el mandato de protección a la familia que se contiene en el artículo 39.1 CE (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2, y 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4). Otro tanto cabe decir de la pretendida vulneración del artículo 24.1 CE, pues la limitación temporal para el ejercicio de los derechos, por sí sola, no irroga indefensión. El precepto cuestionado, siguiendo el mandato contenido en el último inciso del artículo 39.2 CE («La ley posibilitará la investigación de la paternidad»), otorga a quien formalmente aparece como padre una acción para impugnar la filiación, pero sujetándola a un plazo de caducidad de un año, que resulta perfectamente razonable, por cuanto su objetivo es dar seguridad jurídica a las relaciones paternofiliales, en aras a la protección de quien figura como hijo. Por ello mismo ha de rechazarse que el precepto legal cuestionado vulnere el artículo 39.2 CE, puesto que la vigente regulación de las acciones de impugnación de la filiación en el Código Civil cumple acertadamente el mandato contenido en este precepto constitucional, conjugando los intereses afectados en forma ponderada. El establecimiento de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción no limita ni desvirtúa el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad, simplemente establece un plazo temporal razonable para el ejercicio del derecho.

Señala finalmente el Abogado del Estado que resulta posible interpretar en forma flexible el párrafo primero del artículo 136 CC, como hizo la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de enero de 1993 que se cita en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque considera que es cierto que dicha Sentencia es un precedente aislado. Puede entenderse que la ignorancia del nacimiento del hijo a efectos del cómputo de plazo de la acción puede significar no sólo el desconocimiento del hecho del parto, sino también de que el nacimiento no obedece a un acto de generación en el que el marido haya tenido intervención; de este modo el plazo comenzará a computarse desde que el marido se percate de que no es el padre biológico de quien figura registrado como hijo suyo. Esta posible interpretación amplia del precepto cuestionado, aunque no haya sido acogida más que en el caso de la citada Sentencia (pues la propia Sala de lo

Civil del Tribunal Supremo viene interpretando el artículo 136, primer párrafo, del Código Civil en sus términos estrictos), abona la conclusión de la plena constitucionalidad de dicho precepto.

### 3. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

El Fiscal General del Estado formuló alegaciones mediante escrito registrado el 12 de abril de 1998. Tras exponer los antecedentes del caso sostiene que el precepto cuestionado es contrario al artículo 14 CE porque, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de filiación matrimonial por reconocimiento (artículo 138 CC) y filiación no matrimonial (artículo 141 CC), en los que la acción de impugnación del reconocimiento caduca al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio en el consentimiento (error, violencia o intimidación), la acción de impugnación de la paternidad por el marido caduca en el plazo de un año contado desde que aquél tuviese conocimiento del nacimiento, aunque transcurrido dicho plazo resultase acreditado que no es el padre biológico. Esta diferencia de trato carece de justificación razonable porque no responde a los principios de igualdad y veracidad que inspiran la regulación de la filiación. En efecto, el artículo 39.2 CE establece la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, de donde resulta la plena equiparación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales. Asimismo, la regulación de la filiación, en cumplimiento del mandato contenido igualmente en el artículo 39.2 CE en el sentido de que la ley posibilitará la investigación de la paternidad, se inspira en el principio de veracidad, que supone que la verdad biológica prevalece sobre la verdad formal o verdad registral. La discriminación existe porque se establece un diferente momento de inicio del plazo para el ejercicio de las acciones de impugnación de la filiación matrimonial y no matrimonial, sin tener en cuenta en aquella la existencia de posibles vicios de voluntad, de forma que en numerosos supuestos puede no coincidir la filiación legal con la biológica, con consecuencias perjudiciales para la paternidad y la sucesión.

Además considera el Fiscal General del Estado que el precepto cuestionado lesiona el artículo 24.1 CE, 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. De este modo el cómputo del plazo de caducidad sin tener en cuenta la posible existencia de vicios de la voluntad, crea un estado civil que no corresponde con la verdad biológica, erigiéndose así el plazo de caducidad 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.

Por todo ello pide el Fiscal General del Estado que se declare la inconstitucionalidad del artículo 136, párrafo primero, del Código Civil por contradicción con los artículos 14 y 24.1 CE, salvo que el Tribunal Constitucional dicte una Sentencia interpretativa en el sentido de declarar que el precepto cuestionado no es inconstitucional si se interpreta en el sentido de que el plazo de un año para impugnar la paternidad no comienza a correr sino desde que el vicio de la voluntad hubiese desaparecido al conocer el marido que no es el padre biológico de quien figura registrado como hijo suyo.

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

El órgano judicial proponente de la cuestión de inconstitucionalidad trasladada a este Tribunal su duda sobre la incompatibilidad del precepto cuestionado, en primer lugar, con el derecho a la igualdad en la Ley (artículo 14 CE), cuya vulneración derivaría de la circunstancia de que en los casos de filiación (matrimonial y no matrimonial) determinada por reconocimiento (artículos 138 y 141 CC) el legislador haya tenido en cuenta la existencia de vicios en el consentimiento para el cómputo del *dies a quo* de la acción de impugnación, mientras que tal circunstancia no ha sido tomada en consideración para la acción de impugnación de la paternidad matrimonial determinada legalmente (artículo 136 CC).

Para dar respuesta a esta primera duda de constitucionalidad hemos de comenzar aludiendo a nuestra doctrina sobre el derecho a la igualdad en la Ley (artículo 14 CE), que se condensa en el primer fundamento jurídico de la STC 144/1988, de 12 de julio, en la que dijimos que el principio de igualdad prohíbe al legislador «configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria». El principio de igualdad «ante o en la Ley» impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable, o

que resulte desproporcionada en relación con dicha justificación. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios o juicios de valor generalmente aceptados, además de que, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deban ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos [entre otras, SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3; 152/2003, de 17 de julio, FJ 5.c); 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 3; y 57/2005, de 14 de marzo, FJ 3].

En cualquier caso, lo propio del juicio de igualdad es que ha de comprobarse siempre, mediante un criterio de carácter relacional que cuando se proyecta sobre la acción del legislador requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional de la diferencia contenida en la norma (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5).

Así pues «el juicio de igualdad *ex* artículo 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas» (SSTC 212/1993, de 28 de junio, FJ 6; y 80/1994, de 13 de marzo, FJ 5, entre otras). Por ello toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en «una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos» (ATC 209/1985, de 20 de marzo, FJ 2). Conviene por todo ello examinar si los supuestos de hecho aportados por el órgano judicial como término de comparación guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere (STC 53/2004, de 15 de abril, FJ 2).

Pues bien, en el presente caso, los términos de comparación ofrecidos por el órgano judicial proponente de la cuestión no ofrecen la homogeneidad necesaria para poder trabar con seguridad un juicio

de igualdad en la ley. En efecto, mientras que el artículo 136 CC se refiere a la impugnación de la paternidad matrimonial establecida en virtud de presunción legal, los artículos 138 y 141 del propio Código se refieren a la impugnación por vicio del consentimiento de la filiación matrimonial y no matrimonial determinadas por reconocimiento.

Los supuestos de hecho contemplados no presentan una igualdad sustancial y la diferenciación normativa establecida está dotada de una justificación suficiente, objetiva y razonable. Tal justificación radica en última instancia en los distintos regímenes de determinación de la filiación, y más concretamente de la paternidad. En efecto, es el hecho de la existencia del matrimonio el que fija el carácter matrimonial de la filiación, determinándose legalmente la paternidad del marido de la madre a través del juego de las presunciones (artículos 116 y 117 CC), basadas en la regla proveniente del Digesto *pater vero is est quem nuptiae demonstrant*, cuando el nacimiento se ha producido *ex uxore*, conectada con los deberes de convivencia y fidelidad de los cónyuges (artículo 68 CC) y la presunción de convivencia conyugal (artículo 69 CC). En razón del juego de presunciones establecidas por el legislador, es el nacimiento del hijo después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo o a la separación efectiva, sea legal o de hecho, de los cónyuges lo que determina la paternidad matrimonial, la cual se acredita, entre otros medios (artículos 113 y 115 CC), por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, que resulta ser así un título de legitimación privilegiado del estado civil de hijo matrimonial.

Ahora bien, la filiación paterna puede también tener lugar mediante reconocimiento en los casos legalmente establecidos, tanto para la filiación matrimonial (artículos 118 y 119 CC), como para la filiación no matrimonial (artículos 120.1 y 121 a 126 CC). Este reconocimiento de la paternidad es un acto personalísimo puro (esto es, no sujeto a condición, término o modo) mediante el que declara que ha existido el hecho biológico de la procreación del que ha nacido el hijo sobre el que recae el reconocimiento. En consecuencia, al determinarse en estos casos la filiación por un acto de consentimiento, es necesario para su validez que éste no se encuentre afectado por alguno de los vicios que invalidan el mismo (error, violencia o intimidación). No puede por ello extrañar que el legislador haya establecido que, en caso de concurrir alguno de esos vicios invalidantes del consentimiento, el plazo de un año para ejercitar la acción de impugnación de la paternidad declarada por reconocimiento comience a computarse desde que el vicio ha cesado (artículos 138 y 141 CC).

En definitiva, la acción de impugnación de la paternidad matrimonial del artículo 136 CC descansa sobre presupuestos diferentes que las acciones de impugnación contempladas en los artículos 138 y 141 CC, lo que justifica que el legislador haya establecido un diferente *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción de impugnación de la paternidad en atención a las distintas formas de determinación de la filiación, sin que tal diferenciación normativa pueda reputarse como arbitraria, discriminatoria o carente de fundamento conforme a lo expuesto.

Una vez excluida la incompatibilidad del precepto cuestionado con el principio de igualdad, nuestro juicio de constitucionalidad debe detenerse en el mandato que el artículo 39.2 CE dirige al legislador de posibilitar la investigación de la paternidad, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). En efecto, aun cuando desde la perspectiva del artículo 39.2 CE la norma enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad (STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 15), la duda de constitucionalidad aquí planteada obliga a poner en relación el mandato de posibilitar la investigación de la paternidad con el artículo 24.1 CE, a fin de examinar si el enunciado de la norma cuestionada afecta también al derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de acceso a la jurisdicción.

Históricamente los problemas de la determinación de la filiación, particularmente en cuanto a la paternidad (*mater semper certa est*), han tenido su razón de ser en la naturaleza íntima de las relaciones causantes del nacimiento y en la dificultad de saber de qué relación concreta, si las hubo con diferentes varones, derivó la gestación y el nacimiento correspondiente. Ello ha justificado, en beneficio de la madre y del hijo, el juego de presunciones legales, entre ellas la de paternidad matrimonial (*pater is quem nuptiae demonstrant*) y las restricciones probatorias que han caracterizado al Derecho de filiación.

Es en la medida en que ciertas pruebas biológicas han permitido determinar con precisión la paternidad cuando cobra todo su sentido el mandato del constituyente de que la Ley posibilita la investigación de la paternidad, cuya finalidad primordial es la adecuación de la verdad jurídico-formal a la verdad biológica, adecuación vinculada a la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE). Al cumplimiento de ese mandato constitucional se dirigió la reforma del Código Civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que dio nueva redacción a los preceptos comprendidos en el título V de su libro I, reguladores de las relaciones paterno-

filiales, entre ellos el artículo 136, que contempla la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.

Al articular el régimen jurídico de las relaciones de filiación el legislador no puede obviar la presencia de concretos valores constitucionalmente relevantes, cuales son la protección de la familia en general (artículo 39.1 CE) y de los hijos en particular (artículo 39.2 CE) así como la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) en el estado civil de las personas. Y, al mismo tiempo, debe posibilitar la investigación de la paternidad (artículo 39.2 CE), mandato del constituyente que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona.

El legislador no ha sido ajeno a estas consideraciones. Así, los principios de protección y seguridad jurídica en el estado civil de la filiación matrimonial se proyectan en la presunción de paternidad matrimonial establecida en el artículo 116 CC, con arreglo al cual «Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges».

A su vez, al cumplimiento del mandato de posibilitar la investigación de la paternidad responde la existencia misma de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial del artículo 136 CC. Al respecto interesa destacar cómo en la exposición de motivos que acompañó al proyecto de la indicada Ley reformadora del Código Civil se expresaba que una de sus finalidades era superar todas aquellas dificultades en las que incurrió el legislador de la codificación respecto a la exclusión, prácticamente, dentro del matrimonio, de la posibilidad de impugnar la paternidad del marido.

Más en particular, el examen de la configuración legal de la propia acción prevista en el artículo 136 CC pone de manifiesto la presencia de los aludidos valores constitucionales. Así, la seguridad jurídica en la relación paterno-filial se refuerza mediante el establecimiento de un plazo para el ejercicio de la acción (un año a contar desde la inscripción registral). Pero, a su vez, la investigación de la paternidad se favorece en cuanto el propio precepto prevé que no comience a correr el referido plazo mientras el marido ignore el nacimiento del hijo.

En consecuencia, el artículo 136 CC configura la dimensión temporal del ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial mediante tres reglas: fijando un plazo para su ejercicio (un año), señalando como *dies a quo* de

ese plazo la fecha de inscripción de la filiación en el Registro Civil y, finalmente, exigiendo para que comience a correr el referido plazo que quien ha sido reputado legalmente como padre conozca el nacimiento del hijo.

Ninguna objeción cabe a que el legislador haya señalado un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción. Hemos dicho que el establecimiento de un plazo de caducidad de la acción, como tal presupuesto procesal establecido en aras del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), no vulnera en sí mismo el derecho a la tutela judicial efectiva siempre que el legislador habilite unos plazos suficientes y adecuados en orden a hacer valer los derechos e intereses legítimos ante los Tribunales, de manera que su tutela no resulte imposible por insuficiencia del plazo concedido al efecto (SSTC 77/2002, de 8 de abril, FJ 3; 126/2004, de 19 de julio, FJ 3; y 44/2005, de 28 de febrero, FJ 3).

Como hemos señalado, el principio de libre investigación de la paternidad ha de compatibilizarse necesariamente con exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) al concurrir derechos e intereses legítimos dignos de protección que derivan de las relaciones paterno-filiales que refleja el Registro Civil. Por ello el establecimiento de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, además de presentar una conexión evidente con el reconocimiento tácito (*tacens consentit si contradicendo impedire poterat*), tiende a preservar un valor o principio constitucional, como es el de la seguridad jurídica en las relaciones familiares y la estabilidad del estado civil de las personas, así como a proteger a los intereses de los hijos (artículo 39.1 y 2 CE). Así lo impone la primacía del interés de los menores que recoge el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, recordando los principios inspiradores de instrumentos internacionales en los que España es parte, a los que resulta obligado remitirse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39.4 CE, especialmente a la Convención de derechos del niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, o también, en el marco de la Unión Europea, la Carta europea de los derechos del niño, aprobada por Resolución A 3-0172/92, del Parlamento Europeo y el artículo 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2001 y cuyo contenido (aun sin fuerza jurídica vinculante) se ha incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (título II). En el mismo sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que no vulnera el artículo 14 (prohibición de discriminación), en relación con

los artículos 6 y 8 (derecho a un proceso equitativo y derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio europeo de derechos humanos, la institución de plazos para entablar una acción de investigación de la paternidad, institución que se justifica por el deseo de garantizar la seguridad jurídica y proteger los intereses del niño (STEDH de 28 de noviembre de 1984, caso *Rasmussen c. Dinamarca*, § 41).

Tampoco ofrece dudas de constitucionalidad que el indicado plazo de caducidad para el ejercicio de la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial tenga, en principio, como *dies a quo* la fecha de inscripción de la filiación en el Registro Civil, ya que la finalidad de la referida acción no es sino destruir los efectos de la paternidad proclamada por los asientos registrales, permitiendo la desaparición, entre los sujetos afectados, de un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial.

Igualmente, tampoco merece reproche desde la perspectiva constitucional que se incorpore como excepción la previsión de que el mencionado plazo no comenzará a correr si quien ha sido reputado legalmente como padre no conoce todavía el nacimiento del hijo. Lo que se cuestiona es que el legislador no prevea, a los efectos de que el plazo para el ejercicio de la acción comience a transcurrir, que el padre legal desconozca que no es el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como su hijo. Es aquí donde el precepto resulta contrario a la Constitución, en lo que tiene de norma excluyente. 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. Esta exclusión resulta tanto menos justificada cuanto el conocimiento de ambos datos —el nacimiento del hijo inscrito y que no se es progenitor biológico— son presupuestos ineludibles no ya para el éxito de la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial, sino para la mera sustanciación de la pretensión impugnatoria ya que en materia de acciones de filiación nuestro ordenamiento prevé que «en ningún caso se admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde» (artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, anteriormente, el derogado artículo 127 CC). La

imposibilidad de ejercitar la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial mientras falte un principio de prueba, que sólo puede aportarse si existe el previo conocimiento de la discrepancia del Registro Civil con la realidad biológica, aboca al principio *actiones nondum natae nondum praescribuntur* (artículo 1969 CC).

Es cierto que en determinados casos el solo conocimiento del nacimiento o de su fecha será dato suficiente que permita al marido advertir que el hijo no ha sido procreado por él. Pero en otros supuestos el mero conocimiento del nacimiento será por sí mismo insuficiente. Son estos casos los que exigen que se extienda la excepción a la regla general sobre la base de que el desconocimiento de la realidad biológica debe dar lugar a las mismas consecuencias que el desconocimiento del hecho del nacimiento.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) es un derecho de configuración legal, un derecho de prestación que sólo puede ejercerse a través de los cauces que el legislador establece, el cual goza de un amplio margen de libertad en la definición y determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la jurisdicción para la defensa de derechos e intereses legítimos. En esta regulación el legislador podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental, pero sólo serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida. En principio, pues, el derecho reconocido en el artículo 24.1 CE puede verse conculcado por aquellas normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador, y asimismo por la imposición de condiciones o consecuencias meramente limitativas o disuasorias del ejercicio de las acciones o de los recursos legalmente establecidos (SSTC 114/1992, de 14 de septiembre, FJ 3, y 73/1996, de 30 de abril, FJ 4).

En el presente caso 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 insemina-

ción 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.

Todavía debemos examinar una cuestión más, cual es si resulta posible una interpretación *secundum constitutionem* del precepto que impidiera apreciar su inconstitucionalidad, tal y como con carácter subsidiario proponen el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ciertamente en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo pueden encontrarse resoluciones (SSTS de 30 de enero de 1993, 23 de marzo de 2001, 3 de diciembre de 2002 y 15 de septiembre de 2003) que, aunque coexistentes con otras de signo contrario (así, las SSTS de 22 de diciembre de 1993, 20 de junio de 1996, 10 de febrero de 1997, 21 de julio de 2000, 30 de septiembre de 2000 y 26 de junio de 2003), han entendido que la acción de impugnación de la paternidad matrimonial establecida en el artículo 136 CC puede ejercitarse desde que el padre registral conoce no serlo biológicamente, invocando tales resoluciones el espíritu y finalidad que han de inspirar la aplicación de las normas –artículo 3.1 CC– y considerando que una interpretación rigurosa del precepto, aisladamente considerado, incurriría en contradicción con el artículo 39 CE y generaría un efecto de indefensión vedado por el artículo 24 CE, debiéndose evitar el éxito de una actuación fraudulenta vedada por el artículo 6.4 CC.

Ciertamente este Tribunal ha declarado reiteradamente que, en virtud del principio de conservación de la Ley, sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos «cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma» (SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8, y las que en ella se citan, o 24/2004, de 24 de febrero, FJ 6). Y que puesto que «la validez de la Ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución» (STC 108/1986, de 29 de julio), será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución (SSTC 76/1996, de 30 de abril, FJ 5; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18).

Sin embargo, el principio de interpretación conforme a la Constitución tiene también límites, sin que pueda «ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos» (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2; y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2), ni «reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). En efecto, la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales (STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 6). No compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7).

En el presente caso, el precepto cuestionado, en cuanto dispone que el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad deberá hacerse en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil y añade que, «sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento», no permite entender, sin forzar el sentido propio del enunciado, que el cómputo del plazo no empiece a correr por causas distintas de la única que se explicita, esto es, la ignorancia del nacimiento. Esta ignorancia del nacimiento se configura por el legislador como un hecho excepcional de la regla general (que el plazo para el ejercicio de la acción empieza a correr desde la inscripción registral), lo que impide una interpretación extensiva de la regla de excepción.

Por último no cabe concluir esta Sentencia sin precisar el contenido y alcance de nuestro fallo. Ha de declarar este fallo, desde luego, la inconstitucionalidad del precepto enjuiciado pero, como ya dijimos en la STC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11), no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad; así ocurre cuando «la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión» (en el mismo sentido, las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 7; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; y 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13).

En el presente caso 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.

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).

**Voto particular que formula el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez respecto del fallo y de algunos extremos de la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 929/96 al que se adhiere el Magistrado don Javier Delgado Barrio.**

1. La discrepancia con el criterio de la mayoría del Pleno del Tribunal que motiva la emisión de este Voto particular se refiere tanto a extremos decisivos de la fundamentación jurídica que conduce al fallo de la Sentencia dictada como al contenido de este fallo.

Haciendo uso de la facultad atribuida a los Magistrados del Tribunal Constitucional por el apartado 2 del artículo 90 LOTC reflejo en este Voto particular mi discrepancia, defendida durante la deliberación del Pleno, tanto respecto de extremos que entiendo son decisivos en la fundamentación jurídica que conduce al fallo de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 929/96, como en relación con el contenido de dicho fallo.

Esta discrepancia se formula, desde luego, con el mayor respeto a la opinión mayoritaria de los componentes del Pleno del Tribunal, cuyo criterio merece siempre mi más alta consideración.

2. El sistema de acciones de filiación establecido en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

En contraposición al viejo principio de nuestra Codificación decimonónica, que restringía en términos casi extremos la posibilidad de impugnar la presunción de legitimidad de los hijos nacidos constante matrimonio (así el artículo 108 del Código Civil de 1889 disponía que, contra la presunción de legitimidad de los hijos nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los tres-

cientos posteriores a su disolución o a la separación de los cónyuges, «no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento del hijo», y el artículo 113 establecía que «la acción para impugnar la legitimidad del hijo deberá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del nacimiento en el Registro, si se hallare en el lugar del marido, o, en su caso, cualquiera de sus herederos». «Estando ausentes, el plazo será de tres meses si residieren en España, y de seis si fuera de ella. Cuando se hubiere ocultado el nacimiento del hijo, el término empezará a contarse desde que se descubriese el fraude»), la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, amplió los términos en los cuales resulta admisible dicha impugnación dentro de un sistema de acciones que, a los efectos que cabe considerar relevantes para resolver la cuestión de constitucionalidad planteada por el Juez de Primera Instancia núm. 17 de los de Madrid, puede esquematizarse así:

A) Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para pedir que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado (artículo 131, párrafo primero, CC); a falta de ésta la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo (artículo 132, párrafo primero, CC).

B) La acción de reclamación de la filiación no matrimonial en caso de que falte la posesión de estado corresponde al hijo durante toda su vida (artículo 133, párrafo primero, CC).

C) La impugnación de la maternidad o de la paternidad queda por el contrario considerablemente limitada:

a) Si es el hijo quien impugna ha de distinguirse si su filiación es matrimonial o extramatrimonial.

a1) En el caso de que la impugnada sea una maternidad o paternidad matrimonial, la correspondiente acción habrá de ejercerse durante el año siguiente a la inscripción de la filiación; si el hijo fuese menor o incapaz contará (para él) dicho plazo desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad; dentro del mismo plazo la madre que ostente la patria potestad y el Fiscal podrán ejercer la acción en interés del hijo; en los supuestos de falta la posesión de estado de filiación matrimonial la acción podrá ser ejercida en cualquier tiempo por el hijo o por sus herederos (artículo 137 CC).

a2) El Código no establece plazo para la impugnación de la maternidad o de la paternidad no matrimoniales en caso de falta en las relaciones familiares de la posesión de estado. Si ésta existe

la acción de impugnación caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente. En todo caso el hijo puede ejercer la acción de impugnación durante un año desde que haya alcanzado la plena capacidad (artículo 140 CC).

b) Si los impugnantes son quienes en principio aparecen como padre o madre, o sus herederos, han de distinguirse los siguientes supuestos:

b1) La mujer podrá ejercer la acción de impugnación de su maternidad matrimonial justificando la suposición del parto o el no ser cierta la identidad del hijo (artículo 139 CC).

b2) El marido o sus herederos podrán ejercer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Este plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento, y si fallece antes de conocerlo el año se contará desde que lo conozca el heredero (artículo 136 CC).

b3) Como queda indicado, el Código no establece plazo para la impugnación de la maternidad o de la paternidad no matrimoniales, que podrá efectuarse por aquellos a quienes perjudique si falta en las relaciones familiares la posesión de estado. Si ésta existe la acción de impugnación podrá ser ejercida por quien aparezca como progenitor y por aquellos que puedan ser afectados por la filiación en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente (artículo 140, párrafos primero y segundo, CC).

b4) La acción de impugnación de un reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación puede ejercerse por quien lo hubiere otorgado o por sus herederos dentro del año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento (artículos 138 y 141 CC).

3. Adecuación del sistema de acciones de filiación resultante de la modificación del Código Civil por la Ley 11/1981 a la exigencia constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad.

El sistema de acciones de filiación configurado en el Código Civil en virtud de la reforma de 1981 (susceptible, como cualquier obra legislativa, de ser diversamente valorado en función de los aspectos positivos o merecedores de crítica que se aprecien en él) hace posible con diversos matices y salvaguardias la investigación de la paternidad, para reconocerla o para impugnarla, tanto por quien en principio aparezca como hijo, cuanto por quienes inicialmente resulten considerados padre o madre y, en fin, por diversos potenciales interesados (entre los cuales el legislador presta atención especial a los

herederos de hijo, del padre o de la madre). Con ello se da cumplimiento al mandato de que la ley posibilite la investigación de la paternidad incluido en el artículo 39.2, *in fine*, de la Constitución.

Cabría, claro es, haber atendido a esta exigencia en términos diferentes, dando un contenido diverso a la reforma, en el plano que ahora reclama nuestra atención, del tradicional (y poco acomodado a la realidad social del tiempo presente) Derecho de familia codificado. Pero no es tarea del Tribunal Constitucional pronunciarse sobre el mayor o menor acierto de la obra del legislador, sino que únicamente le corresponde enjuiciar su conformidad o disconformidad con los preceptos constitucionales, a los que, en el aspecto particular que aquí interesa, parece ajustarse en principio un sistema que hace posible la investigación de la paternidad aun cuando en algunos extremos o casos específicos la limite temporal o causalmente, puesto que la Constitución sólo exige que la ley posibilite la investigación de la paternidad, no que esta posibilidad de investigación se configure en términos absolutos y sin restricción alguna.

4. La declaración por la Sentencia frente a la que se formula este Voto particular de la inconstitucionalidad por omisión del párrafo primero del artículo 136 del Código Civil.

La Sentencia frente a la que se formula el presente voto particular declara en su fallo «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».

Ello, se razona en el fundamento jurídico 4, «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», puesto que, si bien es «cierto que en determinados casos el solo conocimiento del nacimiento o de su fecha será dato suficiente que permita al marido advertir que el hijo no ha sido procreado por él ... en otros supuestos el mero conocimiento del nacimiento será por sí mismo insuficiente. Son estos casos los que exigen que se extienda la excepción a la regla general sobre la base de que el desconocimiento de la realidad biológica debe dar lugar a las mismas consecuencias que el desconocimiento del hecho del nacimiento». Y, al no haberse incluido esta excepción en el párrafo primero del artículo 136 CC, se ha establecido una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) que no guarda

proporcionalidad con la finalidad perseguida por la ley de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial, 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).

5. No vulneración por el párrafo primero del artículo 136 CC del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE).

Como reconoce expresamente el mismo citado fundamento jurídico 4, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal, «que sólo puede ejercerse a través de los cauces que el legislador establece», en cuya fijación ha de reconocerse al arbitrio legislativo «un amplio margen de libertad en la definición y determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la jurisdicción para la defensa de derechos e intereses legítimos».

Ahora bien, puntualiza la Sentencia frente a la que se formula este Voto, el párrafo primero del artículo 136 CC establece una limitación de la posibilidad de acceso a la jurisdicción «del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación» que no guarda proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial.

Con el mayor respeto a la opinión mayoritaria de la que disiento, la afirmación anterior carece en la Sentencia del soporte argumentativo que creo necesario, y, en rigor, entiendo que supone la adopción de un juicio valorativo esencialmente voluntarista, con el que se enjuicia en términos críticos la solución adoptada por el legislador al establecer un complejo sistema de acciones de filiación en el que han de conjugarse los diversos y relevantes intereses defendibles a través de éstas [entre los cuales la propia Sentencia resalta «la protección de la familia en general (artículo 39.1 CE), la de los hijos en particular (artículo 39.2 CE) y la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) en el estado civil de las personas»]. Admitida, como admite la opinión mayoritaria del Pleno, la constitucionalidad del establecimiento de un plazo de caducidad para el ejercicio por el marido de la acción de impugnación de la paternidad, y con ello la licitud en el plano de la valoración constitucional de establecer límites o restricciones a la posibilidad de ejercer dicha acción, la línea de pensamiento que conduce a considerar constitucionalmente aceptable que se establezca como *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo el de la inscripción de la filiación en el Registro Civil, salvo que en tal momento el marido desconozca el nacimiento, supuesto en el que el plazo correrá desde la fecha del conocimiento de éste, sólo podría enfrentarse a las objeciones de que

con esta fórmula se desconoce el mandato de que la ley posibilite la investigación de la paternidad o se afecta, en términos negativos, a la dignidad de la persona.

6. Conformidad del párrafo primero del artículo 136 CC con la exigencia constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad del texto legal cuestionado (artículo 39.2 CE).

En mi opinión el régimen establecido por el párrafo primero del artículo 136 CC no puede considerarse contrario al mandato constitucional de que la ley posibilite la investigación de la paternidad. Ciertamente establece un límite temporal para ella, y lo hace correr desde un *dies a quo* que, al parecer de la mayoría del Pleno, incurre en inconstitucionalidad por omisión en cuanto hace imposible al marido impugnar la paternidad que le resulta atribuida en el caso de que sólo llegue a conocer su falta de veracidad biológica una vez que haya transcurrido el plazo fijado para el ejercicio de la acción correspondiente.

Frente a esta valoración de la norma y a la argumentación que la sustenta cabe observar, ante todo, que una interpretación sistemática de la Constitución natural y fácilmente ha de conducirnos a entender que la exigencia de que la ley posibilite la investigación de la paternidad está establecida en favor de los hijos y de las madres, por lo cual ha de concluirse que es una cuestión en principio ajena a ella la tutela de los intereses de los padres putativos. La extensión a éstos de la tutela que ofrece la posibilidad de investigación de la paternidad es, sin duda, una opción legítima, abierta a las facultades de libre decisión normativa del legislador, pero no se produce en modo alguno como obligada respuesta a la necesidad de dar cumplimiento a un mandato expreso del constituyente.

Y, además, ha de advertirse que el párrafo primero del artículo 136 CC no establece un régimen del que derive la imposibilidad absoluta de ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, puesto que el padre ha podido ejercerla dentro del plazo legalmente habilitado al efecto contado desde el *dies a quo* fijado por la norma. ¿Por qué la imposibilidad de ejercicio de la acción derivada del transcurso del plazo debe entenderse que es constitucionalmente admisible y, contrariamente, la que es consecuencia de la fijación del *dies a quo* ha de estimarse vulneradora de la Constitución? En uno y otro caso la consecuencia del precepto legal es idéntica: la imposibilidad de ejercicio de la acción hace que la paternidad jurídico-formal prevalezca sobre una hipotéticamente distinta paternidad biológica, lo que no supone más que la consecuencia querida por un legislador que antepone, en los términos que fija la redacción del Código, los intereses del hijo al mantenimiento de

su filiación matrimonial a los del que formalmente figura como padre a impugnarla.

7. No afectación en términos negativos por la regulación establecida en el párrafo primero del artículo 136 CC a la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE).

La argumentación desarrollada por la mayoría del Pleno para sustentar la declaración de inconstitucionalidad por omisión del párrafo primero del artículo 136 CC se refuerza con la afirmación que la regulación establecida en él, como consecuencia de la ya indicada omisión que se entiende le es imputable, afecta negativamente a la dignidad de la persona, fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE). Con el mayor respeto a sus defensores, no comparto esta tesis.

Ante todo porque, si descansa en la consideración de que es contrario a la dignidad humana el que pueda resultar tenido como padre en el plano jurídico-formal quien no lo es en la realidad biológica, toda norma restrictiva del ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad por parte del padre putativo habría necesariamente de ser conceptuada anticonstitucional. Sería preciso, pues, declarar imprescriptible la acción. Y, si se quisiera llevar a sus últimos límites la lógica del razonamiento, habrían de extenderse las consecuencias del mismo a otros extremos del sistema de acciones de filiación establecido en el Código Civil, por ejemplo al régimen aplicable a las acciones de impugnación de la maternidad establecido en el artículo 139 CC, que tendría que ser considerado inconstitucional por restringir los supuestos en los que cabe ejercer tales acciones.

Adicionalmente creo que no parece ocioso apuntar que no es en modo alguno difícil imaginar supuestos en los que la tutela de esa pretendida dimensión de la dignidad del padre putativo, haciendo que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial arranque del momento en el que llega a tener conocimiento del hecho de que biológicamente no es su hijo aquél a quien ha tenido como tal, puede repercutir sobre este último en términos perjudiciales, que seguramente cabría estimar, conforme a la misma lógica subyacente en la argumentación desarrollada por la mayoría del Pleno, contrarios a la dignidad de la persona. Baste hipotizar, por reducir a uno solo los numerosos supuestos que podrían plantearse, el caso de que, como consecuencia del enfrentamiento entre unos cónyuges con ocasión de un proceso de divorcio, el marido llegue al conocimiento de que el adolescente a quien ha tenido como hijo hasta ese momento no es tal. El ejercicio en ese momento de la acción de impugnación de la paternidad podría lesionar gravemente los legítimos intereses del hijo, situándole

en una delicada posición personal y social, con más que probables secuelas psicológicas y morales, que quizá le acarree asimismo graves perjuicios en el plano económico. Y piénsese en que, frente a ello, puede no ofrecer más que un magro consuelo la posibilidad de ejercer la acción de reclamación de filiación no matrimonial (artículo 133 CC) contra el padre biológico, porque éste puede ser desconocido, haber fallecido, estar en ignorado paradero, carecer de medios económicos...

## 8. Conclusión.

Por cuanto queda hasta aquí expuesto considero que la Sentencia frente a la que se formula este Voto habría debido desestimar en su fallo la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juez de Primera Instancia núm. 17 de Madrid respecto del párrafo primero del artículo 136 CC.

Se firma este Voto particular en Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil cinco.

Voto particular que formula el Magistrado don Eugenio Gay Montalvo respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 92/96.

Con todo respeto a la autoridad de la decisión mayoritaria y de acuerdo con la opción discrepante que defendí en la deliberación, lamento disentir de la decisión adoptada y de su fundamentación y me permito hacer uso de la posibilidad concedida por el artículo 90.2 LOTC. A mi juicio debió desestimarse la presente cuestión de inconstitucionalidad por cuanto considero que la medida adoptada por el legislador resulta adecuada a nuestro canon de constitucionalidad, ya que pondera de modo proporcionado los intereses constitucionales en juego.

La fijación por el artículo 136 del Código Civil del plazo de un año para impugnar la paternidad a contar desde la fecha en que se produjo la inscripción de la filiación en el Registro Civil siempre y cuando se conociese el nacimiento del hijo (y no, por tanto, en otro caso) resulta conforme con el artículo 24.1 CE y con el artículo 39.2 CE, pese a que lo que se afirma en la Sentencia mayoritaria.

Como acertadamente pone de relieve la Sentencia de la que ahora discrepo, el juego de las presunciones legales en materia de paternidad parte de la dificultad de la determinación de la filiación y se establece en beneficio de la madre y del hijo. Interés de la madre y del hijo que, según entiendo, son los intereses prioritarios, cuando no únicos, expresamente contemplados en el artículo 39 CE. En efecto, este precepto, tras señalar en su párrafo primero que los poderes públicos deben asegurar la «protección social, económica y jurídica de la familia», prevé en su párrafo segundo que les compete igualmente asegurar la «protección

integral de los *hijos*, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las *madres*, cualquiera que sea su estado civil» para señalar inmediatamente a continuación que «la ley *posibilitará* la investigación de la paternidad». El párrafo tercero del precepto constitucional señala además que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos *dentro o fuera del matrimonio*, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda» y termina declarando en su párrafo cuarto que «los niños gozarán de la protección prevista en los *acuerdos internacionales* que velan por sus derechos».

Los subrayados, evidentemente propios, ponen de manifiesto a mi juicio cuáles son los intereses priorizados en el mandato constitucional y se corresponden sin dificultad con las previsiones internacionales. En este sentido, comparto plenamente la afirmación contenida en la Sentencia de que el «establecimiento de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, además de presentar una conexión evidente con el reconocimiento tácito (*tacens consentit si contradicendo impedire poterat*), tiende a preservar un valor o principio constitucional, como es el de la seguridad jurídica en las relaciones familiares y la estabilidad del estado civil de las personas, así como a proteger a los intereses de los hijos (artículo 39.1 y 2 CE)» y que así lo «impone la primacía del interés de los menores que recoge el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, recordando los principios inspiradores de instrumentos internacionales en los que España es parte, a los que resulta obligado remitirse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39.4 CE, especialmente a la Convención de derechos del niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, o también, en el marco de la Unión Europea, la Carta europea de los derechos del niño, aprobada por Resolución A 3-0172/92, del Parlamento Europeo y el artículo 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2001 y cuyo contenido (aun sin fuerza jurídica vinculante) se ha incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (título II)».

Prevalencia del interés del hijo en el establecimiento de plazos para entablar una acción de investigación de la paternidad que asume igualmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos conforme con el principio de igualdad y, por tanto, como no discriminatoria (STEDH de 28 de noviembre de 1984, caso *Rasmussen c. Dinamarca*, § 41).

Pues bien, si es el interés del hijo el prevalentemente protegido y así lo reconocen estos convenios y tratados internacionales cuando hacen expresa

referencia a la preservación de la identidad, de los vínculos familiares, de los afectivos y sociales, así como al deber de asegurar las pensiones en caso de crisis matrimonial, la Seguridad Social, la educación, la integración familiar y el principio de aplicación de la norma más favorable, como también se hace con el interés de la madre, como intereses ambos expresamente constitucionalizados, no es de extrañar que el legislador opte por la regulación contemplada para estos casos concretos en el artículo 136 CC y, por el contrario, no establezca limitación temporal para la investigación de la filiación por parte del hijo (artículo 133 CC). Tal opción resulta conforme con los intereses protegidos por el artículo 39 CE y con la previsión contemplada en éste de que «la Ley posibilitará» la investigación de la paternidad, ya que en ningún caso se dice que facilitará la misma.

Tal opción legislativa no resulta tampoco contraria al artículo 24 CE y a la tutela judicial efectiva por cuanto es evidente que el precepto no supone una restricción absoluta al acceso a la justicia y, por el contrario, en aras de la protección preferente, permite hacer efectiva la impugnación de paternidad en un plazo razonable y que considero proporcionado de acuerdo con la finalidad perseguida por la norma constitucional. Así, no parece desproporcionado ni injustificado considerar que se puede impugnar la paternidad en el plazo de un año desde la inscripción en el Registro (máxime si, como aquí ocurre, es el propio padre legal quien lo hace pese a las sospechas fundadas de infidelidad que posteriormente aduce). Plazo de un año que, además, en interpretación *a contrario* del precepto permite impugnar mucho tiempo después si se desconocía el nacimiento. A mi juicio, el plazo de un año para quien tiene conocimiento a través de la publicidad propia de los instrumentos registrales o a partir del nacimiento, le permite hacer uso de su derecho ejercitando la acción de impugnación prevista legalmente. Si en dicho plazo no hace uso del derecho legal reconocido (que posibilita el mandato constitucional en forma suficiente para no vulnerar el acceso a la justicia), el problema ya no es de contenido del artículo 24.1 CE, sino de balance y primacía de derechos.

Es decir, a partir de dicho plazo el legislador considera suficiente y proporcionalmente protegido el derecho a una tutela judicial efectiva y procede a priorizar los otros derechos en juego: el de la madre, el del hijo afectado, y el del resto de hijos

que han creído ser hermanos en idénticas condiciones fácticas y, en definitiva, la seguridad jurídica en el marco de las relaciones de parentesco. Esa ponderación realizada por el legislador satisface los cánones constitucionales de los distintos derechos en juego por cuanto, como acabo de decir, realiza una ponderación de los derechos y valores en juego ya que, cuando limita la impugnación de la paternidad, lo hace dando tiempo suficiente para que el padre presunto pueda ejercer su derecho a una tutela judicial efectiva, pero priorizando, a partir de la finalización de dicho plazo, los únicos intereses expresamente constitucionalizados. Otra comprensión, a mi modesto entender, provoca que el vaciamiento de contenido del artículo 24.1 CE al que refiere la Sentencia, devenga vaciamiento del propio artículo 39.2 y 3 CE y de la seguridad jurídica en las relaciones familiares protegido por el artículo 9.3 CE en un procedimiento tan delicado como el de la impugnación de la paternidad que no puede hacerse depender, exclusivamente, de criterios de oportunidad o de conveniencia de quien aparece formalmente como padre. La acción de impugnación de la paternidad se limita temporalmente, en plazo bastante amplio por cierto, para que no quede abierta esta posibilidad de manera indefinida en perjuicio de quien aparece como hijo, con la clara finalidad de dar a éste la mayor seguridad posible en sus relaciones familiares y sociales y para evitar que el menor pueda terminar por ser víctima de los conflictos conyugales de sus supuestos padres.

Por lo demás no creo tampoco que la dignidad del supuesto padre se vea afectada por el hecho de tener un plazo de un año para impugnar su paternidad presunta y ello porque desde que conoce el nacimiento del hijo puede solicitar las pruebas de paternidad, por lo que, de no ejercer dicho derecho, es su autonomía de la voluntad (sustentada, por cierto, también en el valor de la dignidad de la persona así como el libre desarrollo de la personalidad), la que como valor constitucional debiera igualmente ponderarse y salvaguardarse en necesaria armonía con los dos apartados del artículo 10 de nuestra Constitución.

Y es precisamente en atención a lo que expongo, por lo que debiera haberse desestimado la cuestión de inconstitucionalidad sometida a nuestro enjuiciamiento.

Madrid, a treinta de mayo de dos mil cinco.

### FILIACIÓN

Tratándose de una filiación matrimonial determinada por el reconocimiento cabe una impugnación del título de determinación, por existencia de vicio en la formación o exteriorización de la voluntad y una impugnación por causas distintas, entre ellas, la inexistencia de una realidad biológica. No obstante, no prosperan las acciones al no existir prueba indiciaria respecto a la impugnación de la paternidad, no siendo obstáculo para ello que la madre se negara a la práctica de la prueba biológica respecto al menor.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Ramón Ferrándiz Gabriel

### ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Marisol, don Pedro Miguel, don Adolfo y don Andrés hijos y herederos de don José Ramón (fallecido el 17 de agosto de 1994) interpusieron demanda de reclamación de filiación paterna no matrimonial contra doña Soledad (con la que el padre de los actores había contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento) y el menor Evaristo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia en la que se declarase que el niño Evaristo no es hijo biológico de don José Ramón, la nulidad del reconocimiento prestado por éste y la del asiento Registral donde se reconoce.
- ⦿ Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada, por la misma se solicitó el nombramiento de letrado y procurador del turno de oficio y efectuado y notificada de la designación, se le concedió el plazo para contestar a la demanda, sin verificarlo, por lo que se tuvo por precluido el trámite. El Ministerio Fiscal informó en el sentido de entender que debía estimarse la demanda.
- ⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Toledo dictó Sentencia el 11 de junio de 1997 desestimando la demanda.
- ⦿ En Grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Toledo dictó Sentencia el 20 de abril de 1998 desestimando el recurso interpuesto por los actores.
- ⦿ Doña Marisol, don Pedro Miguel, don Adolfo y don Andrés interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien hizo los siguientes pronunciamientos: 1.º) Confirmar la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número Uno de Toledo, de fecha once de junio de mil novecientos noventa y siete, en cuanto desestima la acción de impugnación de la paternidad objeto de la demanda. 2.º) Confirmar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de fecha veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho, en cuanto desestima la acción de impugnación del reconocimiento objeto de la misma demanda. Las costas de la apelación quedan a cargo de los apelantes. Las costas de la casación deberán ser pagadas por los respectivos recurrentes.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia consideró que los demandantes habían ejercitado una acción de impugnación de paternidad matrimonial y otra de impugnación de reconocimiento (la primera prevista en el artículo 136 y la segunda en el 141). Previamente precisó el Juzgado que no era posible ejercitar acciones de impugnación de una paternidad calificándola, a la vez, como matrimonial (artículo 136) y extramatrimonial (artículo 140). Así como que, habiendo quedado determinada la filiación de Evaristo en la forma que establece el artículo 119, en relación con el 120.1.º, ambos del Código Civil, esto es, por el matrimonio de los padres posterior al nacimiento y el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, no procedía sino entender que la filiación impugnada era matrimonial (pese a que el matrimonio canónico de don José Ramón con doña Soledad hubiera sido declarado nulo por el Tribunal eclesiástico competente, cuando ya estaba en tramitación este proceso, al no haberse cumplido el trámite necesario, según el artículo 80 del Código Civil, para dotar de eficacia civil a la Sentencia del referido Tribunal).

Finalmente, la Sentencia de la primera instancia desestimó las dos acciones ejercitadas en la demanda: la de impugnación de la filiación matrimonial, por no haberse probado que no respondiera a la realidad biológica, y la de impugnación del reconocimiento, por no haberse demostrado la concurrencia de vicio en la formación o declaración de la voluntad del padre de los demandantes.

El Tribunal de apelación, ante el que llevaron el conflicto los actores, entendió, sin embargo, que la única acción de que podían valerse los apelantes (no la única que habían ejercitado en la primera instancia ni la única a la que había quedado limitada la cognición judicial en la segunda) era la de impugnación del reconocimiento que regula el artículo 141, por remisión del 138, ambos del Código Civil.

Así, en el fundamento de derecho primero de su Sentencia, la Audiencia Provincial identificó la causa de pedir o fundamento de esa acción y el tema necesitado de la prueba, en los siguientes términos: sólo la demostración de que el reconocimiento se hubiera efectuado mediante error, violencia o intimidación permitiría la estimación de la demanda. Ya en el fundamento de derecho segundo se precisó más: el vicio atribuido por los actores al reconocimiento efectuado por su difunto padre había sido el error. Finalmente, la concurrencia de ese vicio en la voluntad del reconocedor fue negada en el mismo fundamento

de derecho, como argumento de la desestimación del recurso.

Ante ello, los ahora recurrentes, en el segundo de los motivos de casación (que se examina el primero por razones obvias), denuncian el quebrantamiento de las normas reguladoras de la Sentencia, señalando como infringido el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en relación con el 1692.3 de la misma Ley). Sostienen que no habían obtenido respuesta en la segunda instancia a la impugnación de la filiación *stricto sensu*, esto es, a la derivada de no tener ésta apoyo en una realidad biológica, que insisten también había sido deducida en la demanda.

El defecto de exhaustividad por omisión de pronunciamiento, cuando éste hubiera sido efectivamente pretendido y el silencio no deba entenderse, tras la correspondiente labor hermenéutica, como una desestimación tácita, constituye un supuesto de incongruencia omisiva. La Sentencia de 28 de febrero de 2003, con cita de la de 4 de febrero de 2000, destacó la trascendencia constitucional del referido defecto, dado que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 de la Carta Magna, exige que la Sentencia resuelva absolutamente todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente.

De ese defecto adolece la Sentencia aquí recurrida.

I. Las acciones de impugnación de la filiación matrimonial pueden responder a la inexistencia o invalidez del título de su determinación o a la ausencia de la realidad biológica. Según dispone el artículo 138 del Código Civil, tratándose de una filiación matrimonial determinada por el reconocimiento (el formal, que regula el artículo 120.1.º, el expreso o tácito, a que se refiere el artículo 117, y el implícito en el consentimiento para la inscripción de la filiación como matrimonial, que contempla el artículo 118), cabe una impugnación del título de determinación, por existencia de vicio en la formación o exteriorización de la voluntad, mediante la llamada acción declarativa negativa que regulan los artículos 138 y 141, y una impugnación por causas distintas, entre ellas, la inexistencia de una realidad biológica (mediante una acción de impugnación en sentido estricto), que regulan el mismo artículo 138 y, por remisión, las normas contenidas en la sección y capítulo terceros del título quinto del libro primero del Código Civil, entre otras, la del artículo 136.

II. En el escrito de demanda, como se indicó anteriormente y según resulta de su encabezamiento, relato de hechos, fundamentos de derecho y suplico, los demandantes, además de impugnar el reconocimiento por vicio en la voluntad, negaron que su padre biológico lo hubiera sido también del niño Evaristo y a tal fin propusieron prueba pericial, admitida, aunque no practicada. La Audiencia Provincial, sin embargo, no dio respuesta al recurso de apelación sobre la desestimación de la segunda acción mencionada y ello constituye el vicio de incongruencia omisiva denunciado en el motivo, que debe ser acogido, con estimación del recurso, en aplicación de los artículos 359 y 1.692.3, inciso primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Asumidas por esta Sala las funciones de la instancia, como efecto de la estimación del referido motivo (artículo 1715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881), procede confirmar la Sentencia del Juzgado, no obstante los argumentos expuestos por los recurrentes en los restantes catorce motivos en que quedó estructurado el recurso de casación.

I. Los demandantes propusieron prueba pericial biológica de paternidad, admitida por el Juzgado de 1.ª Instancia y no practicada, porque se negó a prestar colaboración la demandada, madre del menor Evaristo.

Es sabido que las partes de un litigio en que se ejerciten acciones de investigación de la paternidad tienen el deber de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas admitidas por el Tribunal competente, para no colocar a la otra en una situación de indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución Española, impedida de justificar su pretensión mediante la utilización de un medio de prueba pertinente y admitido (Sentencia del Tribunal Constitucional 95/1999, de 31 de mayo).

Se produce, en tal caso, una colisión entre derechos fundamentales de las partes del litigio (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero); en este caso, entre el derecho a la intimidad defendido por la madre de Evaristo y el derecho de los actores a no sufrir indefensión en el ejercicio de la acción de impugnación de filiación.

Ese conflicto ha de resolverse tomando en consideración, por un lado, que el derecho a la intimidad no puede convertirse en una barrera para facilitar el desconocimiento de las cargas y deberes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto a posibles vínculos familiares (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, y Auto 103/1990, de 9 de marzo); y, por otro lado, que si a la voluntad obstruccionista injustificada se le atribuyen consecuencias jurídicas, como medio de llegar a juicios de valor por equivalencia, queda

neutralizada la indefensión que, en otro caso, habría sufrido la parte proponente de la prueba.

Esta Sala ha declarado, con reiteración, que la negativa injustificada a someterse a la práctica de la prueba biológica de paternidad no constituye un supuesto de *ficta confessio* (al modo de comportamiento concluyente de significado unívoco y decisivo, favorable a la pretensión del proponente). Antes bien, se le atribuye el valor de indicio para declarar o negar la paternidad, valioso pero no exclusivo ni aislado, sino a conjugar con los demás que ofrezca el proceso y los medios de prueba practicados en él (Sentencias de 14 de noviembre de 1987, 3 de junio de 1988, 30 de noviembre de 1989, 25 de octubre de 1996, 19 de mayo de 1997, 1 de julio de 2003 y 1 de octubre de 2003).

El Juzgado de 1.ª Instancia valoró la injustificada negativa de la demandada a que la prueba se practicara con datos extraídos directamente del cuerpo de su hijo menor. Pero, correctamente, no le dio más valor que el de un indicio, que, en combinación con las pruebas practicadas en el proceso, le llevó a entender no demostrado el hecho constitutivo de la acción de impugnación en sentido estricto ejercitada en la demanda y, finalmente, a aplicar las reglas del *onus probandi*.

Especial significado dio el Juzgado, de nuevo de modo adecuado, al reconocimiento de su paternidad, formalmente efectuado por don José Ramón, sin vicio alguno en la formación o exteriorización de la voluntad, ni constancia del propósito de disimular una realidad contraria o de la emisión de declaración posterior en sentido distinto. Y, también, a las manifestaciones de determinados testigos, cualificados por la razón de ciencia que ofrecían y las circunstancias en ellos concurrentes, sobre la convivencia de aquél con la madre de Evaristo en la época de la gestación y sobre las declaraciones emitidas por don José Ramón respecto a su efectiva paternidad.

Y no cabe entender que la valoración de la prueba por el Juzgado partió de una infracción de las garantías procesales de los actores, por no haber admitido como documento la declaración de unos testigos en otro proceso (pese a lo que afirman los recurrentes en el motivo tercero), tanto más si no consta que los mismos no pudieran haber comparecido ante dicho Tribunal para someterse a las preguntas y repreguntas de las partes.

II. Atribuir ese valor indiciario a la actitud obstruccionista de la madre demandada no resulta contradictorio con los apercibimientos que el Juzgado le efectuó para desactivar su negativa (pese a lo afirmado en el motivo primero del recurso de casación), ya que, como se indica en el fundamento de derecho tercero de la Sentencia de primer grado, los requerimientos estaban des-

tinados a posibilitar, que no a predeterminar, la correcta valoración de la negativa.

Tampoco es contrario a la norma del artículo 24 de la Constitución (como se dice en el motivo séptimo), por las razones antes expuestas, que se dan por reproducidas. Ni a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos en conflicto, en particular, la sentada en la Sentencia 7/1994 (motivos decimosegundo y decimotercero) o a la de esta Sala (motivo decimocuarto), como se ha indicado anteriormente. Tampoco a los artículos 39.2 de la Constitución y 127 del Código Civil (motivos cuarto, noveno y décimo), ya que la paternidad de Halim ha sido investigada en el proceso con plenitud, aunque sea con un resultado no querido por los

recurrentes. Ni al artículo 39.3 de la Constitución (motivo quinto), ya que la negativa de la madre a someter a su hijo a la práctica de la prueba, valorada como se ha indicado, nada tiene que ver con las prestaciones de asistencia a que dicha norma se refiere. Ni al artículo 14 de la Constitución (motivo sexto), ya que la valoración del comportamiento procesal de la madre del menor elimina cualquier tratamiento desigual de los litigantes. Tampoco al artículo 18 de la Constitución (motivo octavo), pues la desestimación de la demanda de impugnación no puede afectar al honor e intimidad familiar de los demandantes.

## FILIACIÓN

Las partes de un litigio en que se ejerciten acciones de investigación de la paternidad tienen el deber de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas admitidas por el Tribunal competente, para no colocar a la otra en una situación de indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución Española, al impedirle justificar su pretensión mediante la utilización de un medio de prueba pertinente y admitido.

**TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 2004**

**Ponente: Excmo. Sr. don José Ramón Ferrándiz Gabriel**

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Flora interpuso demanda de reclamación de filiación extramatrimonial contra don Miguel Ángel y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado: «se dicte en su día sentencia por la que se declare que don Miguel Ángel es el padre biológico del menor Evaristo con todos los derechos y obligaciones inherentes a la paternidad en los términos del artículo 111 del CC en caso de oposición a la demanda. Se ordene la anotación de la resolución en el Registro Civil y la rectificación de la inscripción, así como la rectificación de los apellidos, sustituyéndolos con arreglo a Derecho. Se condene en costas al demandado si se opusiere a la demanda».
- ⊙ Compareció el demandado con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando: «se dicte en su día sentencia en la que declare no haber lugar a la demanda, absolviendo al demandado de los pedimentos de aquélla, todo ello con expresa condena en costas a la actora». Compareció el Ministerio Fiscal formulando oposición a los hechos objeto de la demanda en tanto no sean probados.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Málaga dictó Sentencia el 28 de octubre de 1997 estimando la demanda.

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.<sup>a</sup> de la AP de Málaga dictó Sentencia el 26 de abril de 1999 desestimando el recurso interpuesto por el demandado.
- ⊙ Don Miguel Ángel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La declaración de paternidad se basó, por un lado, en el significado que el Tribunal de apelación atribuyó a la injustificada negativa del ahora recurrente a someterse a la realización de prueba pericial biológica, propuesta por la demandante y admitida por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia, y, por otro lado, en considerar probada la convivencia de los dos litigantes en fechas próximas a la de concepción.

El demandado recurrió en casación dicha Sentencia, con apoyo en el artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la decisión recurrida responde a una presunción contraria al artículo 1253 del Código Civil, vigente en la fecha de interposición de la demanda.

Las partes de un litigio en que se ejerciten acciones de investigación de la paternidad tienen el deber de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas admitidas por el Tribunal competente, para no colocar a la otra en una situación de indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución Española, al impedirle justificar su pretensión mediante la utilización de un medio de prueba pertinente y admitido (Sentencia del Tribunal Constitucional 95/1999, de 31 de mayo).

Se produce, en tal caso, una colisión entre derechos fundamentales de las partes del litigio (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero), que ha de resolverse tomando en consideración, por un lado, que el derecho a la intimidad no puede convertirse en una barrera para facilitar el desconocimiento de las cargas y deberes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto a posibles vínculos familiares (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, y Auto 103/1990, de 9 de marzo) y, por otro lado, que si a la voluntad obstruccionista injustificada se le atribuyen consecuencias jurídicas, como medio de llegar a juicios de valor por equivalencia, quedará excluida la indefensión que, en otro caso, habría

sufrido la parte proponente de la prueba.

En relación con esas consecuencias de la negativa injustificada a someterse a la práctica de la prueba biológica, esta Sala ha declarado con reiteración que, aunque la misma no constituye un supuesto de *ficta confessio* (como comportamiento concluyente de significado unívoco y decisivo, favorable a la pretensión del proponente), tiene el valor de indicio razonable en conjunción con otras pruebas de las que resulte la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción (Sentencias de 14 de noviembre de 1987, 3 de junio de 1988, 5 de octubre de 1992, 16 de julio de 1994, 25 de octubre de 1996, 19 de mayo de 1997, 28 de marzo de 2000, 11 de septiembre de 2003 y 1 de octubre de 2003).

El recurso debe ser desestimado, al fracasar el único motivo en que se basa. La negativa del demandado a soportar la práctica de la prueba pericial ha sido valorada correctamente como injustificada, a la vista de la argumentación ofrecida para explicarla (el miedo a las inyecciones). Afirmó la Audiencia Provincial, coincidiendo con el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia y como resultado de una valoración de los distintos medios de prueba practicados en el proceso, la probabilidad razonable de relaciones sexuales entre los litigantes a partir de la demostración de convivencia mantenida hasta fechas próximas a la de concepción. El recurrente no denuncia la falta de un enlace preciso y directo entre el hecho demostrado (la convivencia en las circunstancias dichas) y el deducido, sino una incorrecta valoración de las pruebas (básicamente, testifical y documental) que llevaron al Tribunal de apelación a afirmar probado el primero. Dicha declaración ha de ser mantenida, ya que el cauce elegido no permite otra decisión y, en todo caso, este extraordinario recurso no implica la apertura de una tercera instancia (Sentencias de 23 de octubre de 1990 y 21 de septiembre de 1990, entre otras muchas).

## FILIACIÓN

La circunstancia de que el progenitor frente al que se reclama la filiación hubiese fallecido antes de la promulgación de la Constitución Española no es un obstáculo para que la hija pueda reclamar dicha filiación teniendo en cuenta la interpretación amplia que hay que hacer de la Disposición Transitoria Séptima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, según la cual «las acciones de filiación se regirán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente ley».

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2004

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

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Constanza y doña Aurora interpusieron demanda de reclamación de filiación extramatrimonial contra doña Carmela y doña Erica y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declare que las actoras son hijas no matrimoniales de don Lucio.
- ⊙ Compareció la parte demandada con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando se desestime la demanda. Compareció el Ministerio Fiscal formulando oposición a los hechos objeto de la demanda en tanto no sean probados.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 58 de los de Madrid dictó Sentencia el 17 de febrero de 1997 desestimando la excepción de falta de legitimación activa y estimando la demanda declaró que doña Constanza y doña Aurora son hijas no matrimoniales de don Lucio, procediéndose a la correspondiente inscripción en el Registro Civil al efecto y condenando en costas a la demandada en este procedimiento.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 1 de abril de 1998 desestimando el recurso interpuesto por las demandadas.
- ⊙ Doña Erica interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del actual recurso de casación lo formula la parte recurrente con base al artículo 1692.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia recurrida, según opinión de dicha parte, se han infringido los artículos 565, 566 y 693.4 de dicha Ley procesal, así como los artículos 15 y 18.1 de la Constitución Española.

Este motivo debe ser desestimado. En efecto y con pleno apoyo en el escrito de impugnación del Ministerio Fiscal, que se reproduce, hay que

afirmar que no se puede acordar la nulidad de todo lo actuado en la primera instancia a partir del auto en el que se admite la práctica de la prueba pericial biológica por violación de derechos fundamentales –tesis casacional que es la mantenida en la apelación por la parte recurrente–, simplemente porque dicho auto recoge un medio probatorio previsto por la Ley y acordado por la autoridad judicial en el seno del proceso, ni viola derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, pues las limitacio-

nes que a tal derecho se imponen es consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad mediante pruebas biológicas en un juicio de filiación donde se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas, donde prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad en las que entran en juego los derechos de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39 de la Constitución Española, lo que trasciende a los derechos alegados de la parte afectada.

Prueba pericial esta propuesta por la parte demandante, admitida y conocida en su momento procesal por la demandada, a la que se le dio traslado a fin de que impugne o en su caso amplíe la prueba pericial propuesta, providencia de 1 de julio de 1996 y por lo tanto admitida con todas las garantías procesales y sin alegación de infracción de nulidad en aquella época, por la parte que ahora, insta nulidad de actuaciones; prueba, por lo demás se practicó mediante objetos o piezas de convicción del presunto padre y con muestras de saliva de las presuntas hijas y madre de éstas, sin la intervención ni cooperación de la parte demandada; prueba que a mayor abundamiento, prescindió el Juez de instancia, para llegar a la conclusión judicial de la declaración de paternidad.

Por lo tanto resulta improcedente la nulidad de actuaciones desde el auto que admitió la prueba pericial biológica según viene siendo solicitado por la recurrente al no concurrir los requisitos del artículo 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial redactado éste conforme Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, y como dice la STS, Sala 1.ª de 11 de septiembre de 2003. «El único motivo se formula al amparo del artículo 169.2.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción por no aplicación de los artículos 126 y siguientes del Código Civil, y artículos 18 y 39.3 de la Constitución y de la jurisprudencia aplicable para resolver la cuestión objeto de debate.

Para el examen del motivo conviene subrayar que la materia de filiación y paternidad es de orden público por el interés general de que la realidad de las relaciones paterno-filiales corresponda a la inscripción registral y a la consideración social.

Esta consideración obliga a tener en cuenta lo que la sentencia recurrida no ha tenido y que merece su revisión en casación por tratarse de cuestión jurídica de gran trascendencia.

Como resumen de la doctrina constitucional aplicable de forma inexcusable en la interpretación de los Tribunales, hay que invocar la

Sentencia 95/1999, de 31 de mayo, cuando el Tribunal Constitucional manifiesta la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pruebas que no pueden considerarse degradantes ni contrarias a la dignidad de la persona y que encuentran su cobertura legal en el artículo 127 del Código Civil, que desarrolla el mandato del artículo 39.2 de la Constitución Española según el cual «la Ley posibilitará la investigación de la paternidad». Por ello, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud del que deba soportarlas y su práctica sea proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias al derecho a la integridad física (artículo 15 de la Constitución Española) y a la intimidad (artículo 18 de la Constitución), del afectado. (Sentencia 7/1994, de 17 de enero. Igualmente, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial para la determinación del hecho de la generación debatido en el pleito. Por esas razones, cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación permitido por el artículo 135 del Código Civil, que no resulta contrario a la tutela judicial efectiva (autos 103/90 y 221/90).

El segundo y último motivo del actual recurso lo residencia la parte recurrente en el artículo 169.2.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, según opinión de dicha parte, se ha infringido por interpretación errónea la Disposición Transitoria Séptima de la Ley 11/1981, así como el artículo 141 del Código Civil, en su redacción anterior a dicha Ley, en relación al artículo 9.3 de la Constitución Española, los artículos 2.3, 6.4, 7 y 1091 de dicho Código Civil y el artículo 49 de la Ley de Registro Civil, de 8 de junio de 1957.

Este motivo debe sufrir la misma suerte desestimatoria que su antecesor. Así es, pues la tesis casacional de la parte recurrente de negar la legitimación activa de las partes ahora recurridas, fundamentarla en que en la demanda se había ejercitado una acción de filiación y el progenitor cuestionado había fallecido el 6 de junio de 1977, es decir con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978, es absolutamente inaceptable. Y así es, y

siguiendo también el escrito de impugnación del Ministerio Fiscal, hay que decir que constante jurisprudencia de esta Sala entre la que citamos la Sentencia de 17 de marzo de 1995: «El problema jurídico principal opuesto como óbice a la entrada sin cortapisas en el fondo de la cuestión, se ha centrado en la interpretación de la “Disposición Transitoria” Séptima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificativa del CC en materia de filiación en cuanto establece que “las acciones de filiación se registrarán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente ley”. Alienta, sin duda, tras esta norma el deseo de conseguir seguridad jurídica respecto de situaciones personales inciertas con posible trascendencia económica, una vez que muera cualquiera de quienes con mayor legitimidad están directamente interesados en el esclarecimiento de aquéllas. Mas, en tema, como el debatido, relativo al estado de las personas debe ponderarse el alcance de la expresada norma en función de derechos fundamentales de la máxima importancia cual el derecho a la igualdad en los casos y situaciones que reconoce el artículo 14 de la Constitución Española, a la luz, sobretodo, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982 que declara inconstitucional el artículo 137 del CC en su redacción anterior por cuanto establecía discriminaciones por razón de nacimiento contrarias a la igualdad en relación con las acciones de filiación, doctrina que obliga a que deba entenderse derogada por anticonstitucional cualesquiera discriminación contraria, análoga a la señalada por aplicación del artículo 14 y la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución Española. La doctrina científica

ha valorado la retroactividad de determinados efectos en la filiación con el principio constitucional de igualdad y de no discriminación por razón de nacimiento tomando en consideración la jurisprudencia constitucional referente a la eficacia en el tiempo de los derechos fundamentales y, en especial, reconoció el carácter normativo de la Constitución Española y la vinculatoriedad inmediata del artículo 14 en la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982 con anulación de una sentencia de esta Sala que aplicó después de la Constitución Española el viejo artículo 137 del CC. Es verdad que con criterios meramente legales la Disposición Transitoria Séptima se configura como una excepción a la retroactividad, pero también, examinada la legalidad desde una interpretación constitucional no se puede prescindir de las exigencias que dimanen del artículo 14 y, por ello, debe entenderse que la remisión a la legislación anterior que en las condiciones que indica establece la disposición transitoria de referencia, opera en relación con aquellas normas del Derecho preconstitucional que no estuvieran derogadas por la norma suprema, de fecha anterior a la reforma de la materia de filiación. En definitiva ejercitadas las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial, vigente la Constitución española y ya promulgada la Ley 11/1981, no se pueden aplicar al caso normas o prohibiciones normativas que como las referentes a plazos de caducidad de las acciones o denegar las acciones para la determinación de la filiación o imponer restricciones a la legitimación que impliquen un trato diferencial no justificado en perjuicio de los hijos no matrimoniales».

## FILIACIÓN

Habiendo fallecido el demandado en el curso del procedimiento de reclamación de la filiación paterna extramatrimonial se declara la nulidad de lo actuado al no haberse dado traslado inmediato del procedimiento a los herederos del fallecido para que pudieran personarse en el mismo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Romero Lorenzo

## ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Gloria interpuso demanda de menor cuantía contra don José María solicitando que se dictase sentencia por la que «... se declare la paternidad del demandado respecto del menor Abelardo. Y proceder a la condena en costas de la parte demandada».

⊙ 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: «... se desestime la demanda y en consecuencia absuelva a mi representado de las pretensiones contenidas en la demanda promovida por doña Gloria, imponiéndole las costas dada su manifiesta mala fe y temeridad».

⊙ El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia el 17 de noviembre de 1997 estimando la demanda interpuesta por doña Gloria contra don José María «debo declarar y declaro la paternidad del demandado fallecido respecto al menor Abelardo y en consecuencia la filiación extramatrimonial reclamada con todos los efectos legales».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.<sup>a</sup> de la AP de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia el 24 de julio de 1999 desestimando el recurso.

⊙ Doña María Luz, tras la sucesión procesal por fallecimiento de su padre, interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien acordó la nulidad de lo actuado en los autos de que el presente recurso trae causa, a partir del 16 de octubre de 1996, fecha a que se retrotraerán las actuaciones, a fin de que se siga el procedimiento legalmente establecido, conservando su validez aquellos actos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que da lugar a la nulidad. Atendida la fecha de nacimiento de don Abelardo, hijo de la demandante, deberá hacerse saber al mismo la existencia del procedimiento a los efectos oportunos.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Durante la tramitación del juicio falleció el demandado, sin que por el Juzgado —que tuvo conocimiento de ello a través de la actora— se adoptara medida alguna respecto a la citación de sus herederos, dictándose en su momento sentencia estimatoria de la pretensión deducida, sin hacer imposición de costas, la cual fue notificada a la viuda del Sr. José María, doña María Luz que se personó en tal calidad y como madre y representante legal de sus hijos menores, José Antonio y Rebeca, interponiendo recurso de apelación.

En el primer motivo se denuncia la infracción del artículo 9.7 de dicha norma, en relación con el artículo 24 de la Constitución, señalándose que a pesar del conocimiento por el Juzgado del fallecimiento del demandado se había seguido tramitando el juicio sin dar cumplimiento a cuanto previene el primero de los preceptos que se dicen infringidos respecto a la citación de los herederos del litigante fallecido, por lo que no se permitió a los mismos ni oponerse a la prueba acordada para mejor proveer o a los términos en que la misma se realizaba, ni revisar su resultado en el trámite de valoración de las diligencias de aquella clase. Se interesa, en consecuencia, que se declare la nulidad de lo actuado, con reposición de las actuaciones al momento en que se tuvo noticia

por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia del fallecimiento del causante de los recurrentes.

Al objeto de adoptar decisión acerca del posible acogimiento de la argumentación que acaba de resumirse, se considera necesario proceder al examen de las incidencias surgidas en la tramitación del juicio en primera instancia, del cual resultan los siguientes datos:

A) La demanda de doña Gloria había sido presentada a reparto el 24 de noviembre de 1993 y el demandado se había personado el 3 de febrero de 1995, oponiéndose a las pretensiones de la actora.

B) El 16 de febrero de 1996 se acordó para mejor proveer la prueba pericial biológica, cuya ejecución se encomendó al Instituto Nacional de Toxicología, con sede en Sevilla, organismo que señaló el 22 de octubre siguiente para el comienzo del estudio que le había sido encargado.

C) La representación de la parte actora, comunicando que había tenido noticia de que el demandado había sido intervenido quirúrgicamente para extirparle un tumor cerebral y que estaba siendo tratado con radioterapia, solicitó se interesara del Instituto de Toxicología que se adelantase todo lo posible la fecha mencionada. Dicho Instituto acordó se procediese de inmediato a la extracción de

muestra de sangre del Sr. José María y que le fuese remitida la misma si bien mantuvo en cuanto a la parte actora la fecha inicialmente fijada.

D) Señalado el 20 de junio de 1996 para la extracción de sangre del demandado, la misma no pudo llevarse a efecto por incomparecencia del Sr. José María.

A la vez, la representación de éste presentó escrito solicitando que la extracción aludida se realizase más adelante, dada la debilidad del interesado tras la intervención a que había sido sometido el 8 de febrero.

Se acordó el reconocimiento del demandado por el Médico Forense para evaluar las posibles consecuencias de la extracción de sangre, diligencia que no pudo llevarse a efecto por haberse trasladado aquél a Güimar, donde tampoco se practicó el reconocimiento por cuanto el mismo había sido internado en Santa Cruz de Tenerife, gravemente enfermo.

E) El 16 de octubre se puso en conocimiento del Juzgado por la representación de la parte actora, el reciente fallecimiento del Sr. José María, interesando que, al objeto de poder practicar la prueba pericial acordada, se oficiase al Hospital en que aquél había sido tratado a fin de que enviase muestras de bloque de tejido extraídas en biopsia al Sr. José María.

Por providencia de 25 del mismo mes se denegó lo solicitado por no haber sido oídos los herederos del demandado a quienes podría ocasionarse indefensión.

El 4 de noviembre del 1996 se presentó por la actora certificación del Registro Civil acreditativa de que el fallecimiento del Sr. José María se había producido el 29 de septiembre del mismo año.

El 10 de diciembre se tuvo por aportada dicha certificación y se remitieron los autos al Ministerio Fiscal para informe.

El 7 de febrero de 1997 se ofició al Hospital para que conservase a disposición del Juzgado las muestras del bloque de tejidos extraídos en biopsia al Sr. José María, las cuales se remitieron el 3 de abril siguiente al Instituto de Toxicología para la práctica de la prueba de determinación de paternidad.

El 8 de septiembre se recibió en el Juzgado informe de dicho Instituto, según el cual la presencia exclusiva de cromosoma X en el marcador de sexo evidenciaba que la muestra de la biopsia procedía de una mujer, lo cual podía obedecer a que había habido una confusión en el envío de dicha muestra, o bien a que el tipo de patología que

sufría el demandado pudiera haber afectado a las posibilidades de detección del cromosoma X.

F) El 31 de octubre de 1997 se pidió por la parte actora que se procediese a la exhumación del cadáver del Sr. José María, extrayéndose determinados tejidos, cabellos y piezas dentarias para su envío al Instituto de Toxicología.

El Juzgado, con fecha 14 de noviembre del mismo año tuvo por presentado dicho escrito y acordó su unión a los autos y que quedasen conclusos los mismos para sentencia, la cual se dictó el 17 de noviembre de 1997, siendo notificada a la ahora recurrente el 25 de mayo de 1998 e interponiéndose por la misma recurso de apelación.

El motivo objeto de consideración necesariamente ha de ser acogido, por cuanto pese a que el 16 de octubre de 1996 se tuvo constancia en el Juzgado del fallecimiento del demandado, ni entonces ni en ningún otro momento posterior —aun cuando la tramitación del juicio se prolongó hasta un año más tarde— se acordó la citación a sus herederos para que pudiesen comparecer en los autos a fin de defender sus intereses.

Ciertamente el óbito se produjo después de finalizado el período probatorio, pero de hecho todavía quedaba pendiente la realización de una prueba de especial importancia, que había sido acordada para mejor proveer, en la que necesariamente habría de darse intervención a las partes, según ordenaba el último párrafo del artículo 340 LEC. Además, su resultado debería ponerse de manifiesto a los litigantes, a fin de que pudieran alegar por escrito cuanto tuviesen por conveniente acerca de su alcance o importancia, como prevenía el artículo 342 del mismo texto legal.

Hay, por tanto, evidente irregularidad que inevitablemente ha de ser considerada generadora de indefensión para los recurrentes, con independencia del éxito o fracaso de la prueba a cuya ejecución se les había mantenido ajenos.

Procede, por ello, acordar la nulidad solicitada, retrotrayendo las actuaciones al momento en que se tuvo conocimiento por el Juzgado de 1.ª Instancia del fallecimiento del demandado y conservando su validez aquellas cuyo contenido hubiese permanecido invariable, aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

Por otra parte y atendida la circunstancia de que don Abelardo, hijo de la actora, nació el 21 de febrero de 1982 deberá darse cuenta al mismo de la existencia del procedimiento a los efectos oportunos.

## FILIACIÓN

Si el demandado está debidamente representado en el proceso por el Procurador, es a través de éste la forma de requerir o citar a la parte personada para la práctica de la prueba biológica, sin que exista ninguna norma en que pueda apoyarse la viciosa práctica judicial de la notificación personal.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Magdalena interpuso demanda de reclamación de filiación extramatrimonial contra don Pedro y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que «se declarase que don Pedro es padre biológico de la menor Valentina, y, una vez determinada la paternidad y en virtud de lo dispuesto en el artículo III.2.º del CC le sean concedidos a la menor los apellidos del padre, librando al efecto el oportuno mandamiento al Registro Civil de Barcelona».
- ⦿ Compareció el demandado con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando se desestimase totalmente la demanda, con expresa imposición de las costas a la actora. Compareció el Ministerio Fiscal que solicitó sentencia de acuerdo con los hechos que resultasen probados.
- ⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 16 de Barcelona dictó Sentencia el 3 de julio de 1996 estimando la demanda.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 12.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 31 de diciembre de 1997 desestimando el recurso de apelación interpuesto por el demandado.
- ⦿ Don Pedro interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción de los artículos 1249 y 1253 CC y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que cita. Su fundamentación está dedicada a sostener que no ha habido negativa del recurrente a la práctica de la prueba biológica de paternidad ordenada en el período probatorio por el juez de primera instancia y también como diligencia para mejor proveer. Se dice que su no comparecencia la primera vez en el Instituto Nacional de Toxicología (lugar para la práctica de la prueba designado por el Juzgado) se debió a que no recibió la citación y requerimiento que debía efectuarse

en forma personal. En cuanto a la diligencia para mejor proveer, también la justifica en la no recepción de la cédula de requerimiento para la práctica de la prueba.

El motivo se desestima por su falta total de veracidad. En efecto, prescindiendo de la errónea actuación del Juzgado al citar para la práctica de la prueba al demandado de forma personal con olvido de que está debidamente representado en el proceso por el Procurador, y que es a través de éste la forma de requerir o citar a la parte personada, sin que exista ninguna norma en que pueda apoyarse la viciosa práctica judicial de la notificación personal

(Sentencia de 12 de febrero de 2002), prescindiendo, decimos, de ello, lo cierto y evidente es que el recurrente conoció la citación personal, y así lo manifestó rotundamente en confesión judicial, en la que también afirmó que, aunque se le citase de nuevo para someterse a las pruebas necesarias, no estaba dispuesto a ello por considerar que la demanda se había admitido inadecuadamente (absolución de las posiciones diecinueve, veinte y veintiuno, folios 179 y 181). Así las cosas, carece de sentido que se dedique un motivo casacional a impugnar la declaración de paternidad tomando como base la negativa a someterse a la prueba biológica, además de otros indicios.

El motivo segundo, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 118 en relación al 24.1 CE. En él se argumenta que la negativa a someterse a la prueba biológica tenía una excusa válida, cual era la de que el recurrente creía que la demanda de la actora no debió ser admitida. El motivo se desestima por su evidente falta de seriedad, pues convierte al demandado en dueño absoluto del proceso; basta que él crea que la demanda no se debió admitir para que sea legítima su negativa a colaborar con la justicia en tema tan importante como la declaración de paternidad de un menor, dejando sin prueba a la actora, pues está en su mano la práctica de la decisiva, cuando las que existen en autos no pasan de ser indicios y no pruebas plenas, por la propia naturaleza secreta e íntima de las relaciones sexuales en la época de la concepción.

El motivo tercero, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción de los artículos 1249 y 1253 CC. Se fundamenta en que la negativa del recurrente a someterse a la práctica de la prueba biológica estaba justificada, como lo demuestra que el Juzgado volviese a ordenar su práctica en diligencias para mejor proveer. El motivo se desestima. Es inadmisibles que una diligencia ordenada para agotar todas las posibilidades de defensa del demandado, se interprete en el sentido de dar legitimidad a su conducta obstruccionista. Además, dicha diligencia era totalmente innecesaria, aunque comprensible en aras de la finalidad antedicha. Como dijo la Sentencia de 28 de noviembre de 1995, «la repetición de pruebas tiene sentido, cuando por causas justificadas o dificultades surgidas para su práctica, no pudieron efectuarse, pero no cuando se ha manifestado una voluntad renuente a

prestar la colaboración requerida». Esta voluntad del demandado de no someterse a la práctica de la prueba quedó ya plasmada anteriormente en su confesión judicial.

El motivo cuarto, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 1253 CC y doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que cita. En la fundamentación se valoran nuevamente las pruebas, en contra de la obtenida por la instancia, a fin de sostener que no hay indicios que permitan afirmar que han existido relaciones entre actora y demandado de las cuales haya nacido la menor cuya paternidad se reclama. El motivo se desestima porque la valoración de las pruebas y la obtención de ellas de indicios que, junto a la negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica, permiten declarar la paternidad de la menor, es correcta, habida cuenta de que *per se* no hay pruebas directas de las relaciones sexuales durante la época de la concepción. Forzosamente ha de extraerse de todos, documentos, etc., la conclusión de que han existido. El resultado final deja forzosamente un margen de duda, y de ahí la necesidad de que se practiquen las pruebas biológicas de paternidad, pues despejan aquella incertidumbre.

El motivo quinto, al amparo del artículo 1612.4.º LEC, acusa infracción de los artículos 1249 y 1253 CC y del artículo 24 CE, y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que cita. En su fundamentación se acusa a la actora, de no colaborar en la práctica de la prueba biológica ordenada en diligencia para mejor proveer, pues no se presentó en el Instituto Nacional de Toxicología. Tampoco lo hizo el recurrente, pero a él no se le puede imputar exclusivamente las consecuencias de la negativa. El motivo se desestima pues es inútil argumentar sobre el resultado de una diligencia que nunca se debió haber ordenado, constando al Juzgado que en la confesión judicial del demandado, éste se había negado a la práctica de la prueba biológica admitida en el período probatorio, y que, si se ordenase nuevamente, tampoco se sometería. La actora, en estas circunstancias, es lógico que estimase carente de sentido su desplazamiento con la menor. La prueba no se realizó en el período probatorio porque no quiso el demandado, luego no tiene ninguna racionalidad el motivo en examen.

## FILIACIÓN

Si bien es cierto que la prueba testifical se practicó en la fase preliminar antes de admitir la demanda y como información testifical, –y lógicamente en dicha prueba no pudo intervenir el demandado–, es cierto, también, que éste pudo proponer la prueba testifical de dichos testigos si quería que dicha prueba fuera sometida a contradicción.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada Gómez

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña María Rosario interpuso demanda de menor cuantía contra don Carlos en la que solicitaba que se dictase sentencia en la que se contengan los siguientes pronunciamientos: A) Declarar que don Carlos es el padre de Óscar y José Manuel. b) Al pago de las costas de este procedimiento.
- ⦿ Admitida a trámite la demanda la representación procesal del demandado 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 de la demanda.
- ⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Sevilla dictó Sentencia el 2 de abril de 1998 estimando la demanda.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 30 de julio de 1999 desestimando el recurso interpuesto por don Carlos.
- ⦿ Don Carlos interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sala emite su decisión confirmatoria de la instancia en base a la concurrencia de los dos elementos de convicción determinantes, esto es, la existencia de instrumentos de prueba en el litigio: se dice en el FJ 5 –tras analizar con todo pormenor la abundante prueba testifical y documental aportada en los anteriores FFJJ–: «De la valoración conjunta de la prueba practicada se deduce la existencia de indicios serios y abundantes de la existencia de las relaciones sentimentales entre ambas partes, actora y demandado, relaciones que existieron y que las mismas, junto a la convivencia mantenida por los mismos, era conocida por los compañeros de trabajo, por vecinos y amigos comunes de ambos, relaciones de pareja y de vida en común, de las que se infieren relaciones sexuales en la época de la concepción de ambos menores, Óscar y José Manuel, y así lo entiende la Sala que llega al mismo

convencimiento a que llegó el Juez de instancia, pues, así se deduce de toda la prueba practicada, dejando la alegación que efectúa el apelante en cuanto a la no práctica de la prueba biológica de paternidad para ser analizada en último lugar, pues, estimamos que la negativa a la práctica de dicha prueba merece comentario aparte».

Referida negativa de la prueba biológica de paternidad, se ha acreditado en los términos del FJ 6: «En cuanto a la negativa a la práctica de la prueba biológica, el demandado ahora apelante en principio mostró su conformidad a la realización de la misma, si bien a lo largo del proceso ha puesto de manifiesto su afán obstruccionista, deduciéndose ya ante el Juzgado su voluntad de no someterse a la misma.

Así, ambas partes comparecieron en el Juzgado el día 10 de enero de 1997, dando su conformidad

con la práctica de la prueba, siendo citados para el día 6 de mayo de 1997, en el Instituto Nacional de Toxicología, para la práctica de la misma, compareciendo la actora con sus hijos, y el demandado no compareció sin que tampoco haya dado ninguna explicación ni alegado justificación alguna por su no comparecencia a la práctica de dicha prueba, y aunque si es cierto que la no realización de la prueba por parte del demandado no puede considerarse *ficta confessio*, la no realización de esta prueba pone de manifiesto una voluntad obstruccionista por parte del demandado, adoptando una postura de evitar la realización de la prueba en principio aceptada. Negativa injustificada, que si bien no supone prueba directa de la paternidad, sí hay que valorarla como un indicio más puesto en relación con el resto de la prueba...».

En el primer motivo, se denuncia al amparo del núm. 3.º del artículo 1692, el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de los actos y garantías procesales; agregándose que, la infracción de normas que se denuncia concretamente son las contenidas en el artículo 641 LEC, en cuanto que da facultad a las partes para examinar a los testigos de la contraria mediante la presentación de repreguntas, —en este procedimiento se nos ha anulado esta posibilidad— y en el artículo 649, segundo párrafo, del mismo cuerpo legal que desarrolla la práctica de las repreguntas.

Se rechaza el Motivo, siguiendo el criterio del Ministerio Fiscal que en su escrito de impugnación alega, reproduciendo los argumentos del FJ 4 de la recurrida: «En cuanto a la prueba Testifical practicada tampoco pueden ser estimadas las alegaciones expuestas por el apelante, porque —y con referencia a la prueba testifical practicada en la fase preliminar—, si bien es cierto que dicha prueba testifical se practicó en la fase preliminar antes de admitir la demanda y como información testifical, —y lógicamente en dicha prueba no pudo intervenir el apelante—, es cierto, también, que en el escrito de proposición de prueba (f. 123) la parte actora propuso como testifical la ya practicada como información testifical, prueba esta que se tuvo por reproducida por el Juzgador de Instancia, pudiendo entonces la parte ahora apelante si quería que dicha prueba fuera sometida a contradicción pedir que la práctica de dicha prueba testifical se practicara a su instancia y, para ser interrogados dichos testigos de acuerdo al interrogatorio que hubiese presentado al efecto, lo que no ha hecho, sin que pueda ahora cuestionar una prueba testifical que aunque fue practicada en la fase de información preliminar se propuso por la parte actora como reproducida y se tuvo por reproducida por el Juez de Instancia en fase de prueba, por lo que, no pueden tenerse

por inválidas como pretende el apelante, pudiendo ser objeto de valoración por el Juez de instancia y ahora por la Sala como una prueba más del conjunto probatorio.

En cuanto a la Testifical propuesta en dicho escrito de proposición de prueba consistente en la testifical de los menores Óscar y José Manuel, que fue admitida por el Juez de instancia y, sobre la que incluso llegó a promover el demandado ahora apelante tacha de testigos, no ha tenido en cuenta la Sala dicha prueba testifical ni ha valorado la práctica de la misma no por estimar las alegaciones expuestas por el apelante sino por considerar que la práctica de dicha prueba ni es necesaria ni relevante para la decisión de la cuestión objeto de debate, pues el testimonio de dichos menores nada aportaría a la acreditación de unas relaciones que existieron antes de su nacimiento y sobre la convivencia de sus progenitores en las fechas de la procreación de ambos menores, ni tampoco estima la Sala la necesidad de la práctica de dicha prueba testifical por considerar bastante y suficientemente acreditados estos datos por todas las demás pruebas practicadas...».

En el segundo motivo, se denuncia al amparo del núm. 3.º del artículo 1692 LEC, el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de los actos y garantías procesales. En su escrito de proposición de pruebas, la parte actora solicitó se admitiera como prueba una serie de documentos que aportó junto con aquel escrito, en esa fase del procedimiento.

Esto es, en relación con una serie de documentos que la actora solicitó su aportación junto con la demanda y, que por ello se vulneraron los preceptos que indica, que también fracasa, por lo expuesto en ese dictamen por el Ministerio Fiscal que acepta el FJ 3, y que esta Sala comparte, al manifestarse: «No pueden ser tenidas en cuenta las alegaciones expuestas en el recurso en cuanto a la prueba documental propuesta por la actora que fue admitida en su totalidad por el Juez de Instancia, pues, con referencia a las prueba consistentes en todas las pruebas documentales, son todas las propuestas por la actora en el escrito de proposición de prueba las cuestionadas por el apelante y, no pueden ser consideradas pruebas que vulneren lo dispuesto en los artículos 504 y 506 LEC, ni tampoco que causen indefensión a la parte apelante, porque, en primer lugar, tales documentos no pueden tener la consideración de documentos en que la parte actora funde su derecho, si de documentos básicos de la pretensión ejercitada, ni fundamentan la causa de pedir, por lo que no se trata de demostrar que concurra ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 506, sino que no resulta aplicable en este caso el artículo 504, porque, la actora ya aportó, de

acuerdo con lo establecido en los artículos 127 y siguientes CC, un principio de prueba documental para que la demanda fuera admitida sin que, desde luego, pueda serle exigido a la actora que junto a la demanda presente toda la prueba documental que estime pertinente para acreditar los hechos que se debaten en el proceso como parece pretender el apelante. Correctamente la actora en el período de proposición de prueba propuso la documental que estimó conveniente y, que consta en dicho escrito y esta prueba documental fue correctamente admitida por el Juez de Instancia, sin que pueda tampoco estimarse que con la admisión de dicha prueba documental se le haya causado ningún tipo de indefensión al demandado ahora apelante, pues, es en el período de proposición de prueba, cuando las partes han de proponer la prueba que cada parte estime pertinente, como así lo ha hecho el demandado con la prueba propuesta en su escrito de proposición de prueba, correspondiendo a la decisión judicial posterior su admisión si la estima pertinente y a un momento posterior también su valoración, y no puede por tanto estimarse en el momento de la admisión de la prueba propuesta más que sea el momento procesal adecuado y que esta prueba documental sea pertinente, aunque en este caso esta prueba documental favorezca a la actora que es en definitiva la motivación que guía al demandado para realizar las alegaciones impugnatorias sobre la admisión de dicha prueba documental lo que tam-

poco puede obviamente suponer una indefensión para el demandado ahora apelante».

El tercer motivo del recurso, es concluyente respecto de los anteriores y se basa en el núm. 4.º del artículo 1692 LEC, por infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver la cuestión objeto de debate. En cuanto a la decisión de la recurrida ante la negativa de la prueba biológica acordada, también fracasa, pues, se ratifica el transcrito FJ 6, asimismo, compartido en el Informe del Ministerio Fiscal.

Y, es que sobre la cuestión debatida, la decisión recurrida ha de confirmarse siguiendo constante jurisprudencia, SSTs de 1 de octubre de 1999, 11 de octubre de 1999, 29 de marzo, 30 de mayo, 28 de marzo, 24 de abril, 24 de mayo de 2000, 3 de noviembre, 27 de diciembre de 2001 y 17 de julio de 2002, razonando que, la negativa a someterse a las pruebas biológicas, aunque no tiene el valor probatorio de una *ficta confessio*, sí ha de considerarse como un indicio especialmente valioso que, en unión a otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstructorista. Estas pruebas no vulneran el derecho a la intimidad o a la integridad física, salvo que entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, ni pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona.

## FILIACIÓN

No es posible admitir que vuelva a reclamarse la filiación del mismo hijo contra el mismo demandado, pretensión que fue desestimada en juicio anterior, cuya resolución es firme, valiéndose del artificio de que la madre del menor que en el primer juicio había actuado en nombre propio comparezca ahora como representante legal de su hijo que es el verdadero interesado en ambos pleitos y a quien, a efectos de lo prevenido en el artículo 1252 del CC ha de tenerse como real litigante en uno y otro.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Romero Lorenzo

## ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Doña Esther, en representación de su hijo Luis Andrés, interpuso demanda de menor cuantía contra don Javier, en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que «... se declare la paternidad de don Javier respecto del menor Luis Andrés, con expresa imposición de costas al demandado en caso de que se opusiera».

- ⊙ El Ministerio Fiscal contestó a la demanda en base a los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos, para terminar interesando se dicte sentencia desestimando la demanda en tanto no se prueben los hechos alegados.
- ⊙ Admitida la demanda y emplazada la demandada, se personó en autos y 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: «... mediante la cual se desestime íntegramente la demanda formulada y absuelva a mi representado don Javier de los pedimentos contenidos en el suplico de la misma, imponiéndose el pago de las costas a la parte actora por las razones expuestas».
- ⊙ El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 1 de Lora del Río dictó Sentencia el 20 de mayo de 1998, desestimando íntegramente la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.<sup>a</sup> de la Ap de Sevilla dictó Sentencia el 27 de diciembre de 1999 desestimando el recurso interpuesto por doña Esther acogiendo la Sala la excepción de cosa juzgada, sin entrar a conocer del fondo del asunto, condenando a la parte actora y apelante al pago de las costas causadas en ambas instancias.
- ⊙ Doña Esther interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo, con implícito fundamento en el apartado 4.º del artículo 1692 se denuncia la infracción del artículo 129 del Código Civil que autoriza a la madre a ejercitar las acciones que corresponden a su hijo menor, reprochándose a la sentencia recurrida que entienda que concurre cosa juzgada pues las partes en el procedimiento son distintas, ya que quien acciona en el presente juicio es el hijo de quien fue actora en el anterior. Se cita una sentencia de esta Sala de 12 de mayo de 1992. El motivo ha de ser desestimado pues en modo alguno se niega por la Audiencia Provincial a la actora, como representante legal de su hijo menor, el ejercicio de la acción aquí deducida. Lo que se rechaza en la sentencia recurrida es que pueda volver a reclamarse la filiación del mismo hijo contra el mismo demandado (pretensión ya deducida sin éxito en juicio anterior, cuya resolución es firme) valiéndose del inadmisibles artificio de que doña Esther que en el precedente proceso actuó en nombre propio, pero indiscutiblemente en el de su hijo menor pretenda comparecer en el presente como representante legal de su citado hijo, siendo así que es éste el verdadero interesado en ambos pleitos y quien, a efectos de lo prevenido en el artículo 1252 del Código Civil, debe ser tenido por ello, como real litigante en uno y otro.

Si la justificación de la cosa juzgada, que es uno de los fundamentos de la actividad jurisdiccional

radica en el mantenimiento de la inalterabilidad de las resoluciones y en la imposibilidad de la existencia de procedimientos contradictorios respecto a un mismo asunto, en atención a evidentes razones de seguridad jurídica, no puede dudarse que se está ejercitando la misma acción de filiación paterna del menor Luis Andrés ya resuelta por sentencia firme, debiendo considerarse irrelevante el factor puramente accidental de la calidad que en uno y otro proceso ha invocado la madre del interesado.

Digamos, finalmente, que la Sentencia de 12 de mayo de 1992 que se cita por la recurrente se refería al sucesivo ejercicio de acciones de reclamación de cantidad en virtud de seguro obligatorio y seguro voluntario, tema que nada tiene que ver con la cuestión objeto de litigio.

En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 127 del Código Civil, alegando que en la sentencia recurrida no ha sido considerada la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica como una *ficta confessio*. El motivo ha de ser rechazado pues la Audiencia Provincial no ha entrado en el análisis de la cuestión de fondo, al apreciar la concurrencia de cosa juzgada, por lo que se ha abstenido de toda valoración de los elementos probatorios obrantes en autos y, en consecuencia, no ha podido infringir el precepto que se cita por la recurrente.

## FILIACIÓN

**Apreciación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse dirigido la demanda contra el hijo frente al que se reclama la filiación paterna extramatrimonial.**

**TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2004**

**Ponente: Excmo. Sr. don Román García Varela**

### ANÁLISIS DEL CASO

- Don Carlos Francisco promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre filiación extramatrimonial contra doña Andrea, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado, que se dictara sentencia declarando que el niño Fidel es fruto de la relación que existió entre don Carlos Francisco y doña Andrea y por tanto se inscriba al niño bajo los apellidos de Carlos Francisco y Andrea en el Registro Civil, con expresa inscripción de Carlos Francisco como padre, y condenando a la parte demandada a las costas legales procesales.
- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, la contestó oponiéndose a la misma y, suplicando al Juzgado que se negase la demanda de paternidad extramatrimonial deducida por don Carlos Francisco contra doña Andrea relativa a Fidel, interesando que se desestime y que se impongan las costas del procedimiento a la parte actora.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Palma de Mallorca dictó Sentencia el 15 de enero de 1999 estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.
- En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Baleares dictó Sentencia el 27 de septiembre de 1999 cuyo fallo se transcribe textualmente: «1. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por doña Andrea, contra el Auto de 1 de febrero de 1998, que se confirma en todos sus extremos, con imposición a dicha parte apelante de las costas de esta alzada derivadas de dicho recurso. 2. Se estima el recurso de apelación interpuesto por don Carlos Francisco, contra la Sentencia de fecha 15 de enero de 1999, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de esta ciudad, en los autos de filiación de que deriva el presente rollo y, en consecuencia, se revoca la expresada resolución. 3. Se estima la demanda y se declara que el niño Fidel es fruto de la relación que existió entre don Carlos Francisco y doña Andrea y, por tanto, hijo del demandante, por lo que procederá la inscripción del niño en el Registro Civil con los apellidos Carlos Francisco-Andrea constando como padre don Carlos Francisco, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración. 4. Se imponen a la parte demandada las costas de la primera instancia. No se hace expresa imposición de las costas de esta alzada derivadas del recurso formulado por el Sr. Carlos Francisco».
- Doña Andrea interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del juzgado.

### COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Como cuestión previa y en virtud de las características del litigio, la Sala entiende que procede plantear de oficio la verificación de si se han observado las garantías inexcusables de aplicación al mismo,

y cuya respuesta determinará si procede o no el examen de los motivos (entre otras, SSTs de 5 de junio de 1997, 7 de noviembre de 2002, 4 de abril y 5 de noviembre de 2003).

Se ha ejercitado una acción de reclamación de filiación no matrimonial contra doña Andrea respecto a su hijo menor de edad Fidel. Doña Andrea, en su propio nombre y derecho, se ha opuesto a la demanda, sin otra intervención en el proceso que la del Ministerio Fiscal.

La demandada manifiesta que en la época de la concepción de su hijo Fidel no convivía con el demandante y considera que el niño no es producto de relaciones sexuales con don Carlos Francisco en otras fechas, y que éste no sólo ha negado repetidamente la paternidad del niño desde el inicio del embarazo, sino que ha omitido todo tipo de interés y cuidado hacia él y la madre hasta la actualidad; asimismo expone que, por los efectos que una sentencia de reconocimiento de la paternidad podrían tener sobre su hijo, se ve obligada a dejar constancia de su convicción de que el actor no ha sido, ni puede ser un buen padre, debido a su consideración de lo que es una familia, a su continuo contacto con el mundo de la droga, al nulo interés que ha demostrado en cuidar a Fidel y por el oscuro móvil que le ha conducido a interponer esta demanda.

La sentencia de la Audiencia argumenta que «la acreditada existencia de relaciones entre actor y demandada en período de tiempo que pudo permitir la concepción del hijo, la repetida atribución de la madre al Sr. Carlos Francisco de la paternidad del menor Fidel en la correspondencia que mantuvieron durante casi dos años, las manifestaciones de la madre, ante testigos, sobre la paternidad del hijo, unido a la actuación procesal de la demandada, obstaculizando la prueba biológica, constituye base sólida y bastante para estimar demostrada la paternidad que se atribuye el demandante, sin que pueda enervar éste resultado la *exceptio plurium concubentium* que invoca la Sra. Andrea, al afirmar que en época coincidente con la concepción de su hijo tuvo una relación íntima con don Gabino, por cuanto: a) el propio Sr. Gabino, en la prueba testifical del folio 279 manifestó que mantuvo algunas relaciones sexuales con la Sra. Andrea, y siempre con preservativo, por conocer su condición de seropositiva, y b) la demandada ha tenido fácilmente a su disposición demostrar que el demandante no es el padre del menor Fidel, puesto que las pruebas biológicas son fiables en un cien por cien cuando el resultado es negativo».

En el supuesto del debate, no ha sido demandado el hijo de doña María Ángeles, lo que supone la falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya que no bastaba dirigir la demanda contra su madre, pues

no puede ventilarse aquí la cuestión sin aquél, por atención a la seguridad, no sólo familiar, sino social, que ha de rodear a la posesión de estado civil.

A diferencia de lo que sucede en otro tipo de excepciones, el litisconsorcio queda fuera de la jurisdicción rogada, y en razón de trascender sus efectos al orden público, puede y debe ser apreciado incluso de oficio, aun en el trámite extraordinario de casación, lo que determina la imposibilidad de entrar en el fondo del asunto y la desestimación de la demanda.

Además, la falta de litisconsorcio pasivo necesario fue alegada en la demanda e integra el encabezamiento y cuerpo del motivo cuarto del recurso (por infracción de la jurisprudencia relativa al litisconsorcio pasivo necesario, por todas, la STS de 2 de febrero de 1988), aunque se ha manifestado en esta sede con deficiente técnica casacional, como dice el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso, al no relacionar la supuesta transgresión con el contenido de la sentencia dictada e indicar sólo una sentencia del Tribunal Supremo.

Como razonamiento complementario, que no es decisivo para la determinación del fallo, indicamos que el artículo 163 del Código Civil constituye el desarrollo del artículo 162.2 de este ordenamiento; la representación legal de los padres, en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad, queda excluida cuando, en la realización de uno o varios actos, se compruebe la existencia de conflicto de intereses, que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan; una vez acreditado este extremo, el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él; el nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas: siempre que, en algún asunto, el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado; y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que haya conflicto de intereses.

En este caso, además, son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona, como del orden público del estado civil, y si hubiera sido demandado el hijo menor de edad, conforme a lo previsto en el artículo 299.1 del Código Civil, era necesario el nombramiento de un defensor judicial que le representara y amparase sus intereses.

## FILIACIÓN

Ejercitada la acción del artículo 141 del CC se desestima al carecer de base pues el titular de la paternidad no sufrió error, ni violencia, ni intimidación, y además la misma ha sido esgrimida habiendo transcurrido el año de caducidad que determina dicho artículo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2004

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

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña María Inés interpuso demanda de impugnación de filiación contra don Santiago y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declarase que don Santiago no es el padre de Cosme.
- ⦿ Compareció el demandado con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando se declare la desestimación de la misma.
- ⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Bilbao dictó Sentencia el 6 de septiembre de 1999 desestimando la demanda.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Vizcaya dictó Sentencia el 23 de mayo de 2000, desestimando el recurso interpuesto por la actora.
- ⦿ Doña María Inés interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del actual recurso de casación lo formula la parte recurrente con base al artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que es opinión de dicha parte, la sentencia recurrida carece de la necesaria motivación, tanto fáctica como jurídica, con lo que se ha infringido el artículo 120.3 de la Constitución Española, en relación al artículo 24 de la misma y artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este motivo debe ser desestimado. En efecto, es doctrina constante emanada de las sentencias de esta Sala así como de las del Tribunal Constitucional, la que determina que la motivación es una exigencia formal de las sentencias, en cuanto deben expresar las razones de hecho y de derecho que la fundamenta, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo. Si se efectúa un examen de la sentencia recurrida se deduce que en ella existe una ilación entre las premisas de la *ratio decidendi* y los datos fácticos de la misma, respondiendo con ello a una lógica aplicación del derecho en la resolución final. En con-

clusión, que no se puede hablar de indefensión por el desarrollo lógico de la sentencia, para la parte recurrente, y por ende de un desprecio de la tutela judicial efectiva que preconiza el artículo 24.1 de la Constitución Española.

El segundo motivo lo residencia la parte recurrente en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia recurrida se ha infringido, según opinión de dicha parte, la jurisprudencia de esta Sala sobre la llamada «integración del *factum*».

Este motivo debe ser también absolutamente desestimado. Y así es, porque la parte recurrente lo que pretende en este motivo es hacer una nueva valoración hermenéutica *pro domo sua*, incurriendo en el vicio casacional denominado doctrinalmente «supuesto de la cuestión». En efecto, la parte recurrente trata de dar una interpretación distinta a la declaración efectuada en la sentencia recurrida por el presunto padre.

El tercer y último motivo, también lo basa la parte recurrente en el artículo 1692.4 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, según dice dicha parte, se ha infringido la jurisprudencia emanada de sentencias de esta Sala sobre la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad.

Este motivo debe seguir la suerte desestimatoria de sus antecesores. En efecto, las sentencias alegadas como base del motivo, están destinadas a resolver cuestiones que no tienen nada que ver

con el objeto de este proceso. Y así es, porque en el presente caso al padre no se le reclama la paternidad biológica, sino que se solicita dejar sin efecto la paternidad por subsiguiente matrimonio, ya que se ejercita la acción del artículo 141 del CC, lo cual carece de base pues el titular de la paternidad no sufrió error, ni violencia, ni intimidación, y además la misma ha sido esgrimida habiendo transcurrido el año de caducidad que determina dicho artículo.

## FILIACIÓN

**Estimación de la acción de impugnación de la paternidad obtenida por un reconocimiento de complacencia ya que en materia de estado civil ha de prevalecer la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial.**

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada Gómez

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Bernardo y doña María Inmaculada, contrajeron matrimonio civil en la población mallorquina de Artá el pasado día 12 de marzo de 1993.
- ⊙ El 25 de marzo de 1993, don Bernardo reconoció ante el Encargado del Registro Civil de Manacor como hija suya a doña Ana, hija de doña María Inmaculada, que había nacido en Frankfurt (Alemania) en fecha 24 de diciembre de 1994; practicándose la inscripción principal de nacimiento y filiación así como la marginal de reconocimiento el día 16 de octubre de 1995, en virtud de escrito del Registro Civil Central, constando Ana con los apellidos Ana –documental obrante al folio 5–.
- ⊙ El 30 de enero de 1998, tuvo entrada en el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Manacor escrito de doña María Inmaculada en solicitud de medidas provisionalísimas de separación matrimonial contra el Sr. Bernardo.
- ⊙ Don Bernardo interpuso demanda de menor cuantía contra doña María Inmaculada y la menor Ana, solicitando que se dictara sentencia por la que, se decrete la nulidad del reconocimiento realizado por mi mandante de su paternidad de la menor doña Ana, ordenando la cancelación en el Registro Civil del apellido paterno, con expresa imposición de costas a la parte demandada. La demanda se basaba en la absolución de la posición 4.ª por parte de doña María Inmaculada al confesar en la tramitación de las provisionalísimas le había dado pie a aquella interposición al desprenderse de la misma que Ana era hija biológica de la Sra. María Inmaculada pero no suya; siendo por ello, por lo que, impugnaba el reconocimiento de filiación que había efectuado el 25 de marzo de 1993.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda la representación procesal del demandado 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 por la que, se desestime la demanda interpuesta por Bernardo, y se declare no haber lugar a la impugnación del reconocimiento de filiación de Ana, realizado por Bernardo, con expresa imposición de costas al actor por su temeridad y mala fe.

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Manacor dictó Sentencia el 26 de junio de 1999 estimando íntegramente la demanda y declarando la nulidad del reconocimiento realizado por el actor de su paternidad de la menor Ana.
- En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Baleares dictó Sentencia el 28 de enero de 2000 estimando el recurso interpuesto por doña María Inmaculada y doña Ana, y revocando la sentencia de instancia desestimó la demanda.
- Don Bernardo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien confirmó la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Juzgado de Instancia estima la demanda y basa tal pronunciamiento en lo siguiente: «... En el supuesto enjuiciado, no se trata, en rigor, de revocación entendida como cambio de voluntad con el que se pretende despojar al reconocido de un *status filii* por una mutación de los deseos del reconocedor. Se trata, en puridad, de desvelar la inexistencia de un requisito objetivo (el de la paternidad) que debe concurrir al reconocimiento, en la medida en que éste afirmaba una realidad biológicamente inexistente; en otras palabras, el reconocimiento encerraba un acto *contra legem*, que, como tal, comporta la nulidad absoluta del mismo; y con apoyo en el artículo 140 del CC el propio reconocedor está legitimado para impugnar la filiación, desvelando que es otra la realidad biológica; y ello aunque de tal circunstancia ya fuera consciente al momento del reconocimiento...».

La sentencia de la AP Provincial emite la siguiente *ratio decidendi*, según su FJ 2 ante ese reconocimiento impugnado llamado de complacencia: «... Lo que no acepta la Sala es que, so pretexto de que coincida la verdad material con la formal, pueda el Sr. Bernardo cuando le convenga (no por haber concurrido error en las circunstancias del reconocimiento que, como se ha dicho, fue de complacencia) desdeírse de lo que de forma tan solemne y libre manifestó en su día ante el Encargado del Registro Civil, obligándose a las consecuencias de comportarse como padre de la reconocida aceptando ser tenido como tal aun sabiendo que biológicamente no lo era. En definitiva, dada la importancia extrema que cuestiones, como la presente poseen, resulta evidente que, formulado el reconocimiento con todas las garantías, no puede quien así quiso expresarse, retractarse después caprichosamente o al menos sin justificación del aparente motivo que invoca, queriendo revocar su declaración», pese a afirmar en el mismo FJ que, «... Más clarificadora y sin complicación es la versión de la Sra. María

Inmaculada viniendo a significar que habiendo acordado casarse con el Sr. Bernardo éste se avino a “adoptar” a Ana aun sabiendo que no era hija suya, para conformar los tres una familia...».

En el primer motivo se denuncia al amparo del núm. 4º del artículo 1692 LEC, al resultar infringido el artículo 39 de la Constitución Española, alegando que, hay que partir de un dato diáfano e incontrovertido, como lo es el hecho de que la menor Ana, no es hija biológica del Sr. Bernardo. Tal hecho aparece acreditado de forma rotunda en todas las actuaciones del procedimiento, hasta el punto de que el juzgador de primera instancia reputó totalmente innecesaria la realización de la pertinente prueba biológica, ante la total concordanza de que la menor carecía de vínculo biológico con mi representado y, por otro lado atribuir a la menor Ana, una paternidad no real entra en total contradicción con el artículo 39.2 CE que, al proclamar la protección integral de los hijos, vincula a esta protección la posibilidad de la investigación de la paternidad, dejando patente que el establecimiento de la verdad real debe primar sobre cualquier otra consideración en beneficio del propio hijo. Y que, de mantenerse en sus estrictos términos la Sentencia dictada en segunda instancia, se llegaría a la conclusión, de que queda vetado a la menor la posibilidad de investigar la paternidad real respecto de su propio padre biológico y verse, por otro lado, vinculada a todos los efectos derivados de la patria potestad con quien, clarísimamente, no es su progenitor real. De lo actuado en autos, —continúa el Motivo— no hay duda alguna de que el Sr. Bernardo dentro del plazo de un año a contar desde que tuvo constancia de su no paternidad... presentó la oportuna demanda de impugnación de paternidad por error en el reconocimiento, y que, por lo anterior, y existiendo la mayor acreditación de que el Sr. Bernardo no es el padre biológico de la menor Ana, que la demanda de impugnación de

reconocimiento se interpuso en el plazo de un año a contar desde el momento en que mi representado tuvo constancia de su no paternidad, debe decretarse la nulidad del reconocimiento efectuado por el ahora recurrente respecto de su paternidad de la menor Ana.

El Motivo se acepta, por cuanto, ante los citados hechos probados, a lo que se agrega la conformidad en la realidad material de la parte demandada con que ese reconocimiento era así «de complacencia» y, que la acción actual pretende evitar la consumación de la donación... Son argumentos en pro de la tesis del Motivo, los siguientes:

a) Que sin perjuicio de la normativa en torno al evento impugnatorio de un reconocimiento *pro forma*, que en el caso del litigio siguió la pauta del artículo 120.I.1, esto es, ante el Encargado del Registro Civil, y que, por ello su posible impugnación habría de cumplir con los requisitos, en cuanto a la legitimación activa, según el artículo 140, que lo cumple el actor, al tratarse en rigor, de una impugnación de una filiación extramatrimonial –S. de 26 de noviembre de 2001– (y, dentro del plazo de un año en cuanto a la caducidad prescrito por el artículo 141 –que aunque no aplicable, asimismo, se observa– si es que el litigio versara sobre la existencia de un vicio invalidatorio en el consentimiento, lo que, literalmente, no es posible habilitarlo como fundamento de la pretensión), ha de resaltarse que, en el recurso se debate una problemática concernida al llamado reconocimiento de complacencia (*rectius* de conveniencia interesada), esto es, cuando los intervinientes en ese acto formal están de acuerdo o admiten (si bien no lo expliciten –pues ello sería hasta contradictorio con su voluntad emitida–), que la verdad biológica no coincide con el designio de ese acto, porque, ambos, reconociente y reconocido, se repite, eran conscientes de que su contenido no se correspondía con la verdad material.

b) Así son relevantes circunstancias, como las acreditadas, en las que, incluso, aparece el móvil económico del cambio de actitud del actor, que si bien es reprobable en cualquier otro campo moral o social, no debe eludirse para robustecer aún más que el acto aparente, confirma que los mismos demandados no han negado en ningún momento esa contradicción entre la verdad material y la formal y, que hasta la misma inexistencia de la impugnación del recurso lo avala.

c) Así las cosas, no pueden omitirse las sanciones sobre la prevalencia de la verdad material en las cuestiones de estado civil que prescribe el artículo 39 de la CE, y cuyo significado, es obvio, ha de cohonestarse, incluso, con el beneficio de los propios hijos, objetivo que, en el presente recurso,

no puede decirse que se cumpla con la declaración judicial recurrida, porque, ni se respeta la primacía de aquella verdad, ni tampoco es atendible que la misma reconocida sólo aduzca en su defensa que, se contrarreste ese móvil económico de su falso progenitor y, que por ello, por la misma se aferra a impedirlo.

d) Esta Sala, en definitiva, entiende, que pese a los desvíos de una conducta acorde con los modelos de asunción de lo antes querido, y su reprobación en los planos de la sociología al uso, dentro del campo del Derecho y de la legalidad imperante, sería una clamorosa irregularidad mantener un reconocimiento de filiación en contra de lo así sabido por los mismos interesados, evitando que de este modo se prolongue *sine die* ese evidente estado civil pugnante con el personal designio de los afectados.

Así –en esa línea– se decía en Sentencia de 27 de mayo de 2004: «... La jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil ha iniciado una línea de interpretación para dar prioridad a la verdad biológica (Sentencia de 3 de diciembre de 2002, que cita las de 30 de enero de 1993 y 23 de marzo de 2001) ya que la reforma operada en el Código Civil por Ley de 13 de mayo de 1981 manifiesta la tendencia a que en materia de estado civil ha de prevalecer la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, procediendo toda clase de pruebas en los juicios de filiación, de lo que deja constancia el artículo 127 del Código Civil, lo que desvanece por completo, como aquí ocurre, la presunción que establece el artículo 116, toda vez que suficientemente se ha probado que el hijo reconocido no es hijo biológico del recurrente.

La imperatividad del artículo 39 de la Constitución, que exige la protección de los hijos, clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, con la anomalía de atribuir potestad sobre los mismos a quien no es su padre biológico y la aplicación de un formalismo riguroso vendría a potenciar una situación injusta y hasta en línea de fraude, por lo que se impone la adecuada interpretación de la norma en la línea que marca el artículo tres del Código Civil. Esta doctrina se reitera en la Sentencia de 15 de septiembre de 2003, al otorgar toda eficacia decisiva al hecho de que el padre que impugnó no era padre biológico, pues la paternidad real, en otro caso, resultaría clamorosamente inexacta si se atribuyera a quien ha probado que no engendró el hijo y sólo se limitó a reconocerle como acto de complacencia y, aún más, se llegaría a proteger situaciones de indefensión, que violentan el artículo 24 de la Constitución...».

Por todo ello, actuando a tenor del artículo 1715.1.3 LEC, se acoge el Motivo y se acepta el

razonamiento de la Primera Instancia por sus mismos fundamentos, estimándose el recurso con los efectos legales derivados, sin que a tenor del artículo 1715.2.º LEC, proceda imposición de costas

en ninguna de las instancias ni en este recurso, al hacer uso el tribunal que juzga de la salvedad que preceptúan los artículos 523, 710, 873 y 896 de dicha Ley, aplicables en su caso, al litigio.

## FILIACIÓN

Teniendo en cuenta que el reconocimiento de complacencia se efectuó el 18 de mayo de 1993, el subsiguiente matrimonio se celebró el 23 de abril de 1994 y que la demanda de impugnación de filiación se planteó el 24 de febrero de 1997 es evidente que ha transcurrido con demasía el plazo de caducidad de la acción de un año.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 2004

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

## ANÁLISIS DEL CASO

- ◉ Don Juan Pablo interpuso demanda de impugnación de filiación contra doña Nieves y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declarase que don Juan Pablo no es el padre de Pedro Miguel.
- ◉ Compareció la demandada con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando se declare la desestimación de la misma.
- ◉ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Bilbao dictó Sentencia el 13 de noviembre de 1997 desestimando la demanda.
- ◉ En grado de apelación la Sec. 3.ª de la AP de Vizcaya dictó Sentencia el 16 de diciembre de 1999, en la que confirmó íntegramente la anterior.
- ◉ Don Juan Pablo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del actual recurso de casación lo residencia la parte recurrente en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que de la sentencia recurrida, en opinión de dicha parte, se han infringido el artículo 119 en relación al artículo 140, ambos del CC, así como toda la jurisprudencia referida a los mismos.

Este motivo debe ser desestimado. El *quid* de la actual contienda judicial radica en determinar si ha caducado o no la acción ejercitada –antes parte actora y ahora recurrente en casación–, tanto si es una acción de impugnación de filiación no matrimonial reconocida por complacencia, o si es una

acción de reconocimiento de filiación por celebración de matrimonio entre la madre biológica y el padre reconecedor.

En el presente caso la situación del hijo en cuestión ha devenido en matrimonial, por ello la parte actora y ahora recurrente tenía que haber ejercitado la acción de impugnación de reconocimiento del artículo 119 del CC, y no la de reconocimiento de complacencia del artículo 120.1 de dicho Cuerpo legal.

Pero tanto en uno como en otro caso, la pretensión de la parte recurrente ha caducado, ya sea por el mecanismo establecido en el artículo 141 del CC,

o por el determinado en el artículo 136 de dicho Cuerpo legal.

En efecto, el reconocimiento de complacencia se efectuó el 18 de mayo de 1993, el subsiguiente

matrimonio se celebró el 23 de abril de 1994 y la demanda de impugnación de filiación se planteó el 24 de febrero de 1997. Todo lo cual significa que ha transcurrido en demasía el plazo de caducidad de acción de un año.

## FILIACIÓN

**Desestimación de la demanda interpuesta por un hijo mayor de edad impugnando la paternidad matrimonial y reclamando la extramatrimonial de persona fallecida hace más de cuarenta años, habiendo fallecido también la madre, al no practicarse la prueba biológica y no poder acreditarse la autenticidad de las cartas de la madre diciendo quién era el verdadero padre.**

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Agustín interpuso demanda de menor cuantía contra don Carlos Ramón y los eventuales herederos de don Eugenio sobre reclamación de filiación extramatrimonial e impugnación de la matrimonial inscrita.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Béjar dictó Sentencia el 15 de febrero de 2000 desestimando la demanda, absolviendo de la misma a los demandados e imponiendo las costas al actor.
- ⊙ En grado de apelación, la AP de Salamanca dictó Sentencia el 18 de julio de 2000 desestimando el recurso e imponiendo las costas al apelante.
- ⊙ Don Agustín interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El juicio causante de este recurso de casación se inició por demanda de reclamación de filiación extramatrimonial, con impugnación acumulada de la paternidad matrimonial contradictoria, presentada el 24 de septiembre de 1998 por un mayor de edad contra quien registralmente era su padre matrimonial y contra los herederos de quien el actor decía ser hijo por naturaleza, fallecido en el año 1954.

Fundada la demanda en que el actor había descubierto tardíamente, por unas cartas de su madre escritas en 1995 poco antes de morir, que el

verdadero padre era un tío de aquella, vecino suyo en casa colindante, casado y de gran prestigio social en el pueblo, por lo que el asunto se había guardado con el mayor sigilo posible si bien corriendo aquél con los gastos de su educación que tras su muerte seguiría satisfaciendo una empresa cumpliendo sus instrucciones, alegándose también en la demanda tanto la huida del padre matrimonial del demandante a Francia, por no poder soportar más la presión social, como la inscripción del nacimiento del propio demandante diez años después de haber tenido lugar, la sentencia de primera instancia desestimó las pretensiones del actor por haberse

negado a colaborar en la práctica de la prueba biológica acordada para mejor proveer so pretexto de la falta de garantías al haberse trasladado los restos de su presunto padre, y por no ofrecer las pruebas practicadas, de carácter indirecto, «ningún dato del que se pueda inferir la paternidad que se reclama».

Interpuesto recurso de apelación por el demandante, el tribunal de segunda instancia lo desestimó razonando, en síntesis, lo siguiente:

A) Que la prueba biológica, no propuesta por el actor-apelante sino acordada en primera instancia para mejor proveer, no se había podido practicar por la negativa de aquél a colaborar aduciendo falta de garantías por haberse exhumado en el asilo los restos de su presunto padre biológico para trasladarlos al cementerio junto con los de su esposa, un hermano y la esposa de éste; negativa injustificada porque el actor-apelante, pese a conocer la posibilidad de la exhumación, no había interesado medida cautelar alguna hasta el día mismo de la exhumación y porque en el estado de la ciencia era posible identificar los restos del presunto padre biológico pese a su inhumación conjunta con otros, no siendo por ello procedente acordar de nuevo la prueba biológica como diligencia para mejor proveer interesada por el actor-apelante en el acto de la vista del recurso.

B) Que el análisis de lo sucedido en el proceso y las pruebas sí practicadas no permitía afirmar la paternidad reclamada ni desvirtuar la impugnada: la rebeldía del demandado como padre matrimonial y sus manifestaciones al ser emplazado, porque ni en éstas negó categóricamente que el demandante fuera hijo suyo ni podían suplir la prueba de confesión judicial de ese mismo demandado, no propuesta por el demandante; el informe de un licenciado en psicología, ratificado por éste mediante prueba testifical, porque se limitaba a recoger unas manifestaciones que, según el mismo informe, le habría hecho el propio demandado con motivo de una entrevista; la declaración de un testigo amigo del demandante porque, además del interés en favorecerle por razón de tal amistad, presentaba demasiadas coincidencias sobre cuándo conoció al mismo demandante, o sobre cuándo habló con su madre, como para resultar creíble; la declaración de otro testigo, por limitarse éste a manifestar lo que le había contado su propio padre; las cartas de la madre del demandante revelándole quién era su verdadero padre, aportadas no originales sino por fotocopia testimoniada notarialmente, porque, según el informe pericial caligráfico, en su redacción había intervenido una tercera persona que no sólo mecanografió su contenido sino que incluso hizo la rúbrica obrante en la firma; la colindancia entre las casas de la madre del demandante y su tío, es decir el presunto padre biológico, porque

nada indicaba por sí misma; el abono de los gastos escolares del demandante durante dos cursos por una empresa de dicho presunto padre biológico, porque tuvo lugar después del fallecimiento de éste y se explicaba por haber dejado en testamento sus bienes para obras de beneficencia a voluntad de sus albaceas; y en fin, la inscripción fuera de plazo del nacimiento del demandante, porque había obedecido a un expediente general instruido para la reconstrucción del Registro Civil correspondiente.

El recurso interpuesto por el actor-apelante contra la sentencia así fundamentada se articula en tres motivos formulados al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 LEC de 1881. El primero se funda en infracción del artículo 135 CC, aplicable al caso antes de su derogación por la nueva LEC, porque la sentencia impugnada se habría olvidado indebidamente de la «veracidad sociológica», veracidad resultante, según el alegato del motivo, de lo manifestado por el demandado como padre matrimonial con ocasión de su emplazamiento, de la declaración de dos testigos sobre lo que les habían contado tanto este mismo demandado como la madre del demandante poco antes de morir o el cirujano que había colaborado con el ginecólogo que atendió el parto, de lo que «todo el mundo» sabía en el pueblo, de la relación de parentesco entre la madre del demandante y su presunto padre biológico, de la contigüidad de sus respectivas viviendas, de la inexistencia del expediente registral que dio lugar a la inscripción del nacimiento del actor diez años después de haberse producido y pocos días después de morir el presunto padre biológico y, en fin, de la orden dada por éste para que los gastos de educación del demandante fueran sufragados por sus empresas. El motivo segundo se funda en infracción del hoy también derogado artículo 1253 CC por haberse valorado de forma equivocada por el tribunal sentenciador la negativa inicial del demandante a someterse a la prueba biológica y no haberse tenido en cuenta otros hechos que, valorados junto con el resto de la prueba sí tenida en cuenta, habrían hecho presumir la paternidad reclamada, hechos que serían la importancia social y el estado de casado del presunto padre biológico, determinantes del silencio y ocultismo sobre el nacimiento del demandante en cuanto fruto de relaciones extramatrimoniales de aquél con una sobrina; los testamentos del presunto padre biológico y su esposa coincidiendo en dos de los tres albaceas designados por cada uno; la expresión del testamento de aquél diciendo no tener sucesión de su matrimonio, lo que equivaldría a no negar la sucesión extramatrimonial; la serie de compraventas y pretendidas y extrañas donaciones que revelarían un pacto de familia «para usurpar la totalidad de los bienes» del presunto padre biológico y su

esposa; y finalmente, la disposición de los restos cadavéricos del presunto padre biológico por la viuda de uno de sus sobrinos mes y medio después de interponerse la demanda. Y el tercer motivo del recurso se funda en infracción del artículo 39 de la Constitución y del hoy derogado artículo 127 del CC porque la negativa del demandante hoy recurrente a colaborar en la práctica de la prueba biológica habría estado totalmente justificada por su creencia inicial en la falta de garantías que suponía la inhumación de los restos del presunto padre biológico junto con los de otras personas, inhumación conjunta frente a la que habría desplegado toda la actividad que le era exigible.

En el acto de la vista del recurso ante esta Sala el Letrado de la parte recurrente admitió que ciertamente, tal y como había señalado el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, los tres motivos reseñados guardaban una estrecha relación entre sí, hasta el punto de poder tratarse de ellos conjuntamente. Y así debe hacerlo esta Sala porque, en verdad, lo que el recurso viene a impugnar es la valoración conjunta de la prueba por el tribunal sentenciador en conexión con el juicio de valor del mismo tribunal sobre la actitud del demandante frente a la prueba biológica acordada para mejor proveer.

Comenzando por esto último aunque el recurso relegue la cuestión a su motivo final, el planteamiento del recurrente no puede aceptarse porque supone tanto como arrogarse la facultad, sustrayéndola indebidamente al juzgador, de decidir sobre la pertinencia de una prueba biológica que por ende no fue propuesta por dicha parte sino acordada por el Juez de Primera Instancia. Ciertamente es que el hoy recurrente desplegó la actividad que consideró oportuna al enterarse de la proyectada exhumación de los restos del presunto padre biológico para trasladarlos de lugar e inhumarlos junto con los de otras personas, interponiendo denuncias y dirigiendo escritos al Juzgado y a otras autoridades y organismos; pero no menos cierto es que aquél estaba dirigido técnicamente por Letrado y que por tanto no es justificable su cerrada negativa a colaborar en la práctica de la prueba biológica aduciendo una inutilidad o falta de garantías, por la mezcla de los restos, que carecía de fundamento científico, carencia de fundamento que a su vez comporta la falta de justificación del errático proceder de la misma parte al no proponer la prueba biológica, negarse a colaborar en la acordada para mejor proveer en primera instancia, pedir luego el recibimiento a prueba en la segunda proponiendo su práctica sin amparo legal posible, volver a pedir su práctica como diligencia para mejor proveer en

el acto de la vista del recurso de apelación y, finalmente, dedicar un motivo de casación a justificar su negativa en primera instancia pero sin poder aducir quebrantamiento de forma alguno en busca de una retroacción de actuaciones para que por fin se practique la referida prueba.

Algo parecido sucede con las manifestaciones del demandado como padre matrimonial en el acto de su emplazamiento, pues amén de no haber negado categóricamente su paternidad ni haber justificado su traslado a Francia por la presión social ni la vergüenza, como se alegaba en la demanda, sino por su voluntad de divorciarse, no tiene explicación razonable alguna que tampoco se propusiera como prueba por el actor la confesión judicial de ese mismo demandado, prescindiendo así voluntariamente de aquello que sí habría constituido en verdad una prueba.

En cuanto a las cartas de la madre, de importancia fundamental para el recurrente, no puede por menos de compartirse el juicio crítico del tribunal sentenciador a la vista del informe pericial caligráfico, pues no sólo están escritas por una tercera persona sino que ni tan siquiera la rúbrica de la firma es atribuible a la madre, por lo que sus garantías de autenticidad son mínimas.

De ahí, en suma, que no pudiendo erigirse las partes en dueñas de la prueba, no habiendo manifestado en realidad el presunto padre biológico lo que pretende el recurrente y, en fin, careciendo de autenticidad las cartas de su madre, el recurso se quede reducido a un vano intento de nueva valoración conjunta de la prueba que esta Sala no puede acometer: de un lado, por impedírselo los límites consustanciales al recurso de casación; y de otro, porque ningún reproche de arbitrariedad ni falta de lógica cabe hacer a la sentencia impugnada, que con gran detalle y altas dosis de racionalidad analiza la prueba practicada para llegar a unas conclusiones que no pueden ceder ante las que propone el recurrente desde un concepto de «veracidad sociológica» que prescinde del legal de posesión de estado, siquiera sea por la reiteradísima doctrina de esta Sala, tan conocida que huelga su cita pormenorizada, de que el recurso de casación no permite sustituir la valoración probatoria del tribunal sentenciador por presunciones propias del recurrente, que a la postre es lo pretendido conjuntamente por los tres motivos examinados.

## FILIACIÓN

**Reclamada la filiación paterna extramatrimonial no existe incongruencia en la sentencia que fija un régimen de visitas aun cuando no se solicitase expresamente en la demanda.**

**TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2004**

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

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Íñigo interpuso demanda de reclamación de filiación extramatrimonial contra doña Lina y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declare paternidad del actor sobre su hijo Eduardo con todos los efectos inherentes a dicha paternidad y con imposición de costas a la demandada.
- ⦿ Compareció la demandada con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando se declare sentencia desestimando la demanda, formulando al mismo tiempo reconvención. Compareció el Ministerio Fiscal formulando oposición a los hechos objeto de la demanda en tanto no sean probados.
- ⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Toledo dictó Sentencia el 4 de junio de 1998 estimando la demanda y la reconvención y acordando lo siguiente: Debo declarar y declaro la paternidad de Íñigo sobre Eduardo, con todos los efectos inherentes a dicha declaración, lo que se comunicará al Registro Civil en el que consta el nacimiento del menor a fin de que se hagan las anotaciones oportunas. Asimismo, la guarda y custodia del hijo menor se atribuye a Lina pero ejerciendo conjuntamente ambos padres la patria potestad sobre aquéllos. Como régimen de visitas para Íñigo se establece que podrá estar en la compañía de su hijo Eduardo en la forma que concierte con la madre, siempre velando por el interés del mismo y en la coyuntura de desacuerdo, los tendrá consigo en fines de semana alternos, desde las 19 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, la mitad de las vacaciones de verano, Navidades y Semana Santa, eligiendo los años pares la madre y los impares el padre. Igualmente podrá estar en compañía de sus hijos, una tarde a la semana, que en caso de desacuerdo será el miércoles desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas. Asimismo, cada progenitor disfrutará de la compañía de sus hijos los puentes o festivos unidos a un fin de semana que le corresponda en turno. Por último, en favor de Eduardo se establece una pensión consistente en 70.000 pesetas mensuales que Íñigo deberá entregar a Lina bajo cuya custodia queda el hijo, que serán pagadas dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año. Esta pensión se devengará desde la fecha de presentación de la demanda, salvo que se acredite haber hecho el pago o que los hijos han estado en compañía y alimentados por el obligado al pago. Dicha pensión será actualizada a partir del 1 de enero de cada año una vez se publique el IPC anual, por el Instituto Nacional de Estadística u organismo competente, en la variación que éste experimente. Igualmente deberá satisfacer la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida del hijo menor, tales como intervenciones quirúrgicas, prótesis, largas enfermedades, etc., siempre que se acrediten suficientemente, sean consultados previamente con él (siempre que sea posible) o sean autorizados por el Juzgado en caso de discrepancia entre los padres. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Toledo dictó Sentencia el 4 de junio de 1999, en la que se confirmó íntegramente la anterior.
- ⦿ Doña Lina interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del actual recurso de casación lo formula la parte recurrente residenciándolo en el artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia recurrida, según opinión de dicha parte, no se ha aplicado el artículo 359 de dicha Ley procesal y por lo tanto que ha incurrido en el vicio procesal de la incongruencia.

Este motivo debe ser desestimado. El núcleo fáctico de la presente contienda judicial está constituido por la pretensión de la parte recurrente en el sentido de impugnar la cuantía de los alimentos que se conceden a su costa para su hijo –por un importe de 420'71 euros mensuales– ya que la madre percibe ingresos importantes, por lo que dicha suma es desproporcionada. En efecto, la tesis casacional del presente motivo se basa en el dato de que la sentencia recurrida ha concedido más de lo solicitado –incongruencia *ultra petitem*– ya que se ha establecido en ella un régimen de visitas que la parte actora –ahora parte recurrida– no solicitó de forma expresa en la demanda. Pues bien dicha tesis es insostenible desde el instante mismo que en la sentencia recurrida se ha aplicado el principio general establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que establece que en todo caso primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; lo que permite al Juzgador aplicar, incluso de oficio las características, alcance y modalidades que establece el artículo 97 del Código Civil, en relación al derecho de visitas de los progenitores. Y en este caso, normalmente y dado los intereses en juego de un menor, es lógico que el Juez *a quo* no haya esperado al período de ejecución de sentencia, para acordar lo procedente sobre el derecho de visitas en cuestión.

El segundo motivo la parte recurrente lo basa en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia recurrida, según opinión de dicha parte, se ha infringido el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española. Este motivo debe ser también desestimado. En efecto, en este motivo el núcleo casacional está constituido por una vio-

lación del derecho fundamental de tutela judicial efectiva basado en el derecho a utilizar los medios de prueba necesarios para la defensa de su tesis del alcance del derecho de visitas. Lo anterior debe decaer, puesto que la parte presuntamente afectada por tal indefensión, sabía perfectamente que se iba a estudiar la controversia suscitada sobre el derecho de visita, puesto que aunque propuesto por la parte solicitante para la fase de ejecución, sí que se planteó la cuestión claramente, y por ello la parte ahora recurrente hubiera podido utilizar los medios de prueba que hubiera estimado oportunos.

El tercer y último motivo lo residencia la parte recurrente en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, según afirma dicha parte, se han infringido los artículos 92 y 154 del Código Civil en relación a los artículos 94 y 161 de dicho Cuerpo legal, así como la doctrina jurisprudencial relativa al derecho de visita.

Este motivo debe seguir la suerte desestimatoria que tuvieron los antecedentes. En efecto, en primer lugar es preciso decir que la parte recurrente sólo cita como infringida una sola sentencia –la de 21 de julio de 1993–, lo que no permite hablar de jurisprudencia a tener en cuenta. Luego hay que decir que en este motivo, dicha parte trata de sustituir la actividad hermenéutica de la sentencia recurrida, por una valoración probatoria distinta y expresada *pro domo sua*, lo cual casacionalmente es inadmisibile. Y así es, pues en la sentencia recurrida de una manera lógica y racional se determina y acogiendo lo dicho en la sentencia de primera instancia en el fundamento jurídico cuanto que afirma «... que interés del menor debe señalarse un régimen de visitas a favor del mismo, ya que de las pruebas practicadas y, en concreto, la exploración de F., ha puesto de manifiesto de un régimen de visitas... que se dirá en el fallo de la presente resolución».

## MATRIMONIO

Al quedar acreditado que el demandante en el momento de contraer matrimonio se hallaba aquejado por enfermedad –depresión mayor– apta para producir su falta de capacidad, y en plena crisis de tal enfermedad, hay que concluir con que el mismo prestó su consentimiento teniendo gravemente afectada su inteligencia y voluntad como consecuencia de su enfermedad y no podía por ello conocer y querer el acto que estaba realizando, pues en tal momento sobrepasaba su capacidad, por lo que procede declarar la nulidad matrimonial.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2004

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

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Augusto interpuso demanda contra doña Sandra y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declare la nulidad del matrimonio contraído por mi representado y la demandada en fecha 19 de junio de 1992 por la causa prevista en el artículo 73.1 del vigente Código Civil por falta de consentimiento válido en mi representado, acordando asimismo en la sentencia como efectos civiles de la nulidad declarada aparte de los previstos *ex lege*, la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar y que mi representado pueda sacar de la misma la totalidad de sus objetos y enseres personales.
- ⦿ Compareció la demandada con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando se desestime la demanda de nulidad del matrimonio solicitada por el actor. Compareció el Ministerio Fiscal formulando oposición a los hechos objeto de la demanda en tanto no sean probados.
- ⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Tarragona dictó Sentencia con fecha 26 de julio de 1999 desestimando la demanda.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Tarragona dictó Sentencia el 7 de junio de 2000 en la que su parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de apelación presentado por don Gabino y en consecuencia debemos declarar y declaramos la nulidad del matrimonio celebrado entre las partes el 19 de junio de 1992, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración y acordamos como medida la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar».
- ⦿ Doña Sandra interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Por lógica y simplificación procesal será procedente estudiar de consuno los cuatro motivos alegados en el presente recurso de casación por la parte recurrente; todos ellos tienen como base el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia recurrida, según opinión de dicha parte, se ha inaplicado el artículo 56 del

Código Civil en relación con el artículo 322 del mismo Código –primer motivo–; asimismo se ha infringido por interpretación errónea, el artículo 73 del Código Civil, en relación con el artículo 1261.1 del mismo Código –segundo motivo–; también por error de derecho en aplicación de la prueba, con infracción, por violación del artículo 1232 del

Código Civil en relación con el artículo 580 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –tercer motivo–; y por último por infracción por interpretación errónea del artículo 1253 del Código Civil, en relación con el artículo 1250 del mismo Código –cuarto motivo–.

Todos estos motivos estudiados conjuntamente deben ser desestimados.

El núcleo de la presente contienda judicial está constituido por la petición de nulidad de matrimonio civil efectuada por el esposo –parte recurrida en casación–, contraído el 19 de junio de 1992 con doña Sandra –parte recurrente en casación– por falta de un conocimiento que conformara un correcto consentimiento, al padecer una grave enfermedad mental.

En efecto y suscribiendo en su totalidad la impugnación del Ministerio Fiscal, hay que decir que la enfermedad mental padecida diagnosticada como “depresión mayor”, se reveló en el demandante un mes antes de contraer matrimonio. El 19 de mayo de 1992 el denunciante acudió a urgencias del hospital psiquiátrico de Bétera remitido por el hospital de la Fe, donde se le diagnosticó trastorno de ansiedad, remitiéndole al facultativo de su domicilio habitual a fin que reciba tratamiento psiquiátrico adecuado. Al día siguiente es visto por primera vez en el servicio de psiquiatría del Hospital Clínico de Barcelona por el Sr. Augusto se le diagnosticó un trastorno depresivo mayor recurrente que fue tratado con Tofranil 100 mg día y Diacepán 30 mg día. El cuadro sufrió variaciones mejorando lentamente siendo la última visita el 14 de julio de 1993. Como consecuencia de la enfermedad mental le fue reconocida la incapacidad laboral que solicitó el 22 de mayo de 1992, situación en la que permaneció durante 18 meses siéndole reconocida la invalidez provisional a partir del 22 de noviembre de 1993, hasta el 20 de diciembre de 1994, fecha esta en que finaliza tal situación por curación.

Pues bien, la presencia de la enfermedad en el momento de prestar el consentimiento matrimonial el 19 de junio de 1992, no sólo se puede deducir de los datos expuestos en el párrafo anterior, sino también resulta confirmado por la confesión en juicio de la demandada, la que al responder a la posición tercera del pliego que se le sometió vino a reconocer que su marido estaba triste si bien desconocía el alcance de la enfermedad a lo que luego derivó; también del testimonio del médico que asistió al demandante durante su enfermedad en el Hospital Clínico de Barcelona, José Antonio al responder afirmativamente al interrogatorio que se le sometió, resultando también del informe pericial practicado a instancia de la actora evacuado por el perito Serafín.

Consta además que en el momento de contraer matrimonio el trastorno depresivo mayor recurrente del demandante se encontraba en fase aguda y de extrema gravedad según atestiguó don Augusto al responder afirmativamente a la pregunta quinta del pliego que se le sometió, y como consecuencia tenía sensiblemente reducida su capacidad cognoscitiva y volitiva, teniendo pensamientos negativos e ideas autodestructivas que le podían abocar a tomar decisiones contrarias a sus intereses como un acto subconsciente de agresividad autodirigida: así se expresó tal profesional, el que reveló que entre los problemas referidos por el paciente se hallaba un gran temor e indecisión hacia su próximo enlace matrimonial.

La patología descrita –depresión grave en el que el pensamiento nihilista o las ideas de ruina o incapacidad imposibilitan la gestión de los propios intereses–, se encuentra catalogada junto a las demencias, oligofrenias, psicosis endógenas (esquizofrénicas o maniaco-depresivas), alcoholismo y otras toxicomanías como categoría sindrómica que cuando persiste, es potencialmente tributaria de la incapacitación; pues, es apta para impedir al sujeto gobernarse por sí mismo, es decir, le pueden impedir que actúe de acuerdo con los principios del funcionamiento social del marco en que se encuentra, por hallarse afectada su inteligencia y voluntad.

Pues bien, en nuestro caso aparece probado que el demandante en el momento de contraer matrimonio se hallaba aquejado por enfermedad apta para producir su falta de capacidad, y en plena crisis de tal enfermedad, teniendo en tal fecha sensiblemente reducida su capacidad de conocer y de querer con pensamientos negativos e ideas autodestructivas aptas para abocarle a tomar decisiones contrarias a sus intereses, como acto subconsciente de agresividad autodirigida, y habiéndose revelado entre sus angustias el temor y la indecisión ante el próximo enlace matrimonial, la conclusión lógica, es que el demandante en el momento de contraer matrimonio prestó su consentimiento teniendo gravemente afectada su inteligencia y voluntad como consecuencia de su enfermedad y no podía por ello conocer y querer el acto que estaba realizando, pues en tal momento sobrepasaba su capacidad.

La anterior conclusión aparece confirmada por la pericial practicada por Serafín el que se mostró elocuente y categórico al respecto llegando a afirmar con claridad necesaria que en plena fase depresiva y bajo los efectos de los tratamientos antidepresivos, el paciente no se encontraba en condiciones de tomar una decisión tan trascendente como una boda, pues la alteración que describía origina una incapacidad para una vida social y laboral normal por los sentimientos de minusvalía y

secundarios de los psicofármacos, en dependencia de las dosis que se den, describiendo tales dosis: Anafranil 225 mg, Tofranil hasta 200 mg, Valium 30 mg.

Por estas razones no comparte este Tribunal la valoración probatoria efectuada por la Juez de instancia procediendo en consecuencia, por reconocerse la falta del consentimiento del demandante a la celebración del matrimonio, al amparo del artículo 73.1.º del Código, la declaración de nulidad del mismo y por ende la estimación de la demanda.

Además en el fondo, en los cuatro motivos articulados por la recurrente se discute una cuestión

de hecho, es decir, si el consentimiento matrimonial fue válido, que es lo que alega la recurrente, o no, que es lo que afirma la Sala, considerando que el matrimonio se produjo en plena crisis de una depresión grave, teniendo en tal fecha el recurrido sensiblemente reducida su capacidad de conocer y de querer, con pensamientos negativos e ideas autodestructivas aptas para abocarle a tomar decisiones contrarias a sus intereses, y sigue diciendo la Audiencia, que en el momento de contraer matrimonio prestó su consentimiento teniendo gravemente afectada su inteligencia y voluntad, como consecuencia de su enfermedad, y no podía por ello conocer y querer el acto que estaba realizando, pues en tal momento sobrepasaba su capacidad.

## PATRIA POTESTAD

**El artículo III.2 del CC excluye de la patria potestad al 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.**

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Gema, que actúa como representante legal de su hijo menor de edad, formuló demanda de menor cuantía ejercitando acción de reclamación de filiación no matrimonial, contra don José María, siendo parte el Ministerio Fiscal, en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dicte en su día resolución por la que «se determine la filiación no matrimonial del menor con respecto al demandado, con mención expresa de los efectos legales oportunos, practicándose la oportuna inscripción registral de la filiación con los siguientes apellidos: Luis Andrés; estableciéndose la cantidad de 50.000 pesetas mensuales que deberá satisfacer por alimentos, conforme a lo establecido en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, las cuales serán incrementadas anualmente conforme a los índices del coste de la vida publicados por el INE y todo ello con expresa condena en las costas del presente procedimiento al demandado».
- ⦿ Admitida a trámite la demanda y emplazado el demandado, se personó en autos y 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 declare «no haber lugar a las pretensiones invocadas de contrario; y asimismo que, subsidiariamente, y en el improbable e hipotético caso que se acreditara la paternidad de mi principal, y atendidas las circunstancias económicas tanto de la actora como del demandado, se establezca una pensión de alimentos de 20.000 pesetas».
- ⦿ Emplazado el Ministerio Fiscal en legal forma presentó escrito formulando oposición a los hechos objeto de la demanda en tanto no sean probados.

- ⊙ El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 3 de Cerdanyola dictó Sentencia el 24 de noviembre de 1997 estimando la demanda y declarando que don José María es padre extramatrimonial del menor cuyo nacimiento fue inscrito en el Registro Civil de Badalona con el nombre de Darío, quien pasará a tener los apellidos del padre, juntamente con los de la madre, pasando por tanto a llamarse Luis Andrés; se le condena asimismo al repetido demandado a estar y pasar por dicha declaración, dene-gándose la patria potestad y los eventuales derechos hereditarios y cualesquiera otros con respecto a su hijo; todo ello imponiéndole las costas procesales causadas en esta instancia. Se otorga a doña Gema la guarda y custodia sobre el referido menor, viniendo el demandado obligado a satisfacer, mensualmente, desde la fecha de interposición de la demanda, una pensión por alimentos en la cantidad de 30.000 pesetas mensuales, incrementables anualmente conforme el IPC, a ingresar en la cuenta que la demandante designe al efecto.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 18.<sup>a</sup> de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 3 de julio de 1998 desestimando el recurso interpuesto por el demandado.
- ⊙ Don José María interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Estimada en ambas instancias la demanda formulada por doña Gema en ejercicio de acción de reclamación de filiación no matrimonial de su hijo menor de edad respecto del demandado, los tres motivos del recurso de casación interpuesto giran sobre el pronunciamiento por el que se deniega la patria potestad y los eventuales derechos hereditarios y cualesquiera otros del demandado respecto a su hijo.

El motivo primero considera infringido el artículo 372.2 de esta misma Ley Procesal. Se alega que «el Juzgador ha de observar un absoluto respeto por los hechos alegados por las partes que es, por otro lado, lo único que pertenece a la exclusiva disposición de éstas. Esta circunstancia, entendemos que no se ha cumplido en el caso que nos ocupa». Como dice la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1998 «tras las innovaciones introducidas en la redacción de las sentencias por el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial resulta más que dudosa la subsistencia de tal requisito o “fórmula sacramental”; en segundo lugar, que la interpretación de las normas procesales a la luz de la Constitución impide fundar pretensiones en “fórmulas sacramentales”, pues lo que interesa es que se cumpla el deber de motivación de las sentencias impuesto por su artículo 120.3 de modo que sea posible conocer la razón causal del fallo; en tercer lugar, que no todo incumplimiento de los requisitos formales recogidos en el artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede integrar un motivo de casación amparado en el primer inciso del ordinal

3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que al referirse éste a “infracción de las normas reguladoras de la sentencia”, la que se cite como infringida habrá de tener una cierta transcendencia para justificar la decisión por esta Sala que se prevé en el artículo 1715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

En el caso, no se ha infringido ningún requisito formal de la sentencia, suficientemente motivada, tanto en el aspecto fáctico como jurídico, expresando las razones que han conducido a la Sala de instancia a pronunciar el fallo combatido. La Sala no ha omitido los hechos alegados por las partes como fundamento de sus pretensiones valorándolos en uso de sus privativas facultades y habida cuenta que la motivación de la sentencia no exige una exposición detallada y exhaustiva de todos los argumentos y alegaciones de las partes. En consecuencia se desestima el motivo.

Asimismo procede desestimar el motivo segundo en que se denuncia infracción del artículo 24 de la Constitución, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La indefensión con efectos jurídico-constitucionales y, consiguientemente la lesión de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución, se produce si se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección jurisdiccional de sus derechos o intereses, bien mediante la incoación del proceso correspondiente o, una vez en trámite, de realizar en el ámbito del mismo las adecuadas alegaciones y pruebas y también cuando se establecen obstáculos que dificulten gravemente

las actividades mencionadas (por todas, Sentencia de 26 de mayo de 1999). En el presente litigio no se ha causado indefensión alguna al demandado-recurrente que no ha visto impedido, en modo alguno, su derecho a formular las alegaciones que estimó pertinentes a su defensa ni de proponer y practicar las pruebas que consideró oportunas.

Por la vía procesal del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo tercero denuncia infracción del artículo III del Código Civil en relación con el artículo 3.1 del mismo texto legal.

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 de este texto legal excluye de la patria potestad del progenitor cuando la filiación ha sido judicialmente determinada contra su oposición, exclusión que, como dice la sentencia de 2 de febrero de 1999, se impone por ministerio de la ley, no por sentencia, y que «se produce —dice esta sentencia— 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 podrá ser de otro modo, acepta la decisión judicial tras seguir el proceso», matizando la sentencia de 10 de julio de 2001 que «esta liberación así impuesta sólo puede darse cuando a la determinación de la filiación se haya producido 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».

Desde estos criterios interpretativos ha de estimarse ajustada a Derecho la exclusión del ahora recurrente de la patria potestad, atendida la conducta procesal del demandado quien, no obstante reconocer haber tenido relaciones sexuales con la demandante apoya su pretensión absolutoria en el hecho de no haber mantenido con ella una relación seria y estable y no haber convivido con la madre entre febrero y abril de 1991, cuando la convivencia con la madre en la época de la concepción es sólo uno de los medios de prueba indirectos que establecía el artículo 135 del Código Civil, hoy derogado y sustituido por el artículo 769, párrafo tercero, de la Ley 1/2000, de 7 de enero; no puede olvidarse la oposición formulada por el demandado a la admisión de la prueba biológica propuesta por la actora cuando de todos es sabido que un resultado negativo de la misma es exacto al cien por cien.

Y como apunta la sentencia antes citada de 2 de febrero de 1999, «no se diga que la solución que surge de esta interpretación legal perjudica al menor, cuyo interés debe ser siempre prevalente, puesto que la exclusión del ejercicio no equivale a privación; basta ver el artículo III cuando concluye que sobre los poderes excluidos “quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por lo 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; amén de que las restricciones podrán cesar, como también prevé el citado artículo III». Por todo ello procede la desestimación de este tercer motivo.

## PATRIA POTESTAD

No procede privar al padre de la patria potestad aun cuando no ha existido relación paterno-filial durante mucho tiempo al valorar el tribunal el significado obstaculizador atribuido a las diferencias evidentes entre los progenitores; el demostrado cambio de actitud del demandante en relación con su hijo, consecuencia de su maduración como hombre, y su predisposición volitiva y emocional a mantener una relación estable con él.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Ramón Ferrándiz Gabriel

## ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Don Eloy interpuso demanda de reclamación de derechos paterno-filiales sobre el menor Armando, contra doña María del Pilar, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se decrete el derecho

al régimen de visitas a favor de mi principal, respecto a su hijo Armando, en la forma interesada en el hecho Sexto de este escrito, salvo superior criterio del Juzgado sobre la forma y duración en el ejercicio del régimen solicitado y señalar en la cuantía de 15.000 pesetas la pensión alimenticia que deberá abonar el actor a la demandada, mensualmente, en favor del hijo común, salvo mejor criterio del Juzgado, imponiendo las costas del juicio a la demandada si se opusiese al contenido de esta demanda.

⊙ Compareció la demandada con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando se desestimase íntegramente los argumentos de la demanda, no estableciéndose el régimen de visitas solicitado e incrementando la pensión alimenticia hasta las 45.000 pesetas al mes, con expresa imposición de costas a la parte actora. Al propio tiempo formuló reconvencción solicitando la privación del actor de la patria potestad y subsidiariamente la atribución del ejercicio de la patria potestad a la demanda. Dicha reconvencción fue contestada en tiempo y forma por el actor en los términos que figuran en autos. Compareció el Ministerio Fiscal formulando oposición a los hechos objeto de la demanda en tanto no sean probados.

⊙ El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 8 de Bilbao dictó Sentencia el 21 de enero de 1997 estimando parcialmente la demanda interpuesta por Eloy contra María del Pilar así como la reconvencción a contrario y acordando lo siguiente: 1. Debo declarar y declaro no haber lugar a la privación de la patria potestad de don Eloy sobre su hijo menor Armando, acordando que la guarda y custodia del mismo corresponda a su madre doña María del Pilar. 2. Debo declarar y declaro el derecho del demandante a gozar de un régimen de visitas respecto a su hijo Armando, no señalando un régimen de visitas concreto sino oficiando, una vez firme esta resolución, al Equipo de Asesoramiento Técnico del Departament de Justicia de la Generalitat para que realice un programa de seguimiento, de obligado cumplimiento para las partes, en el marco del cual dicho equipo señalará las visitas que, en beneficio del menor, deban efectuarse en cada momento, informando cada seis meses a este Juzgado del resultado del citado programa así como de cualquier novedad relevante que afecte al menor. 3. Que debo fijar como pensión alimenticia a favor del menor Armando, a cargo de su padre don Eloy la suma de 35.000 pesetas mensuales, en la forma y condiciones señaladas en el tercer fundamento de esta resolución, que se da por reproducido. Todo ello sin hacer expresa condena en costas ni de la demanda ni de la reconvencción.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 18.<sup>a</sup> de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 21 de septiembre de 1999, en la que confirmó íntegramente la anterior.

⊙ Doña María del Pilar interpuso recurso de casación que fue desestimado.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La demandada, al contestar la demanda, se opuso a que el actor visitara al hijo común y, afirmando que había incumplido los deberes inherentes a la condición de padre durante los casi diez años transcurridos entre el nacimiento y la interposición de la demanda, pretendió, mediante reconvencción, que se privara a don Eloy de la patria potestad, en aplicación del artículo 170 del Código Civil. El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia desestimó la reconvencción y, con estimación de la demanda, declaró el deber del

demandante de pagar una cantidad mensual para la alimentación, educación y formación de su hijo, a la vez que condicionó el contenido del reclamado régimen de visitas a los resultados de un programa de seguimiento psicológico de los progresos de las relaciones paterno-filiales, a comprobar en fase de ejecución.

El recurso de casación de doña María del Pilar se compone de cuatro motivos, conectados a los pronunciamientos desestimatorio de la pretensión

de privar al demandante de la patria potestad y estimatorio, en los términos dichos, de la declaración del derecho de aquél a relacionarse periódicamente con su hijo.

Mediante los dos primeros motivos denuncia la recurrente, con base en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la infracción del artículo 170 del Código Civil, en relación con el rro del mismo texto legal, y de la doctrina sentada en las Sentencias de 5 de marzo de 1998 y 23 de febrero de 1999, en relación con la privación de la patria potestad por incumplimiento de deberes inherentes a ella.

Como ha quedado expuesto, la Sentencia recurrida confirmó la desestimación de la pretensión reconventional en tal sentido deducida por doña María del Pilar, al considerar el Tribunal de apelación que el artículo 170, por su naturaleza sancionadora, reclamaba una interpretación restrictiva y que, no obstante el incumplimiento durante años de los deberes que, como padre, le eran exigibles a don Eloy, las circunstancias concurrentes justificaban no privar al mismo de la patria potestad sobre su hijo Armando. En especial valoró el Tribunal de apelación el significado obstaculizador atribuido a las diferencias evidentes entre los progenitores; el demostrado cambio de actitud del demandante en relación con su hijo, consecuencia de su maduración como hombre; y su predisposición volitiva y emocional a mantener una relación estable con él.

Los dos motivos que se examinan merecen fracasar.

I. El artículo 170 del Código Civil vincula al incumplimiento de los deberes que integran el contenido de la patria potestad la privación total o parcial de la misma, respecto del padre o madre incumplidor. Dicha privación, sin embargo, no constituye una consecuencia necesaria o inevitable del incumplimiento, sino sólo posible, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre en beneficio del menor (Sentencia de 31 de diciembre de 1996). Ese carácter discrecional de la medida, que reduce el ámbito del control casacional de su aplicación por los Tribunales de instancia (Sentencias de 11 de octubre de 1991, 20 de enero de 1993 y 5 de marzo de 1998), no es, sin embargo, absoluto ya que la norma establece unos límites que la decisión ha de respetar.

De un lado, la medida ha de adoptarse en beneficio de los hijos. Así lo establece el artículo 39.2 de la Constitución Española, en cuanto impone a los poderes públicos una actuación que asegure la protección integral de aquéllos. Lo propio hacen los artículos del Código Civil 154, en cuanto exige un ejercicio de la patria potestad en interés de los mismos, y 170.2, que condiciona la recuperación de la patria potestad al beneficio de ellos.

De otro lado, la privación de la patria potestad, total o parcial, no constituye una sanción perpetua, sino condicionada (tampoco necesariamente) a la persistencia de la causa que la motivó, como establece el artículo 170.2 del Código Civil al regular la recuperación de aquélla.

II. La Sentencia de 5 de marzo de 1998, invocada en el motivo, declaró haber lugar al recurso casación de una madre que había pretendido en la demanda se privara al padre de la patria potestad sobre la hija común, por incumplimiento de los deberes inherentes a aquélla. El Juzgado había estimado íntegramente la demanda, mientras que la Audiencia, declarando haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el demandado, privó a éste sólo parcialmente de dicha potestad. Esta Sala de casación declaró en tal ocasión que la variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para juzgar los actos de los padres exige conceder al Juez una amplia facultad discrecional de apreciación, la cual tiene difícil acceso a la casación; pero que, pese a ello, se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor, informante tanto de la privación de dicha patria potestad como de su mantenimiento.

Por lo demás, fue factor determinante de la estimación del recurso de casación la escasa fundamentación de la Sentencia de apelación al respecto [que hizo surgir 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 y se puede afirmar teniendo en cuenta que, según el artículo 110, 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.p).2.º–], además de la circunstancia de que el informe del equipo psicosocial del Juzgado de Familia aconsejara la adopción de la medida.

La Sentencia de 23 de febrero de 1999, igualmente mencionada por la recurrente, también casó la Sentencia de la Audiencia (que había dejado sin efecto la del Juzgado) en un supuesto en que el padre demandado se había desentendido de su hija, incluso ante la grave enfermedad de la madre, causante de su fallecimiento, lo que determinó que la menor continuara conviviendo con sus tíos, que se hicieron cargo de ella.

Argumentó su decisión esta Sala poniendo de manifiesto que no puede soslayarse que durante dos años, en situación en que la gravedad conoci-

da de la enfermedad que padecía la madre, hacía más patente el desinterés del padre, este *de facto* hizo abandono de sus deberes paterno-filiales, que, como tales, jurídicamente son irrenunciables, mientras la menor se integraba en su propio beneficio en el ámbito convivencial y familiar de sus tíos maternos. En este último sentido cabe ponderar, en discrepancia, con la sentencia recurrida, y, conforme con los argumentos de la sentencia de primera instancia, que el incumplimiento de los deberes del progenitor, fue causa de la integración de la niña en la familia de su madre a través de ésta y de su hermana y marido, los actores.

Se trata, al fin, de decisiones determinadas por el interés del menor valorado en cada caso, a la luz de las circunstancias concurrentes.

III. Ello sentado, la Sentencia recurrida, que resolvió el conflicto en el mismo sentido que la del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia, no pudo infringir el artículo 170 del Código Civil, ni la Jurisprudencia complementaria, al acoger una de las posibilidades que la norma contempla, tras valorar las circunstancias concurrentes y, en especial, el beneficio del hijo, que ha seguido bajo el cuidado de la recurrente.

Desde luego, no se debe contemplar la bondad de la medida desde la posición de la madre, cuyo sacrificio durante años no encuentra reciprocidad en el comportamiento del padre, sino desde la del menor, cuyo interés, según se ha expuesto, fue razonablemente valorado en la instancia.

Por medio del tercero de los motivos la recurrente, con apoyo en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, atribuye a la Sentencia de apelación la infracción del artículo 94 del Código Civil. Entiende que la declaración del derecho del demandante a relacionarse con su hijo ha de resultar perjudicial para éste.

En el último de los motivos (el cuarto, aunque numerado quinto), igualmente fundado en el citado artículo 1692.4, doña María del Pilar denuncia la infracción del artículo 92 del Código Civil (por error identificado como el 192), en cuanto dispone que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas tras oír a los mismos si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.

Admite la recurrente que su hijo no había cumplido en la primera instancia la referida edad, si bien, afirma, tenía uso de razón suficiente para ser oído y no lo fue.

Ninguno de los motivos puede prosperar.

I. El derecho de los padres que no ejerzan la patria potestad a relacionarse con sus hijos menores está regulado en el artículo 160 del Código Civil (el 92, que ha sido el invocado por la recurrente, hace

lo propio al contemplar uno de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio). Establece el artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificado el 30 de noviembre de 1990, BOE de 31 de diciembre de 1990) que los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de los dos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. Como recuerda la Sentencia de 17 de septiembre de 1996, el interés del menor constituye principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a su edad y circunstancias, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que pueda ser manipulado y buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social.

II. El artículo 160 del Código Civil no lo dice expresamente, pero la necesidad de oír al menor con anterioridad a la decisión judicial resulta del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, además del artículo 159 del Código Civil (y del propio artículo 92).

III. La Sentencia de la Audiencia Provincial confirmó el pronunciamiento sobre el régimen de visitas contenido en la del Juzgado. Esta última, tras declarar el derecho del padre, remitió la determinación de las circunstancias integrantes de aquél a la fase de ejecución, una vez que un equipo de psicólogos llevara a cabo un programa de seguimiento, en el marco del cual estaba previsto precisar los tiempos y las demás circunstancias del régimen.

No cabe considerar que el Tribunal de la segunda instancia infringió la regla que le imponía procurar el beneficio del menor al establecer el régimen de visitas, ya que siguió, como había hecho el de la primera, las recomendaciones efectuadas al respecto por el perito psicólogo sobre lo que era, más conveniente para él, tanto más sí, como pone de relieve el Fiscal, la recurrente no señala circunstancia alguna de entidad bastante para justificar la eliminación del que se había programado en la Sentencia recurrida.

Tampoco puede entenderse incumplida la exigencia de oír al menor, cuando el hijo de los litigantes no había alcanzado la edad de los doce años en el momento en que hubiera correspondido hacerlo ni hay constancia de que su suficiencia de juicio lo exigiera (para poner en práctica un régimen cuyo contenido se ha de concretar en la fase de ejecución de Sentencia).

## GUARDA Y CUSTODIA

Atribución de la guarda y custodia a la madre al no haberse acreditado que la misma, bien por llevar una vida desordenada, bien por motivos de salud o de otro orden, no esté capacitada para asumir las responsabilidades que comporta la atribución de la guarda y custodia de los hijos, máxime cuando el padre, por su trabajo, se ve obligado a viajar, viajes que suelen ser de una o dos semanas aproximadamente.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 2004

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

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Carolina interpuso demanda contra don Luis Antonio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se le otorgue la guarda y custodia de los tres hijos menores a la actora y patria potestad compartida, así como una pensión alimenticia de 90.000 pesetas respecto del demandado.
- ⦿ Compareció el demandado con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando se declare sentencia desestimando la demanda. Compareció el Ministerio Fiscal formulando oposición a los hechos objeto de la demanda en tanto no sean probados.
- ⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de los de Hospitalet dictó Sentencia el 22 de julio de 1997 estimando parcialmente la demanda y atribuyendo a la actora la guarda y custodia de los menores Cosme, Juan Alberto y Valentín, continuando compartida entre los litigantes la titularidad de la patria potestad sobre los referidos menores, pudiendo Luis Antonio comunicar con los mismos los fines de semana alternos, desde los viernes a la salida del colegio hasta las 20 horas del domingo; así como la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y verano, correspondiendo el primer período al padre en los años pares y el segundo en los impares, y debiendo recoger y retornar a los menores en el domicilio materno. Igualmente se fijó en la suma de 60.000 pesetas, mensuales a la que en concepto de pensión alimenticia en favor de Cosme, Juan Alberto y Valentín debe abonar Luis Antonio dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o libreta de ahorros que al efecto designe la actora, revisándose automáticamente de acuerdo a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 2 de diciembre de 1998, en la que confirmó íntegramente la anterior.
- ⦿ Don Luis Antonio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La parte recurrente en casación basa su único motivo en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, según afirmación de dicha parte, se han infringido los artículos 92 y 103.1 del Código Civil.

Este motivo tiene que ser desestimado. En efecto, del *factum* de la sentencia recurrida que debe ser acogido ya que se ha efectuado con una técnica hermenéutica lógica y racional, se desprenden entre otros los siguientes datos:

1.º Que no se ha acreditado que la actora, bien por llevar una vida desordenada, bien por motivos de salud o de otro orden, no esté capacitada para asumir las responsabilidades que comporta la atribución de la guarda y custodia de los hijos.

2.º Que el padre por su trabajo se ve obligado a viajar y que los viajes suelen ser de una o dos semanas aproximadamente.

3.º Que es conveniente mantener juntos a los hermanos, pues asignar la guarda y custodia de los niños al padre y de la niña a la madre produciría un distanciamiento entre ellos que debe evitarse, pues podría dar lugar a una crisis afectiva entre ellos.

Todo ello lleva ineludiblemente a configurar una *ratio decidendi* que lógicamente lleva al fallo de la sentencia recurrida.

Y, ello, es así por la simple razón que la sentencia recurrida en casación, ha tenido muy en cuenta el principio general establecido en el artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor que proclama que el interés superior del menor debe primar sobre cualquier otro interés legítimo en confrontación.

Debiéndose añadir que dicha Ley ha venido a modificar en particular y a impregnar en general los preceptos de nuestro Código Civil sobre la materia, efecto lógico pues no ha hecho tal norma otra cosa que aceptar los principios de la Convención de las Naciones Unidas de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

## VIVIENDA FAMILIAR

**No existe incongruencia en la sentencia que atribuye el uso de la vivienda familiar (propiedad del padre del conviviente) a la conviviente y al hijo común aun cuando ninguno de ellos solicitase dicha medida, ya que aquélla se limitó en su demanda a solicitar la adquisición de una vivienda en la misma zona y de análogas características a las que la pareja ha estado ocupando hasta ahora.**

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda

## ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Cosme formuló demanda de menor cuantía contra doña Inmaculada, siendo parte el Ministerio Fiscal, en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: 1) Conferir la guarda y custodia del hijo común al actor, compartiendo ambos progenitores la patria potestad sobre él, quedando junto con aquél en el domicilio familiar del que deberá salir la demandada, retirando sus objetos de uso personal, dejando para ejecución de sentencia la contribución de la madre a los alimentos de su hijo. 2) Alternativamente al pronunciamiento anterior, conferir la custodia del hijo a su madre, siendo igualmente compartida por ambos padres la patria potestad sobre aquél, señalando a madre hijo un domicilio en esta ciudad, al menos durante el presente curso escolar. 3) Fijar a favor del progenitor no custodio el derecho a visitar al hijo común y tenerlo consigo, con flexibilidad, nunca inferior a los fines de semana alternos, desde la mañana del sábado a la noche del domingo, así como a la mitad de las vacaciones escolares, que se entenderán

divididas en dos periodos de similar duración, a disfrutar alternativamente por los padres. 4) Para el caso de que le fuera conferida a la madre la custodia del niño, fijar como distribución del padre a los alimentos de éste, las siguientes cantidades: Cincuenta mil pesetas (50.000 pesetas) mensuales, como contribución al alquiler de la vivienda de esta ciudad en la que se instalen madre e hijo. Dicha suma se suprimirá o se le fijará un plazo razonable, cuando doña Inmaculada marche de Salamanca, o varíen sus circunstancias por la razón que fuere. Cincuenta mil pesetas (50.000 pesetas) también mensuales, para atender el resto de los alimentos –en sentido amplio– del hijo.

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazado el demandado, se personó en autos doña Inmaculada, quien contestó a la misma y tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1) Compartiendo don Cosme y doña Inmaculada la patria potestad sobre el hijo habido de su convivencia, atribuya la guarda y custodia del mismo a su madre, doña Inmaculada. 2) Fijar a favor de don Cosme el derecho a visitar al hijo común y tenerlo consigo en fines de semana alternos, desde la mañana del sábado hasta la noche del domingo; así como la mitad de las vacaciones escolares, que divididas en dos períodos similares de duración, serían disfrutadas alternativamente por los progenitores. 3) Fijar como contribución del padre a los alimentos del niño: A) La adquisición de una vivienda en la misma zona y de análogas características a las que la pareja ha estado ocupando hasta ahora de manera que así se pueda asegurar una estabilidad a Ángel Jesús (hijo de los litigantes). B) Ciento cincuenta mil pesetas (150.000 pesetas) mensuales para atender, en sentido amplio, al resto de los alimentos. La citada cantidad será objeto de revisión anual de conformidad con las variaciones del IPC o su equivalente futuro. E ingresada en una cuenta bancaria destinada al efecto, dentro de los primeros cinco días de cada mes. C) Ciento cincuenta mil pesetas (150.000 pesetas) mensuales, para atender a los gastos ordinarios sufridos por mi representada en orden a su manutención. 4) Proceder al inventariado, liquidación y adjudicación de los bienes adquiridos durante la convivencia ya sea conjuntamente o por uno de ellos con intención d aportarlos a un «caudal común» y que forman lo que el Tribunal Supremo acertadamente denomina: «sociedad irregular de carácter universal». Estas operaciones deberán realizarse de conformidad con lo dispuesto en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, relativos a la comunidad de bienes y que será objeto de aplicación analógica.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Salamanca dictó Sentencia el 29 de octubre de 1998 adoptando las siguientes medidas: «1.º El hijo común permanecerá bajo la guarda y custodia de su madre, en el hasta ahora hogar familiar, siempre y cuando permanezcan en la misma; caso de abandonarla, se perderá dicho derecho. 2.º Ambos progenitores ejercerán conjuntamente la patria potestad del hijo común. 3.º El padre podrá visitar a su hijo, fines de semana alternos en horas comprendidas entre las 10 horas del sábado a las 21 horas del domingo, así como períodos vacacionales por mitad. 4.º El padre deberá pasar a la madre en concepto de alimentos para el hijo común, la cantidad de 60.000 pesetas/mes, pagaderas por adelantado, dentro de los cinco primeros días y a la que se aplicará el IPC anual correspondiente. Y todo ello, sin realizar declaración especial sobre las costas causadas».

⊙ En grado de apelación, la AP de Salamanca dictó Sentencia el 18 de febrero de 1999, revocando parcialmente la sentencia de instancia en el mantener los apartados segundo y tercero de la misma y sustituir los apartados primero y cuarto por los siguientes: 1.º El hijo común permanecerá bajo la guarda y custodia de su madre en el hasta ahora hogar familiar, mas en el supuesto de que a aquélla deje de interesarle el uso de dicho inmueble, el actor –que recuperará los derechos de uso y habitación cedidos– compensará a aquélla con la cantidad de sesenta y cinco mil pesetas mensuales con aplicación anual del IPC elaborado por el INE y que deberá destinar al alquiler de la vivienda que sustituya a la primera; y 2.º El padre deberá pasar a la madre, en concepto de alimentos para el hijo

común la cantidad de 75.000 pesetas mensuales, pagaderas por adelantado dentro de los cinco primeros días de cada mes, a lo que se le aplicará el IPC anual correspondiente; ello sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

- ⊙ Don Cosme interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Versando el litigio entablado entre recurrente y recurrida sobre las medidas a adoptar en relación con el hijo común de ambos, con motivo de la ruptura de la unión de hecho establecida entre aquéllos, la sentencia recurrida acuerda que «el hijo común permanecerá bajo la guarda y custodia de su madre en el hasta ahora hogar y familiar». Al amparo del artículo 1692.3.º, inciso primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con alegación del artículo 359 de este texto legal, se denuncia incongruencia de la sentencia al no haber solicitado ninguna de las partes tal atribución del que había sido hogar familiar, vivienda de propiedad exclusiva del padre.

Es cierto que el padre demandante y recurrente en casación ofreció en su escrito de demanda, para el caso de que no se le otorgase la guarda y custodia del hijo, cincuenta mil pesetas mensuales, como contribución al alquiler de la vivienda de esta ciudad en la que se instalen madre e hijo, y que la madre propugnó en su contestación a la demanda «la adquisición de una vivienda en la misma zona y de análogas características a las que la pareja ha estado ocupando hasta ahora de manera que así pueda asegurar una estabilidad a Ángel Jesús (hijo de los litigantes)». Ahora bien, en la adopción de las medidas a tomar respecto de los hijos menores de edad, sean matrimoniales o no matrimoniales, es preponderante el interés de los hijos, cuya protección se encomienda al juzgador y así se establece en el artículo 158 del Código Civil, al facultar al Juez para que, de oficio, adopte las medidas en él contempladas, e, igualmente, en el artículo 91 se impone al Juez la obligación de adoptar las medidas pertinentes, a falta de acuerdo entre los cónyuges, principio que es aplicable fuera de los procesos matrimoniales.

Por ello al proveer el Juzgador a la necesidad de vivienda del menor y de la madre a cuya guarda y custodia se le confía en la forma que se ha trans-

crito no ha incurrido en incongruencia puesto que, en estos casos, el Juzgador no está vinculado a la concreta forma de satisfacer estas necesidades del hijo a lo peticionado por los padres litigantes. En consecuencia se desestima el motivo.

Al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo segundo denuncia aplicación indebida del artículo 96 del Código Civil y su jurisprudencia interpretativa. En relación con la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia *more uxorio* y ante la falta de una regulación legal de estas uniones, dice la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1998 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 cuarto del mismo artículo y añade «y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho». Si esto es así con relación al conviviente, con mayor razón ha de aplicarse este principio general cuando se trata de la protección de los intereses de los hijos menores de edad. Por lo que se desestima el motivo.

Por lo expuesto ha de desestimarse igualmente el motivo tercero en que se denuncia infracción del artículo 154 del Código Civil en relación con el artículo 142 del mismo Código, ya que el Tribunal *a quo* ha realizado una ponderada valoración de los intereses de ambas partes al estimar más digno de protección el del hijo menor y el de su madre a la que se confía la guarda y custodia.

Procede igualmente la desestimación del motivo cuarto en que se limita a denunciar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, con cita del artículo 24 de la Constitución, sin razonar su pertinencia y fundamentación como de forma inexcusable exige el artículo 1707, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## MENORES

La alegación de que la vivienda inhabitable en la que reside la familia va a ser demolida con la consiguiente opción a una vivienda nueva de protección oficial y que los padres no han tenido oportunidad para ejercer la patria potestad que se les priva no son suficientes para modificar la declaración de desamparo, máxime cuando otros cuatro hijos ya se encuentran también en situación de desamparo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada Gómez

## ANÁLISIS DEL CASO

- La Diputación Foral de Vizcaya de Bienestar Social interpuso demanda de menor cuantía contra don Fidel y doña Elena, solicitando que se dictara sentencia por la que, se prive a los demandados totalmente de la patria potestad de su hija Carla, por causa de incumplimiento de los deberes inherentes a la misma con imposición de las costas del procedimiento.
- Admitida a trámite la demanda la representación procesal de los demandados 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 por la que, desestime íntegramente la demanda en todas y cada una de las pretensiones contra ellos deducidas, absolviendo a éstos de todas y cada una de las pretensiones adversas, con expresa condena en costas a la demandante.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Bilbao dictó Sentencia el 17 de mayo de 1999 estimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Vizcaya dictó Sentencia 31 de enero de 2000, en la que confirmó íntegramente la anterior.
- Doña Elena y don Fidel interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo se denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. Se citan como infringidos el artículo 170 del CC y la jurisprudencia que lo interpreta y el artículo 632 LEC; alegándose que, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya después de hacer suyos o compartir los fundamentos jurídicos de la sentencia de primera instancia, añade que el hecho de que la casa de

mis mandantes vaya a ser demolida y que tendrán acceso a una nueva vivienda de protección oficial es un futuro en el que ni siquiera consta que los apelantes hayan optado a dicha oferta de vivienda. Y que, es absolutamente cierto que adoptada por el Ayuntamiento de Etxebarri la decisión de demoler, entre otras, la casa de mis representados se les propuso como alternativa acceder a una nueva vivienda promovida por el Gobierno Vasco, y así consta en los certificados obrantes en autos.

El hecho de que la vivienda fuera a ser demolida implicaba que a mis mandantes se les impedía realizar en su vivienda cualquier tipo de obra, lo que conlleva el mantenimiento forzoso de unas condiciones no óptimas en la citada vivienda. Es evidente —continúa el Motivo— que encontrándose la menor en una situación de acogimiento familiar preadoptivo, tiene más contacto con las personas a cuyo favor se les ha concedido el acogimiento que con sus padres biológicos, a los que se les ha prohibido su visita a la menor y, que por todo ello, consideramos un auténtico despropósito tanto jurídico como moral que se prive a los padres biológicos de Carla de la patria potestad cuando no han incumplido deber alguno respecto a su hija, únicamente existen unos antecedentes y una gran variedad de presunciones y hechos sin prueba que desaconsejan, para evitar una situación de riesgo, la vida de la niña junto a sus padres, según decreta la sentencia dictada en grado de apelación y la dictada en primera instancia.

En el segundo motivo, se denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. Se cita como infringido el artículo 154 CC y la jurisprudencia aplicable, en íntima relación con el Motivo Primero de este recurso de casación; Reiterando, una vez más, como en el Motivo anterior, que los padres biológicos de la menor Carla, cumplieron sobradamente sus deberes como titulares de la patria potestad de la menor, sin que, en ningún momento, se haya producido inobservancia de aquellos deberes y, menos aún, de modo constante, grave y peligroso para la menor Carla.

La Sala razona así su decisión: «Los motivos del recurso consistentes esencialmente en que la vivienda inhabitable en la que reside la familia va a ser demolida con la consiguiente opción a una vivienda nueva de protección oficial y el que consiste en que los padres no han tenido oportunidad para ejercer la patria potestad que se les priva no son suficientes para remover la resolución.

En el primero, teniendo en cuenta los certificados reportados al Rollo, porque se trata de un futurible en el que ni siquiera consta que los apelantes hayan optado a dicha oferta de vivienda. Y el segundo, porque según la relación que consta en la sentencia con el valor de hechos probados no desmentidos, otros cuatro de los hijos de los

apelantes están sometidos a tutela por las mismas razones y la corta edad de Carla la convierte en extremadamente vulnerable, por lo que el recurso de apelación se desestima.

Los motivos de este recurso de casación no prevalecen porque ha de mantenerse la tesis de la recurrida en este litigio avalada, además, por la información preceptiva del Ministerio Fiscal, cuando expresa: 1.º) Se interpone recurso de casación en base al núm. 4.º del artículo 1692 de la LEC de 1881 por infracción de los artículos 170 del CC y de la jurisprudencia que la interpreta y del artículo 632 de la LEC. El Motivo debe ser impugnado al pretender el recurrente acreditar que no existió incumplimiento de los deberes paternofiliales respecto a su hija Carla, realizando una nueva valoración de la prueba que no es admisible en casación, donde no procede una nueva apreciación de la practicada en instancia.

De otro lado, debe tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Sala que concibe la institución de la patria potestad en beneficio de los hijos (Sentencia del TS de 18 de noviembre de 1996). Consecuentemente, si como resulta de la prueba practicada el interés de la menor se satisface de mejor modo en su actual ámbito familiar, debe prevalecer este interés sobre un ejercicio *a fortiori* de la patria potestad, dándose, como se dan, los incumplimientos graves de los deberes inherentes de la misma (23 de febrero de 1999). Por todo ello no pueden considerarse infringidos los preceptos citados.

El segundo Motivo, se fundamenta al amparo del núm. 4 del artículo 1692 de la LEC, por infracción del artículo 154 del CC y de la jurisprudencia aplicable. El motivo debe ser impugnado por los mismos argumentos expuestos para el anterior motivo, basta añadir que es el interés superior del menor, el bien jurídico protegido en esta materia, como bien se deriva de la Convención de los Derechos del Niño de la Asamblea de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 y de la Ley de Protección Jurídica del Menor, 1/1996, de 15 de enero y, acreditado éste en autos, no puede ser objeto del recurso de casación».

Siendo por lo demás, irrelevante el alegato —*res nova*— de la situación actual de la hija como inmersa en un «acogimiento familiar preadoptivo» que se aduce en el primer motivo.

## MENORES

**Inexistencia de culpa exclusiva de la víctima en el fallecimiento de un menor a consecuencia de caerle encima una portería de balonmano.**

**TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2004**

**Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán**

### ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El 18 de marzo de 1993 el niño de once años Javier, alumno del colegio público J. se encontraba en dicho centro jugando de portero en un partido de balonmano que se realizaba con otros alumnos de su mismo curso, como una de las diversas actividades que se llevaban a cabo en materia de gimnasia, cuya profesora era en aquel momento la maestra interina doña María Dolores. Las porterías que se utilizaban para la práctica del mencionado deporte podían anclarse y quedar fijadas en el suelo, pero la directora del centro Doña Gloria no había optado para que así fuera, porque a su entender era más apropiado a las características del local del colegio destinado a deporte, que tenía forma de L, y, en consecuencia, podrían desplazarse de un lugar a otro según conviniera a la especialidad deportiva que los alumnos fueran a realizar; y sin perjuicio de que, según la directora, sí se golpeaban contra la portería en el desarrollo de algún partido, ésta se desplazaría y el efecto pernicioso sería mínimo para la persona que hubiera chocado con ella. El Ayuntamiento de Palma, a través de su Servicio Municipal de Deportes, tenía concertado con la entidad S. un contrato de reparación, conservación, remodelación y acondicionamiento de edificios e instalaciones deportivas municipales y en base al mismo los responsables de aquel servicio pasaron la orden a S. para que instalara en el Colegio J. las porterías que se encontraban el día 18 de marzo de 1993 en el referido centro escolar.

⊙ Alrededor de las 13,50 horas paró Javier un penalti, tras lo cual se agarró del larguero de la portería, se balanceó y a continuación se soltó cayendo al suelo, al que golpeó con la frente, y, a continuación le cayó la portería encima golpeándole en la parte occipital de la cabeza. Acto seguido la profesora atendió al herido que sangraba por la nariz y vomitaba y, seguidamente, la directora encomendó a la profesora que se hiciera cargo de los demás niños, mientras ella llamaba a la demandante, abuela y tutela del niño, que se desplazó con una vecina hasta el colegio en taxi y luego trasladaron al niño al hospital de la seguridad social Son Dureta, siendo en aquel momento su aspecto regular, respondiendo a preguntas y estímulos correctamente y movilizándolo bien las extremidades. Fue a las dos horas cuando empeoró bruscamente, por lo que fue sometido a intervenciones quirúrgicas, falleciendo a las 17 horas del día 22 de marzo de 1993.

⊙ Doña María Antonieta en su propio nombre y en representación de sus nietos menores don Sebastián, don Jesús Carlos y doña Valentina y por otro lado el nieto mayor de edad don Alonso interpusieron demanda de menor cuantía contra el Ministerio de Educación y Ciencia, doña Gloria (Directora del Colegio), doña María Dolores (profesora sustituta de Gimnasia) y la entidad aseguradora MUSINI solicitando que se dictase sentencia por la que: 1.º Se declare que el fallecimiento del menor don Javier, acaecido el día 22 de marzo de 1993, trae causa de la negligente actuación de las codemandadas, doña Gloria y doña María Dolores. 2.º Se condene a los codemandados, Ministerio de Educación y Ciencia, doña Gloria, doña María Dolores y a MUSINI a estar y pasar por dicha declaración y a que, de forma solidaria, satisfagan a los accionantes, las siguientes cantidades: A) Cinco millones de pesetas para cada uno de los comparecientes, doña María Antonieta y don

Alonso. B) Cuarenta millones de pesetas, prorrateadas entre los tres hermanos Sebastián, Jesús Carlos y Valentina, en la actualidad menores de edad y sujetos a la tutela de su abuela, la compareciente Sra. María Antonieta. 3.º Se condene a los codemandados al pago de las costas que se causen en el presente procedimiento.

⊙ Admitida a trámite la demanda, la demandada doña María Dolores contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «... dicte sentencia mediante la que se desestime íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte actora».

⊙ Igualmente la entidad MUSINI contestó a la demanda y terminó suplicando al Juzgado: «... dicte sentencia mediante la que, bien por acogimiento de la excepción opuesta, bien por ser infundadas las pretensiones actoras, se desestime íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte actora en uno u otro caso».

⊙ El Abogado del Estado en representación del Ministerio de Educación y Ciencia contestó a la demanda suplicando al Juzgado: «... dicte sentencia por la que se declare la inadmisibilidad de la demanda al amparo de la excepción invocada, y en su caso la desestime con imposición de las costas a la actora».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Palma de Mallorca dictó Sentencia el 30 de septiembre de 1996 estimando la demanda y declarando que el fallecimiento del menor don Javier, acaecido el día 22 de marzo de 1993 trae causa de la negligente actuación de la codemandada doña Gloria y el Ministerio de Educación y Ciencia debiendo condenarse a los anteriores y a la entidad aseguradora a estar y pasar por la anterior declaración y a satisfacer las siguientes cantidades: 3.000.000 de pesetas por cada uno de los comparecidos doña María Antonieta y don Alonso y 4.000.000 pesetas a cada uno de los hermanos menores de edad y sujetos a la tutela de la abuela. Se absuelve a la demandada Sra. María Dolores. Todo ello sin hacer condena en costas a ninguna de las partes.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Baleares dictó Sentencia el 27 de febrero de 1997 desestimando el recurso interpuesto por el Abogado del Estado y por la entidad Musini.

⊙ El Abogado del Estado interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado el tema relativo a la competencia objetiva para el conocimiento de la acción que se ha ejercitado en este procedimiento y que según el Abogado del Estado correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa, tesis que no compartió ni el juzgado, ni la Audiencia, ni por supuesto el Tribunal Supremo, debiendo tenerse en cuenta que el fallecimiento se produjo estando vigente la legislación anterior, el motivo de fondo del recurso se centra en la existencia de culpa exclusiva de la víctima.

Sostiene el Abogado del Estado que el hecho determinante del fallecimiento del menor se produce exclusivamente por su imprudencia, al colgarse indebidamente de un larguero de la portería de

balonmano, lo que produjo el desequilibrio en la portería que en su caída le golpea en la cabeza, produciéndose el fallecimiento en los días posteriores.

El motivo no puede ser atendido, pues sin hacer alegación alguna a la responsabilidad de la directora del centro, nombrada por el Ministerio de Educación Nacional y condenada; es decir, sin hacer alegación alguna sobre la culpa *in vigilando* o *in eligendo* de la Administración, invoca unilateralmente la culpa exclusiva (en todo caso de difícil encaje en un niño de once años), sin invocar error de derecho en la apreciación de la prueba con infracción de precepto procesal al respecto. En definitiva, el recurrente hace supuesto de la cuestión, determinante del decaimiento del motivo.

La sentencia impugnada estima que no se agotaron las medidas posibles y previsibles para evitar el hecho en cuestión, ya que no dispuso el anclaje debido de la portería, cualquiera que fuera su situación y disponibilidad; y esta falta de anclaje

fue la determinante de las lesiones y ulterior fallecimiento del menor de edad Javier. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en Sentencias referidas a supuestos prácticamente iguales, como son, las de 1 de octubre de 2003 y 26 de mayo de 2004.

## SOCIEDAD DE GANANCIALES

No existe ninguna incongruencia *extra petita* porque en la sentencia que pone fin a la liquidación de la sociedad de gananciales se acuerde que si en un determinado plazo la esposa no abona al marido el importe del 50% de los bienes, se proceda a la venta en pública subasta de los mismos, ya que hay que tener en cuenta que los bienes por sus características son indivisibles.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

## ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Tras dictarse sentencia de separación, procedieron ambas partes litigantes en el trámite de ejecución de sentencia a realizar las operaciones divisorias de los bienes existentes en la sociedad de gananciales, sin que lograran la conformidad con el cuaderno particional.

⦿ Don Luis Pedro promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña Asunción sobre impugnación de cuaderno particional en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «A) Que el valor de la vivienda se fije en 21.000.000 de pesetas, más los aumentos del precio al consumo desde la fecha (sic) la diligencia de 13 de diciembre de 1994, habidos hasta la liquidación final de la sociedad de gananciales. B) El garaje, se fije su valor en 2.500.000 pesetas. C) El cuarto trastero, en novecientos mil pesetas. A ambos también se le aplicará el índice del precio al consumo. D) En cuanto al pasivo de la sociedad de 1.100.000 pesetas, deberá ser abonado por ambas partes a razón de 550.000 pesetas. E) Adjudicar, a doña Asunción, la vivienda situada en la c/ [...] núm. ..., portal NÚMoo1, NÚMoo2 planta, la plaza de garaje distinguida con el núm. NÚMoo3, y el cuarto trastero, distinguido con el núm. NÚMoo4, todo ello en el mismo inmueble de la c/ [...] núm. ... . F) El coche, Toyota Corolla, F.F. ....-F, todo ello valorado en veinte y cuatro millones seiscientos mil pesetas (24.600.000 pesetas). Todo ello condicionado al que en el momento de la firma de las adjudicaciones definitivas por los intervinientes y que tome posesión de la misma, deberá abonar en el acto y sin prórroga de ninguna clase, doña Asunción a don Luis Pedro, la diferencia que lleva de más y previos los cálculos pertinentes la cantidad de doce millones doscientas mil pesetas (12.200.000 pesetas); y si no lo abona en el acto, se declare que doña Asunción, deberá abandonar la vivienda, garaje y cuarto trastero en ejecución de sentencia que se dice en los referidos autos, obligándole a estar y pasar por tales declaraciones imponiéndole las costas a la demandada si se opusiere».

⦿ Admitida a trámite la demanda y comparecida la demandada, su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma, formuló reconvencción, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que «desestimando la demanda interpuesta, se absuelva a mi principal de todos los pedimentos de contrario, con expresa imposición de costas a la parte actora, y sin necesidad de entrar en el fondo del asunto, se estime

primera y previamente la excepción planteada de vulneración de las normas de repartimiento, por lo que de conformidad con el derecho necesario se deberá acordar que el asunto pase al repartimiento y de no estimarse la anterior excepción subsidiariamente se deberá estimar la planteada de defecto legal en la forma de proponer la demanda, desestimando la misma, siempre con imposición de costas a la parte actora y de entender que se debe entrar en el fondo del asunto, desestimar igualmente la demanda, por las razones y excepciones planteadas, con imposición también de costas a la parte actora».

⊙ En la reconvencción doña Asunción solicitaba que se dictase sentencia declarando: «a) Que disuelta la sociedad de gananciales conformada por don Luis Pedro y doña Asunción, procede la liquidación de la misma a petición de parte legítima. b) Que dando por liquidada la sociedad de gananciales antes referida, procede aprobar la siguiente partición o división de la misma: 1). Los bienes pertenecientes a la sociedad legal de gananciales son los que siguen, con su correspondiente valoración: I. Automóvil marca Toyota, modelo Carina, F.F. ... -E, su valor: 200.000 pesetas. II. Automóvil marca Toyota, modelo Corolla, F.F. ....-F . Su valor: 200.000 pesetas. III. Dos pisos unidos formando una sola vivienda, sitios en la c/ [...] núm. ..., portal NÚM001, NÚM002 . Su valor: 9.000.000 de pesetas. IV. Cuarto trastero núm. NÚM005, en el sótano del edificio núm. ... de la c/ [...]. Su valor: 300.000 pesetas. V. Plaza de garaje núm. NÚM003, en el sótano del edificio núm. ... de la c/ [...]. Su valor 800.000 pesetas. Todos los bienes inmuebles sitios en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria. 2) Deudas de la sociedad de gananciales ascendientes a la cantidad de 1.100.000 pesetas que se le adeuda a doña Asunción. c) Que la liquidación de la sociedad es la siguiente: Importe del activo: 10.500.000 pesetas. Importe del pasivo: 1.100.000 pesetas. Caudal líquido: 9.400.000 pesetas. Haberes de las partes: 4.700.000 pesetas cada uno. d) Adjudicar a doña Asunción en pago de su haber los siguientes bienes: Los señalados con las letras II, III, IV y V, de este suplico y la deuda de 1.100.000 pesetas, por lo que se le adjudica bienes y deudas por su importe líquido de 9.200.000 pesetas, y recibiendo de más 4.500.000 pesetas deberá pagarlas a don Luis Pedro en plazo máximo de un año a contar desde la firmeza de la sentencia que apruebe la partición interesada por la parte actora reconvenicional. e) Adjudicar a don Luis Pedro, el bien señalado con el núm. I de este suplico, por su valor de 200.000 pesetas y el crédito deudor de doña Asunción de 4.500.000 pesetas, lo que totaliza 4.700.000 pesetas, equivalente a su haber y que percibirá de la misma al año de haber adquirido firmeza la sentencia que aprueba la partición interesada por la parte actora reconvenicional. f) Las partes vienen obligadas al saneamiento conforme a derecho. g) Las partes respectivamente, se facilitarán la documentación privada para interesar las correspondientes escrituras públicas, siendo los gastos por mitad e iguales partes. Y para el supuesto de que el Juzgador no estimara la anterior participación, subsidiariamente se interesa que apruebe íntegramente el cuaderno particional de esta parte producido por el contador partidor de esta parte don Luis Manuel en fecha de 31 de julio de 1989, acompañado a este escrito por fotocopia, referido en el hecho segundo de la demanda reconvenicional y dado por reproducido íntegramente en el hecho 3.º de esta demanda reconvenicional. h) En todo caso obligando a las partes a estar y pasar por las anteriores declaraciones judiciales. i) E igualmente en todo caso imponiendo las costas al demandado reconvenicional. j) En todo caso, doña Asunción podrá permanecer usando la vivienda conyugal hasta que se produzca la venta de la misma a terceros, en el supuesto de que así se hiciese, como consecuencia de división de cosa común».

⊙ Conferido traslado a la actora de la demanda reconvenicional 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 desestime la demanda reconvenicional en todo su suplico, con expresa imposición de costas a la parte demandada y reconveniente.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia el 19 de febrero de 1997 realizando la liquidación de la sociedad de gananciales de don Luis Pedro y doña Asunción

en la forma establecida en el fundamento 5.º de esta resolución y todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas.

⦿ En grado de apelación la Sec. 4.ª de la AP de Las Palmas dictó Sentencia el 10 de marzo de 1998, estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos, respectivamente, por las representaciones de don Luis Pedro y de doña Asunción revocando la sentencia del juzgado en el único sentido de declarar que la vivienda, el garaje y el trastero se adjudican en exclusiva a doña Asunción, la cual deberá abonar a don Luis Pedro el 50% del valor de los referidos inmuebles señalado en el Fundamento Jurídico 3 y ello en un plazo máximo de 3 meses a contar desde la firmeza de la presente sentencia. Transcurrido el referido plazo sin que doña Asunción haya abonado a don Luis Pedro las cantidades mencionadas, la vivienda, garaje y trastero se venderán en pública subasta, correspondiendo a cada uno de los litigantes el 50% de la cantidad que se obtenga. Con confirmación del resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida. Todo ello sin declaración sobre costas en esta alzada.

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

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia del Juzgado repartió ambos vehículos entre las partes y adjudicando los inmuebles a ambos cónyuges por mitades iguales y condenó a Don Luis Pedro a abonar a la demandada reconviniendo 550.000 pesetas. Dicho fallo fue impugnado por ambas partes y la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas la revocó, «en el único sentido de declarar que la vivienda, el garaje y el trastero se adjudican en exclusiva a doña Asunción, la cual deberá abonar a don Luis Pedro el 50% del valor de los referidos inmuebles, señalado en el fundamento jurídico tercero y ello en un plazo máximo de tres meses a contar desde la firmeza de la presente sentencia. Transcurrido el referido plazo sin que doña Asunción haya abonado a don Luis Pedro las cantidades mencionadas, la vivienda, garaje y trastero se venderán en pública subasta, correspondiendo a cada uno de los litigantes el 50% de la cantidad que se obtenga».

El recurso de casación se basa en el abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción, estimando infringido por ello el artículo 359 de la citada normativa, o sea, en el vicio procesal de incongruencia de la sentencia por el pronunciamiento en el fallo, que se vendan en pública subasta los inmuebles de la sociedad legal de gananciales de los litigantes y se entregue a cada uno de ellos el 50% del importe de la venta, para el supuesto de no pagar la esposa en el plazo de tres meses desde la firmeza de la sentencia *a quo*, habida cuenta que ninguna de las partes interpuso dicha venta en pública subasta.

Con relación al tema de la congruencia de la sentencia, que encuentra incluso antecedentes en nuestro Derecho histórico en la regla 16 del Título

XXI de la Partida Tercera, supone la exigencia de una concordancia o correlación entre las pretensiones deducidas en los escritos iniciales del pleito y la parte dispositiva o fallo de la sentencia –Sentencias, por todas, ante la profusión de ellas, de 23 de junio de 1966, 10 de abril de 1973, 29 de abril de 1977, 26 de junio de 1978, 26 de septiembre de 1983, 6 de marzo de 1984, 1 de abril y 3 de diciembre de 1987, 21 de noviembre de 1992, 4 de mayo y 23 de julio de 1993 y un largo etcétera–. Ha señalado asimismo el Tribunal Constitucional que el Juez o Tribunal no puede modificar los términos del debate judicial –Sentencias 29/1987, de 6 de marzo y 142/1987, de 23 de julio– es decir, que no puede decidir sobre cosa distinta derivada de la modificación, alteración o sustitución del presupuesto de hecho básico para la *causa petendi* –Sentencia 125/1989, de 12 de julio–.

En el caso traído ahora a la decisión de esta Sala no se trata de un supuesto de incongruencia, sino de una decisión complementaria del juzgador de instancia con relación al *petitum* del actor, que se acoge en este punto y condicionaba expresamente lo suplicado en su demanda a que «en el momento de la firma de las adjudicaciones definitivas ... y tome posesión de la misma, deberá abonar en el acto y sin prórroga de ninguna clase, doña Asunción a don Luis Pedro las cantidades ... y si no lo abona en él, se declare que doña Asunción deberá abandonar la vivienda, garaje y cuarto trastero en ejecución de sentencia que se dicte en los referidos autos». Es evidente que el abandono de tales bienes no se limita al uso sino a su adjudicación única, y dado el carácter de indivisibles de los mismos conlleva a la venta y reparto del precio, dado el carácter divisible del dinero. Así, se recoge en el Código Civil en

su artículo 404. La Sala lo único que ha señalado ha sido conceder un plazo de tres meses a contar desde la firmeza de la sentencia de la Audiencia y abre la ejecución de sentencia y como quedará sin dividir tales inmuebles. No debe olvidarse que la recurrente disfruta los inmuebles comunes, pues no

se le adjudican sino desde el pago de las cantidades señaladas en la sentencia, por lo que en ejecución de lo acordado puede declararse ante la indivisibilidad la venta en pública subasta para repartir el bien al sustituir los inmuebles indivisibles por dinero, objeto divisible.

## CUESTIONES PROCESALES

**Inadmisión del recurso de casación interpuesto por interés casacional contra una sentencia de separación en la que se establecía una pensión compensatoria al considerarse defectuosa la preparación ya que para acreditar la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales se exige citar dos sentencias de una misma Audiencia o Sección con doctrina contraria a la contenida en otras dos sentencias de diferente tribunal.**

**TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, AUTO DE 20 DE JULIO DE 2004**

**Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda**

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ La Procuradora doña Josefina Alonso Argüelles, en nombre y representación de don José Francisco, presentó, con fecha 27 de noviembre de 2002, escrito de interposición de recurso de casación contra la Sentencia dictada, con fecha 17 de octubre de 2002, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Quinta), en el rollo de apelación 396/2002, dimanante de los autos 464/2001 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Oviedo.
- ⊙ Mediante Diligencia de Ordenación de 4 de diciembre siguiente la Audiencia acordó elevar las actuaciones a este Tribunal Supremo, apareciendo notificada dicha resolución a las partes personadas en el rollo de apelación y al Ministerio Fiscal.
- ⊙ Recibidas las actuaciones en este Tribunal y formado el presente rollo, mediante Providencia de 24 de febrero de 2004, dictada en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 483.3 de la LEC, se acordó poner de manifiesto al Ministerio Fiscal las posibles causas de inadmisión concurrentes, habiéndose cumplimentado dicho traslado con fecha 25 de mayo siguiente.
- ⊙ Mediante escrito, presentado en el Registro de este Tribunal el 25 de marzo de 2004, el Procurador don Esteban Martínez Espinar, ha comparecido ante esta Sala como parte recurrente. No ha comparecido en este rollo la parte recurrida.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Del examen de las actuaciones seguidas en ambas instancias resulta que se ha tenido por interpuesto recurso de casación contra una Sentencia, dictada en segunda instancia, en un juicio seguido por razón de la materia –juicio de separación matrimonial– que el recurrente preparó al amparo del

ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC 2000, por presentar dicha Sentencia «interés casacional», esto es por el cauce procedente ya que, como se ha dicho, nos encontramos ante un juicio seguido por razón de la materia; ahora bien, a la vista del escrito de preparación del recurso, presentado

ante la Audiencia el 30 de octubre de 2001, ha de concluirse que concurre la causa de inadmisión contemplada en el inciso segundo del ordinal 1.º del artículo 483.2 de la LEC 2000, puesto que, como se verá, nos encontramos ante un supuesto de preparación defectuosa del recurso de casación.

Así a la vista de dicho escrito puede comprobarse, en síntesis, que el recurrente después de invocar y transcribir en parte el apartado 3 del artículo 477 de la LEC 1/2000, alega que la Sentencia impugnada «no aplica la notable jurisprudencia que define lo que es una pensión compensatoria y en que casos procede adjudicarla, pues sin un razonamiento lógico pues no se apoya en las premisas que fija el artículo 97 del CC acuerda una pensión compensatoria para una mujer joven que tiene casi los mismos ingresos que su marido, que goza de buena salud y de la vivienda que fuera conyugal», y plantea tres cuestiones que resume en el apartado Motivos de su escrito preparatorio, la primera sobre la función de la pensión compensatoria, que según indica no es la de igualar los patrimonios de los cónyuges, la segunda sobre la improcedencia de acordar dicha pensión, por no darse los requisitos que derivan del artículo 97 del CC, y la tercera sobre el carácter temporal del derecho a percibir dicha pensión, desarrollando sus alegaciones a continuación en dos apartados: en uno de ellos, denuncia la infracción del artículo 97 del CC y cita tres sentencias dictadas por tres Secciones pertenecientes a tres Audiencias Provinciales diferentes, sobre las que argumenta comparando lo acordado en ellas y en la Sentencia impugnada, con una amplia referencia a los hechos que, a su entender, justifican su improcedencia, y concluye con cita de cinco sentencias, que transcribe en parte, pertenecientes a la Sección Vigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid y de dos sentencias más dictadas por la Sección Sexta y por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias, que según dice «ponen de manifiesto una jurisprudencia contraria de las Audiencias Provinciales»; y en el otro, bajo la rúbrica «temporalidad de la pensión compensatoria», cita, a la vez que desarrolla su argumento, sobre el carácter temporal de dicha pensión, nueve sentencias dictadas por ocho Audiencias Provinciales diferentes, de las que expresa la Sección en que han recaído tres de ellas.

Formulado en estos términos el escrito de preparación del recurso, ha de comenzarse por recordar en este punto que, en orden a la acreditación del «interés casacional», en la fase preparatoria del recurso, que esta Sala tiene reiterado en numerosos Autos resolutorios de recursos de queja, en aplicación de los Criterios de recurribilidad

adoptados en Junta General de Magistrados de 12 de diciembre de 2000 —sobre el que el Tribunal Constitucional ha declarado recientemente que «... ha integrado la regulación de la LEC de modo que forma parte de la normativa sobre el recurso de casación...» STC 108/2003, de 2 de junio— que cuando se alegue jurisprudencia contradictoria de la Audiencia Provinciales, que es el único aspecto del «interés casacional» invocado por el recurrente, por tal debe entenderse la relativa a un punto o cuestión jurídica, sobre el que exista un criterio dispar entre Audiencias Provinciales o Sección de la misma o diferentes Audiencias, exigiéndose dos sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales, decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias, también firmes, de diferente tribunal de apelación, por lo cual la diversidad de respuestas judiciales, en razón a fundamentos de derecho contrapuestos, debe producirse en controversias sustancialmente iguales, lo que requiere expresar la materia en que existe la contradicción y de qué modo se produce ésta, así como exponer la identidad entre cada punto resuelto en la sentencia que se pretende recurrir y aquel sobre el que existe la jurisprudencia contradictoria que se invoca; en consecuencia, la preparación defectuosa del recurso concurrirá cuando se prescinda de mencionar las sentencias firmes de Audiencias Provinciales, que deberán ser dos de un mismo órgano jurisdiccional y otras dos de otro órgano diferente, siendo rechazable la enumeración masiva de resoluciones, que habrán de limitarse a cuatro por cada punto de cuestión o contradicción (dos en cada sentido) y, en el caso de citarse más, se estará a las de fecha más reciente; asimismo será necesario aludir al contenido de las sentencias, su *ratio decidendi*, con expresión de la específica materia en que se suscita la contraposición jurisprudencial y de qué modo se produce, siendo preciso razonar sobre la identidad de supuestos entre la sentencia recurrida y las que se invoquen como contradictorias entre sí, lo que igualmente resulta imprescindible para que la Audiencia efectúe el control de recurribilidad que le corresponde en la fase preparatoria (artículo 479.4 LEC), (doctrina mantenida en AATS, entre otros, de 18 y 25 de mayo y 1 y 8 de junio de 2004, en recursos 1235/2003, 1269/2003, 249/2004 y 1135/2003).

En línea con lo anterior, esta Sala ha puesto de relieve la sustancial modificación sufrida por el recurso de casación en el régimen de la nueva LEC 2000, habiéndose potenciado el *ius constitutionis* en detrimento del *ius litigatoris*, y esa preponderancia de lo general sobre lo particular se patentiza en el recurso de casación por «interés casacional», en el que se conjuga el tradicional recurso de casación

con otro de naturaleza unificadora, cuando hay contradicción entre Audiencias Provinciales, y de finalidad creadora de jurisprudencia en relación con normas nuevas, a la par que de control de criterios en orden a la aplicación de la ley sustantiva que sean contradictorios con la doctrina del Tribunal Supremo, siendo evidente que prevalece la función de creación y unificación de la jurisprudencia, por lo que la vía de acceso que prevé el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC 2000 constituye, cuando menos, una modalidad diferenciada y peculiar, en la que el legislador exige un presupuesto de recurribilidad consistente en la concurrencia de uno de los tres casos tasados de «interés casacional» que la ley también tipifica de manera acorde con la objetivación que se proclama explícitamente en la Exposición de Motivos (apdo. XIV); «interés» que, además, se configura como «transcendente a la tutela de los derechos e intereses legítimos de unos concretos justiciables», según se enfatiza en el referido apartado XIV del Preámbulo.

Por ello, lo relevante no es la infracción legal cometida, sino que concorra alguno de los casos que taxativamente prevé el artículo 477.3 LEC 2000, pues sólo entonces será legalmente «interesante» que el Tribunal Supremo examine una específica vulneración de norma sustantiva en un concreto pleito. La parte recurrente ha de facilitar los elementos necesarios para que el tribunal pueda constatar la efectiva presencia del presupuesto en atención a la finalidad unificadora que persigue el recurso, de tal manera que con su resolución se permita, sí, velar por la pureza de la norma, pero también la creación de la autorizada doctrina jurisprudencial que justifica, en último extremo, el propio recurso. En consecuencia, se han de proporcionar al tribunal los datos precisos para verificar la presencia de un «interés casacional», que, en función de dicho fin, resulte real y no meramente artificial o instrumental.

La aplicación de la doctrina precedente al caso que nos ocupa nos lleva a la conclusión de que el recurrente no justificó el «interés casacional» alegado, ya que se limita a citar sentencias pertenecientes a diferentes Audiencias Provinciales que mantienen, según dice, un criterio contrario al de la Sentencia impugnada, lo que no constituye el aspecto de «interés casacional» por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias que se configura por la LEC 1/2000, que exige citar dos sentencias de una misma Audiencia o Sección, con doctrina contraria a la contenida en otras dos sentencias de diferente Tribunal, pues el caso de «interés casacional» radica en la existencia de un antagonismo reiterado entre órganos judiciales de segunda instancia, permitiendo al Tribunal

Supremo sentar una doctrina con finalidad unificadora, por ello es preciso que la discrepancia sea repetida (de ahí el empleo del término «jurisprudencia»), sin que baste en ningún caso contraponer la resolución impugnada a otra u otras del mismo órgano que dictó la impugnada o de distintas Audiencias Provinciales.

Conviene aclarar a estos efectos que las exigencias que se predicán del escrito preparatorio del recurso están orientadas a constatar si la resolución que se combate es susceptible de ser recurrida en casación, de tal modo que puedan facilitar los elementos de juicio para decidir, a estos meros efectos, si existe el «interés casacional» que posibilita el recurso, sin que sea posible su subsanación a través de un trámite específico que la LEC 1/2000 no prevé, ni aprovechando el escrito de interposición del recurso o el trámite de audiencia sobre las posibles causas de inadmisión concurrentes, o en su caso el recurso de reposición preparatorio de la queja (AATS de 27 de abril y 25 de mayo de 2004, en recursos 261/2004 y 379/2004, entre otros).

En conclusión, lo que este Tribunal viene exigiendo es que el «interés casacional», que constituye ese indispensable y especial requisito del recurso, exista realmente y se justifique adecuadamente, como deriva de una interpretación finalista del artículo 479.4 LEC, que al imponer que se «expresen las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial en que se funda el interés casacional que se alegue». No se trata, pues, de un formalismo arbitrario, ni de la búsqueda de un filtro que permita cribar recursos de casación, para evitar que a este Tribunal Supremo llegue un número excesivo de aquéllos, pues no son razones organizativas, sino propias de la técnica casacional, las que imponen que el «interés» concorra y se acredite; siendo preciso recordar que la desconformidad de la parte con una resolución desfavorable no permite sin más el acceso al recurso, en asuntos sustanciados *ratione materiae*, en los que se precisa que concorra también alguno de los casos de interés casacional que tipifica tasadamente el artículo 477.3 LEC 2000, criterios interpretativos los expuestos sobre los que ha señalado el Tribunal Constitucional, en su reciente Sentencia 46/2004, el 23 de marzo, que derivan de una razonable interpretación de los presupuestos contenidos en la ley procesal para el recurso de casación, que «requiere en su formalización el estricto cumplimiento de los requisitos y presupuestos que lo informan, dirigidos a poner de relieve la contradicción con la doctrina jurisprudencial o la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, para así posibilitar el examen de la jurisprudencia sobre la que descansa esta modalidad del recurso de casación».

Así pues, la defectuosa preparación del recurso de casación supone, en esta fase procedimental, su inadmisión por concurrir la causa prevista en el inciso segundo del ordinal 1.º del artículo 483.2 de la LEC 2000, por falta de acreditación del «interés casacional», que tampoco queda acreditado, aun extemporáneamente, en el escrito de interposición del recurso, ya que reitera las sentencias de las Audiencias Provinciales que citó en el escrito de preparación añadiendo, en relación con el carácter temporal de la pensión compensatoria, las fechas de cinco más, pertenecientes a diferentes Audiencias Provinciales, todas ellas resolviendo en sentido idéntico a las anteriormente mencionadas, por cuanto su invocación no pone de manifiesto la existencia de jurisprudencia contradictoria en los términos que exige la doctrina de esta Sala y que han quedado expuestos; a lo que debe añadirse, aun brevemente con referencia a las dos primeras cuestiones suscitadas tanto en el escrito preparatorio como en el de interposición, que desarrolla bajo la rúbrica «primero y segundo motivo», que incluso en fase preparatoria y, desde luego en el escrito de interposición, se advierte del desarrollo de su fundamentación que lo que plantea el recurrente es una discrepancia con el *factum* de la Sentencia impugnada, pues lo que pretende es, en definitiva, una valoración de hechos por él alegados que justifican, a su entender, la improcedencia de la pensión, cuestión que excede del ámbito del

recurso de casación ya que sólo puede suscitarse a través del recurso extraordinario por infracción procesal, cuando ello sea posible en el régimen provisional de la Disposición Final Decimosexta de la LEC 1/2000 (AATS de 18 y 25 de mayo y 1 de junio de 2004, en recursos 82/2004, 347/2004 y 387/2004, entre los más recientes), todo lo cual, asimismo, determinaría la concurrencia de la causa de inadmisión del segundo inciso del ordinal 3.º del artículo 483 de la LEC 2000, por inexistencia de «interés casacional».

En consecuencia debe declararse la firmeza de la Sentencia de 17 de octubre de 2002, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 483. 4 de la LEC, cuyo siguiente apartado deja sentado que contra este Auto no cabe recurso alguno, y sin necesidad de otorgar a las partes el trámite previsto en el apartado 3 del artículo 483 de la LEC, ya que los litigantes no han comparecido ante esta Sala, puesto que la personación del recurrente, mediante escrito presentado el 25 de marzo de 2004, tuvo lugar con posterioridad a que se acordara dicho trámite, en Providencia de 24 de febrero de 1994, que por tanto sólo se entendió con el Ministerio Fiscal, habida cuenta de la procedencia de su intervención en este litigio; todo ello sin efectuar expresa imposición de costas.

## CUESTIONES PROCESALES

**Nulidad de actuaciones de la subasta y consiguiente adjudicación a un tercero de un inmueble de carácter ganancial cuya vía de apremio se siguió sin haber notificado a la esposa –que no fue demandada– la existencia del procedimiento.**

**TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2004**

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

### ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Soledad interpuso demanda de menor cuantía contra la entidad L., doña Gloria y don Juan Luis sobre nulidad de adjudicación y otros extremos solicitando que se dictase sentencia: 1. Declarando la nulidad de la adjudicación de la finca a que se refieren los hechos primero y segundo de este escrito ya que se contrae el Auto de fecha 1 de junio de 1988 dictado por ese Juzgado, así como de las resoluciones que acordaron su embargo y subasta en el procedimiento donde fue dictado dicho Auto. 2. Declarando la nulidad de las inscripciones que se hayan practicado en el Registro de la Propiedad en virtud de la adjudicación indicada en el párrafo anterior. 3. Condenando a los demandados a estar y pasar por las declaraciones precedentes y se acuerde el libramiento por duplicado de mandamiento al Sr. Registrador de la Propiedad de este Partido para la cancelación a que se refiere el párrafo anterior. 4. Condenando a los demandados al pago de las costas del procedimiento.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada doña Gloria, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dictar sentencia desestimando totalmente la demanda e imponiendo las costas a la actora»; siendo declarados en rebeldía el resto de los codemandados.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de los de Santa María de Guía dictó Sentencia el 2 de diciembre de 1992 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Las Palmas dictó Sentencia el 12 de febrero de 1998 desestimando el recurso interpuesto por doña Soledad.
- ⊙ Doña Soledad interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que declaró la nulidad del auto de adjudicación.

### COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del recurso de casación se basa en que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, así como la doctrina jurisprudencial de esta Sala –cita dos sentencias–, en relación con los artículos 1377.1.º, 1322 y 6.3, todos del Código Civil.

El motivo es estimado por el Tribunal Supremo.

Para un mejor entendimiento del devenir de este recurso es preciso constatar que la tesis casa-

cional de la parte recurrente Soledad se basa en afirmar que es procedente una declaración de nulidad de actuaciones procesales relativas al embargo, subastas y adjudicación que se hizo de una vivienda a favor de Gloria –parte ahora recurrida y antes codemandada–.

Dicha vivienda era un bien ganancial del matrimonio formado por la recurrente y Juan Luis –también parte codemandada– y que se había adjudicado, como se ha dicho, a Gloria en fase de

ejecución de sentencia de un juicio ordinario de mayor cuantía, promovido por la firma L. contra Juan Luis, sin que fuera demandada la parte ahora recurrente.

Dicho lo anterior es preciso decir que la traba y posterior subasta de un bien ganancial, precisa ineludiblemente que ello sea conocido por ambos cónyuges a través de la previa notificación o actuación fehaciente, y así se desprende de una interpretación lógica del artículo 1377 en relación al artículo 1322, ambos del Código Civil, sobre todo teniendo en cuenta que el principio constitucional de igualdad de los cónyuges ha dado unas facultades a los mismos que antes tenía en exclusividad el marido.

Y no se puede hablar que la publicación de edictos de la subasta pueda servir de notificación de embargo, ya que el fin esencial de la misma es llamar a posibles licitadores al acto de la subasta.

Por último en cuanto a la posible infracción del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, aunque inspirado en los mismos principios de los antedichos artículos, no es exactamente aplicable al punto controvertido, ya que dicho precepto se refiere a la anotación preventiva de demanda que pueda afectar a bienes gananciales, pero no exactamente a la cuestión ahora debatida como es el embargo y subasta pública de dicha clase de bienes.

## INCAPACIDAD

**Restricción de la legitimación activa para promover la declaración de incapacidad única y exclusivamente a las personas expresamente determinadas por la Ley, careciendo por tanto de legitimación una sobrina carnal de las presuntas incapaces.**

**TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2004**

**Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán**

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Camila interpuso demanda de menor cuantía contra el Ministerio Fiscal en su condición de defensor de las presuntas incapaces doña Melisa, doña Frida y doña Francisca solicitando se dictara sentencia declarando a éstas en estado de incapacidad para regir su persona y sus bienes y, mientras tanto, el nombramiento de un administrador de sus bienes.
- ⦿ Admitida a trámite la demanda, se entendió dirigida contra las tres presuntas incapaces pero con intervención del Ministerio Fiscal, acordado el nombramiento de administrador judicial de sus bienes y emplazadas las demandadas, éstas comparecieron bajo una misma representación y contestaron a la demanda oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación con expresa imposición de costas a la actora. El Ministerio Fiscal, por su parte, presentó escrito de contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones en ella deducidas salvo que llegaran a probarse los hechos en que se fundaban.
- ⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Córdoba dictó Sentencia el 13 de julio de 2000 estimando la demanda presentada declarando a las demandadas en estado civil de incapacitación absoluta para su autogobierno patrimonial, que no para su autogobierno personal y acordando la constitución de la curatela.

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.<sup>a</sup> de la AP de Córdoba dictó Sentencia el 11 de diciembre de 2000 con el siguiente fallo: «Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 4 de Córdoba en los autos de juicio de menor cuantía núm. 109/99 debemos revocar y revocamos meritada sentencia en el solo sentido de dejar sin efecto la curatela que en la misma se acuerda, debiéndose constituir, en ejecución de sentencia, la tutela plena de las incapaces aunque limitada sólo a los bienes de las mismas y no sus personas. Se desestiman los restantes recursos, sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada».
- ⊙ Doña Frida, doña Francisca y doña Melisa interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que desestimó la demanda por falta de legitimación activa de la actora.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Promovida la declaración de incapacidad de tres hermanas por una sobrina carnal suya, hija de otra hermana fallecida antes de la interposición de la demanda, la sentencia de primera instancia acordó la incapacitación absoluta de aquéllas para su autogobierno patrimonial, que no personal, acordando la constitución de la curatela, y recurrida dicha sentencia en apelación por demandante y demandadas, el tribunal de segunda instancia confirmó la incapacitación pero sustituyendo la curatela por la tutela plena de incapaces aunque limitada a los bienes de las demandadas sin extenderse a sus personas.

Contra la sentencia de apelación se han interpuesto dos recursos de casación: uno, articulado en seis motivos, por la representación común de dos de las hermanas demandadas, una de las cuales ha fallecido el 4 de febrero último sin que nadie se haya personado sucediéndola procesalmente, y el otro por la tercera demandada y articulado en dos motivos.

Como quiera que el primer motivo de los indicados recursos se funda en infracción del artículo 202 CC antes de su derogación por la LEC de 2000, al carecer de legitimación activa la demandante según dicho precepto legal, procede comenzar el análisis de ambos recursos por este motivo ya que, de ser estimado, no podría entrarse a conocer de los demás.

En el primer párrafo del alegato del motivo se reconoce que la aducida falta de legitimación activa no se opuso en su momento, justificándose su alegación ahora, como motivo de casación, por «una sustitución en la defensa en momento pro-

cesal tardío, en concreto después de precluido el período de prueba, que ha motivado discrepancias en el enfoque técnico que hasta ahora no han podido ser evidenciadas». Aunque tal razón no puede ser atendida, porque si el principio general que prohíbe la introducción de cuestiones nuevas en casación cediera ante el mero cambio de Abogado ello equivaldría a la destrucción de dicho principio, esta Sala tiene que examinar la cuestión planteada: en primer lugar, por su reiterada jurisprudencia sobre la posibilidad de apreciar de oficio la falta de legitimación activa incluso en casación (SSTS de 4 de julio de 2001, 31 de diciembre de 2001, 15 de octubre de 2002, 10 de octubre de 2002 y 20 de octubre de 2003 entre otras); y en segundo lugar, y sobre todo, por el acusado carácter de orden público que domina los procesos sobre capacidad de las personas, carácter que ha de traducirse en un reforzamiento de las facultades del juzgador para velar por su regularidad.

A partir de lo antedicho puede adelantarse ya que el motivo ha de ser estimado, porque el citado artículo 202 CC, como su correlativo artículo 756.1 LEC de 2000, con la única diferencia de mencionar éste también a la persona asimilable al cónyuge y, tras su reforma por la Ley 41/2003, al propio presunto incapaz, establecía un estricto régimen de legitimación activa en cuanto reconocida únicamente al cónyuge o descendiente del presunto incapaz y, en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del mismo, ocupándose luego el artículo 203 CC, como ahora los apartados 2 y 3 del artículo 757 LEC de 2000, de determinar las condiciones precisas para que también el Ministerio Fiscal

podiera promover la declaración de incapacidad. Siendo por tanto evidente que la demandante, sobrina carnal de las presuntas incapaces, carecía legalmente de legitimación para pedir su incapacitación claro está que así ha de apreciarse, pues el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución a todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos es de configuración legal, como en infinidad de ocasiones ha declarado el Tribunal Constitucional, y en consecuencia cabe su restricción normativa en determinadas materias por más que en la demanda se invoque, e incluso en el proceso se justifique, un interés que en abstracto pueda considerarse legítimo pero que la ley no ha configurado como tal.

Así lo ha entendido muy recientemente esta Sala en su auto de 29 de abril de 2004 (recurso núm. 1205/2001) al negar precisamente a un sobrino carnal de la presunta incapaz la posibilidad de personarse como sucesor procesal del demandante y recurrente en casación, hermano de la presunta incapaz y padre del solicitante, dado el carácter personalísimo de la acción de incapacidad y su consiguiente intransmisibilidad por cualquier título, argumentos ambos expuestos en el dictamen del Ministerio Fiscal en dicho recurso. Y así debe también resolverse ahora aunque el Ministerio Fiscal, en esta ocasión, proponga en su escrito de impugnación de los recursos un criterio más flexible fundado, en primer lugar, en que la única hermana viva de las presuntas incapaces vive en Argentina y no conoce los hechos y, en segundo lugar, en que los defectos de legitimación activa de la demandante habrían quedado subsanados por la intervención del Ministerio Fiscal no oponiéndose a la incapacitación

Las razones que no permiten acoger ese criterio flexible propuesto por el Ministerio Fiscal son, aparte del rigor del propio artículo 202 CC aplicable al caso, no atenuado en cuanto a los sobrinos carnales por el artículo 757 LEC de 2000, las siguientes: primera, que el propio Ministerio Fiscal no deja de mostrar sus reservas en cuanto a la incapacitación declarada por la sentencia recurrida, ya que en su mismo escrito de impugnación sugiere la anulación de dicha sentencia «por mala práctica de la prueba pericial» que habría podido causar «una cierta indefensión a las recurrentes»; segunda, que si bien es cierto que la única hermana viva de las presuntas incapaces vivía en Argentina, no lo es menos que en absoluto se había desenten-

dido de ellas, buena prueba de lo cual fue su carta al Juzgado y su comparencia ante el mismo oponiéndose radicalmente a la incapacitación de sus tres hermanas y reprochando a su sobrina carnal, la demandante, el haberle ocultado la pendencia del proceso de incapacitación con ocasión de un viaje que hizo a la ciudad en que vivían tanto la actora como las demandadas; tercera, que por ello no cabría mayor contrasentido que admitir la legitimación activa de quien no estaba activamente legitimada cuando quien sí lo estaba legalmente se ha mostrado totalmente opuesta a la acción de incapacitación; y cuarta, que las propias peculiaridades del caso, en que el Ministerio Fiscal viene calificando las deficiencias psíquicas de las tres presuntas incapaces como constitutivas de una especie de «antiprodigalidad», aconsejan no atenuar, sino si acaso extremar, el cumplimiento estricto y riguroso de todos los requisitos impuestos por la ley a la incapacitación, comenzado lógicamente por el inicial de la legitimación para promoverla.

La estimación del motivo examinado determina la improcedencia de estudiar el resto de los motivos del mismo recurso y los dos motivos del otro así como, conforme al artículo 1715.1.3.º LEC de 1881, la anulación de la sentencia impugnada para, en su lugar, desestimar la demanda por falta de legitimación activa de la demandante, sin que ello suponga prejuzgar la existencia o inexistencia de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico en las demandadas y sin perjuicio tampoco de que la demandante pueda ejercer la facultad que le reconoce el artículo 757.3 LEC de 2000, o bien defender sus intereses patrimoniales por otras vías.

Conforme al artículo 1715.2 LEC de 1881 en relación con sus artículos 523 y 710, no se imponen especialmente a ninguna de las partes las costas de las instancias ni de la casación. Esto último, por la estimación de uno de los recursos, que repercute en beneficio de quien ha interpuesto el otro haciendo innecesario su examen; y las de las instancias, por apreciarse circunstancias excepcionales consistentes en las muy acusadas peculiaridades del caso con dudas sobre los padecimientos de las presuntas incapaces, omisión de alegaciones sobre la falta de legitimación activa de la demandante hasta que el asunto ha llegado a casación y, en fin, impugnación de los recursos por el Ministerio Fiscal pero admitiendo la posibilidad de que se anulara la sentencia recurrida.

## INCAPACIDAD

**Declaración de la incapacidad al constatarse el defecto físico consecuencia de una enfermedad que, no obstante conservar intactas sus facultades intelectivas, tanto cognitivas como volitivas, le impide comunicarse de forma libre y espontánea con el medio exterior. Además el precario medio de comunicación que utiliza puede resultar suficiente para su relación con las personas de su entorno encargadas de su cuidado, pero no es bastante para una comunicación normal con el medio exterior que le habilite para regir su persona y bienes.**

**TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2004**

**Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda**

## ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Camila interpuso demanda de menor cuantía contra don Mauricio solicitando que se dictase sentencia por la que estimando la presente demanda, se declare la incapacitación total de don Mauricio, tanto para el gobierno de su persona como para regir y administrar sus bienes, así como se determine el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, adoptándose cuantas medidas se estimen necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz y de su patrimonio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 del Código Civil, incluida la revocación del poder general otorgado por el presunto incapaz el día 15 de septiembre de 1995 en favor de su hermano don Pedro Antonio, y se ordene anotar o inscribir en el Registro Civil de Bergondo (La Coruña) la resolución judicial que se interesa, de conformidad con lo establecido en el artículo 214 del meritado cuerpo legal.

⊙ Admitida la demanda y emplazado el demandado, se personó en autos y contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando: «se dicte sentencia por medio de la cual se desestime íntegramente la demanda, por no concurrir en la persona de don Mauricio, causa física o psíquica, que influya en su capacidad volitiva y de decisión, siendo el mismo plenamente capaz, imponiendo expresamente a la parte demandante las costas».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Betanzos dictó Sentencia el 28 de noviembre de 1997 estimando la demanda y declarando: 1) La incapacidad de don Mauricio nacido el día 13 de febrero de 1944, hijo de Tomás y Josefa, cuyo nacimiento está inscrito en el Registro Civil de Bergondo al Tomo NÚM000, Folio NÚM001 de la Sección I, para regir su persona y bienes debiendo quedar sometido a tutela. 2) Nombrar tutor de don Mauricio a don Pedro Antonio, mayor de edad, hermano del anterior, vecino de Bergondo con domicilio en Carretera de Sada a Betanzos, Chalet DIRECCIÓN000 número NÚM002, Ouces-Bergondo, con DNI número NÚM003, quien deberá cumplir en el ejercicio de su cargo las obligaciones impuestas por el Código Civil y a quien se le hará saber su nombramiento para la aceptación y juramento del cargo, quedando sin efecto desde este momento el poder general otorgado por don Mauricio a su favor en fecha 15 de septiembre de 1995, de acuerdo con el artículo 1732 del Código Civil, todo ello sin hacer declaración expresa en cuanto a las costas procesales causadas.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 2.<sup>a</sup> de la AP de A Coruña, dictó Sentencia el 23 de marzo de 1999 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Fallamos: Que con desestimación del recurso interpuesto por el demandado contra la resolución dictada por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia número 2 de Betanzos, en fecha 28 de noviembre de 1997, resolviendo el juicio de menor cuantía número 304/1996, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido de mantener la declaración de incapacidad de don Mauricio, para regir su persona y bienes; no procediendo en este proceso, el llevar a cabo el nombramiento de tutor, como tampoco la revocación del poder otorgado a favor de su hermano don Pedro Antonio; manteniendo los restantes pronunciamientos de la resolución recurrida en cuanto a anotaciones registrales que sean procedentes; todo ello sin hacer expresa imposición en cuanto al pago de las costas causadas en ambas instancias».

⦿ Don Mauricio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el fundamento jurídico segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial se establece lo siguiente: «La enfermedad que padece el demandado don Mauricio, ha sido calificada científicamente (dictamen tanto del médico forense como del especialista Sr. Raúl), que debido al accidente vascular cerebral sufrido el 11 de noviembre de 1994, le ocasionó un síndrome de cautiverio, el cual tiene un carácter permanente y definitivo, hallándose incapacitado para el desarrollo o ejercicio de tareas físicas y habituales de la vida diaria, necesitando la ayuda y supervisión de otra persona; asimismo del contenido de las declaraciones testificales, se llega a la conclusión de que, debido a la enfermedad que padece el Sr. Mauricio, se haya imposibilitado para un comportamiento normal, lo que se puso de manifiesto al practicar el examen por el Juez *a quo*, siendo incapaz para gobernarse por sí mismo, teniendo la enfermedad carácter persistente, concurren por tanto en el caso las circunstancias para concluir considerando que la enfermedad padecida, incide en la conducta del demandado en la forma señalada y que esa incidencia es de entidad suficiente para impedirle un comportamiento normal de su persona y bienes o en algunos de sus extremos».

Al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo primero denuncia infracción del artículo 1243 del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, expuesta, entre otras, en las sentencias de esta Sala de 11 de octubre de 1994, 13 de noviembre de 1995, 19 de febrero de 1996 y 30 de diciembre de 1997. Se argumenta que la Audiencia silenció la indubitada capacidad mental, cognitiva y volitiva

del recurrente, así como su capacidad de comunicarse y expresar su voluntad; a continuación cita el informe del médico forense que establece las siguientes consideraciones: «Don Mauricio presenta una tetraplejía y una imposibilidad para la comunicación verbal; precisando de cuidados de forma continua, con imposibilidad de autogobierno de su persona. Hay que destacar que las funciones psíquicas superiores están totalmente conservadas, pero la afasia que presenta le impide expresar su voluntad de forma libre» (subrayado del recurrente). Igualmente se hace referencia a las aclaraciones realizadas por este perito en el sentido de que «Don Mauricio es dueño de sus propios actos y con capacidades suficientes y bastantes para tomar decisiones en todos los órdenes de la vida, aunque para todo aquello que requiera una ejecución física necesita la ayuda de otra persona» (subrayado del recurrente); asimismo se refiere el recurrente al informe clínico emitido por el Servicio de Rehabilitación del Hospital Juan Canalejo, Servicio Gallego de la Salud, en el que se destaca, dice, que el enfermo es consciente y conserva completamente las funciones superiores, pudiendo comunicarse con los ojos y con un tablero de abecedario (subraya el recurrente).

Si bien es cierto que en la sentencia recurrida no se hace mención a esos datos recogidos en los informes aportados a los autos, ello no quiere decir que la Sala de instancia no los haya tenido en cuenta: la Sala hace suyos los fundamentos de la sentencia apelada en cuanto no contradigan los suyos propios y el Juzgado señala al final de su fundamento segundo que «hay que destacar asimismo que las funciones psíquicas superiores están total-

mente conservadas pero la afasia que presenta le impide expresar su voluntad de forma libre...»

Ha de tenerse en cuenta que la cuestión nuclear del litigio es la de si la enfermedad o deficiencia física que sufre el demandado-recurrente es causa suficiente, abstracción hecha de que conserve sus facultades cognitivas y volitivas, para declarar su incapacidad. En consecuencia se desestima el motivo.

Por el mismo cauce procesal que el anterior, el motivo segundo denuncia infracción del artículo 200 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo desarrolla, expuesta, entre otras, en las Sentencias de esta Sala de 31 de diciembre de 1991, 31 de octubre de 1994 y 28 de julio de 1998.

En primer lugar, ha de señalarse que las tres sentencias que se citan, se refieren a supuestos en que la incapacidad demandada se basa en enfermedades o deficiencias de carácter psíquico lo que no es el caso ahora contemplado en que la declarada incapacidad lo es por causa del estado físico del recurrente que en el sentir de la Sala *a quo* le impide gobernarse por sí mismo, sin que en ningún momento resulte controvertido que aquél conserva completamente sus capacidades mentales tanto cognitivas como volitivas.

Dice la Sentencia de esta Sala de 16 de septiembre de 1998 que «implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse (así, Sentencias de 31 de diciembre de 1991 y 31 de octubre de 1994) respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección al presunto incapaz, como trasunto de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial; ésta siempre se deberá apoyar en la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz, comprobada por la prueba que exige el artículo 208 del Código Civil y toda aquella que sea precisa y siguiendo siempre un criterio restrictivo; la situación, pues, de inidoneidad natural para regir su persona y administrar y disponer de sus bienes, debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada, aplicando el artículo 210 en el sentido de fijar adecuadamente la extensión y límites de la incapacitación».

Por otra parte, además de la prueba de la enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico en que se funda la incapacidad, el artículo 200 del Código Civil requiere que tal enfermedad o deficiencia «impida a la persona gobernarse por sí misma»; el autogobierno se concibe como la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no sólo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guarda de la propia persona, o, como dice un autor, «el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la

adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial». Desde el punto de vista médico se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado).

En el informe emitido por el médico forense se contienen las siguientes consideraciones médico-forenses: «Don Mauricio presenta una tetralgía y una imposibilidad para la comunicación verbal; precisando de cuidados de forma continua, con imposibilidad de autogobierno para su persona.

Hay que destacar que las funciones psíquicas superiores están totalmente conservadas, pero la afasia que presenta le impide expresar su voluntad de forma libre.

El déficit físico es permanente e irreversible, necesitando constantemente del cuidado de una tercera persona»; y concluye: «Tercera. Que está afectada la capacidad de autogobierno de su persona y bienes, Cuarta. Que precisa de la supervisión y cuidado permanente de una tercera persona».

En el informe emitido por don Raúl, se establecen las siguientes conclusiones, entre otras, respecto a las cuales no se plantea cuestión: «Cuarta. Que don Mauricio se encuentra incapacitado para el desarrollo o ejercicio de tareas físicas y habituales de la vida diaria necesitando la ayuda y supervisión de otra persona. Quinta. Que sus capacidades mentales, tanto cognitivas como volitivas (nivel de conciencia, capacidad intelectual, reacciones emocionales y proceso central de lenguaje) se encuentran conservadas, tal y como se ha descrito en la Valoración Médico-Legal»; si bien en esa Valoración Médico-Legal se dice en el apartado referido a «Lenguaje»: «en el caso que nos ocupa, no hay alteración de la recepción auditiva, reconoce, retiene y comprende el lenguaje escuchado. Puede leer ya que no tiene alterada la recepción del lenguaje ni la comprensión de éste. No puede expresarse por medio de la palabra por un problema motriz por la misma causa que no puede llevar a cabo la escritura».

Respecto a la forma de comunicación del recurrente con las demás personas, dice el acta de la audiencia del mismo por el juzgador de primera

instancia: «Que precisa de una atención constante para levantarlo de la cama, asearle, vestirlo, alimentarlo, etc., no pudiendo hacer por sí mismo ninguna tarea ni de las más elementales por sufrir una tetraplejia total, que le permite no obstante, mover ligeramente la cabeza y los ojos. Dice (la enfermera que le atendía en el momento de la audiencia, aclaramos) que se comunica con el mundo exterior a través de un abecedario, y que le dice que se nos muestre la forma en que dicha comunicación se produce. A estos efectos coge una cuartilla plastificada en la que constan con mayúsculas todas las letras del abecedario de la A a la Z y en la parte anversa consta un índice numérico del 1 al o.

Mostrándole la cuartilla plastificada al Sr. Mauricio, la enfermera dice a don Mauricio si quiere decir algo, y puntea cada una de las letras lentamente con un bolígrafo eligiendo don Mauricio la letra elegida haciendo un movimiento afirmativo moviendo ligeramente la cabeza y los ojos de arriba a abajo; a continuación la enfermera apunta en una libreta cuál es la letra elegida, y vuelve a puntear las letras hasta que don Mauricio elige la siguiente, vuelve a apuntar y así sucesivamente hasta que se

completa lo que el Sr. Mauricio quiere decir; en este caso la frase formada es “hoy es jueves”».

Atendidas las circunstancias fácticas expuestas ha de concluirse que el recurrente, debido a la enfermedad o deficiencia física que padece acreditada sin ningún asomo de duda en cuanto a su entidad y carácter permanente e irreversible, no se halla en situación de gobernarse por sí mismo. No obstante conservar intactas sus facultades intelectivas, tanto cognitivas como volitivas, su afasia le impide comunicarse de forma libre y espontánea con el medio exterior; el precario medio de comunicación que utiliza puede resultar suficiente para su relación con las personas de su entorno encargadas de su cuidado, pero no es bastante para una comunicación normal con el medio exterior que le habilite para regir su persona y bienes. Esa forma de comunicación no es espontánea, no se produce a su instancia sino de terceras personas, por lo que carece el recurrente de libertad para llevar a la práctica las decisiones que haya tomado anteriormente, tanto respecto de su persona como respecto de la administración de sus bienes. Procede en consecuencia la desestimación del motivo.

## SUCESIONES

**A pesar de que los herederos conocían la existencia de una hija extramatrimonial del padre, no procede la nulidad ni la rescisión de la herencia habida cuenta de que la filiación paterna extramatrimonial se hizo con posterioridad a la partición. A dicha hija le corresponde únicamente una parte del tercio de legítima.**

**TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 2004**

**Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares**

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Adolfo, casado con la demandada, doña Celestina, tuvo con ella tres hijos matrimoniales, don Arturo, doña Rocío y don Guillermo, habiendo fallecido el mismo el 13 de junio de 1987, bajo testamento otorgado notarialmente en 28 de enero de 1981, por el que instituyó como sus herederos legítimos, por terceras e iguales partes, a sus indicados hijos en los bienes dejados a su óbito, y legando a la esposa el usufructo vitalicio sobre todos los bienes de la herencia.
- ⦿ Dichos herederos, realizaron las operaciones particionales de la citada herencia, las que protocolizaron mediante escritura notarial, de fecha 19 de septiembre de 1990, que se cita en la sentencia como comprendida en los folios 58 al 77 del proceso. En ella, y en su cláusula 4.ª, se hace constar que los herederos que realizan la partición, no ajustan ésta a lo acordado en el testamento, por los desfases que se producirían al haberse vendido en vida del testador algunos de los bienes comprendidos en ella, y asignan a los bienes repartidos un valor de 3.472.707 pesetas, si bien, al presentarse el

cuaderno en la Delegación Territorial de Hacienda de la Junta de Castilla y León, para la liquidación del Impuesto de Sucesiones, por ésta se efectuó una valoración revisora de dicho caudal, a efectos fiscales, de 44.733.930 pesetas en fecha 29 de abril de 1992 (este último apartado, forma parte de lo adicionado a tales hechos, en la Sentencia de la Audiencia).

⊙ Ni en el testamento, ni en el cuaderno particional referidos, se incluye como posible heredera, por su cualidad de hija extramatrimonial del testador, en cuanto aún no reconocida legalmente por él, si bien era un hecho conocido por aquél y por éstos, la existencia de doña María Milagros, nacida el 6 de septiembre de 1938.

⊙ Doña María Milagros interpuso demanda de menor cuantía contra don Arturo, don Guillermo, doña Rocío y doña Celestina solicitando que se dictase sentencia por la cual: 1. Se declare que la actora María Milagros, nacida el día 6 de septiembre de 1938, es hija no matrimonial de don Adolfo, fallecido el día 13 de junio de 1987, con todos los efectos familiares y sucesorios inherentes a dicha condición, en particular el derecho a suceder a su padre en la parte de herencia que le corresponde como heredera intestada en igualdad con el resto de coherederos. 2. Se condene a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración con todos sus efectos legales, en particular: a) a realizar cuantos actos y contratos sean de su incumbencia y resulten necesarios para la plena efectividad de la misma; b) a responder del valor de los bienes de la herencia de los que hubieren dispuesto con anterioridad a la sentencia, con obligación de indemnizar a la actora la cuarta parte de dicho valor como consecuencia de su condición de coheredera; c) A incluir y tener en cuenta a la actora en las operaciones de avalúo, liquidación, división o adjudicación de la herencia, que, en su caso, estén pendientes de realizarse. 3. Se declare la nulidad o ineficacia de cuantos actos o documentos, públicos o privados, contravenga el contenido y efectos legales en el orden sucesorio de la declaración de filiación de la actora, sin perjuicio de legítimos derechos de terceros. 4. Se ordene la rectificación de la inscripción de nacimiento de la demandada en el Registro Civil de Villanubla al objeto de hacer constar en ella la paternidad de don Adolfo, hijo a su vez de don Arturo y Marisol. 5. Se impongan a los demandados las costas del presente procedimiento.

⊙ Admitida a trámite la demanda, ésta fue contestada por la representación procesal de la parte demandada, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes terminó suplicando al Juzgado: «... se dicte Sentencia por la que se desestime la misma y se absuelva de la misma a mis poderdantes, imponiendo a la parte demandante el pago de las costas». Asimismo, se dio traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, emitiendo informe favorable a la estimación de la demanda en el particular relativo a la declaración de filiación.

⊙ Convocadas las partes a la comparecencia prevista en el artículo 691 de la LEC en dicho acto, la demandante efectuó aclaraciones en el suplico de la demanda, en el sentido de suprimir en el primer punto el término «intestada», y en segundo apartado b) sustituyendo «en la cuarta parte de dicho valor» por el de «en la parte del valor que le corresponda».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Valladolid dictó Sentencia el 25 de junio de 1999 estimando parcialmente la demanda y declarando: (A) Que la demandante María Milagros, nacida en Villanubla el 6 de septiembre de 1938, es hija no matrimonial de Adolfo fallecido el día 13 de junio de 1987, quedando determinada su filiación paterna respecto del mismo, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración. B) Que como efecto de la precedente declaración, se reconoce a la demandante su condición de heredera forzosa de don Adolfo, la que como consecuencia de dicha condición tiene derecho a suceder a su padre, correspondiéndole como porción en la herencia de éste, la cuarta parte de la legítima estricta, valorada en 868.176 pesetas, condenando a Arturo, Guillermo y Rocío a que en igual proporción, paguen a María Milagros, la expresada cantidad más los intereses legales devengados desde que se practicó la partición (19 de septiembre de 1990), o a

entregar su valor equivalente en bienes de la herencia con sus frutos o rentas desde entonces, que se determinarán, en su caso, en período de ejecución de sentencia, condenándose asimismo a los mencionados demandados, en el supuesto de optar por la entrega de bienes hereditarios, a realizar cuantos actos sean precisos para su plena efectividad. Absolviendo a los demandados del resto de las peticiones frente a ellos deducidas en la demanda; todo ello, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas. Firme esta sentencia, comuníquese al Registro Civil de Villanubla a fin de practicar el correspondiente asiento, determinándose legalmente el orden de apellidos de María Milagros, con arreglo a la filiación ahora declarada».

⦿ En grado de apelación, la Sec. 1.<sup>a</sup> de la AP de Valladolid dictó Sentencia el 5 de noviembre de 1999, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: “Fallamos: Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en autos de menor cuantía núm. 460/98 del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 2 de Valladolid de fecha 25 de junio de 1999, se revoca la misma en el único sentido de declarar que la cantidad a percibir por María Milagros en concepto de legítima estricta es la de 3.727.827 pesetas (sobre los 44.733.930 pesetas, en que se evaluó la herencia, a efectos del Impuesto de Sociedades, por la Delegación Territorial de Hacienda de la Junta de Castilla y León, considerado como valoración oficial), con los intereses correspondientes desde la fecha de la Sentencia, y si el pago se efectuara en bienes, se abonarían los frutos y rentas de los mismos desde igual fecha, y manteniendo los demás pronunciamientos de la Sentencia del Juzgado».

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

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación se basa en la infracción de las normas jurídicas y de la jurisprudencia que habían servido para resolver los puntos objeto del debate, y otro, por el quebrantamiento de las formalidades referentes a la Sentencia, motivos que articulaba así: el 1.º, por infracción de los artículos 1261.1.º y 1262 CC y de la jurisprudencia que los interpretaba, en relación a las causas de nulidad de las operaciones particionales, ya que no había existido consentimiento contractual ni acuerdo de la heredera (la actora) declarada como tal en la Sentencia, en relación a las operaciones particionales sobre división y adjudicación de bienes, protocolizados notarialmente, lo que provocaba la nulidad que se había pedido; el 2.º, como complementario del anterior, por infracción de los artículos 108.2.º y 112 CC, en relación con el 807.1.º del mismo, en cuanto la filiación no matrimonial producía los mismos efectos que la matrimonial y ello con efectos retroactivos de acuerdo con su naturaleza, siendo herederos, en primer lugar, los hijos habidos, y demás descendientes respecto de sus padres y ascendientes, por lo que a la actora le correspondía ser heredera forzosa de su padre, con iguales derechos que los demás herederos forzosos, y con efectos retroactivos desde la fecha de su

nacimiento; el 3.º, por infracción del artículo 1058, en relación con los artículos 1261.1.º y 1262 CC, formulado con carácter complementario respecto a los anteriores, en cuanto los herederos podrán hacer la partición y distribuir los bienes si no lo hubiera hecho el causante, en la forma que creyeran conveniente, siendo preciso su consentimiento para ello, habiéndosele omitido a la demandante, a pesar de ser conocida, su condición de hija, por lo que le pudieron reconocer tal derecho, aunque el padre la hubiera olvidado en el testamento; el 4.º, por infracción del artículo 1080.1.º, en relación con el 1077 CC, motivo planteado como subsidiario de los anteriores, pues la preterición en el testamento de uno de los herederos, podía ocasionar la rescisión del mismo si hubiera habido mala fe o dolo por parte de los otros, en cuyo caso los demandados podrían optar entre indemnizarle por el daño sufrido o consentir en una nueva partición, pudiendo ser la indemnización en metálico o en la misma cosa respecto a la que resultó el perjuicio, debiendo aplicarse la causa de rescisión por dolo o mala fe, ya que los demandados conocían la filiación de la reclamante, y la falta de reconocimiento debería entenderse maliciosa; el 5.º, por infracción del artículo 360 LEC, en su inciso 2.º, y párrafo prime-

ro, o subsidiariamente 2.º, el que se planteaba con carácter subsidiario de los anteriores, para el caso de que se estimara válida la partición hecha, y al efecto de concretar el valor de la porción hereditaria correspondiente, debiendo establecerse las bases de ejecución en la Sentencia, para poder liquidar la cantidad objeto de la condena, que debía establecerse contradictoriamente, no sirviendo la valoración de la Delegación de Hacienda, y debiendo estarse a la reparación del perjuicio conforme a las otras determinaciones hechas en la Sentencia; y el 6.º, como complementario del anterior, por infracción del inciso final del artículo 1080 CC, dado que, a falta de rescisión por dolo o culpa grave, los otros herederos tendrían que pagar al preterido la parte que proporcionalmente le correspondiera, lo que estaba incorrectamente valorado en la Sentencia. La parte recurrida, impugna el recurso, y pide su rechazo y que se conforme la Sentencia recurrida, por sus propios fundamentos. El Ministerio Fiscal, que había intervenido en la instancia, informó que no lo hacía en el Recurso, ni en la Apelación, dado que su actuación se debía únicamente a la acción planteada para el reconocimiento como hijo no matrimonial de la actora, de lo que no se había recurrido tras su aceptación en la primera instancia.

De los seis motivos en que se divide el Recurso, hay que hacer una previa prelación de puntos a tratar, por cuanto algunos están subordinados a la no aceptación de otros, siendo el mismo recurrente el que los califica de subsidiarios, y respecto a otros, los tiene como complementarios de los precedentes, por lo que la admisión de alguno de los tenidos como preferentes evitará el estudio de los subsidiarios, y a aquéllos, deberán seguir los que se traigan como complementarios de los mismos. De acuerdo con ello, se observa que son dos acciones principales las que se plantean en los motivos, manteniéndolas de acuerdo con la demanda, en cuanto no han sido acogidas en su plenitud o lo han sido incorrectamente, según el recurrente, en la Sentencia que se combate, siendo la del motivo 1.º, la de petición de nulidad de la partición de herencia, por no intervenir en ella, no dando su consentimiento a la misma, uno de los herederos, el preterido; y la otra, se articula, como subsidiaria, por lo tanto, en el motivo 4.º, y se refiere, caso de no acordarse la nulidad, a la petición de rescisión de las operaciones particionales, por dolo o culpa grave. La admisión de la petición de nulidad, traería consigo el planteamiento de los motivos 2.º y 3.º, que se tienen como complementarios, aquél del 1.º, y éste de los dos anteriores, los que se refieren a la atribución, en tales operaciones, de iguales derechos al hijo reconocido que a los demás, y la retroactividad de sus efectos al beneficiario, como

heredero, a la fecha de nacimiento (motivo 2.º), y a que los herederos iniciales debieron reconocer en la partición al heredero sobrevenido (que lo había sido sólo por la declaración judicial), ya que lo recibían y trataban como tal, por lo que el mismo debía intervenir en la partición (motivo 3.º). A partir del 4.º motivo, se trata de la rescisión de la partición, para el caso de que no se diera lugar a la nulidad, y se propone la misma, en sí, en el motivo 4.º, y para el caso de que se estime bien realizada la partición ya llevada a cabo, se ataca a continuación la falta de formalidades esenciales de la sentencia, por aceptar una valoración de los bienes no realizada contradictoriamente al aplicar la efectuada, a efectos fiscales, por el órgano Administrativo correspondiente, entendiendo que las bases para su señalamiento en ejecución de Sentencia, se daban en ésta (motivo 5.º), y que al declararse la culpa grave o el dolo de los herederos en la partición y con ello se daba la rescisión. Para la valoración correspondiente de los bienes habría que acudir al artículo 1080 CC también, que establece la obligación de pagar al heredero preterido la parte que proporcionalmente le corresponda, la que no estaba correctamente valorada en la sentencia (motivo 6.º).

Las peticiones principales, pues, de los motivos del Recurso, se centran en los 1.º, y en su caso 3.º, que se refieren, respectivamente, al ejercicio de las acciones de nulidad de las operaciones particionales, y subsidiariamente, de rescisión de las mismas (éstas, por dolo o culpa grave), peticiones que deben ser rechazadas conjuntamente, y con ello se hace asimismo de los motivos en que las mismas se amparan, por las siguientes consideraciones:

A) Es cierto que las operaciones particionales realizadas por los herederos (a falta del Contador-partidor designado, o no siguiendo las instrucciones al respecto del testador), se rigen por las reglas de los contratos y obligaciones que puedan libremente asumirse, y que, por ello, deben de concurrir a las mismas todos los herederos designados, para mostrar su voluntad y dar su consentimiento a ellas, el que deberá ser libremente emitido.

B) Pero es tan cierto como lo anterior, que, si bien la actora, hija extramatrimonial del fallecido, compartió con éste, y con sus hijos y herederos, durante la vida de aquél al menos, su condición de hecho de tal, y aún siendo libremente aceptada la misma, no fue reconocida como hija hasta que ella lo solicitó legalmente, lo que no hizo en muchos años (cuando lo pide, tiene más de 60), pudiendo no obstante hacerlo, por lo que el causante (que también pudo, y no efectuó su reconocimiento en el testamento, y ello no es imputable, aunque les trascienda, a sus herederos) otorgó tal última voluntad, designando como sucesores legítimos

suyos a los tres hijos habidos de su matrimonio, con los derechos usufructuarios correspondientes a su cónyuge supérstite, y por ello, al momento de realizarse las operaciones de partición, división, liquidación y adjudicación de herencia, que sólo la pueden realizar los herederos, si se dan las condiciones antes dichas, como aquí se dan, la hija preterida como heredera, no lo era tal y no podía intervenir en ellas, ni ser llamada a las mismas, por faltarle entonces esa cualidad, y por ello las operaciones realizadas, no son nulas. Lo que sí procede, conforme establece la Audiencia en su Sentencia, aquí recurrida, que en ello debe ser confirmada, es que al declararse heredero al que lo es y ha sido preterido, se le reconocen a éste, en la herencia, los derechos que procedan a su favor, pues los actos de los demás herederos, no pueden perjudicar a su legítima estricta, «en la parte que le corresponda» (artículos 807.1.º, 808, 814.1, 823, 851 y 1080 CC).

C) Tales derechos, como se acaba de indicar, son los correspondientes a la legítima estricta, es decir, la cuarta parte del tercio de legítima, ya que no le afectan las mejoras, ni las disposiciones por legados u otras causas, que deben respetar siempre ese tercio, conforme a los preceptos que se acaban de mencionar. En cualquier caso, esta decisión del Tribunal *a quo*, no es recurrida en los «motivos», pues aunque en ellos se hace constante alusión a la cuarta parte de la herencia, en igualdad con los demás herederos, no se motiva un posible «exceso» sobre lo acordado por la Audiencia, y no se da en el recurso motivación alguna para ello.

D) La acción de rescisión de dichas operaciones (con la dificultad «formal» de poder entenderla como comprendida en las peticiones de la demanda, que sólo se refieren a la declaración de deber realizar por los herederos, debiendo ser condenados a ello, «cuantos actos y contratos sean de su incumbencia y resulten necesarios para la plena efectividad» de sus derechos como heredera por cuartas e iguales partes, y de poder intervenir en las operaciones de partición de herencia que estén pendientes de realización, añadiéndose luego la petición de que se declare la nulidad o ineficacia de cuantos actos o documentos, públicos o privados, contravengan sus derechos sucesorios), debe, en todo caso, rechazarse también, por cuanto, de entenderse implícitamente pedida por la parte, se precisaría, para su declaración, como muy bien dice la Audiencia, el previo reconocimiento de haber actuado los demandados con mala fe o dolo, circunstancias estas que la Audiencia, valorando la prueba practicada, excluye, y el motivo pretendiendo, sin poder imponerla, una nueva valoración

de los hechos procesales a tales efectos, pero sin denunciar tal valoración por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba, citando el o los preceptos infringidos al efecto, la declaración de la existencia de «error patente», y como no lo hace, hay que estar a lo establecido en la Sentencia a tal fin, no dando lugar a la aplicación, pedida, del artículo 1080, inciso 1.º, del CC.

E) Con ello, los motivos con peticiones complementarias respecto a los anteriores, como son el 2.º (con respecto al 1.º, sobre eficacia retroactiva del reconocimiento de la filiación, dado que, mientras no se declare la misma, no entran en juego los derechos hereditarios que se reclaman) y el 3.º (respecto a los dos anteriores).

Queda sólo por estudiar el motivo 5.º, que es subsidiario, se dice, de todos los anteriores (es decir, respecto de la nulidad y de la rescisión de la partición), y en él se pide que se declare infringido el artículo 360 LEC, sobre liquidación en ejecución de sentencia de los frutos, intereses, daños o perjuicios, a que se refiere la Sentencia recurrida, para el caso de que la legítima estricta se pague con bienes de la herencia (pues, si se hace con dinero líquido, que es el fijado por el Juzgado, se adicionarán los intereses legales hasta su pago). Se pide, pues, que se señalen las bases de su liquidación, como obligación del juzgador, y la posibilidad de que su fijación valorativa se realice en forma «contradictoria» (pues, no se acepta la hecha por el Tribunal *a quo*, sobre la base de la aceptación por ésta de un valor fijado en una inspección de la herencia a efectos fiscales, hecha por la Delegación de Hacienda correspondiente). No puede admitirse tampoco este motivo, pues respecto a la valoración de los bienes, de no admitirse la existente en los autos, corre su prueba a cargo del que pretende una ajustada a sus pretensiones (artículo 1214 CC), y esa prueba, que, en principio, debe de obtenerse en la fase declarativa del proceso, no existe, y por eso la Sala sentenciadora la extrae del único documento (el comentado) del que la misma puede obtener un resultado más favorable, a falta de otro, que el tenido en cuenta en la Sentencia anterior por el Juzgado, y por ello no deja el Tribunal tal designación para ejecución de Sentencia. Por lo cual, como esa valoración, obtenida de datos que figuran documentalmente en el pleito, en cuanto han sido aportados a él, no se combate por el cauce del error patente o del error de derecho en la valoración de la prueba, procede mantenerla, pues es facultad, que si no es combatida adecuadamente, corresponde sólo al juzgador de instancia. En lo demás, y asimismo el motivo 6.º, en cuanto complementario del anterior, debe ser rechazado con él.

## SUCESIONES

**Ningún coheredero puede imponer judicialmente al otro una partición que haya hecho unilateralmente, basándose en que la misma cumple la voluntad del testador.**

**TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 2004**

**Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros**

### ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Daniela y su madre doña Filomena interpusieron demanda de menor cuantía contra doña Luisa, solicitando se dicte sentencia por la que se acuerde lo siguiente: 1) Aprobar el cuaderno particional en los términos que se presentan en el escrito. 2) Aprobar la entrega del Legado Específico en favor de la viuda del causante. 3) Aprobar la protocolización de dicho cuaderno particional en la notaría correspondiente por turno de esta Ciudad, si fuere necesario y no inscribible directamente la sentencia que dicte este procedimiento como título suficiente para tener acceso a la inscripción registral. Que se condene a la demandada a pasar por esta aprobación del cuaderno particional en los términos que se ha presentado y al pago de las costas de este procedimiento a tenor de lo dispuesto en el artículo 523 de la Ley Procesal Civil y dada su temeridad manifiesta causante de graves perjuicios la Testamentaría por óbito de don Juan Luis, y si no compareciere a dicha protocolización notarial, si fuere necesaria, que en ejecución de sentencia sea sustituida por la intervención judicial.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia «desestimando los pedimentos de la demanda y con expresa imposición de costas a la parte actora».
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Almendralejo dictó Sentencia el 30 de noviembre de 1998 de desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Badajoz, dictó Sentencia el 26 de noviembre de 1999 desestimando el recurso interpuesto por las actoras. Razona la misma que un coheredero no puede imponer a otro un proyecto unilateral de partición, y que no constaba probado que la demandada no había aceptado el legado de usufructo universal de herencia dispuesto por el testador en favor de su esposa, bajo la sanción de que si alguna de las herederas (sus hijas) no lo aceptaba, quedase su derecho reducido a la legítima estricta, acreciendo su parte en favor de la que había consentido. Sin embargo, en la partición unilateral acompañada a la demanda se aplicó la sanción, y bajo ese presupuesto se distribuyeron los bienes hereditarios.
- ⊙ Doña Daniela y doña Filomena interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero, al amparo del artículo 1692.1.º LEC, acusa «exceso o defecto» en el ejercicio de la jurisdicción, tanto la sentencia de primera instancia como de apelación, y ello porque no han aplicado correctamente las normas sustantivas y adjetivas que la resolución del asunto litigioso requería. La fundamentación de la hipotética infracción se desenvuelve bajo este punto de vista.

El motivo se desestima porque la casación sólo se da contra la sentencia recaída en la apelación, y porque el exceso o abuso de jurisdicción a que se refiere el artículo 1692.1.º LEC, nada tiene que ver con el error en la selección y aplicación de la norma jurídica, sino con que se suscite cuestión de orden jurisdiccional, jurisdicción nacional o sumisión a árbitros (Sentencia de 29 de junio de 2001 y las que cita), o, en otras palabras, se refiere a los límites espaciales de la jurisdicción española en relación con la de otros Estados, a los conflictos de los tribunales ordinarios con la Administración o tribunales militares, a los conflictos entre órganos de distinto orden jurisdiccional, o, en fin, a la eventual sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (Sentencia de 16 de julio de 2001 y las que cita).

El motivo segundo, al amparo del artículo 1692.3.º LEC, acusa infracción de los artículos 504, 565, 566 y 597 de dicha Ley. Dicen las recurrentes: «las resoluciones dictadas se sustentan en falsas premisas, cuales son las valoraciones que se hacen por ambas instancias de un documento público admitido como prueba que es el referido a un posible o hipotético crédito cancelado en favor del causante de la herencia y en contra de la heredera doña Filomena». El motivo se desestima porque es fruto de error que se puso de relieve anteriormente: el recurso de casación no se da contra la sentencia de primera instancia sino contra la de apelación, y en ésta no figura ninguna alusión a la cuestión planteada por las recurrentes, ni hay una declaración de aceptación de los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.

Los motivos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo del recurso, amparados en el artículo 1692.4.º LEC, acusan las infracciones de los artículos 1051, 658, 1061, 1073, 1074, 1077, 1709, 1056, 1070 y 1282, todos del CC. En las respectivas fundamentaciones se insiste en este argumento; que los herederos conformes con un cuaderno particional pueden obligar al disconforme a aceptarlo, si aquél se ajusta a la voluntad del testador. Todos los motivos se desesti-

man porque no cabe obligar a ningún coheredero a aceptar la partición propuesta unilateralmente por otro coheredero cuando este último ha expresado en la contestación a la demanda su disconformidad con aquélla. En realidad, el juicio voluntario de testamentaria instando con anterioridad a esta *litis*, y que incomprensiblemente se abandonó, hubiera sido el cauce adecuado para la solución de los problemas particionales, y no un proceso declarativo contradictorio en el que por lo menos habría de nombrarse en período de prueba un contador partidario, y nada de esto se ha hecho.

En fin, porque si lo consignado hasta aquí no fuera suficiente, tenemos que la partición cuya aprobación se pide está hecha bajo el supuesto de que a la demandada, hoy recurrida, se le aplica la sanción prevista por el testador si no aceptase el usufructo universal que establece en favor de su esposa. La sentencia recurrida declara que no está probada la negativa de la demandada, y que del escrito de contestación a la demanda se deduce lo contrario, es decir, la aceptación del legado universal de herencia. No se ha formulado ningún motivo de casación por error de derecho en la valoración del material probatorio, con cita de la norma atinente a dicha actividad que se hubiere infringido. Así las cosas, no hay precepto legal que obligue a la demandada a la aceptación de una partición en el que su derecho queda reducido a la legítima estricta, además en usufructo solo, siendo así que fue instituida heredera universal junto con su hermana.

El motivo octavo acusa infracción del artículo 885 CC porque en la partición se hace entrega del legado específico (sic) que el testador hace a su esposa, y la demandada no le quiere dar a su madre posesión del mismo. El motivo se desestima, pues la coactora doña Filomena es usufructuaria de la totalidad de la herencia de su finado esposo, no de cosa o cosas determinadas. Además, si hipotéticamente se prescindiese de ello, para fijar los bienes sobre los que habría de recaer tal legado, es necesario realizar la partición de la sociedad de gananciales. Si bien la misma figura realizada en el cuaderno particional unilateralmente confeccionado por las actoras, como éste no se puede aprobar judicialmente, subsiste la indeterminación acerca de los bienes que constituyen la herencia. En estas condiciones, es obvio que no se puede pedir la entrega de nada.

## SUCESIONES

**Nulidad de la donación efectuada por los padres a favor del hijo y de la esposa que se contenía en un convenio regulador, toda vez que a la fecha en que se hizo la donación, si bien no había vencido la póliza de crédito ya tenía un saldo negativo importante, produciéndose una masiva devolución de efectos.**

**TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2004**

**Ponente: Excmo. Sr. don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez**

### ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El Banco Pastor, SA promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Pedro Enrique y doña María Purificación, don José Pedro, Minerales Bo-Munte, SL, doña Estefanía y don Inocencio sobre nulidad de transmisión de una finca 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 que Minerales Bo-Munte, SL, doña Estefanía, don José Pedro y don Inocencio adeudan a Banco Pastor, SA la suma de 22.745.863 pesetas, más los intereses que se devenguen desde la interposición de la demanda, y se condene a los mismos a pagar las referidas sumas. B) Se decrete la nulidad por inexistencia de causa en la donación de la finca registral..., del Registro de la Propiedad núm. 6 de Hospitalet del Llobregat al que se ha hecho alusión a lo largo de la demanda. C) Subsidiariamente, decrete la nulidad por causa ilícita en la donación de la finca referida en el apartado anterior. D) Subsidiariamente, decrete la rescisión de esa misma transmisión efectuada en fraude de Banco Pastor, SA. E) Como consecuencia del pronunciamiento correspondiente a los apartados B, C o D, se reponga la titularidad de la plena propiedad de la referida finca en el Registro de la Propiedad a nombre del deudor transmitente, José Pedro para que pueda responder de la deuda contraída en su día con Banco Pastor, SA ordenando asimismo la cancelación registral de la transmisión ilícita, así como la cancelación de las inscripciones posteriores a ella que pudieran figurar en el Registro de la Propiedad. F) Subsidiariamente, respecto a las acciones de nulidad, y sólo para el caso previsto en el artículo 1307 del CC, se condene a los obligados por la declaración de nulidad a restituir los frutos percibidos y el valor que la finca tenía al tiempo de perderse, o de ser adquirida por un 3.º de buena fe en tanto que pérdida jurídica, con los intereses desde la misma fecha. G) Subsidiariamente, respecto a la acción rescisoria, y sólo en el supuesto de que se diera el caso previsto y regulado en el párrafo segundo del artículo 1295 del CC, es decir, en el caso de que la finca pudiera hallarse legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, se condene a los demandados, en su calidad de causantes de la lesión que en tal supuesto se produciría a Banco Pastor, a los daños y perjuicios que no serían otros, que el importe de las deudas que el Banco acredita en este mismo procedimiento a cargo de los deudores, comprendiendo aquél, el capital, los intereses y las costas de este pleito. H) En todo caso, se impongan las costas del pleito a la parte demandada».

⊙ Admitida a trámite la demanda y comparecidos los demandados, don Pedro Enrique y doña María Purificación, 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 «desestimando íntegramente la misma, se absuelva libremente de sus pedimentos a mis representados, con expresa imposición de las costas causadas al demandante, sin la limitación del artículo 523 LEC, el cual subsidiariamente invocamos, dada su manifiesta temeridad y mala fe».

- ⊙ Habiendo transcurrido el plazo para contestar la demanda, se declara la rebeldía de los codemandados, don José Pedro, «Minerales Bo-Munte, SL», doña Estefanía y don Inocencio.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 33 de Barcelona dictó Sentencia el 3 de enero de 1996 estimando la demanda interpuesta por Banco Pastor, SA contra la entidad Minerales Bo-Munte, SL y contra doña Estefanía, don Inocencio y don José Pedro, debo declarar y declaro que los expresados demandados adeudan al actor Banco Pastor, SA la suma de 33.745.863 pesetas y les condeno a que, solidariamente, paguen al Banco actor dicha cantidad, más los intereses legales de la misma desde la interpelación judicial y a las costas causadas en el ejercicio de esta pretensión. Que estimando la acción acumulada de rescisión contractual ejercitada por Banco Pastor, SA contra don Pedro Enrique, doña María Purificación y don José Pedro 1.º) Debo declarar y declaro la rescisión, por haberse celebrado en fraude de acreedores, de la donación de la finca registral núm. ... del Registro de la Propiedad núm. 6 de Hospitalet de Llobregat, consistente en un piso ático sito en c/ [...] núm. NÚMoor de dicha ciudad, efectuada mediante escritura pública de 10 de noviembre de 1993 por don José Pedro a favor de su hijo don Pedro Enrique y de su esposa doña María Purificación, en cuanto a la nuda propiedad y usufructo, respectivamente. 2.º) Consecuencia del pronunciamiento anterior, debo decretar y decreto que se reponga la titularidad de la plena propiedad de la expresada finca en el indicado Registro de la Propiedad a nombre del transmitente, don José Pedro y ordeno la cancelación registral de la transmisión por donación efectuada, cuya rescisión se ha decretado, así como la de las inscripciones posteriores a ella que pudieran figurar en el Registro. 3.º) Se condena a los expresados demandados al pago al actor de los daños y perjuicios causados que se fijarán en ejecución de sentencia, para el supuesto que, por hallarse la finca de referencia en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, no pudiera tener lugar la devolución de la misma tal como se ha decretado en los pronunciamientos anteriores. 4.º) Se condena a los demandados, José Pedro, don Pedro Enrique y doña María Purificación, al pago de las costas causadas en el ejercicio de la pretensión rescisoria.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 16.ª de la AP de Barcelona, dictó Sentencia el 10 de octubre de 1997 desestimando el recurso de apelación.
- ⊙ Doña María Purificación y don Pedro Enrique interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El inicial motivo estima infracción de los artículos 96 y 97 del Código Civil, en relación con los artículos 90, 99, 1225 y 1227 del mismo texto legal. Pretende los recurrentes que la escritura de donación a favor del hijo y de la esposa, hace referencia a la atribución del uso de la vivienda conyugal y del ajuar familiar, apoyándose en un supuesto «Convenio regulador» que figura fechado en 26 de octubre de 1993, en que todavía no habían vencido las pólizas. Tal pretensión fue rechazada en la instancia por las resoluciones de primero y segundo grado jurisdiccional, porque aunque en tal fecha no hubieran vencido los saldos deudores, la póliza de crédito registraba una deuda de más de veintitrés millones y medio de pesetas y asimismo

se estaba produciendo una masiva devolución de efectos. A todo lo cual aún habría que añadirse, que la donación que se ha rescindido por dos sucesivas resoluciones judiciales de primero y segundo grado jurisdiccional por fraude, no puede pretenderse que sea el resultado de una sentencia posterior en el tiempo, como la de 10 de enero de 1994 y dictada en base a un convenio regulador pactado y concorde y cuya fecha, por tratarse de un documento privado de 27 de octubre de 1993 no puede tenerse por auténtica. Ello hace parecer inexcusablemente el motivo y además, porque ninguna mención se realizó en la escritura de donación a este respecto.

El motivo segundo, por el mismo cauce procesal que el precedente, estima infringidos los artículos 643, IIII, 1291.3, 1294 y 1297.1 del Código Civil. Critica un razonamiento y señala que el carácter subsidiario de la rescisión debe darse en una triple vertiente: económica, por carecerse de otro recurso legal para obtener la reparación; procesal, en el sentido de que sólo puede utilizarse cuando sean expresamente rechazadas todas las otras que asistan al acreedor. El motivo olvida lo dispuesto en el artículo 1297.1 y eso que lo cita como infringido, que expresa que «se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito» y esto es lo que aquí ha acaecido, porque tal precepto completa la causa de rescisión por fraude de acreedores, que expresa de una forma un tanto genérica el artículo 1291.3.º En este sentido se ha pronunciado la doctrina de esta Sala. Así, la Sentencia de 18 de enero de 1991, que recogió que «el Banco demandante ha de beneficiarse de la presunción *iuris et de iure* establecida en el párrafo primero del artículo 1297», porque a los demandados incumbía la carga de probar y ofrecer otros bienes en que satisfacer las responsabilidades exigidas por resolución judicial, como recogió la Sentencia de 2 de julio de 1992. Pero es la sentencia de 16 de febrero de 1993, la que reitera que, cuando la enajenación lo es a título gratuito, el artículo 1297 presume el fraude con función *iuris et de iure*. Ello hace perecer el motivo. Ello, sin perjuicio de que la sentencia *a quo*, ahora recurrida, exprese como hecho probado en su fundamento jurídico segundo, al referirse a

la sentencia del Juzgado que acepta plenamente en este punto, estimando probada la total insolvencia del Sr. José Pedro, no existiendo otro procedimiento para el cobro por la entidad bancaria, con informes negativos a los folios 325 a 342 y no se ha señalado por los demandados ningún bien en que se pudiera hacer efectivo el derecho.

El motivo tercero y último alega infracción de los artículos 1249, 1250 y 1251, en relación con el artículo 1297, todos del Código Civil. Entiende el motivo que la presunción de obrar maliciosamente no es aplicable al caso y no hay prueba de lo contrario, porque existe una decisión judicial que ha sido inobservada. El motivo parte de la fehaciencia del Convenio y está autenticado por la Secretaría Judicial.

Esta Sala, para evitar repeticiones innecesarias se remite a lo ya consignado. La fecha del documento privado no es auténtica, ni ha podido ser autenticada, porque se trata de un documento realizado *ad hoc* por el matrimonio y cuya fecha carece de virtualidad por ello y, por otra parte, intenta el motivo realizar una mágica transmutación de una donación escriturada en documento notarial con un convenio regulador de acuerdo entre las partes y cristalizado en un documento privado. Ya el propio artículo 1227 recoge la carencia de virtualidad de la fecha respecto a terceros, que se cuenta desde el día en que se entregó a un funcionario público por razón de su oficio muy próxima a la sentencia que se pretende subsanadora y acreditativa de la fecha. El motivo parece inexcusablemente.

## PENAL

**Absolución del padre del delito de abusos sexuales sobre su hijo de matrimonio separado, dándose la circunstancia de que el régimen de visitas transcurrió con normalidad durante casi cuatro años, y tras solicitar el acusado el divorcio, se produce la denuncia por parte de la madre. Las pruebas psicológicas no sólo no son concluyentes sino que abren espacios de duda.**

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Antonio Martín Pallín

## ANÁLISIS DEL CASO

- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Chiclana, instruyó sumario con el número 2/00, contra Adolfo y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz que, con fecha 20 de Febrero de 2003, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: Primero Resultando: Probado, y así se declara, que el procesado Adolfo, nacido el día 31 de octubre de 1952 y sin antecedentes

penales, actuando con ánimo lúbrico, sometió a su hijo Humberto, nacido el día 30 de enero de 1992 de su matrimonio con Ariadna, en varias ocasiones anteriores al 12 de octubre de 1997, en la casa de campo que el procesado posee en la localidad de Conil de la Frontera, a actos obscenos consistentes en lamerle las orejas, nariz, lengua y ombligo, chuparle el pene y lamerle el ano, llegando incluso a introducir en varias ocasiones un dedo en el ano de Humberto, para lo cual colocaba al menor desnudo en la cama, boca abajo y le separaba las nalgas, permaneciendo el acusado durante estos actos desnudo, todo lo cual provocó que el menor, primeramente, se mostrara reticente a irse con su padre y, posteriormente, manifestara de forma explícita su deseo de no acompañarle al campo los fines de semana, llegando incluso, el 11 de octubre de 1997, a llamar por teléfono desde la casa de su padre y sin que éste lo supiera, a su tía Mónica para decirle que no quería permanecer con su padre. Como consecuencia de los hechos descritos el menor padece un trastorno de estrés postraumático, que ha requerido para su sanidad tratamiento psicológico con el que continúa.

● La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: que debemos condenar y condenamos al procesado Adolfo como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual ya definido con la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de parentesco a la pena de dos años de prisión con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular. El procesado deberá indemnizar a Humberto en la cantidad de seis mil seiscientos euros (6.600 euros).

● Don Adolfo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien lo absolvió del delito por el que venía acusado.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El punto crucial del presente caso radica en la valoración y manejo de la prueba realizado por la Sala sentenciadora en un debate contradictorio con estas connotaciones.

1. No es infrecuente que denuncias de estas características lleguen, cada vez con más habitualidad a los tribunales con similitudes llamativas y contornos semejantes.

Un niño de cinco años acusa a su padre de haber hecho objeto de abusos sexuales que, en el caso objeto de esta sentencia, consisten literalmente en «actos obscenos consistentes en lamerle las orejas, nariz, lengua y ombligo». Si nos detuviéramos en este punto, cualquier lector de la resolución recurrida sentiría alguna preocupación o desconcierto al conocer que una conducta de esta naturaleza, entre un padre y su hijo menor, cuando procedía a bañarle, haya sido castigada con dos años de prisión. No obstante, en honor a verdad y precisión que requiere una resolución condenatoria, la sentencia añade que «le chupaba el pene y le lamía el ano, llegando incluso a introducir en varias ocasiones un dedo en el ano, para lo cual colocaba al menor desnudo en la cama, boca abajo, le separaba

las nalgas, permaneciendo el acusado durante estos actos desnudo».

A consecuencia de estos hechos, el menor manifestó que no quería ir con su padre cuando le tocaba el régimen de visitas y padece un trastorno de estrés postraumático.

Esta declaración de hechos está basada en las manifestaciones del menor a su madre cuando lo bañaba. Precisamente al lamerle la madre la oreja parece que se desencadena en un niño de cinco años una vivencia que tenía acumulada y que según la madre se concreta en los hechos que han quedado transcritos. La madre que recoge esta versión, en lugar de tratar de constatarla con el acusado se dirige a la mañana siguiente a casa de su hermana que no se sabe si el niño por sí mismo o la madre como relatora, le cuentan lo que se ha manifestado.

Con fecha dos de noviembre presenta una denuncia en el juzgado de guardia y declara ante el juez, si bien conviene consignar que no habla de introducción del dedo en el ano, sino que ambos casos se limita a manifestar que separándole las nalgas le lamía el ano.

A partir de este momento la investigación toma unos derroteros ya casi esquemáticos, sometiendo el menor a una serie de pericias psicológicas para determinar si se trata de un niño fiable o nos encontramos ante un fabulador precoz. No se examina o se explica si existen datos o queda abierta la posibilidad de que la madre hubiera influido o inducido al niño a declarar contra su padre por motivos de resentimiento o espurios. No se trata de imputar esta postura al niño sino comprobar si la madre ha utilizado al menor como arma para solventar las evidentes y contrastadas desavenencias que tenía con el padre, del que llevaba separada desde 1993.

Aplicando los criterios reiteradamente acuñados por esta Sala, que no han sido alterados, parte del análisis de la credibilidad subjetiva y descarta los móviles espurios en el menor pero nada nos dice sobre la posible inducción de la madre a que declare contra su padre. El único argumento consistente que se puede contrastar y aceptar objetivamente es la persistencia del menor en acusar a su padre. A pesar de esta circunstancia se debió profundizar en las condiciones en que se produce la declaración, ya que si se utiliza a un niño como instrumento para castigar al padre separado y privarle del régimen de visitas, nada tiene de extraño que el menor, suficientemente aleccionado, mantenga con mayor o menor consistencia la versión que le interesa a la madre. También ésta, como su hermana, son meros testigos de referencia que, a pesar de que dicen posteriormente que hubo frecuentes penetraciones en el ano con el dedo, nunca refirieron, en el momento de la denuncia, que el niño se quejase de esta práctica que evidentemente debido a su corta edad tenía que haber dejado alguna secuela dolorosa. Ningún médico ha objetivado estas penetraciones con sintomatología externa habiéndose limitado las investigaciones a encargar pericias psicológicas, que realizaron un examen del menor para dictaminar sobre su credibilidad. Una de las psicólogas declaró y estableció que el relato del menor era «probablemente creíble». No se discute que el menor padece un estrés postraumático pero no se declara suficientemente si se debe a las prácticas sexuales y si se debe descartar la alternativa de que el menor se ha visto inmerso en un clima de tensión entre sus padres biológicos.

Todo lo que antecede nos obliga a examinar si la valoración o evaluación de los elementos probatorios, responde a criterios lógicos inductivos de carácter racional y suficientemente sólidos como para no admitir otras hipótesis contrarias.

Sorprendentemente la sentencia hurta a los lectores el cuadro exacto en el que se producen tan graves imputaciones. Ciertamente que da una versión parcial pero no toda la realidad incontestable acre-

ditada por datos judiciales y registrales e incluso por los trámites que figuran en el juzgado de primera instancia, en el que se tramitó la separación inicial y se acordó el régimen de visitas.

El niño nació el 30 de enero de 1992. En el año 1993 se produce la separación y se establece el régimen de visitas que se inicia en ese mismo año y se mantiene con regularidad y sin incidencias hasta el 2 de noviembre de 1997, fecha en que se presenta la denuncia, es decir, casi durante cuatro años la normalidad más absoluta ha presidido el régimen de visitas y la madre, a pesar de las penetraciones anales que describe, no encuentra nada anómalo en el menor, ni siquiera cuando lo baña.

La Sala omite datos que aporta el acusado y que pueden arrojar una clave más exacta sobre la credibilidad subjetiva de la madre que es la que pone en marcha y narra los hechos con notables omisiones. Nada se dice sobre un hecho que puede explicar la postura de la madre. El padre le solicita el divorcio y según éste, la madre le contesta que no accede si no le sube la pensión. Esta manifestación se realiza por el acusado al comienzo del juicio oral y sólo fue desmentida por la madre en lo relativo a la exigencia de mayor pensión. También se omite que el divorcio finalmente se obtiene y que el acusado contrae matrimonio con otra mujer de la cual en este momento tiene un hijo. Es éste un contexto, lo suficientemente tenso, como para dudar de la credibilidad subjetiva sin olvidarnos de la objetividad de la madre.

La verosimilitud y fiabilidad del testimonio hay que referirla no sólo a datos aislados tomados fragmentariamente, sino también a los datos que nos proporcionan una visión completa y contextual del conflicto existente cuando se producen las manifestaciones inculpativas de la madre.

Para cerciorarnos de la verdad de los hechos no se puede prescindir del contexto en que se producen y del conflicto subyacente que pueden explicar en algunos casos las razones de la denuncia y que, en otros, son un factor complementario que necesariamente debe valorar la Sala sentenciadora. En el proceso valorativo no se encuentra ni la mínima referencia a los datos esgrimidos por el acusado en el momento crucial del juicio oral que explicaría de forma creemos que satisfactoriamente la apertura por lo menos de un proceso de duda o sospecha de parcialidad que necesariamente tenía que haber llevado a una decisión absolutoria o por lo menos a una explicación razonada de por qué no se tienen en cuenta estos factores de exculpación y de descargo positivo que no puede olvidar un órgano juzgador.

En el uso de nuestra facultad de revisar el proceso lógico racional seguido para llegar a una

decisión determinada no podemos eludir nuestra responsabilidad y encerrarnos en criterios formalistas y superados de la sagrada intangibilidad de la valoración probatoria basada en la conciencia de los juzgadores. El sistema democrático exige que la decisión se adopte a través de un continuo debate contradictorio y de un diálogo interno entre los diversos factores contrapuestos que deben ser justificadamente seleccionados y priorizados. Esta labor

no se ha llevado a cabo en su integridad y por ello estimamos que, en virtud de los elementos de descargo facilitados y del entorno temporal personal y familiar en que se denuncian los hechos, existe una duda, más que razonable, sobre la veracidad de los hechos que se declaran probados.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

## SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

**No procede la aplicación del derecho español, ni siquiera de forma subsidiaria, a la separación personal de dos litigantes extranjeros, correspondiéndoles a éstos la alegación y prueba del derecho senegalés.**

AP CASTELLÓN, SEC. 2.<sup>a</sup>, SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María Cristina Doménech Garret

La jurisprudencia citada por la apelante no resulta estrictamente de aplicación al presente caso por cuanto todas y cada una de las Sentencias del Alto Tribunal invocadas (17 de julio de 2001, 5 de junio de 2000, 25 de enero de 1999 y 31 de diciembre de 1994) atienden a supuestos de índole patrimonial en los que interviniendo partes extranjeras resultan de aplicación –según el específico caso contemplado– los artículos 10 y 11 CC, mientras en el presente caso que plantea la cuestión referente a la ley aplicable respecto de las relaciones personales entre cónyuges, y más concretamente los casos como el presente de crisis matrimoniales, debe atenderse en virtud de la norma de remisión contenida en el artículo 9.2.2.º CC, a lo dispuesto en el artículo 107 CC, y en cuyos supuestos, sin perjuicio de cuanto seguidamente se dirá, en modo alguno resulta de aplicación el Derecho español aún de forma subsidiaria.

El artículo 107 CC, en su redacción dada por LO 11/2003, de 29 de septiembre, en su número 2 establece, con carácter general y en lo que aquí interesa, que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. No obstante el párrafo 2.º de dicho precepto determina, también en cuanto ahora interesa, que «en todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges ... resida habitualmente en España: b) si en la demanda presentada ante el tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro». Por lo tanto, conforme a dicho precepto resultará aplicable a la separación (que es el caso) o el divorcio la ley española cuando cumulativamente concurren dos requisitos: primero, que uno de los cónyuges resida habitualmente en España; y segundo, que la separación (o el divorcio) se pida por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

En el caso contemplado no hay duda de que la primera exigencia queda cumplida por cuanto, habiendo sido presentada la demanda en fecha 20 de febrero de 2004, ambos cónyuges litigantes tienen su residencia habitual en España desde al menos el año 1996 en que tuvo lugar, en Las Palmas de Gran Canaria, el nacimiento del tercero de los hijos del matrimonio, habiendo nacido en Castellón, respectivamente, en los años 1998 y 2001 la cuarta y el quinto hijo de los cónyuges litigantes, residiendo éstos en esta ciudad desde, al menos, el 20 de marzo de 1998, fecha en que suscribieron contrato de alquiler de la que constituyó vivienda conyugal.

Por el contrario, se debe concluir que no concurre el segundo de los requisitos exigibles por cuanto el artículo 107.2.2.ºb) exige que en la demanda presentada ante tribunal español se pida la separación (o de divorcio) por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, lo que sin duda alguna alude a los supuestos contemplados en el artículo 777 LEC, siendo que en el presente caso la separación ha seguido los cauces del proceso contencioso conforme a lo previsto en el artículo 770 LEC.

De este modo, aunque cada uno de los cónyuges aquí litigantes, en sus respectivos escritos de demanda y contestación, como también ahora en sus escritos de apelación e impugnación, hayan pedido que se declare la separación personal –aunque también por distintos motivos–, siguiendo una interpretación literal estricta del citado precepto, el pronunciamiento combatido tanto por la apelante como por el impugnante debe ser confirmado, al no concurrir las exigencias requeridas para la aplicación del Derecho español en la separación personal de los litigantes extranjeros, y habida cuenta la falta de prueba y aún de alegación del Derecho senegalés aplicable a la materia. Por lo

demás, el artículo 281.2 LEC que la apelante estima infringido, constituye una norma meramente potestativa de modo que si bien permite al juzgador averiguar por todos los medios que estime necesarios el Derecho extranjero aplicable, no le obliga a ello, siendo que la carga de la prueba del mismo conforme al mismo precepto incumbe imperativamente a las partes.

Finalmente y al hilo de las argumentaciones de la apelante, considera el Tribunal que no se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva toda vez que no existe obstáculo alguno para que los litigantes puedan plantear nueva demanda de separación alegando y probando su ley nacional o bien cumpliendo la exigencia cuya ausencia motiva ahora la desestimación de la demanda.

## PATRIA POTESTAD

**Es ajustada la decisión de privar al padre de la patria potestad al constatarse indicios de riesgo de abuso sexual por parte de aquél.**

**AP BARCELONA, SEC. 18.<sup>a</sup>, SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Blasa Noblejas Negrillo**

Partiendo pues, de que tanto el artículo 136 del Codi de Família, como el artículo 170 CC, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, deben ser objeto de interpretación restrictiva, su aplicabilidad, exige que en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma, debiéndose atender siempre a criterios relativos de concreta oportunidad, nunca objetivos o abstractos y siempre atendiendo al interés del menor en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados (artículos 39 CE y 154 CC). Por otra parte, tal privación será sin embargo, siempre temporal, como señala el artículo 170.2 CC, dado que podrá acordarse en el futuro la recuperación de dicho derecho-función, siempre en beneficio del menor y acreditada, por el cambio de conducta del progenitor privado de aquél, la desaparición de las causas que motivaron aquella resolución.

Sentado así que la privación o suspensión de la patria potestad ha de ser adoptada con suma cautela y siempre ante casos claros y realmente graves del incumplimiento de los deberes inherentes a la misma dado el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las limitaciones que le alcanzan, hemos de examinar si en el concreto supuesto enjuiciado es procedente o no la que se solicita.

Nos encontramos por un lado, con que el apelante fue condenado por Sentencia de 23 de

octubre de 2003, por un delito de maltrato en el ámbito familiar y por dos faltas de amenazas, condena por la que se le impuso la prohibición de acudir a la vivienda de la esposa y de acercarse a la misma a una distancia no inferior a 100 metros, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio personal o técnico durante tres años; se siguen diligencias previas por un presunto quebrantamiento de la prohibición, resultando así que a la presentación del escrito en que la actora comunicó tal circunstancia al juzgado, la misma se encontraba en una casa de acogimiento. Por otro lado, vemos del informe del SATAV que los menores sienten terror hacia su padre. Sobre Jon aparece que el padre ejerció violencia directa a nivel psicológico, humillándolo y despreciándolo habitualmente. Sufrió ataques de ansiedad ante la situación de violencia familiar y también en la casa de acogida ante la posibilidad de tener que volver con él. Estaba aterrorizado y necesita de tratamiento psiquiátrico. Enrique, si bien no sufrió tal violencia, sí la vivió en el ámbito ambiental, generándole nerviosismo, inestabilidad, fuerte temor y rabia. Por el CADM del Vallés Oriental se detectaron indicios de riesgo de abuso sexual por parte del padre. En estas circunstancias entendemos que la suspensión de la patria potestad acordada es plenamente acorde con lo expuesto, por lo que en este particular el recurso debe ser desestimado.

## PATRIA POTESTAD

**Procede privar al padre de la patria potestad de su hija puesto que ha hecho dejación de sus obligaciones como padre al incumplir las medidas que se fijaron judicialmente.**

**AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don José Alfredo Caballero Gea**

Como tiene señalado de forma reiterada el Tribunal Supremo en Sentencias de 23 de febrero de 1987, 24 de abril de 1990, 11 de octubre de 1991, 12 de julio de 1992, 20 de enero de 1993, 24 de junio de 1994, 18 de noviembre de 1996, 5 de marzo de 1998 y 24 de abril de 2000, entre otras, la patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 noviembre 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación; además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Judicial del Menor (artículo 2).

La patria potestad más que un poder, actualmente se configura, según decimos, como una función establecida en beneficio de los menores, que se reconoce a los progenitores y que está en función de la protección, educación y formación integral de los hijos cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial. Se concibe así como un derecho-deber o como un derecho- función (SSTS de 31 de diciembre de 1996 y 11 de octubre de 1991), que puede, en determinados casos, y por causa de esta concepción, restringirse o suspenderse, e incluso cabe privarse de la misma por ministerio de la ley.

La regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales prevenidas para los supuestos de separación, nulidad y divorcio, así como en la doctrina jurisprudencial emanada del TS, siendo de destacar al respecto la Sentencia de 9 de marzo de 1989, en la que se expresa que

«es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, la que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad» pronunciándose en análogo sentido la de 5 de octubre de 1987.

Asimismo, el sentido proteccionista hacia los menores de edad, se manifiesta con suma claridad en la Convención sobre el Derecho del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, en cuanto que su artículo 9, en relación con el 3, permite incluso a los Tribunales decretar la separación del niño de sus padres cuando, conforme a la Ley y procedimientos aplicables, tal separación sea necesaria, en el interés superior del niño.

Al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 11 de octubre de 2004, núm. 998/2004, Recurso casación 5226/2999, Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete, señala que, estado acreditado que el recurrente no ha visitado, ni se ha preocupado de su hija a lo largo de años, sólo cabe concluir que ha incumplido gravísimamente sus deberes familiares, lo que ha de conllevar la privación de la patria potestad y, con ello cualquier derecho de visita, sin perjuicio, por un lado, de mantenerse su obligación de pago de alimentos, y, por otro, de poder recuperar esa patria potestad en caso de desaparecer la causa que motivó su privación, es decir, si el padre cumple los deberes inherentes a la patria potestad, regulados y previstos en los artículo 154 y concordantes del Código Civil.

Por todo ello, estimamos que la Sentencia recurrida es conforme a Derecho al determinar que la patria potestad sobre la menor, se ejerza por la madre, que es sobre la que recae de hecho en la actualidad la responsabilidad de criarla y educarla, privando al padre y aquí recurrente, del ejercicio del mismo, no sólo porque ha hecho dejación de sus obligaciones como padre, sino, además, porque al menos por el momento, la no adopción de las medidas que ha adoptado la Ilma. Sra. Juzgadora de Primera Instancia, perjudicarían el desarrollo anímico de la niña.

## GUARDA Y CUSTODIA

**Atribución de la guarda y custodia al padre que es quien, desde que la madre abandonó la vivienda familiar, se ha ocupado de los hijos, sin que se haya acreditado que aquel abandono se debió a la existencia de malos tratos.**

**AP GRANADA, SEC. 3.<sup>a</sup>, SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don José Requena Paredes**

Procede con desestimación del recurso confirmar la sentencia de instancia que decretó la separación matrimonial de los esposos con los demás pronunciamientos personales y económicos inherentes a esta decisión que se recurre por la esposa exclusivamente en lo atinente al régimen de guarda y custodia de los hijos comunes menores de edad cuyas funciones se atribuyeron al padre y consecuentemente la alteración en orden al obligado al pago de la pensión alimenticia a favor de los niños.

Los motivos que hace valer la recurrente en su discurso impugnatorio a la sentencia no resultan atendibles. La atribución al padre de la guarda y custodia lo fue en orden a acomodar a esta situación jurídica la situación fáctica preexistente una vez que la madre repentinamente abandonó el domicilio familiar quedando los hijos al cuidado del padre y en ocasiones de la abuela materna, y en esta situación se mantuvo sin contacto alguno con ellos hasta el momento de dictarse las medidas provisionales que la sentencia luego ratificó. Durante este ínterin que se prolongó casi seis meses, el padre atendió de manera adecuada, afectiva y responsable a los menores dentro de un ámbito familiar favorable a su desarrollo e integración.

Frente a esta realidad contrastada documental y testificalmente la madre en su recurso insiste en que la decisión de salir del domicilio familiar sólo obedecía a la necesidad de huida ante la situación permanente de malos tratos hacia ella por parte del marido que hacía insostenible la convivencia en común. El alegato que ya se hizo valer sin éxito en la instancia y al que ninguna credibilidad otorgó la juzgadora *a quo*, vuelve a carecer del más mínimo refrendo probatorio. No existe corroboración objetiva, ni periférica ni presuntiva sobre esas imputaciones, la versión de lo ocurrido al tiempo de la salida del domicilio conyugal y en los meses anteriores que ofrecen ambos cónyuges difiere de manera poderosa e irreconciliable. La abuela materna desmiente las imputaciones de su hija, ahora apelante, que pocas por no decir ninguna explicación coherente dio de su reacción vital, pasando de manera inestable a convivir con distintas personas en dife-

rentes domicilios en ese intervalo hasta regresar finalmente al domicilio de su madre, renunciando al trabajo conseguido y preocupándose a partir del dictado de la sentencia y cuando están o pernoctan en casa de la abuela materna, de la atención y compañía de sus hijos que actualmente cuentan con cuatro y cinco años.

Así las cosas, el recurso que viene a plantear, en definitiva, el conflicto comprensible y humano en la pugna por la guarda y custodia de los hijos menores que, al igual que las demás funciones inherentes a la patria potestad, que aquí son compartidas por los dos progenitores, constituye en nuestro derecho positivo una función al servicio de los hijos que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres encaminados a prestarles asistencia de todo orden de forma que por mandato del artículo 39 de nuestra Constitución, desarrollando en la Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor y por los convenios internacionales, todas las medidas judiciales que se acuerden en el ámbito de las relaciones paterno-filiales deberán adoptarse teniendo en cuenta ante todo el interés superior del niño. (STS de 24 de abril de 2000).

Precisamente, en atención a todos estos antecedentes expuestos, desprovistos al tiempo de las medidas provisionales y luego de la sentencia recurrida, las relaciones materno-filiales de los necesarios vínculos de afectividad, responsabilidad y necesaria confianza en orden a lo más conveniente y beneficioso para los hijos una vez acontecida la ruptura matrimonial y provocado el distanciamiento de los esposos, la sentencia ratificó esa decisión de mantener al padre en la guarda y custodia de los hijos, en decisión que, necesariamente, ha de confirmarse en esta alzada al no concurrir ni alegarse razones que aconsejen en interés de los menores un cambio de situación ignorante la Sala de la evolución mantenida entre los cónyuges y de éstos con sus hijos desde el dictado de la sentencia que se remonta ya a nueve meses, y que de persistir las circunstancias de estabilidad emocional que ya hacía valer la apelante en su recurso habrá supuesto una armonización y normalidad en las relaciones

filiales de todo punto aconsejable hasta relegar a un segundo plano por la frecuencia de trato, visitas y acompañamiento, los efectos consustanciales a la privación de la guarda y custodia, cuya recuperación, que repetimos no hay razón ni mérito para

acordar, siempre podrá adoptarse de alterarse en perjuicio de los hijos las circunstancias tenidas en cuenta como preexistentes al momento de la separación conyugal en los términos que autoriza el actual artículo 158 del Código Civil.

## GUARDA Y CUSTODIA

**No resulta aconsejable modificar el régimen de guarda y custodia atribuido al padre, puesto que fue la propia madre la que le cedió a aquél su desempeño, siendo indiferente que la madre haya estabilizado su vida y tenga nueva descendencia, ya que el menor está bien atendido por el padre.**

**AP BARCELONA, SEC. 18.<sup>a</sup>, SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Alavedra Farrando**

Debemos indicar que en la necesaria protección de los intereses de los menores, debe de atenderse a todas las circunstancias que permitan poder concluir una situación más favorable a los mismos, sin que la atribución a uno u otro de los progenitores, suponga ninguna merma de las cualidades del no custodio, pues lo que prima son los menores en el total ámbito de estudio, parental y social.

En el presente caso de las circunstancias que concurren, entendemos que debe de confirmarse la atribución de la guarda y custodia del hijo menor de edad, Roberto, nacido el día 14 de junio del 2000, al actor, padre del menor.

En este sentido, cabe tener en cuenta, que Roberto fruto de una convivencia de pareja de hecho entre los litigantes, desde finales de 1999 a finales de 2001, habiendo dejado tras la ruptura el padre el domicilio común y el hijo con su madre, en septiembre de 2002 el hijo pasó a vivir con su padre a petición de su madre, cuando contaba con dos años de edad, continuando dicha guarda con el padre, quien insta a tales efectos la presente demanda.

Durante dicho período en que ha convivido el menor con el padre, según resulta de la prueba practicada, ha sido atendido correctamente, de hecho no se alega, por no constar, que haya habido ninguna desatención para con el menor, siendo los argumentos esgrimidos por la apelante: que en realidad son la abuela y tía del menor quien lo cuidan, que la madre es la más indicada para ostentarla

dada la corta edad de Roberto, y, que tiene ella una relación estable con otro hombre con quien tiene una hija y, por ello, puede otorgar a Roberto un ambiente familiar.

Consideramos que dichos argumentos no justifican un cambio de la guarda y custodia, pues como reiteramos de la prueba practicada resulta que el padre ha sabido atender debidamente el menor. Si bien por el Juez de la instancia no se ha desarrollado suficientemente el análisis de la prueba practicada, que alega la apelante, entendemos que su mayor desarrollo no varía la conclusión que arriba. Y, en este sentido no debe desconocerse que por el padre se ha desarrollado una extensa prueba testifical en apoyo de sus tesis, mientras que la de la madre se ha limitado a su pareja sentimental. Y, consideramos que no resulta necesario la transcripción de toda la prueba testifical pues en determinadas cuestiones se trata de situaciones pasadas que no tienen por qué reproducirse, pero dada la argumentación del recurso, y en aras a dar respuesta en la presente, pasamos a reproducir en parte.

La testifical de la directora y profesora de la guardería, aún cuando se alegue por la apelante que no es psicóloga, ello no hace desmerecer su testimonio, pues ha tenido un trato directo con Roberto, y declara que se veía que cuando estaba con el padre se hallaba mejor, se veía por el carácter del niño (1 h. 32. m DVD), que cuando el niño estaba en la guardería la madre nunca se interesó por el centro. Y, se ratifica en su informe en que

constata la evolución favorable del niño desde que se encuentra con su padre («Des de ja fa temps se'l veu feliç, alegre confiat, amb ganes de compartir coses i viure noves experiències»).

En la testifical del pediatra en medidas provisionales, quien ha sido siempre el pediatra del menor, y por tanto, conoce la situación existente, señalando que el niño no tiene ningún problema, y explica el apunte de «Problema social de bienestar» que refiere de riesgo bajo, y que consta por la situación de la madre, de madre muy joven, los antecedentes personales de la madre de antes, que había estado en un centro de acogida de joven, y que ello hay que vigilarlo siempre de cerca; es decir, apunte referido a la madre, que no al padre del menor.

En la testifical de don Lorenzo, propietario y vecino del piso que tuvieron alquilada la vivienda los progenitores, y donde posteriormente se quedó la madre con el niño y pasó a vivir su pareja sentimental, constata que cuando estaban ambos progenitores no había ningún problema, pero tras irse el actor, se produjeron problemas de insalubridad, ruidos (1h. 21m. DVD), resolviéndose el contrato por impago de las rentas e insalubridad (reconociendo las fotografías aportadas en prueba de la misma).

En la testifical de doña María Inmaculada, que fue amiga de ambos progenitores, si bien se ha distanciado de la apelante, declara que no veía a la apelante entusiasmada con el niño, la veía pasiva. Mientras que ve al padre con entusiasmo, con responsabilidad para con el niño (1h. 48m. DVD).

En las testificales del primo del actor, con quien convive en un piso de alquiler, y la testifical del propietario actual de la vivienda y vecino del actor, relatan la relación muy buena del padre con el hijo.

En definitiva, de dichas testificales se constata un correcto ejercicio de la guarda por el padre.

Si bien es cierto, y reconocido por el padre, que la abuela o la tía recogen al menor a la salida de la escuela, ello no significa que sea la abuela quien cuida al menor, pues ello se debe, según resulta del juicio, por motivos de la jornada laboral del padre, situación ordinaria que se produce en numerosas ocasiones en dicha labor de los abuelos, que por otro lado, permite la necesaria relación de los menores con los mismos. Y, al concluir la jornada laboral, sobre las 20 horas, lo recoge el padre, y se van a su piso. Dicha situación de recogida del

menor de la escuela, que se reitera en el recurso, no entendemos tenga los efectos que se pretende, pues no cabe extraer de ello la consecuencia que es la abuela quien cuida el menor, quien vive con su padre, en su casa, distinta de la abuela; por lo que debe de rechazarse dicha argumentación del recurso.

Igualmente debe rechazarse la argumentación de que la madre por la corta edad de Roberto es quien debe cuidar del mismo, pues no debe desconocerse, que la propia madre, cuando el niño era aún más pequeño, consideró que el padre podía cuidar perfectamente al menor, dejándolo a su cuidado, por razón de que ella no estaba estabilizada, según declara en juicio. Por lo que si consideró apto al padre cuando el niño era más pequeño, igualmente debe entenderse ahora.

Se argumenta el núcleo familiar estable de la apelante con su actual pareja y la niña recién nacida, si bien ello es cierto, tampoco puede ser fundamento de un cambio de guarda, cuando de las testificales resulta que el niño se halla bien atendido por el padre, quien también puede formar dicho núcleo familiar, sin que ello conlleve ir variando la guarda en atención a las parejas estables que pudieren tener.

Finalmente resta señalar que dicha atribución del menor con el padre, no supone que la apelante no sea una buena madre, es decir, no debe hacerse dicha dicotomía que se desarrolla en el recurso, pues de igual modo si se atribuyera a la madre tampoco hablaríamos de que el actor es un mal padre, cabe y es necesario que ambos sean buenos progenitores, si bien derivado de la ruptura de la pareja ha surgido la tesitura de otorgar la guarda a uno u otro, lo que no convierte al no custodio en mal progenitor, sino que por las circunstancias concurrentes aparece más aconsejable mantener la guarda en el padre, dado que siendo menor Roberto, la propia madre cedió al mismo su guarda, y el padre ha desempeñado su función de forma correcta, que no parece deba modificarse. Y, en cuanto a la relación de Roberto con la hija concebida con la actual pareja, nada impide que puedan relacionarse igualmente, no obstante no convivir en la misma vivienda, lo que necesariamente pasa por una buena relación entre los adultos, en quienes recae la responsabilidad de aceptar las situaciones creadas, y alejarse de posiciones conflictivas, que en nada benefician a los menores, ni a ellos mismos. Por lo que debe de proceder desestimar el recurso deducido.

## GUARDA Y CUSTODIA

**Procede atribuir la guarda y custodia del hijo menor a la madre, mientras que la del otro se atribuye al padre, ya que ésta es la situación existente en la actualidad.**

**AP ÁVILA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilma. Sra. doña María Carmen Molina Mansilla**

La controversia litigiosa en esta alzada queda centrada en los efectos complementarios que la separación matrimonial conlleva, pero el que constituye el núcleo esencial de su apelación sobre el que giran los restantes, no es otro que el de la atribución de la guarda y custodia de los hijos comunes José y Federico a la madre, que por Sentencia se otorgó en favor del padre, hoy apelado.

Para ello debemos partir de lo que la regulación nacional e internacional preceptúan con respecto al interés, que se resuelve en base a la preservación del interés preponderante en conflicto o *favor filii* ex artículo 39 CE y artículos 92.2, 96 y 103, entre otros CC, resultando ser el de los menores implicados. Así, el reconocimiento del derecho del niño a que crezca y sea educado en el seno de la familia natural, es sancionado en el ámbito incluso del Derecho Internacional que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, así la Declaración General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, dispone expresamente en el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, que los Estados partes velarán porque el niño no se vea separado de sus padres contra la voluntad de éstos (...). Y el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño advierte de la necesidad de adoptar cuantas medidas sean precisas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico, o mental, descuido o trato negligente. Además de que el artículo 9.3 de la Convención expresa que, los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Todo lo anterior debe ser materializado y llevado a la realidad, además, conforme al material obrante en las presentes actuaciones, se evidencia que las informaciones vertidas sobre la madre, en absoluto contribuyen a que, sobre todo el hijo mayor José, tenga una imagen positiva de ella, al haberse constatado la falta de cariño, los insultos que el menor dirige contra su madre y, en oca-

siones, las agresiones que lleva a cabo, teniendo su origen como aseveró el Perito Psicólogo que depuso en la segunda instancia que, eran fruto de la necesidad de culparla de la ruptura matrimonial, siendo evidente que la convivencia con ella no es posible inicialmente, pues es completo su rechazo, la desvalorización y la ansiedad que impide aprender a respetarla, por lo que se habrá de mantener la medida de custodia del hijo mayor, pues en estos momentos José se encuentra estabilizado viviendo con su padre que igualmente está capacitado para atenderle y el Psicólogo desaconseja un cambio de guarda y custodia que razonablemente no parece que sea beneficioso en la actual situación.

Sin embargo, cosa distinta acontece con el menor Federico de seis años, que debido a su corta edad, admite que quiere por igual a su padre y a su madre, y según el informe pericial de 28 de diciembre de 2004, éste presenta un fuerte apego a la madre, y de no volver con ella, se verá deteriorada su personalidad en el futuro, la cual se encuentra formándose actualmente, siendo evidente que un niño de tan corta edad debe estar bajo la guarda y custodia de la madre; siendo una solución loable el que la madre, al tener residencia en el mismo pueblo en que la tienen los menores, y al haberse constituido un régimen de visitas elástico en que los hermanos se pueden ver todos los días en horario lectivo desde las 13 a 15 horas, pues acuden al mismo colegio y comen en casa de la madre, se hace evidente que el interés más preponderante entre ellos, es el del menor de seis años, además de que según el Perito Psicólogo, si se separa a los hermanos no se les causará daño, pues es la solución menos mala y ello contribuiría a suavizar el sentimiento del mayor con respecto a su madre; postura esta también avalada por el Ministerio Fiscal en la alzada. Por lo que no se puede desconocer la fuerza de la relación materno-filial y es en la infancia donde se refuerzan esos lazos, debiendo reconocer a la madre el derecho a disfrutar de la compañía de su hijo Federico, de verle crecer y desarrollarse, compartir sus inquietudes y disfrutar de sus alegrías, máxime cuando ninguna razón objetiva existe para impedir la normalidad de la relación,

habiéndose constatado en los últimos tiempos que en este íterin ha subvenido en el cuidado de los menores la abuela materna de avanzada edad, que nunca podrá sustituir a la propia madre existiendo ésta, que obviamente habrá de recoger al finalizar la jornada escolar a su hijo Federico para tenerlo

en su compañía y con ello ejercitar su derecho de guarda y custodia.

Por todo ello, el motivo ha de ser parcialmente estimado, concediendo la guarda y custodia del hijo menor Federico a la madre recurrente en la alzada.

## GUARDA Y CUSTODIA

**No ha lugar a la modificación del régimen de guarda y custodia, dadas las nulas capacidades del padre para atender a la menor (carece de autonomía personal y necesita el apoyo de su familia), lo que no impide que la madre tenga que facilitar e impulsar las relaciones de la niña con su padre que hasta ahora ha obstaculizado de manera sistemática.**

**AP BURGOS, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilma. Sra. doña Arabela Carmen García Espina**

Debe recordarse, con carácter previo, que en cualquier medida que se adopte en relación a los hijos el interés que debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres, es el de los menores. Así resulta de toda la normativa aplicable, tanto nacional como internacional; así en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en cuyo Preámbulo se señala que la Humanidad debe al Niño lo mejor que pueda darle, así resulta del artículo 39 de la Constitución Española; de diversos preceptos del Código Civil, (artículos 92, 93, 94, 103, 154, 158 y 170) y de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que expresamente dispone como superior el interés del menor frente a todo interés legítimo concurrente.

El artículo 776.3.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone: «El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas», en el que se fundamenta básicamente la pretensión de cambio de guarda y custodia por la parte actora apelante, el padre don Mauricio, no establece, de modo automático e imperativo, el cambio de custodia ante el incumplimiento por el progenitor guardador del régimen de visitas, sino que abre al efecto una mera posibilidad («podrá» dice el precepto), debiendo procederse al cambio de entorno convivencial cotidiano del menor, sólo si tal medida resulta lo más beneficioso para el menor una vez valorado no sólo el incumplien-

to del régimen de visitas alegado, sino todos los demás factores concurrentes.

En el caso de autos ha quedado acreditada una conducta de la madre renuente al cumplimiento del régimen de visitas establecido a favor del padre desde finales de mayo, julio y agosto de 2003; pues no hizo entrega de la niña al padre cuando éste acudió a buscarla al domicilio de la madre, tanto el fin de semana del 23 de mayo de 2003, como el 10 de julio del mismo año no habiendo hecho entrega de la menor tampoco el 1 de agosto para el disfrute del mes de estancia con el padre previsto para las vacaciones de verano, que no cabe excusar en la negativa de la niña, pues es responsabilidad también al progenitor custodio no sólo facilitar y favorecer la comunicación con el progenitor no conviviente con la menor, sino impulsar en ésta el ánimo y disposición a esa comunicación, siempre que no responda a circunstancias objetivas que lo pueda justificar, lo que no es el caso.

Tanto antes de los citados incumplimientos, como después a partir de septiembre de 2004 las comunicaciones entre el padre y la hija han sido las estipuladas, hasta mediados de enero de 2004, en que los dos fines de semana que correspondía al padre la estancia con la menor, 16, 17 y 18 de enero de 2004 y 29, 30 de enero y 1 de febrero, ésta no le fue entregada por su madre y si bien, consta que no acudió al Colegio los viernes 16 y 29 de enero y que la madre avisó telefónicamente que la niña no acudía por estar enferma, tanta coincidencia hace sospechar una cierta voluntad obstruccionista a la comunicación entre padre e hija.

Ahora bien, si tenemos en cuenta, que a partir de esta fecha el régimen de visitas se ha cumplido con normalidad, pues aunque en el escrito de apelación se hace constar que todos los fines de semana existentes hasta la fecha del juicio, el 18 de marzo de 2004, que correspondía al padre estar con su hija, la madre impidió la visita, tal circunstancia se contradice con la afirmación de la abuela paterna Ana María, madre del actor, que en el acto del juicio manifestó que en febrero y marzo de 2004 ha ido con su hijo a Pamplona a ver a la niña y ninguna alegación se hace en el escrito de apelación, que lleva fecha de 18 de octubre de 2004, de incumplimiento alguno posterior. Los incumplimientos acreditados, limitados a un período concreto, aproximadamente el verano de 2003, carecen de entidad suficiente por sí solo para justificar la modificación instada, sin que las restantes circunstancias en que se desenvuelve la vida de la menor permita evaluar como beneficiosa para la menor la alteración de la guarda y custodia, como a continuación se expondrá.

Alega la parte apelante que además de los incumplimientos por la madre se denuncia en la demanda la gran incidencia que para la menor tiene ese actuar derivado de la situación de riesgo en que se obliga a la menor a desenvolverse.

Es cierto que la psicóloga doña Cecilia que intervino en la redacción del informe psicosocial practicado en las actuaciones, evaluó como de riesgo la situación de la menor, valoración que se apoyaba en la consideración de que doña Gema, la madre de Guadalupe, se encontraba desbordada por la situación en que vive, sin apoyos sociales y familiares, ocupando una vivienda en situación irregular pudiendo ser desalojada en cualquier momento, así como del hecho de que el otro hijo de Gema, Gustavo, de 14 años, que como consecuencia de un proceso degenerativo de una enfermedad que padece informa terminará perdiendo la visión, asumía excesivas responsabilidades en el cuidado de su hermana, asumiendo competencias que no le correspondían.

Si tenemos en cuenta que, no obstante, la misma psicóloga, en el informe que emite hace constar que según informa la profesora de la menor Guadalupe, el desarrollo y aprendizaje de la menor es el adecuado para su edad; que en el informe psicológico no se hace constar carencia alguna de la menor; que, no obstante, la actuación de la madre en relación a las visitas al padre, según resulta de las declaraciones de la madre del actor y de sus hermanos, así como del propio informe psi-

cosocial, la niña mantiene buena relación afectiva con la familia paterna, lo que también se infiere del acto de la exploración de la menor por el Juzgador de Primera Instancia; que doña Gema, la madre de la menor, dispone de trabajo en el Ayuntamiento de Pamplona, igualmente goza de vivienda con carácter de estabilidad, circunstancias objetivamente mejores que las consideradas por la psicóloga, lo que sin duda le permitirán afrontar con más serenidad su realidad vital, teniendo en cuenta la buena relación afectiva que la menor mantiene con su hermano Gustavo, lo que la psicóloga ha reconocido en el acto del juicio, con el que siempre ha convivido; convivencia de los hermanos que se evaluó como positiva para la menor en el informe pericial psicológico emitido en el proceso de divorcio según resulta de la Sentencia cuyas medidas se pretenden modificar ahora; que aunque es cierto que la psicóloga indica que está asumiendo competencias que no le corresponden, es lo cierto que no indica ni en su informe ni en el acto de juicio, a qué supuestos de hecho refiere tal afirmación, resultando del acto de la exploración, que a veces lleva a su hermana a la piscina, o le recoge del colegio, que juega mucho con ella, actuaciones que no son sino indicativas de ayuda y colaboración entre los miembros del grupo familiar; y, que, por otra parte, según indica la psicóloga informante, el padre carece de autonomía personal, que sus aptitudes paternofiliales no son adecuadas, que necesariamente tendría que apoyarse en su madre, hasta el punto de que en el informe psicosocial, se evalúa como mejor opción no la atribución de la guarda y custodia al padre, en lugar de a la madre, sino a la «familia de don Mauricio»; atendiendo fundamentalmente, a que el desarrollo psicosocial de la menor es el adecuado para una niña de su edad, que siempre ha convivido con su madre y con su hermano, que la situación de la madre es objetivamente mejor que la existente cuando fue evaluada la situación por la psicóloga, pues dispone de trabajo y vivienda con carácter estable; desde el punto de vista del interés y beneficio de la menor, no resulta justificado el cambio de guarda y custodia, que además supondría cambio de localidad de residencia. Todo ello sin perjuicio de la obligación de la madre, en atención al interés de su hija, de favorecer, facilitar e impulsar las relaciones de la niña con su padre y familia paterna, comenzando con el cumplimiento escrupuloso del régimen de visitas.

## GUARDA Y CUSTODIA

No ha lugar a modificar el régimen de guarda y custodia puesto que no consta que el hecho de que el hijo permanezca en la guardería hasta las 14,30 horas y que incluso coma en ella, sea perjudicial para su formación.

**AP LUGO, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilma. Sra. doña María Luisa Sandar Picado**

Recurren ambas partes en conflicto la Sentencia de instancia, siendo el primero de los puntos la guarda y custodia del menor que se atribuye en la Sentencia impugnada a la madre y el padre considera que ha de ser modificado tal extremo. Argumenta para sostener su pretensión que el menor permanece en la guardería hasta las 14,30 horas aproximadamente, lo que podría evitarse en el supuesto de que viviese en su compañía puesto que podría su familia hacerse cargo del niño por las mañanas e incluso podría comer varios días con el menor.

Tal argumento a la vista del horario laboral del padre se advierte inconsistente, máxime cuando la madre tiene tan sólo horario de mañana por lo que todas las tardes estaría con su hijo. Tampoco se advierte como perjudicial a los intereses del menor el que el mismo acuda a una guardería e incluso coma en ella, ya que es preciso que los niños se preparen para la etapa escolar en donde habrán de relacionarse con otros niños de edad y permanecerán muchas horas en los centros de enseñanza. En consecuencia la Sala no estima que concurren circunstancias que aconsejen la modificación de la medida adoptada.

## RÉGIMEN DE VISITAS

No procede establecer régimen de visitas alguno dado que consta en el informe del SATAV que los menores se encontraban muy atemorizados, negándose a ver al padre y más ante el hecho de tener que verse solos con él.

**AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Blasa Noblejas Negrillo**

En cuanto al segundo motivo de impugnación, diremos que el llamado *ius visitandi*, regulado en los artículos 94 CC y 135 CF, al venir configurado no como un propio y verdadero derecho del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores dirigido a satisfacer sus deseos, sino como un complejo derecho deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y adecuacionales de los hijos en aras de un desarrollo integral y equilibrado de los mismos, resulta claro que podrá limitarse o suspenderse si se diesen graves circunstancias que así lo aconsejaran o se incumpliesen grave o reiteradamente los deberes impuestos por una resolución judicial.

En el supuesto de autos, visto lo arriba mencionado, así como del mismo informe del SATAV practicado por profesionales técnicos en la materia sobre los que no pesa sospecha alguna sobre su imparcialidad, según el cual, en las visitas los menores se encontraban muy atemorizados, negándose a ver al padre y más ante el hecho de tener que verse solos con él; que Jon sufría crisis de ansiedad con solo pensarlo, en tanto Enrique, lleno de rabia verbalizaba que si le obligaran se tiraría al metro, y concluía que las visitas suponen un riesgo para la integridad física y psíquica de los mismos, son todas ellas circunstancias que nuevamente nos llevan a denegar expresamente las visitas que se solicitan, por lo que debemos desestimar el recurso que se examina.

## RÉGIMEN DE VISITAS

**Se mantiene el régimen de visitas si bien se deja a la decisión del hijo el pernoctar o no con su padre, ya que el padre convive actualmente con una nueva pareja con hijos y el menor tiene problemas de incontinencia urinaria.**

**AP JAÉN, SEC. 3.ª, AUTO DE 5 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilma. Sra. doña María Lourdes Molina Romero**

No ocurre lo propio con el régimen de visitas, al considerar ajustado el de la Sentencia de Instancia.

El artículo 94 del Código Civil regula el derecho de visitas que tiene el progenitor respecto a los hijos que no estén en su compañía. Partimos de la consideración de que ese derecho no es condicionado en su ejercicio sino subordinado al interés y beneficio del hijo (Sentencia del TS de 21 de julio de 1993).

El Convenio regulador regulaba pormenorizadamente el régimen de visitas, fijando los fines de semana alternos y el período vacacional. La recurrente pretende un régimen abierto, de modo que sea el menor quien lo determine, habida cuenta la edad, y los problemas de relación con el padre y de incontinencia urinaria que padece.

El Informe Psicológico de la Sra. Alejandra aconsejaba ese régimen, debido al significativo grado de ansiedad, reflejado en un trastorno obsesivo-compulsivo motivado fundamentalmente porque la relación afectiva paterno-filial no era satisfactoria para el menor, creando sentimientos de angustia, inseguridad y malestar. En el Juicio oral la psicóloga ratificó su Informe e indicó que el niño era lo suficientemente maduro como para decidir sobre esas visitas.

Pues bien, el demandado reconoció que había tenido problemas con su hijo, pero las tensiones y discusiones las achacó a la crisis matrimonial, aunque hizo mención a un incidente que se produjo en vacaciones por la incontinencia urinaria del menor.

De todos modos el niño dijo en su exploración que quería ver a su padre, aunque no dormir fuera de casa porque aquél tenía una nueva pareja con hijos y le daba vergüenza su incontinencia urinaria.

A la vista de lo expuesto, no consideramos oportuno que el menor decida todavía cuándo y cómo ha de comunicarse con su padre, pues no se olvide que también a éste le asiste el derecho de relacionarse con el hijo y no se ha probado que esta relación perjudique su desarrollo, con las matizaciones que ahora concurren.

Por ello consideramos acertado el criterio del Juzgador de Instancia, dejando a voluntad del niño únicamente la decisión de dormir o no en casa del padre. Téngase en cuenta que también el menor ha de tener contacto con su nuevo hermano y que será beneficioso para él estrechar los lazos emocionales que le vinculan con su progenitor de una manera estable.

## RÉGIMEN DE VISITAS

**Las relaciones entre abuelos y nietos no pueden tener la misma extensión que las paterno-filiales.**

**AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández**

El primer motivo de recurso deducido, como hemos visto afecta al régimen de visitas a desarrollar en el período vacacional de verano, y dicho motivo de recurso no puede ser estimado, al ser

correcta y ajustada al ordenamiento jurídico la resolución recurrida, así como respetuosa con el *bonum filii*, y acorde al criterio reiteradamente mantenido por esta Sala al respecto, en cuanto

venimos sosteniendo que las relaciones que hoy son objeto de controversia, entre abuelos y nietos, no pueden en principio tener semejante extensión a las paterno-filiales, debiendo prevalecer los derechos de los padres sobre los de otros parientes en períodos vacacionales como el que nos ocupa, donde puede requerirse una mayor atención en tiempo y en intensidad a los menores, aún no ignorándose totalmente el derecho de aquellos parientes, desde luego no es equiparable al de los padres en reparto igualatorio o proporcional al tiempo de ocio.

A mayor abundamiento, en el presente caso, donde la Juez *a quo*, gozando de una total y absoluta

inmediación, aludió en la fundamentación jurídica de la sentencia disidente, a una posible influencia perturbadora por parte de la actora hacia los menores, a raíz de comentarios pasados referentes al fallecimiento de la madre de éstos, no viene informado, ni se infiere de medio probatorio alguno practicado a instancia de la recurrente, beneficio que a los nietos suponga la semana vacacional que se pretende, lo que nos conduce a desestimar este motivo de recurso, con confirmación de la resolución apelada, que hace prevalecer el interés de los menores frente al de la recurrente.

## RÉGIMEN DE VISITAS

Considerando la situación actual de la menor que este año se encuentra en Inglaterra conviviendo con su padre y realizando el curso académico en ese país, su edad (casi 16 años) y las diferencias y enfrentamientos con su madre, no parece oportuno imponer un determinado régimen de visitas ya que supondría mayores perjuicios para la relación materno-filial.

### AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Rosalía Mercedes Fernández Ayala

Régimen de visitas.— Para resolver adecuadamente las cuestiones que en esta alzada se plantean debe partirse, como reiteradamente ha venido recordando esta Sala en anteriores resoluciones, del beneficio e interés del menor que en todo caso debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluso el de sus padres, como auténtica pauta de conducta inamovible contenida en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 (ratificado por España y publicado en el BOE de 31 de diciembre de 1990), cuyo Preámbulo señala que la Humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle; principio que en el mismo sentido se encuentra recogido tanto en la Constitución Española (artículo 39) como en el Código Civil (artículos 90, 92, 93, 94, 103, 154, 158 y 170) y en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, por ser los menores los miembros de la familia más necesitados de protección.

Ha de tenerse en cuenta además que la separación o ruptura de una pareja no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos y que, en particular, el llamado derecho de visita regulado en los artículos 94, 160 y 161 del Código Civil, se con-

cibe en nuestro ordenamiento jurídico como una función o derecho-deber que ha de ser ejercitado atendiendo a ese interés superior de los hijos, siendo su finalidad primordial proteger y fomentar la relación humana y afectiva entre los menores y sus más cercanos o allegados, procurándoles así la formación y el desarrollo integral que su personalidad necesita. La función tuitiva del derecho de visita, en beneficio de la formación e integración familiar y social del menor, ha sido también destacada por la jurisprudencia, que reconoce al Juez amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación «más conveniente al menor» en cada caso y momento concreto, sin carácter definitivo (SSTS de 22 de mayo de 1993 y 17 de septiembre de 1996).

A la luz de la doctrina expuesta, debe notarse que las circunstancias alegadas por la recurrente han sido consideradas en la instancia; la decisión adoptada por el juez *a quo* en esta litis se muestra correcta y acorde con el criterio que viene manteniendo esta propia Sala cuando de menores próximos a la mayoría de edad se trata, más cuando durante años no se ha interesado el establecimiento de régimen de visitas alguno. Considerando la situación actual de la menor

Irene Alejandra que este año se encuentra en Inglaterra conviviendo con su padre y realizando el curso académico en ese país, su edad (casi 16 años) y las circunstancias que motivaron este hecho, incluso las diferencias y enfrentamientos con su madre, no parece oportuno imponer un determinado régimen de visitas que supondría mayores perjuicios para la relación materno-filial, pues la hija interpretaría como una mera obligación lo que en todo caso debe ser algo normal y beneficioso para ella: la relación fluida con su madre. Ciertamente resulta harto difícil en casos

como el presente llegar a una solución justa y, desde luego, los padres deben aunar esfuerzos por el bien de su hija para que la relación afectiva no se rompa ni se deteriore con respecto a ninguno de ellos; son los adultos los que deben de mutuo acuerdo tomar decisiones y no los menores de edad, por lo que en lo sucesivo ambos progenitores deberán procurar ese acuerdo sin colocar a su hija en situaciones de tensión y conflictivas indeseadas y, en concreto, el padre custodio deberá fomentar la relación de la niña con su madre y no apartarla afectivamente de ella.

## RÉGIMEN DE VISITAS

**Aplicación del Convenio de La Haya de 1980 para la fijación de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, acordándose que las visitas se lleven a cabo siempre en España durante el período vacacional sin pernocta, dada la tensión emocional del menor.**

**AP MADRID, SEC. 24.<sup>a</sup>, SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilma. Sra. doña María José de la Vega Llanes**

El Convenio de La Haya de 1980, sobre sustracción internacional de menores en su artículo 1 apartado b) establece expresamente que la finalidad del Convenio será la de velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes, precepto que es interpretado restrictivamente por la resolución de instancia en el sentido de que debe quedar limitada la pretensión a adoptar las medidas oportunas para la efectividad del régimen de visita establecido en la Sentencia dictada por el Tribunal de Origen.

Tal criterio es recurrido por el Abogado del Estado quien interesa una interpretación extensiva al amparo del artículo 21 del referido Convenio en el que se prevé la posibilidad de presentar una demanda, que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita, así como la obligación de cooperación entre las Autoridades Centrales a fin de asegurar el disfrute pacífico de los derechos de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que puede estar sometido el ejercicio de esos derechos. Este precepto se remite al artículo 7 del indicado Convenio en el que entre otras medidas propias para la consecución de sus fines se prevé en el apartado f) «Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con objeto de obtener la restitución del menor, y, en su caso permitir que se

regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita». En definitiva, tal interpretación extensiva se muestra además más acorde con la naturaleza de la cuestión que se analiza, que debe ser adoptada teniendo en cuenta el beneficio del menor por lo que serán los Tribunales donde éste reside quienes tendrán a su alcance un mejor conocimiento de las circunstancias que permitan conocer lo más aconsejable para el menor.

En definitiva, de su articulado es posible deducir que el ámbito de aplicación de dicho Convenio viene determinado por un lado para garantizar la restitución de menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante, pero también porque resulte efectivo el derecho de visitas, lo que en determinados casos exigirá la acomodación del mismo a la nueva situación devenida a partir de un cambio de residencia por parte de quien ostente la guarda y custodia del menor, criterio que también se desprende además de en los citados preceptos en el artículo 5 del Convenio apartado b) cuando dice, «El derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual».

Con base a lo expuesto y teniendo en cuenta por añadidura que la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el orden civil viene determinado en el artículo 22 LOPJ, es pre-

ciso tener en cuenta que el menor tiene ya su residencia en España en donde convive con la madre, y que consecuentemente las medidas relativas a las relaciones paterno-filial, deben ser adoptadas favorablemente por el Tribunal que tenga mejor proximidad y conexión territorial con el menor. En cualquier caso es aplicable la doctrina del T. Constitucional relativo al derecho fundamental a la tutela efectiva, en el sentido de que todos tienen derecho a que un Tribunal resuelva el fondo de las controversias, salvo que lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una ley, así como que la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio *pro actione* que, teniendo siempre presente la *ratio* de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo por meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales (STC de 13 de marzo de 2000 que cita las STC 126/1984, de 26 de

diciembre; 164/1986, de 17 de diciembre; 120/1993, de 19 de abril entre otras).

En meritos a la expuesto procede entrar a conocer del fondo del asunto y acordar las medidas oportunas para obtener una relación paterno-filial adaptada a la nueva situación de hecho y por ello procede, en atención a la documentación obrante en las actuaciones así como a los informes psicosociales, acordar un régimen de visitas, que de momento y ante el tiempo transcurrido sin relación paterno-filial y a ciertos problemas que se reflejan en una cierta tensión emocional del menor, y que están explicitadas en el informe psicosocial emitido por el equipo adscrito al Juzgado procede adoptar un régimen de visitas que se haga efectivo en España, respetando el entorno actual del menor, de modo que el padre acuda a visitar al menor durante un mes en el período vacacional de verano, sin pernoctar por el momento, sin perjuicio de que posteriormente se vaya ampliando a medida que se consolida la relación entre padre e hijo.

## RÉGIMEN DE VISITAS

**No procede que un tercero pueda recoger al menor, pues dada la edad del mismo y la situación de falta de convivencia entre los progenitores, que conlleva el desconocimiento de la familia extensa, debe ser el padre el que personalmente lo recoja y lo entregue.**

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Alavedra Farrando

En el recurso se refiere también a los demás aspectos concernientes a la forma en que han de llevarse a cabo las visitas, remitiéndose a las peticiones formuladas en la demanda.

Entendemos que quizás dicho aspecto adquiera mayor relevancia que el tratado en el fundamento de derecho anterior, pues conforme consta en las actuaciones, existe una situación de conflictividad en los días en que han de realizarse las visitas, que han conllevado las correspondientes denuncias, y terminado alguna de ellas con sentencia.

Ciertamente no llegamos a comprender cuando por ambos progenitores se reivindica los intereses de Gabriel, puedan desembocar en dicha conflictividad en el momento de las visitas, que necesariamente generan una situación negativa para Gabriel, en tener que vivir desde su infancia ello, y lo que aún puede generar mayor perplejidad por cuanto no ha existido convivencia entre los progenitores que haya podido desembocar en una

situación de conflicto, que sería igualmente reprochable. Por las letradas no se señalan culpables, ni tampoco por la Sala, pero lo cierto es que no puede comprenderse, cuando no constando que ambos progenitores provengan de familias desestructuradas, y resultando una educación en ambos, puedan llegar a dicha conflictividad gravemente perjudicial para Gabriel.

En definitiva, debe comprenderse que no se trata de la lucha por la posesión temporal de un bien, sino del necesario amor de los progenitores para con su hijo, y comprender que los intereses del menor están por encima de la relación que puedan tener los padres. En la sentencia de instancia se dice que no procede la entrega del menor en un punto de encuentro, que se peticionaba, en atención a que debe el niño vivir las visitas del padre dentro de un clima de normalidad; consideramos que ello sería lo deseable, más atendiendo a la documental unida en esta alzada, en los conflictos

surgidos, debe proceder establecer la entrega y recogida del niño en los servicios municipales del lugar donde resida la madre; ciertamente es una situación no deseable, pero la actitud de ambos progenitores conlleva la necesidad de adoptar esta medida, en interés de Gabriel, y esperemos en la concienciación de los padres de observar a que les lleva los gratuitos enfrentamientos, y puedan éstos desaparecer, y de común acuerdo observar una normalidad; como bien indica el Ministerio Fiscal sólo el acuerdo de los padres resulta beneficioso. Y, añadiríamos que dicha indicación del Ministerio Fiscal pasa necesariamente por una verdadera voluntad de ambos progenitores de velar por el interés de Gabriel, que aún es menor, y puede reconducirse la situación sin que recuerde dichos aspectos negativos de su infancia. Pero, también debe apuntarse que de continuar la dinámica actual, o agravarse la misma, no debe olvidarse que ello puede conllevar nuevas medidas,

en modificación del régimen de guarda, o intervención administrativa.

Lo que no procede es la petición de que pueda ser un tercero el que recoja al menor, pues debe tenerse en cuenta la edad del mismo, y la situación de falta de convivencia entre los progenitores, que conlleva el desconocimiento de la familia extensa, siendo que el régimen de vistas peticionado lo es para el padre, y por tanto, debe ser éste el que recoge y entregue al menor, además no debe olvidarse, que según declaró el padre, en la vista de las medidas cautelares, suele viajar quincenalmente a nivel europeo y semestralmente a nivel continental (m. 35' DVD), y lo que no puede pretender es que dicho régimen de visitas a su favor, cuando él se halla de viaje, lo sea con tercera persona; de ahí de nuevo cobra relevancia las palabras del Ministerio Fiscal de un acuerdo entre los padres, en que pueda preverse ello, que difícilmente puede determinarse en sentencia.

## RÉGIMEN DE VISITAS

**Teniendo en cuenta que los padres de la progenitora custodia tienen su domicilio en Gijón, donde reside el progenitor no custodio, se fija un régimen de recogida y entrega, una semana en Lugo (donde residen la madre y el menor) y otra semana en Gijón.**

**AP LUGO, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilma. Sra. doña María Luisa Sandar Picado**

El segundo de los puntos sobre los que se centra el recurso es el régimen de visitas, señalando la madre del menor que tal y como viene establecido en la Sentencia de instancia recae sobre ella el régimen de visitas del padre no custodio.

A la vista de las actuaciones, con constantes denuncias por incumplimiento del régimen de visitas, se advierte que el establecido en la Sentencia de instancia no es el adecuado, al menos atendido el clima de crispación que se advierte en la relación entre los dos progenitores. La Sala estima, al igual que la recurrente, que el régimen establecido carga indebidamente a la madre, y así, se considera como más adecuado el que el primer fin de semana del mes que corresponda al padre, el mismo ha de recoger a las 20,30 horas del viernes al menor en el domicilio de los padres de la esposa en Gijón, habiendo de reintegrarlo en el mismo domicilio a las 16,30 horas del domingo. Se mantiene con ciertas variaciones el régimen establecido en la Sentencia de instancia respecto a uno de los fines de semana del mes toda vez que la madre refiere que al menos uno acude

a Gijón, y se fija la entrega al inicio y conclusión del fin de semana en Gijón, a fin de evitar futuros enfrentamientos sobre una posible entrega en Lugo, ya que tal y como se advierte en autos tal extremo ha sido objeto ya de controversia.

El segundo de los fines de semana que corresponda al padre, éste habrá de recoger al menor en Lugo a las 10,30 horas de la mañana del sábado y reintegrarlo al mismo domicilio materno de Lugo el domingo a las 20 horas.

Obviamente tal régimen de visitas que se lleva a cabo de manera pormenorizada a fin de evitar conflictos entre los progenitores puede ser modificado en el supuesto de que los cónyuges, una vez normalizada la relación entre ellos, optaran por otro régimen más flexible, o incluso cuando el padre pudiese recoger al menor en la tarde del viernes, lo que hará saber una vez que pueda hacerlo de manera permanente a fin de modificar el día de entrega, pero que hoy en atención al horario que certifica la empresa para la cual presta sus servicios se advierte imposible.

## VIVIENDA FAMILIAR

**La atribución del uso del ajuar doméstico no va condicionado a que el mismo se utilice obligatoriamente en el domicilio familiar, pudiendo trasladarse al domicilio donde habiten los hijos.**

**AP TOLEDO, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilma. Sra. doña Gema Adoración Ocariz Azaustre**

La esposa impugnante Sra. Melisa formula su recurso en relación al particular de la sentencia de instancia por la que se le atribuye a la misma el uso del ajuar doméstico con la limitación de que lo sea «mientras ocupe la vivienda donde se encuentran actualmente los bienes», solicitando su atribución sin esta limitación y, por tanto, independientemente de la vivienda en que haya de residir con los hijos comunes bajo su custodia. El tenor literal de la sentencia reproduce prácticamente los términos del documento privado regulador de la separación de 17 de enero de 2002, ya citado, pero este acuerdo previo no ratificado judicialmente no puede tener tal relevancia a la hora de decidir sobre dicho particular porque consta contradicho por ambos cónyuges en el pleito, y así la esposa solicitó en su demanda la atribución del ajuar doméstico, sin dicha limitación, y el esposo en su contestación a la demanda y demanda reconventional solicitó la atribución del uso del ajuar al cónyuge con quien quedaran los hijos, sólo interesando como limitación que se repartieran aquellos bienes que no fueran estrictamente necesarios para la vida ordinaria de los hijos y la familia, precisión esta irrelevante a estos efectos dado que la atribución del uso del ajuar doméstico, conforme al artículo 96 del Código Civil, a lo que hace referencia concreta es a los bienes y enseres de uso ordinario de la familia, por lo que en dicha atribución, no ya porque lo pidiera el esposo sino por el propio concepto del artículo 96 citado, se han de entender excluidos aquellos bienes de los que aquél pedía reparto: los que no son de uso ordinario por no satisfacer las necesidades cotidianas de la familia en la vivienda. La sentencia de instancia establece la citada limitación genéricamente y en cuanto a lo que es el uso del ajuar doméstico conforme al artículo 96 citado, es decir, la señala para los bienes de uso

necesario y ordinario de la familia en la vivienda, por lo que excede de lo interesado por ambas partes en el procedimiento, estableciendo una restricción no pedida. La obligación de dejar de usar el ajuar doméstico al desocupar la vivienda, ajuar que ha de entenderse en su concepto legal ya citado, no tiene además apoyo en el artículo 96 del Código Civil porque éste determina la atribución del uso de dicho ajuar al cónyuge que ostente la custodia de los hijos, en este caso la esposa apelante, sin que norma o regla alguna en dicho precepto o en otro impida que se escinda el ajuar doméstico y la vivienda que constituía el domicilio familiar cuando así convenga (en este sentido Sentencia AP Toledo de 3 de julio de 2003), por el contrario, el espíritu del precepto citado es que la atribución del uso de dicho ajuar responde a la condición y finalidad de que disfruten del mismo los hijos comunes, y con ello el cónyuge con quien convivan, no haciéndolo depender del dato del lugar en que residan. A la vista de todo lo expuesto, debe prosperar el recurso interpuesto en tal sentido siempre en la consideración de que aquello sobre lo que se pronunció la sentencia de instancia, como no podía ser de otro modo por la naturaleza concreta del procedimiento, es la atribución del uso del ajuar doméstico en el concepto concreto que éste tiene por el artículo 96 del Código Civil, sin que aquella sentencia ni la presente puedan entrar a pronunciarse sobre los enseres o bienes que, aun encontrándose físicamente en la vivienda que era el domicilio familiar, no sean calificables de uso ordinario o de utilidad que atienda de forma ordinaria las necesidades habituales de la familia.

## VIVIENDA FAMILIAR

**La demandada no ostenta un interés más necesitado de protección para prorrogar indefinidamente la utilización de la vivienda conyugal, sobre todo cuando la persona con la que convive es propietaria de una vivienda en la que pueden residir junto con los dos hijos nacidos de esta unión. Por ello, el uso se le otorga exclusivamente por dos años.**

**AP BARCELONA, SEC. 12.<sup>a</sup>, SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón**

El único pronunciamiento de la sentencia de modificación de las medidas definitivas de divorcio, objeto de específica impugnación por la demandada doña Valentina, es el referido a la atribución del uso de la vivienda familiar en favor de la citada demandada, por plazo de dos años desde la fecha de la sentencia de primera instancia, postulando la recurrente, en la formulación escrita de su recurso, le fuese concedida tal utilización en forma indefinida, al ser su interés el más necesitado de protección.

La pretensión impugnatoria así deducida ha de ser plenamente desestimada. Para la resolución de tal cuestión ha de estarse al contenido de las prescripciones del artículo 83 del Código de Familia de Cataluña, y así al concurrir, en el caso de autos, una hija menor de edad, cuya atribución en custodia ha sido concedida al padre de la misma, ante las circunstancias reflejadas en la fundamentación jurídica de la sentencia de primera instancia, habría de haberse aplicado al apartado 2.a) del artículo 83 del Código de Familia de Cataluña, con la consecuencia de atribuir preferentemente el uso de la vivienda familiar en favor del padre que tiene concedida la guarda y custodia de la menor.

Si bien ello ha de entenderse así, es de precisar que la parte accionante no solicitó para sí y la menor tal atribución, dado residir en el domicilio de los abuelos paternos, postulando en su demanda

que no se efectuase especial pronunciamiento sobre el uso de la vivienda familiar.

Por tales consideraciones la Juzgadora *a quo* a la vista de la concurrencia de determinadas circunstancias, tales como la de residir la demandada en el domicilio, otrora conyugal, en compañía de tres menores, uno de su actual compañero sentimental y otros dos nacidos de la relación con éste, ha determinado una duración temporal del uso, en favor de la demandada, consistente en dos años desde la fecha de la sentencia de primera instancia, a lo que no se ha opuesto el demandante ni el Ministerio Fiscal, que no han combatido tal pronunciamiento por la vía del recurso de apelación o de la impugnación de la sentencia, invocando la aplicación del artículo 83.2.a).

La demandada no ostenta un interés más necesitado de protección, para prorrogar indefinidamente la utilización de la vivienda conyugal, sobre todo cuando no se ha opuesto al alegato de la contraparte, referido a la titularidad dominical del compañero sentimental de otra vivienda en que residir junto a los dos hijos habidos de tal relación afectiva y otro de aquél, ubicado en la calle Andrade de Barcelona, que puede ser habilitada mediante la aportación del adecuado mobiliario para servir de sede domiciliaria a la misma familia creada por la demandada y su actual compañero sentimental.

## VIVIENDA FAMILIAR

**Procede la atribución de la vivienda familiar a la esposa y a la hija común hasta que alcance la edad de 24 años, y posteriormente hasta que se liquide la sociedad de gananciales, se atribuirá alternativamente a los esposos.**

**AP MADRID, SEC. 24.<sup>a</sup>, SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández**

En orden al uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico, que se atribuyó en la sentencia apelada a doña Yolanda, ha de ser igualmente estimado, si

bien en parte, el motivo de recurso del demandado, habida cuenta tal atribución procede solamente hasta el momento en que la hija común aún no

independiente, alcance la edad de 24 años, en la que habrá concluido la formación y se encontrará, o insertada en el mundo laboral, o en disposición de hacerlo, pues a dicha edad viene siendo socialmente aceptado tal conocimiento del mercado de trabajo.

Una vez cumplidos los 24 años por Soledad, al no advertirse que el interés de ninguno de los consortes esté más necesitado de protección, la vivienda familiar y enseres de uso ordinario en ella, se atribuye hasta la liquidación de la sociedad legal

de gananciales, alternativamente a ambos consortes, por períodos sucesivos de un año, comenzando por la esposa que lo viene disfrutando, y ello independientemente de que el hijo mayor, Juan, ocupe también la vivienda por residir con la madre, pues dada su edad, 30 años a esta fecha, ejerce una opción y no se justifica la atribución en función de dicha convivencia, del inmueble ganancial a la madre, cuando no es el suyo luego el interés más necesitado de protección, ni concurre circunstancia que lo aconseje.

## VIVIENDA FAMILIAR

**Procede fijar un límite temporal de un año a la atribución del uso de la vivienda familiar aunque se hayan acreditado problemas de salud en el cónyuge al que se le atribuye como consecuencia del consumo de alcohol que le lleva incluso a la constante pérdida de trabajos.**

**AP BARCELONA, SEC. 12.<sup>a</sup>, SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo**

Tal como reconocen ambas partes y ha quedado acreditado documentalmente, la titularidad de la vivienda en su día familiar es de la Sra. Ana María, pues a ella le cedió su mitad indivisa el Sr. Jorge el 21 de julio de 1993 (F. 24 y siguientes). Por convenio aprobado por sentencia de separación se atribuye su uso a los hijos comunes de las partes, menores de edad en ese momento, y al progenitor custodio, la Sra. Ana María. Tras un tiempo de nueva convivencia de las partes es la Sra. Ana María quien sale de aquella vivienda con los hijos, pasando a vivir en un domicilio en régimen de alquiler, procediendo a la adquisición de un nuevo domicilio en 2002, quedando el Sr. Jorge en la ocupación de la casa hasta la actualidad.

Son ciertos y se han acreditado los problemas de salud del apelante, su sintomatología ansioso-depresiva desde hace veinte años agravada con el consumo de alcohol de forma abusiva, y como consecuencia de todo ello la pérdida de los diferentes trabajos que ha ido consiguiendo, de manera que en la actualidad los ingresos de ambas partes son muy diferentes pues mientras que el Sr. Jorge percibe 338,40 euros mensuales, tal como acredita y reconoce en su interrogatorio, la Sra. Ana María percibe 1191,45 euros por catorce pagas anuales (F. 131) por su trabajo, siendo además titular de dos viviendas, la que fue familiar y ocupa el Sr. Jorge, la vivienda que ella misma ocupa y que adquirió al

salir de la anterior vivienda y una tercera parte de otra vivienda, copropiedad que mantiene con sus dos hermanas. Es además titular de un importante patrimonio recibido por herencia de su padre, que el Sr. Jorge cifra en 96.000.000 de las antiguas pesetas, constituido por saldos en cuentas bancarias, acciones que el Banco de Sabadell informa que en 2003 han producido 18.621,30 euros de intereses y fondos de inversión que han producido 3.338 y 198.057 euros por el mismo concepto.

Es evidente por tanto, que la situación económica de la Sra. Ana María es superior a la del Sr. Jorge, pero ello no quiere decir que ella deba asumir el mantenimiento de aquél de forma indefinida, pues si bien no puede asegurarse que la actual situación del apelante ha sido buscada de propósito, sí ha quedado acreditado que la esposa ha hecho todo lo posible para proporcionar al Sr. Jorge los tratamientos de deshabituación en el consumo de alcohol que aquél debió aprovechar, y ha asumido el pago de los gastos de su mantenimiento durante muchos años, tal como ambos reconocen en sus escritos de alegaciones.

Por todo ello debe fijarse un límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar, que se concreta en el período prudencial de un año desde la fecha de esta sentencia.

## VIVIENDA FAMILIAR

**Teniendo en cuenta que la vivienda familiar pertenece a los padres del esposo, se considera adecuado, a fin de evitar futuros procedimientos, no atribuir el uso de la vivienda a la esposa y en cambio elevar la cuantía de la pensión compensatoria.**

**AP LUGO, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilma. Sra. doña María Luisa Sandar Picado**

Respecto al domicilio familiar, concurren en el presente caso unas características que han de ser tenidas en cuenta. En primer lugar se trata de una vivienda que no pertenece al matrimonio, sino a los padres del esposo y asimismo los hijos habidos del matrimonio son independientes económicamente, lo que obliga a analizar el interés

únicamente de la recurrente. La Sala estima, al igual que la Juzgadora de instancia, que para evitar posteriores conflictos, así como un perjuicio innecesario a los propietarios del inmueble, no procede adjudicar a la esposa el uso del domicilio familiar, incrementando la pensión compensatoria a fin de subsanar tal carencia.

## VIVIENDA FAMILIAR

**El hecho de que una hija de 28 años de edad conviva con sus padres no se considera motivo suficiente para otorgar el uso exclusivo a la madre, y su enfermedad, al padecer un trastorno bipolar que ha precisado de asistencia médica en tres ocasiones, no consta que alcance un grado relevante de gravedad suficiente para constituirlo en el interés más digno de protección.**

**AP BALEARES, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Mateo Lorenzo Ramón Homar**

En cuanto al uso de la vivienda conyugal, es de reseñar que los dos hijos del matrimonio ya son mayores de edad y ostentan ya una independencia económica de sus padres, aunque la hija, en la actualidad de 28 años de edad seguía conviviendo con sus padres, y tras la separación, con su madre. En tal situación es preciso examinar si en el contexto de un chalé de titularidad de ambos cónyuges, procede asignarlo a uno u otro, en atención a que, en aplicación del artículo 96 del Código Civil, se le considere en un interés más digno de protección. En la sentencia de instancia se asigna a la esposa, en atención a la enfermedad padecida por la hija del matrimonio, frente a lo cual la representación del Sr. Vicente solicita una asignación para él, o subsidiariamente que no se efectúe especial determinación del uso, o se le conceda poder fijar su residencia en el sótano del chalé.

El referido chalé es el único bien inmueble de titularidad compartida de los cónyuges, y resultado de su trabajo pasado, y es el objeto de controversia

de las partes discrepando sobre su futuro. El hecho de que una hija de 28 años de edad conviva con sus padres no se considera motivo suficiente para otorgar el uso exclusivo a la madre; y su enfermedad, al padecer un trastorno bipolar que ha precisado de asistencia médica en tres ocasiones (dos en 1999 y una en el año 2002), no consta que alcance un grado relevante de gravedad suficiente para constituirlo en el interés más digno de protección, y en este sentido se nota en falta una prueba más concluyente sobre el estado actual y perspectivas futuras, sin que existan indicios de que le impidan el trabajo habitual como peluquera, sin perjuicio de que previsiblemente deba seguir un control médico. Tampoco se comparte la argumentación del recurrente de que ya está restablecida totalmente, puesto que el informe es de alta hospitalaria, pero con seguimiento en tratamiento ambulatorio.

La atribución al esposo del sótano del chalé, solicitada nuevamente por la representación del recurrente, aunque se tapiase la conexión interior

con el resto del mismo, se considera inviable por la proximidad física que ello comporta con su esposa, en un contexto de enfrentamiento entre ambos, lo que comportaría previsibles conflictos futuros, y más cuando se llegó en la fecha de la separación a una denuncia penal con detención del esposo por supuestas amenazas, si bien no concluyere en condena ante la retirada de la acusación por la esposa.

Por el recurrente se indica que la esposa con la pensión compensatoria señalada que sabe no puede pagar, y que tras un embargo quiere quedarse a muy bajo precio con el chalé; lo cual es negado por la interesada diciendo que con los ingresos de su trabajo puede abonar la aludida suma.

Atendido el conjunto de circunstancias concurrentes, no se comparte la indeterminación

futura de tal cuestión recogida en la sentencia de instancia al acordar que transcurridos siete meses según las circunstancias se decidirá nuevamente, lo que puede provocar un conflicto interminable entre las partes. Se considera procedente fijar un nuevo plazo de siete meses en los que se atribuye el uso de la vivienda a la esposa, pero transcurrido el mismo se extinguirá dicha asignación, con la finalidad de que en dicho período puedan llegar a un acuerdo sobre el futuro del chalé, y si no llegasen al mismo, cualquiera de ellos pueda ejercitar las acciones que considere oportuno, en su caso, la acción de división de cosa común. Por tanto, se estima parcialmente dicho motivo del recurso.

## VIVIENDA FAMILIAR

**Procede atribuir el uso de la vivienda a la esposa y a sus hijos pues se considera que por su ubicación, cerca de los colegios, es la idónea para que sea el domicilio familiar, sin que sea obstáculo que la misma aun no haya sido ocupada por la familia al no estar terminada su construcción, pero debe tenerse en cuenta que esta vivienda estaba llamada a ser el nuevo domicilio de la familia desde que hace 8 años se inició su construcción.**

**AP JAÉN, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Pío José Aguirre Zamorano**

Entrado a conocer de la primera alegación, el juzgador de instancia concede a la demandada, a la que otorga la guarda y custodia de los dos hijos del matrimonio menores de edad, la vivienda situada en la c/ CALLEooo núm. NÚMooo-NÚMoor de la ciudad de Jaén.

Efectivamente tal y como alega el actor esta vivienda nunca ha sido la vivienda familiar entre otras cosas porque todavía no está terminada, no obstante de los interrogatorios de ambas partes y demás pruebas practicadas se desprende, sin duda alguna, que esta casa estaba llamada a ser el nuevo domicilio de la familia casa que estaba construyendo desde hace 8 ó 9 años donde habían invertido, los cónyuges, todo su esfuerzo personal y económico. Es por estas razones que esta vivienda se debe de adjudicar, su uso, a la demandada y a sus hijos pues se considera que por su ubicación, cerca de los colegios de sus hijos, como por su habitabilidad, es la idónea para que sea el domicilio familiar, que para eso se ha construido pues, en todo caso según los cálculos más pesimistas la casa

estará terminada en 4 meses. A mayor abundamiento es el único inmueble que tiene el carácter de ganancial pues, el que constituía el domicilio familiar al tiempo de la ruptura es de la propiedad exclusiva del marido, saliendo de éste la demandada y sus hijos en julio de 2004, por razones que no es ahora el momento de analizar, y viviendo desde esa fecha de alquiler en un piso en el barrio de las Fuentezuelas.

No obstante el razonamiento anterior resultará difícil que la mujer y los hijos se mantengan *sine die* en esta casa pues al ser prácticamente el único bien ganancial y dado su elevado precio, 805.403,79 euros (134.091.108 pesetas) se tendrá, presumiblemente, que enajenar cuando los cónyuges procedan a la disolución de la sociedad de gananciales, pues como, es sabido, el derecho al uso de la vivienda no se puede equiparar a un derecho real (SSTS de 18 de octubre de 1994; 14 de julio de 1994; 29 de abril de 1994, entre otras muchas). Es por estas razones que se desestima esta primera alegación.

## PENSIÓN ALIMENTICIA

Es adecuada la reducción del importe en la pensión de alimentos llevada a cabo por el Juzgador de instancia, porque no puede sacrificarse en grado sumo al progenitor no custodio y obligado al pago de la pensión a fin de evitar una situación de precariedad en el mismo.

AP CUENCA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Mariano Muñoz Hernández

Ante la siempre difícil situación del establecimiento equitativo de la pensión de alimentos que ha de ponerse a cargo del progenitor que no tiene en su compañía a los hijos menores y a beneficio de éstos, no debe olvidarse que han de ser ponderadas las necesidades del niño, de preferente observancia como derivación del *favor filii* que debe inspirar la solución, y las posibilidades económicas del obligado a satisfacer la pensión. El artículo 93 del Código Civil ordena al Juez que determine la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adopte las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. El artículo 154 del mismo Código consigna igualmente la obligación de alimentos como inherente a la patria potestad, que también resulta del artículo 39 de la Constitución, añadiendo dicho Código que se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como la educación e instrucción del alimentista que sea menor de edad (artículo 142) y que la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medio de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (artículo 146). Siendo evidente que conforme a los mencionados artículos 93 y 146 han de ser tenidas en cuenta las posibilidades del obligado al pago y las necesidades del alimentista, no ha de olvidarse que también debe ser atendida la situación social en que venía desenvolviéndose la familia y, en especial, los hijos menores para que no sean los mismos quienes resulten más perjudicados como consecuencia de la separación de sus padres. Acerca de la materia ahora tratada ha dicho la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de junio de 1992 que, si bien ha de procurarse, por encima de cualquier otro derecho, la protección de quienes son víctimas inocentes del conflicto convivencial de sus progenitores, tampoco pueden olvidarse ni sacrificarse en grado sumo los de éstos, habiendo, por el contrario, de intentarse un, siempre difícil por otro lado, equilibrio, para evitar situaciones de precariedad en los hijos o en el progenitor que, no ostentando su guarda, viene obligado a pasarles una prestación de alimentos,

pero que también ha de satisfacer, en forma mínimamente decorosa, sus propias necesidades, lo que, en casos de no boyante economía, obliga a estrechar el ámbito pecuniario de unos y otros, no olvidando los criterios de proporcionalidad que sanciona el artículo 146 del Código Civil.

Lo que en la sentencia de instancia dice acerca de los actuales ingresos del demandado se encuentra sobradamente probado en las actuaciones, debiendo añadirse aquí que aparecen en el proceso datos reveladores del descenso de ingresos por parte del demandado desde la firma del convenio regulador aludido, pues en la declaración del IRPF correspondiente al año 1999, donde consta declaración conjunta e individual, aparecen rentas por un total de 2.380.597 pesetas, mientras que en la declaración del ejercicio del año 2000 declaró rentas en cuantía de 1.872.525 pesetas, esto es, una diferencia con la declaración anterior de 508.072 pesetas (3.053'57 euros). No debe omitirse tampoco que fue denunciado el impago de algunas pensiones por el demandado con incoación de Procedimiento Abreviado en el que fue absuelto libremente. Como el Juzgador *a quo* dice, no consta que el demandado perciba de Creaciones Hosteleras SLL ingreso alguno, siendo coherente la explicación del mantenimiento de esa entidad hasta que se cumplan cinco años desde su constitución y poder disolverla después a fin de que no le sean repercutidos importes de los beneficios tributarios concedidos.

En fin, la reducción del importe en la pensión de alimentos que lleva a cabo el Juzgador de instancia es adecuada y merece ser confirmada, porque, según hemos dicho antes, no puede sacrificarse en grado sumo al progenitor no custodio y obligado al pago de la pensión a fin de evitar una situación de precariedad en el mismo, que pueda llevar a un generalizado impago de la pensión y a la formulación de nueva denuncia por la madre, a la que ha sido confiada la guarda y custodia de las menores.

Por todo ello, el motivo debe ser rechazado y confirmado lo acordado al respecto en la sentencia recurrida.

## PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede extinguir la pensión de alimentos a favor de la hija por el hecho de que haya cumplido la mayoría de edad y de que haya terminado sus estudios, dado que aún es dependiente al no haber obtenido trabajo remunerado.

**AP LEÓN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Muñiz Díez**

Se interesa también por el actor la extinción de la pensión alimenticia fijada a favor de la hija, Patricia, sobre la base de haber alcanzado la misma la mayoría de edad y haber terminado sus estudios, pudiendo, en consecuencia, acceder al mercado laboral.

Ciertamente, como queda hecha constancia en el fundamento de derecho segundo, Patricia, nacida el 1 de agosto de 1981, ha obtenido, con excelente rendimiento de estudios, en el año 2002, el título universitario de Diplomado Maestro en la especialidad de Educación Infantil, por la Universidad Pontificia de Salamanca, y, en el año 2003, el de Diplomado Maestro Especialidad en Lengua Extranjera (inglés), ahora bien, ha quedado igual-

mente acreditado que en la actualidad continúa residiendo en Salamanca, donde prepara oposiciones, por lo que ha de rechazarse como totalmente infundada la pretendida supresión alimenticia en cuanto continúa dependiendo económicamente de sus progenitores por lo que le han de alcanzar las previsiones contenidas en el párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil, sin que pueda quedar desamparada por haber alcanzado la mayoría de edad y cuando, además, resulta previsible que en corto término pueda acceder a un trabajo remunerado de acuerdo a su preparación académica en cuyo caso cesaría el derecho a percibir dicha pensión alimenticia.

## PENSIÓN ALIMENTICIA

Teniendo en cuenta que el padre es socio de una empresa familiar, se presume que percibe más ingresos que los provenientes de la pensión de invalidez no contributiva.

**AP TOLEDO, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilma. Sra. doña Gema Adoración Ocariz Azaustre**

En cuanto a la primera de estas cuestiones, se aduce en el recurso formulado que los únicos ingresos del esposo-apelante ascienden a 258,68 euros/mes provenientes de una pensión de invalidez no contributiva, los cuales no le permiten según se alega sufragar los 144,24 euros/mes fijados en la Sentencia de instancia en concepto de pensión de alimentos que ha de satisfacer para su hija. Es Jurisprudencia reiterada y pacífica la que determina que para la fijación de los alimentos de los hijos ha de atenderse no sólo a las posibilidades económicas de quien haya de prestarlos, sino también a las necesidades del hijo que ha de recibirlos, y es evidente, de principio, que la atención a dichas necesidades básicas de la hija menor del matrimonio no puede cubrirse siquiera mínimamente con los 72,12 euros/mes que el ape-

lante pretende en su recurso que le sean fijados en tal concepto. Partiendo de ello, no puede olvidarse que, como se razona en la Sentencia apelada, cabe deducir de la prueba practicada, con un criterio lógico y racional que la sentencia expresamente determina, que no son sólo los alegados los medios económicos con que cuenta el apelante, dado que es socio de una sociedad familiar de la que es titular de un tercio del capital social. Frente a dicha consideración contenida en la sentencia alega el apelante que no ha sido acreditado en la causa que dicha sociedad produzca beneficios y que los reparta entre sus socios, por falta de aportación por la contraparte de prueba alguna en tal sentido, si bien ha de considerarse con el artículo 217.6.º de la LEC que dicho apelante tenía perfecta disponibilidad y mayor facilidad que la contraparte para

acceder a la acreditación de lo contrario: la falta de rentabilidad de las citadas acciones e inexistencia de reparto de beneficios entre los socios de dicha sociedad aun a pesar de que éste es uno de los fines esenciales de las entidades de esta naturaleza. Es más, en atención a cuantos indicios racionales aparecían en la causa acerca de que sus medios económicos pueden considerarse superiores a los que alega, era a dicha parte hoy apelante a quien correspondía desvirtuarlos mediante prueba que efectivamente no consta en la causa. Tales indicios, de los que cabe deducir con criterio lógico que los ingresos y posibilidades económicas con los que cuenta el apelante son superiores, resultan del atento examen de los actos propios del mismo a lo largo de la causa y en concreto de que a) la cuantía de la pensión de alimentos fijada en la sentencia apelada fue la determinada en tal concepto de común acuerdo entre los cónyuges en las medidas provisionales (auto de 8 de octubre de 2002) y por tanto con consentimiento del esposo, cuando éste ya desde antes no sólo conocía sus impedimentos para trabajar, sino también la concreta cuantía de la pensión que le era reconocida por esta razón (Resolución de la Consejería correspondiente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 1 de octubre de 2002) sin que ello le impidiera acordar y comprometerse por tanto a abonar la cuantía de 144,24 euros/mes lo que, presumiendo su buena fe como es lo procedente, permite deducir que la consintió porque sabía que podía pagarla, b) en el acto del juicio según consta en la causa ofreció

abonar en este mismo concepto 100 euros/mes. Por todo ello, esta Sala comparte plenamente los razonamientos que en cuanto a esta cuestión contiene la sentencia apelada, dado que los hechos objetivos determinados en la misma: posibilidades económicas derivadas de la titularidad del 33% del capital de una sociedad que se mantiene activa en el tráfico económico, son corroborados por los propios actos del apelante, ya descritos, que además no ha aportado prueba, al menos nada en cuanto a tal particular precisa en su recurso, que pudiera desvirtuar lo que del conjunto de todos los extremos hasta ahora relatados resulta con un criterio lógico, prueba respecto de la que además dicha parte hoy apelante había de gozar de amplia disponibilidad. Por todo ello, en conclusión, constando que la cantidad que pretende en el recurso que se fije en concepto de pensión alimenticia para su hija no es adecuada, sino claramente insuficiente para poder atender mínimamente sus necesidades básicas de todo orden, y no constando prueba directa de que los ingresos del apelante sean tan escasos como pretende, sino prueba indirecta de que, todo lo contrario y como ya se ha descrito, sus posibilidades económicas le permiten atender a la satisfacción de una pensión superior en la cuantía que le ha sido fijada en la sentencia apelada, no puede prosperar tal motivo de recurso, debiendo en cuanto a este particular ratificarse plenamente la decisión del juzgador de instancia.

## PENSIÓN ALIMENTICIA

**No puede reducirse la pensión de alimentos fijada en 300 euros mensuales en atención a los supuestos gastos que tiene el progenitor no custodio en los desplazamientos para cumplir el régimen de visitas, puesto que éste percibe unos ingresos mensuales de 2.029,27 euros.**

**AP CUENCA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Leopoldo Puente Segura**

Solicita la parte demandante que se acomode la pensión de alimentos establecida a favor de su hija en la sentencia de separación (50.000 pesetas mensuales) arguyendo que tiene innumerables gastos de desplazamiento para atender al régimen de visitas, así como también aportando su declaración de la renta.

Tampoco este motivo de impugnación puede ser acogido en la medida en que no se aprecian

modificaciones esenciales de las circunstancias que ya en la sentencia de separación se tuvieron en cuenta para cuantificar el importe de la mencionada pensión de alimentos. Ya en nuestra sentencia que resolvía el recurso de apelación interpuesto contra la recaída en primera instancia, considerábamos que atendidos los ingresos del Sr. Marcos, en situación de jubilación y percibiendo como pensión la cantidad anual de 4.429.908 pesetas, la pensión de alimentos deter-

minada a favor de su hija resultaba razonable. Igualmente, en el presente procedimiento ha quedado acreditado (folio 214 de las actuaciones) que don Marcos percibe una pensión de retiro de clases pasivas por un importe íntegro mensual, en el año dos mil tres, de 2.029,27 euros, de tal suerte

que, aun tomando en consideración los traslados que realiza para visitar a su hija, y en atención a lo establecido en el artículo 146 del Código Civil, consideramos que la pensión establecida a cargo del apelante y a favor de su hija, debe ser mantenida en su actual importe.

## PENSIÓN ALIMENTICIA

**No procede fijar contribución a las cargas del matrimonio como medida definitiva de la separación ya que es un pronunciamiento incluible dentro de las medidas provisionales.**

**AP MÁLAGA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Torres Vela**

El segundo motivo de recurso, atinente a la cantidad fijada en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, cuya fijación entiende el recurrente no procede como medida definitiva, ha de ser acogido, por cuanto como ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala con anterioridad (Rollo 1030/04), desde un punto de vista técnico, la sentencia que pone fin al proceso matrimonial sólo puede contener como pronunciamientos específicos en materia de asignación económica: el que determina la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos de los hijos (lo que no procede en este caso pues éstos son mayores de edad y vida independiente), otro, cuando la separación o el divorcio produce a un cónyuge desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior, fijando una pensión compensatoria, y otro, estableciendo las contribuciones genéricas para el levantamiento de las cargas del matrimonio. Por ello, en la sentencia de separación o divorcio, deberán individualizarse los conceptos económicos en las correspondientes pensiones de alimentos para los hijos, la compensatoria para uno de los cónyuges y la del levantamiento de las cargas, cuando algún bien de la sociedad conyugal se halle afecto a alguna carga de naturaleza real o prenda o al pago aplazado de su compra y se acuerde que uno o ambos cónyuges cumplan con el pago sucesivo y temporal hasta su vencimiento. Las cargas familiares pueden considerarse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, regulados en nuestro Código Civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (artículos 1318, 1362 y 1438 del Código Civil), y ello es diferente, sin duda, de la pensión compensatoria prevenida en el artículo 97 del mismo texto legal y de la pensión por alimentos del artículo 143 de

dicho texto. En este caso, la diferente naturaleza de las pensiones alimenticias y compensatoria de la esposa, respecto a las cargas del matrimonio, impide que el Juez pueda conceder no sólo la compensatoria, sino tampoco la alimenticia, como incluida dentro del concepto de cargas de matrimonio. Esto es así aunque mientras permanezca subsistente el vínculo, persista entre los cónyuges la obligación de socorro y de ayuda mutua, a tenor de lo dispuesto en el artículo 143.1 del Código Civil, pero en este caso, la pensión por alimentos como acción o derecho independiente no tiene cabida como carga del matrimonio. Conforme a lo que ya es reiterada postura jurisprudencial de varias Audiencias Provinciales, si bien en el ámbito procesal de las medidas provisionales todas las prestaciones económicas a que ha de hacer frente cualquiera de los cónyuges, ya sea a favor del otro, de los hijos, o respecto de terceros, han de englobarse necesariamente bajo el concepto de cargas del matrimonio, conforme a lo que dispone el artículo 103.3.º del CC, tal generalización englobadora no se da en la sentencia que se dicte en el pleito principal en cuanto que, a tenor de lo dispuesto en los artículos 91 y ss. del CC, en ella se hace preciso desglosar las distintas prestaciones que en las provisionales se agrupaban bajo tal concepto genérico, debiendo en consecuencia distinguirse entre las obligaciones pecuniarias a favor de los hijos, al amparo del artículo 93 del CC, y aquellas otras de las que puede ser beneficiario uno de los consortes conforme al artículo 97 del CC (pensión compensatoria). Y aunque el artículo 91 sigue hablando de cargas del matrimonio tal expresión, por lo antedicho, no puede incluir ya obligaciones directas a favor de cualquiera de los referidos miembros de la unidad familiar sino que abarca aquellas responsabilidades que, contraídas

durante la convivencia conyugal frente a terceros, deben seguir siendo afrontadas por los esposos no obstante la ruptura, como pueden ser hipotecas o préstamos personales que graven la economía familiar. Por todo lo expuesto, no siendo posible cobijar bajo el concepto de cargas familiares, la pensión por alimentos interesada, cuyo ejercicio sería independiente a la vía familiar o en todo caso, tendría su encuadre en la pensión compensatoria, es lo que lleva a estimar este motivo del recurso y demás concordantes, máxime cuando la adopción de dicha medida no está justificada en el presente caso, en que se ha fijado una pensión compensatoria, para paliar la situación de desequilibrio econó-

mico en que quedó la esposa con relación al marido a consecuencia de la separación, los ingresos que ésta percibe por su trabajo al frente del negocio que regenta y el hecho de que cada uno de los cónyuges tenga consigo a uno de los dos hijos del matrimonio, soportando igualmente por partes iguales las cargas que pesan sobre la sociedad conyugal, en concreto las hipotecas que gravan los inmuebles que integran la misma, por lo que procede dejar sin efecto la referida medida que, como se ha dicho, sólo puede adoptarse con carácter provisional al amparo del artículo 103 del CC.

## PENSIÓN ALIMENTICIA

**Es procedente la reducción de la cuantía de la pensión de alimentos de forma proporcional a la reducción de los ingresos del progenitor no custodio.**

AP BARCELONA, SEC. 12.<sup>a</sup>, SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

Se alza el apelante contra la reducción del importe de la contribución a la pensión alimenticia para la hija menor Nadina a pagar por la Sra. Clara que se ha fijado en la resolución impugnada, solicitando el mantenimiento de la cifra fijada en sentencia de la Audiencia de Barcelona en fecha 25 de marzo de 2003.

La Sra. Clara y el Ministerio Fiscal solicitan la confirmación de la sentencia.

En cuanto a la medida relativa a la reducción de la contribución de la actora a la pensión alimenticia de la hija común Nadina, menor de edad, este Tribunal, acorde con lo indicado por el Ministerio Fiscal, considera que la cantidad establecida por el Juzgador de Instancia es adecuada a las necesidades alimenticias de una menor de once años de edad, atendiendo al binomio necesidades alimenticias de ésta y los medios actuales y posibilidades de la Sra. Clara, obligada a prestar sus alimentos, conforme establece el artículo 264 del Código de Familia, pues ha quedado acreditada la variación de circunstancias económicas de aquélla de forma sustancial, teniendo además, en cuenta los ingresos que percibe el padre, Sr. Felix, asimismo obligado a atender los alimentos de la hija común, con quien convive, por lo

que debe confirmarse íntegramente la sentencia impugnada.

De la documentación aportada por la parte actora se acredita que la situación laboral de la Sra. Clara desde 2003 ha pasado por épocas de inestabilidad. Se ha acreditado que en 2003 la empresa para la que aquélla trabajaba rescindió su contrato de trabajo, debiendo presentar una demanda de conciliación, otra de rescisión de contrato de trabajo y otra de reclamación de cantidad (F. 54 a 58). En esa misma época se hace constar en la sentencia de la Audiencia de fecha 25 de marzo 2003, que la Sra. Clara está percibiendo 187.407 euros al mes, habiendo pasado en la actualidad a percibir una prestación por desempleo de 152.000 pesetas al mes, acreditándose por los documentos obrantes en los Folios 67 y 68, el importe de su actual prestación por desempleo la cifra de 913,66 euros al mes, tras la resolución de su contrato laboral (F. 23 a 26).

El Juzgador *a quo* ha reducido la cifra fijada en su día por la Audiencia de Barcelona como contribución a los alimentos de Nadina en la misma proporción que se han visto reducidos los ingresos de la obligada al pago, dando un resultado de 146 euros mensuales, cantidad que se considera adecuada, por lo que debe desestimarse la apelación formulada.

## PENSIÓN COMPENSATORIA

**No puede extinguirse la pensión compensatoria por el hecho de que se haya liquidado la sociedad de gananciales, ya que ello no supone ningún cambio de circunstancias.**

**AP LEÓN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Muñoz Díez**

Interesa, en primer lugar, el actor se declare la extinción de la pensión compensatoria, que en cuantía de cien mil pesetas mensuales, revisables anualmente en atención a variaciones anuales del IPC, viene obligado a satisfacer a la demandada, fundamentando tal pretensión en la alteración sustancial de las circunstancias concurrentes al momento de su fijación.

La pensión compensatoria, que regula el artículo 97 del Código Civil, tiene un carácter indemnizatorio, sirviendo para restaurar el desequilibrio económico que a uno de los cónyuges ha de producir la separación o el divorcio, y que implique un empeoramiento con la relación a la situación anterior en el matrimonio del peticionario, es decir, con anterioridad a la separación o el divorcio. Una vez reconocido a uno de los cónyuges el derecho a percibir tal pensión y fijada su cuantía en resolución judicial firme, si bien no queda sometida a la cantidad de la cosa juzgada, en estrictos términos procesales, su modificación o extinción, como dicen los artículos 100 y 101 del Código Civil, dependerá de alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge, atendiendo a las circunstancias en las que en su día pudo basarse la resolución judicial, o bien a otra serie de factores surgidos con posterioridad que rompen el equilibrio que dicha pensión compensatoria fijó como medida correctora por la posición de inferioridad económica en que quedaba alguno de los cónyuges. Del tenor literal del artículo 100 del Código Civil se desprende que para que haya habido alteración sustancial que justifique la modificación, ésta ha de ser importante, «sustancial» dice textualmente el artículo, por lo que no cualquier modificación, en más o menos, podrá dar lugar a la modificación de la pensión; como dice la Sentencia de la AP de Toledo, de 14 de enero de 1999, «so pena de trivializar o banalizar la prescripción legal, subvirtiendo con ello la *ratio* del precepto, y promoviéndose, al respecto, una inatacable litigiosidad ante cualquier variación circunstancial, es necesario acreditar una muy significativa, imprevista y realmente operativa,

alteración en los medios de fortuna de uno u otro de los esposos, ex esposos, para pretender con éxito la modificación de la pensión compensatoria». En cuanto a la extinción pudiendo sostenerse que sería la consecuencia de una modificación llevada hasta el último grado, por cuanto una de las causas es el cese del motivo existente en el momento de la separación, será necesario acreditar que las circunstancias se hayan modificado de tal modo que provoquen la extinción del derecho.

Pues bien, por lo que hace al caso que nos ocupa, y partiendo de los antecedentes que han quedado expuestos en el anterior fundamento de derecho, es evidente que la pretensión del actor de que se declare la extinción de la pensión compensatoria fijada a favor de la esposa, no puede hallar favorable acogida, al haber asumido aquél el mantenimiento de la misma en el Acuerdo de 29 de octubre de 1998 y cuando precisamente la circunstancia que se invoca para la extinción, que es la adjudicación de bienes a la demandada en liquidación de la sociedad de gananciales, era la premisa de la que se partía en dicho acuerdo para reducir el importe de dicha pensión de las 400.000 pesetas fijadas en sentencia de separación, y que se mantuvo en la posterior de divorcio, a la cantidad de 100.000 pesetas que, por mutuo acuerdo de las partes, en el mismo se establecía. No puede, por tanto, entenderse se haya producido modificación de circunstancias, con posterioridad a dicho acuerdo, cuando la situación económica del actor es la misma que resultó de dicho acuerdo.

En conclusión, el actor no ha justificado, conforme le incumbía por imperativo del artículo 217 de la LEC, la ocurrencia en el caso de circunstancias fácticas susceptibles de ser incardinadas en las previsiones extintivas del artículo 101 del Código Civil, en cuanto surgidas con posterioridad al acuerdo logrado entre las partes y en el que se viene a reconocer el derecho de la demandada a continuar percibiendo una pensión compensatoria por importe de cien mil pesetas mensuales, actualizable anualmente.

## PENSIÓN COMPENSATORIA

No ha lugar a fijar pensión compensatoria a favor de la esposa puesto que no consta el necesario desequilibrio económico, dada la corta duración del matrimonio —5 años—, a que ambos son jóvenes y que tienen titulación académica superior: él arquitecto, ella farmacéutica, y ambos trabajan en empleos que les proporcionan ingresos medios o altos.

AP CANTABRIA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Agustín Alonso Roca

La pensión compensatoria regulada en los artículos 97 a 101 del Código Civil requiere para su concesión y como premisa básica que surja, para alguno de los cónyuges, una situación de desequilibrio económico en relación con la del otro cónyuge, como consecuencia directa de la separación o el divorcio, situación de desequilibrio traducida en un empeoramiento evidente respecto de su situación anterior en el matrimonio. La pensión compensatoria paliaría, al menos de forma parcial, dicho desequilibrio, y por tanto deben acreditarse, como requisitos fundamentales para el otorgamiento de la misma: A) La existencia de ese verdadero desequilibrio económico en perjuicio de quien lo solicite; y B) Que dicho desequilibrio traiga causa de la separación o del divorcio, y no de otra contingencia.

Considerando que, en todo caso, una separación o un divorcio siempre inciden negativamente en la economía de ambos cónyuges, no existen fórmulas aritméticas perfectas que permitan obtener cantidades de las que pueda predicarse una parificación de *status* entre los ex cónyuges, y por ello el Juzgador deberá valorar individualmente y caso por caso las circunstancias concurrentes en ambos esposos, los medios de vida de uno y otro, sus necesidades y los demás parámetros objeto de enumeración no exhaustiva en el artículo 97 del Código Civil.

En el caso de autos, examinadas las pruebas aportadas por las partes, esta Sala discrepa de la apreciación que sobre el presunto desequilibrio económico de la esposa se contiene en la sentencia recurrida.

Que los cónyuges se rigieran constante matrimonio por el régimen de separación de bienes para nada influye en la decisión que sobre pensión compensatoria pueda adoptarse, pese a que haya Audiencias Provinciales que opinen lo contrario. El régimen económico-matrimonial nada tiene que ver con el hipotético desequilibrio económico de uno de los esposos respecto del otro una vez

producida la separación, y no son las capitulaciones matrimoniales los «acuerdos» a los que se refiere el artículo 97.1.º CC.

El matrimonio ha sido corto: escasos cinco años. Ambos esposos son jóvenes, tienen titulación académica superior (él arquitecto, ella farmacéutica) y trabajan en empleos que les proporcionan ingresos que pueden calificarse como de medios o altos: el esposo es arquitecto municipal y compagina esa actividad con el ejercicio libre de la profesión, con las limitaciones al que el otro empleo conlleva; la esposa es farmacéutica y trabaja en el grupo de empresas químicas de propiedad de su familia, sin que esta Sala comparta la opinión expuesta por la Juzgadora de instancia de que su único sueldo sea el correspondiente a un oficial de 2.ª (414'34 euros mensuales): no puede pretenderse que la Sala crea que una persona con titulación académica superior como la que tiene la esposa, trabajando a jornada completa en un grupo de empresas del sector químico propiedad de su familia, reciba como sueldo o salario una cantidad inferior incluso al salario mínimo interprofesional. Esa alegación resulta insostenible y la Sala no puede creerla. Obviamente, acreditar otro tipo de ingresos complementarios cuando la empresa para la que se trabaja es familiar constituye para la contraparte *probatio diabolica* que deviene inexigible por razones lógicas.

Basta comprobar el nivel de vida mantenido constante matrimonio y el que sigue detentando la esposa (que le permite adquirir un vehículo deportivo descapotable de la gama media-alta) para colegir que ese hipotético desequilibrio económico no se ha producido. Por otro lado, ella vive con su hijo en el domicilio que fuera conyugal, sin abonar renta alguna —es cierto que esa situación puede cambiar, pero en el momento al que se refiere este pleito todavía no se ha modificado—, y una vez separados de hecho extrajo de la cuenta corriente común una sustanciosa cantidad de dinero (14.550 euros) alegando como motivo un supuesto pago de

rentas atrasadas que luego la prueba ha revelado ser incierto, pues en el juicio penal de faltas celebrado entre las partes la propia esposa reconoció que no se pagaba renta alguna constante matrimonio (folio 87).

Entiende la Sala que no existe esa situación de desequilibrio económico que se precisa para poder acordar la fijación de una pensión compensatoria, y, en este concreto motivo, debe estimarse el recurso de apelación interpuesto por el esposo.

## PENSIÓN COMPENSATORIA

**Procede extinguir la pensión compensatoria fijada en su día, dado que la esposa ha terminado los estudios de licenciatura y realiza trabajos de investigación por los que recibe una beca superior a 600 euros, por lo que no puede calificarse de trabajo esporádico.**

**AP GRANADA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez**

Con relación a la pensión compensatoria (Sentencias de esta Sala de 19 de junio de 2000, 18 de diciembre de 2001, 16 de julio de 2002 y 3 de mayo de 2004) tiene la naturaleza de un derecho personal del cónyuge al que la separación o el divorcio le produce un empeoramiento del *status* económico anterior, sin que pueda confundirse con la pensión alimenticia, basada ésta en la necesidad, en tanto que aquélla se justifica en el resarcimiento del perjuicio objetivo sufrido a causa de la separación o el divorcio y sin vinculación alguna a la idea de responsabilidad por culpa (S. del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1988), afirmándose en la de 3 de mayo de 2001 que «la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, como viene poniendo de relieve la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, (Jaén de 11 de diciembre de 1998, Zamora de 15 de enero de 1999, Madrid de 12 de marzo de 1999, Alicante de 27 de septiembre de 1999, Barcelona de 7 de abril de 2000) trata de paliar el desequilibrio económico que se produce en uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o el divorcio, al situarlo en una posición o nivel distinto al que mantuvo durante el matrimonio, y encuentra su justificación en el principio de solidaridad conyugal, de modo que, a través de ella, trata de compensarse al cónyuge que, como consecuencia de la crisis matrimonial, carece de capacidad inmediata para generar rentas, o tiene reducida dicha capacidad, siendo dicha incapacidad secuela de los distintos cometidos asumidos por los cónyuges durante la vida en común. Y de aquí que su concesión viene justificada en dos requisitos, uno, de carácter económico, consistente en que se produzca un desequilibrio en uno de

los cónyuges con relación al otro a consecuencia de la separación o el divorcio, y otro de carácter temporal, pues dicho desequilibrio debe suponerle un empeoramiento comparándolo con su situación anterior. Pero a la vez, su concesión no es automática, pues queda supeditada, tanto en lo que respecta a su otorgamiento como en lo que se refiere a su cuantía, a la concurrencia de las circunstancias que señala el propio artículo 97, y, por otra parte, no tiene un carácter definitivo, a modo de renta vitalicia, pues se extingue cuando concurren las circunstancias que señalan los artículos 100 y 101 del Código Civil».

Pues bien, si nos atenemos a la prueba practicada en los autos, apreciada en su conjunto, toda ella nos lleva a la conclusión de que la esposa, ciertamente con su esfuerzo personal, ha restaurado el desequilibrio económico que se produjo con la separación y posterior divorcio, pues, ha terminado sus estudios de licenciatura, y realiza trabajos de investigación por los que percibe, durante los últimos tres años, una beca en cuantía superior a las cien mil pesetas mensuales, lo que no puede catalogarse de trabajo esporádico, sino que constituye un reconocimiento expreso a sus capacidades profesionales que, por otra parte, puede libremente desarrollar dada la edad de los hijos que con ella aun conviven, de modo que ha de entenderse, con independencia de la interpretación que ambas partes dan a la cláusula en que se acordó dicha pensión, como un supuesto de extinción de la pensión compensatoria, de los expresados en el artículo 101 del Código Civil, esto es, el desaparecer la causa que la motivó, y por ello, que al decidirlo así el Juzgado ha aplicado correctamente la norma referida.

## PENSIÓN COMPENSATORIA

**No procede suprimir la pensión compensatoria puesto que la percepción por desempleo que obtiene la esposa no justifica tal medida, máxime cuando el demandante ahora se va a ahorrar el importe del alquiler al recuperar la que fuera vivienda familiar.**

**AP LAS PALMAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Augusto García Van Isschot**

Cornelio propugna la supresión de la pensión compensatoria concedida a la señora Rocío, pues alega que se probó que ésta siempre trabajó durante el matrimonio ingresado 150.000 pesetas y luego prestataria del desempleo de más de 600 euros y que dejó de trabajar sólo pocos meses antes de presentar la demanda para aparentar signos de pobreza y que continúa trabajando sin estar dada de alta.

Aduce que la pensión compensatoria en su cuantía tampoco se ajusta al caudal y necesidades de uno y otro cónyuge porque el apelante además ha de pagar el alquiler de la vivienda en que mora con sus hijos ascendente a 700 euros mensuales (folio 273).

Ninguno de estos argumentos puede prosperar porque el control sobre la fuente principal de ingre-

sos del matrimonio correspondía al marido (lo que no ha desmentido) y si bien los documentos de los folios 25, 26 y 27 evidencian que la esposa estuvo afiliada a la Seguridad Social entre el 25 de mayo de 1998 hasta el 13 de julio de 2002 por un total de 4 años, un mes y siete días (laboró como camarera de piso) y que durante el año ulterior se le reconoció una percepción por desempleo de 619,38 euros de importe íntegro mensual, esto no tiene la relevancia suficiente para rebajar la cantidad fijada en la sentencia especialmente cuando el prestador de la pensión compensatoria se va a ahorrar el importe del alquiler de la actual morada al recobrar la que fuera vivienda familiar.

## PENSIÓN COMPENSATORIA

**Dado el carácter potestativo de la pensión compensatoria, ésta no puede fijarse cuando previamente la esposa ha renunciado de forma expresa a la misma, careciendo de virtualidad los padecimientos de salud que alega ahora la esposa.**

**AP GRANADA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don José Requena Paredes**

Frente a la Sentencia de instancia que acordó el Divorcio de los esposos ratificando las medidas de índole económico y personal que acordaron en el convenio matrimonial de fecha 28 de marzo de 2000 aprobado por la Sentencia de separación dictada el 27 de septiembre de 2001, se alza la esposa insistiendo en las dos peticiones que, con modificación de ese convenio, postuló de manera reconvenional en la instancia. Una el reconocimiento de una pensión compensatoria a su favor por importe de 180 euros mensuales, otra el cambio de administración a su favor en orden a los bienes usufructuales en común cuya nuda propiedad corresponde a los

hijos. Ninguno de los motivos resultan atendibles y anuncian con su desestimación la confirmación de la sentencia.

En efecto como ya hemos expresado en otras ocasiones la Ley de 7 de julio de 1981 supuso un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges; los convenios así establecidos tienen un carácter contractualista

por lo que tales acuerdos son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial.

Tal fuerza vinculante, sin blindar absolutamente toda modificación, exige, pues, alteraciones en el devenir del tiempo de circunstancias de toda índole que se ofrezcan concluyentes, serias y razonables como único resorte para, modificándolas, hacerlas justas o eficaces o simplemente de posible cumplimiento, sin que cualquier cambio pueda desnaturalizar la fuerza obligacional de lo libremente pactado en su día so pena de dotar al sistema de indeseables inseguridades, a pretexto de la conveniencia, la insolidaridad o la mayor comodidad o desahogo que pueda pretender el solicitante. En definitiva, la modificación exige una alteración sustancial cumplidamente probada y, por supuesto, no imputable o, por mejor decir, no voluntariamente provocada sin causa de justificación.

Nada de ello ocurre en el caso de autos. La apelante renunció expresamente a toda pensión compensatoria y de alimentos al expresar en la cláusula o estipulación tercera del convenio «Cada cónyuge, seguirá cuidando de su propia alimentación y vesti-

do, no procediendo señalar, en virtud de lo establecido en el artículo 97 del CC, cantidad alguna en concepto de pensión compensatoria para la esposa, ya que en la actualidad, ésta tiene ingresos suficientes para atender a su propia subsistencia».

El Derecho a la Pensión compensatoria tal como acertadamente expresa la Sentencia recurrida, quedó renunciado y precluido desde ese momento sin opción, ahora, incumpliendo ese acuerdo vinculante, válido y eficaz a hacer resucitar necesidades por desequilibrio que no existía al tiempo de la separación de la vida en común cuyos últimos años además, se reguló por el régimen económico de la separación de viviendas. Los achaques, padecimientos, molestias físicas que se esgrimen ahora en detrimento de la salud de la apelante carecen de toda virtualidad para justificar el nacimiento del derecho económico pretendido e igual ocurre con el cambio de administración del patrimonio común en usufructo que desborda el contenido de este procedimiento de Divorcio y de las normas procesales que le regulan en detrimento de los previstos en la Ley *ad hoc* para la rendición de cuentas o simplemente exigir el cumplimiento efectivo de las obligaciones pactadas, asumidas y aprobadas en su día.

## PENSIÓN COMPENSATORIA

La temporalidad de la pensión compensatoria debe ser pedida por las partes.

AP JAÉN, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús María Passolas Morales

Respecto de la incongruencia omisiva alegada, es afirmación doctrinal la que concluye que las Sentencias son claras cuando pueden ser comprendidas sin dificultad alguna y, precisas, si utilizan términos y tratan las cuestiones planteadas en forma directa e inequívoca. Clasificándose la incongruencia, bien por resolución de cuestión *extra petita*, alterando el Juez o Tribunal los términos del debate (SSTC 29/1987, de 6 de marzo y 142/1987, de 23 de julio), decidiendo sobre cosa distinta derivada de la modificación, alteración o sustitución del presupuesto de hecho, básico para *causa petendi* (STC 125/1989, de 12 de julio); bien por la omisión de resolución a cuestiones objeto del debate judicial, debiendo entenderse no obstante que la Sentencia que estima íntegramente las pretensiones formuladas en la súplica de la demanda

condena al demandado a lo que en ella fue solicitado (SSTS 16 de febrero y 17 de junio de 1984, 6 y 20 de marzo de 1986 y 26 de marzo de 1986 y 26 de diciembre de 1989, entre otras), o bien, por último por conceder más de lo pedido. No siendo incongruente por sí misma, la Sentencia que concede menos de lo pedido (STS 2 de noviembre de 1993). Siendo, por último, como se afirma en STS de 3 de noviembre de 2004, que 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 clarificar 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).

Concretándonos al caso que nos ocupa en la parte dispositiva de la Sentencia recurrida, expresamente se afirma: «Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña Ana María Chillaron Carmona, en nombre y representación de don Fidel, contra doña Mari Trinidad debo modificar y modifico las medidas aprobadas por Sentencia de Divorcio de fecha 12 de septiembre de 1994, dictada en los autos núm. 304/93 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno de Andujar, en los términos que se establecen en el Fundamento Jurídico Cuarto de la presente resolución».

En dicho Fundamento Jurídico Cuarto y como ya se ha afirmado, más arriba, la Juez *a quo* razona la no aplicación al caso del carácter temporal de la pensión, a lo que se remite en el Fallo transcrito. No existiendo pues la omisión alegada.

Por lo que habrá de desestimarse igualmente este motivo.

Siendo en cualquier caso y a los meros efectos dialécticos que no puede dejarse al criterio del Tribunal una limitación temporal, bajo quiebra del principio de rogación, con la correspondiente indefensión a la parte contraria que se vería imposibilitada de poder constar, razonar e instar una petición que le resulte desconocida.

## PENSIÓN COMPENSATORIA

**No procede pensión compensatoria cuando la solicitante renunció expresamente a la misma en el acto de la vista de la separación.**

**AP BURGOS, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente**

En lo que atañe a la pensión compensatoria, ha quedado acreditado, porque así se expresa con rotundidad en la Sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial de Burgos el 5 de julio de 2002, que confirmó la dictada por el Juzgado de Primera Instancia decretando la separación del matrimonio, que la Sra. Eva renunció expresamente en el acto de la vista a la pensión compensatoria que inicialmente había solicitado, renuncia que impide que pueda solicitarse ahora dicha pensión, dado que el desequilibrio al que se refiere el artículo 97 del Código Civil debe producirse en el momento de

la ruptura de la convivencia, aunque pueda apreciarse después, y es obvio que la renuncia expresa a un derecho disponible, como es el derecho a percibir dicha pensión, no está sujeta a posibilidad de revocación en función de circunstancias sobrevenidas, y sólo podrá ser anulada si se demuestra que medió error, dolo o intimidación, ninguna de cuyas circunstancias se ha alegado siquiera, por lo que, en definitiva, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia apelada.

## CONVENIO REGULADOR

**Al ser ambos hijos mayores de edad, aunque tengan unas minusvalías del 70 y 75 %, no cabe fijar nada respecto de los mismos en el convenio regulador de la separación, sin perjuicio de lo que se acuerde en el procedimiento de incapacitación.**

**AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier José Morales Mirat**

Recorre la actora la presente sentencia de separación limitando su recurso al pronunciamiento complementario contenido en el punto tercero

y relativo a la atribución a ambos cónyuges de la patria potestad compartida y atribución al padre de la guarda y custodia de los hijos minusválidos

así como la administración de sus bienes con el argumento de que al ser éstos mayores de edad y no haber sido declarados incapaces ningún pronunciamiento cabría haber hecho respecto a la patria potestad de los mismos así como a su guarda y custodia y administración de sus bienes.

Constando en las actuaciones la mayoría de edad de Cornelio y de José Ramón, pues ambos tienen 31 y 29 años, respectivamente, es clara la imposibilidad de acordar medida judicial alguna con respecto a ellos, al amparo de lo prescrito en el artículo 90 CC, al referirse el citado artículo a los hijos sujetos a la patria potestad, situación en la que no se encuentran los precitados hijos pues, al llegar éstos a la mayoría de edad la patria potestad ejercida hasta ese momento por sus padres se extinguió como consecuencia de la emancipación producida (artículos 169.2.º, 314.1.º y 315 CC) por lo que todo pronunciamiento relativo a la patria

potestad y consecuencias derivadas de la misma deberá dejarse sin efecto en la sentencia recurrida ello sin perjuicio de los acuerdos que las partes, en el procedimiento de referencia, hicieron respecto a la custodia y administración de los bienes de los referidos hijos, los cuales al tener carácter contractual producen efecto entre las partes contratantes, no ante terceros, por lo que, y ante una supuesta incapacidad de los hijos, que pudiera desprenderse de las minusvalías de éstos (el 70% y 75% respectivamente) y de los acuerdos que los padres adoptaron respecto a los mismos, habrá de tenerse en cuenta lo que los padres acordaron en el presente procedimiento.

Dado lo establecido en el artículo 757.3 LEC se acuerda poner en conocimiento de Ministerio Fiscal los presentes hechos a los efectos de lo dispuesto en el párrafo 2 de dicho precepto.

## CUESTIONES PROCESALES

Es ajustada la imposición de las costas al actor cuando ha visto desestimadas todas sus pretensiones, considerando que el artículo 394 de la LEC resulta de aplicación a todos los procesos declarativos.

**AP LEÓN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Muñoz Díez**

Interesa el apelante se deje sin efecto la condena en costas de la primera instancia alegando que la especial índole de las materias debatidas hace inaplicable el principio objetivo o del vencimiento reflejado en el artículo 394.1 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso que nos ocupa las cuestiones planteadas hacían referencia exclusivamente a aspectos de naturaleza económica y no a medidas personales, donde por el fuerte componente de orden público e indisponibilidad del objeto podría justificarse, y así lo tiene declarado este Tribunal, no se aplicará como regla el principio del vencimiento, por lo

que, en consecuencia, al no darse tal supuesto y al no existir en el presente caso dudas de hecho o de derecho que justificasen apartarse del criterio establecido en el artículo 394 LEC, debe confirmarse también en este extremo la resolución recurrida al haber sido totalmente rechazadas las pretensiones deducidas en la demanda y al entender que dicho precepto resulta de aplicación a todos los procesos declarativos, tanto ordinarios como especiales, entre los que se incluyen los procesos matrimoniales. (Igual criterio es el seguido por la SAP de Murcia, de 18 de abril de 2002, y la SAP de Asturias, de 17 de abril de 2002.)

## CUESTIONES PROCESALES

**La ausencia de intervención del Ministerio Fiscal en el acto de juicio no es motivo de nulidad de actuaciones cuando en el momento de celebrarse el mismo ninguna de las partes puso objeción a la prosecución del juicio.**

**AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Roque Villamor Montoro**

Se viene a solicitar la nulidad del juicio por falta de intervención del Ministerio Fiscal en el acto del juicio, pues ésta es preceptiva tal y como resulta del artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, sobre este extremo, contamos con que esa ausencia ya era patente en el acto del juicio sin que ninguna de las partes pusiera objeción alguna a la prosecución del juicio en esas circunstancias, pero es que, además, el Ministerio Fiscal en el trámite de alegaciones sobre el recurso de apelación, no ha puesto objeción alguna a la validez del procedimiento pese a esa circunstancia, y, en todo caso, ha tomado efectivo conocimiento del asunto, de lo que en él se ha acreditado, y de lo acordado sobre los menores (régimen de visitas y

pensión alimenticia) no formulando reparo alguno, y de ponerlas se trataría de materias que podrían perfectamente ser subsanadas en segunda instancia, pues el sentido de esa preceptiva intervención es la salvaguarda de los intereses de los menores, con lo que contaríamos con que la nulidad no sería posible conforme al artículo 465.3, párrafo 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En definitiva, se entiende que esa preceptiva «intervención» se ha dado en el caso presente sin que se pueda acordar la nulidad solicitada por este motivo, ya esta Sala en Sentencia de 15 de septiembre de 2003 (rollo 267/2003) vino a sostener que tal ausencia no es motivo de nulidad de actuaciones, remitiéndose a las SSTs de 26 de enero de 1993 y 23 de junio de 1994.

## EJECUCIÓN DE SENTENCIA

**Nulidad de actuaciones en fase de ejecución de sentencia al haberse acordado la ampliación de la ejecución sin admitir al ejecutado la posibilidad de oponerse a la misma de forma análoga a la que procede respecto a la demanda principal, siendo intrascendente que se hubiese concedido al ejecutado la posibilidad de interponer recurso de reposición o apelación contra la resolución que acordaba la ampliación.**

**AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 12 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo**

La Ley de Enjuiciamiento Civil al prever en el artículo 578 la posibilidad de la ampliación de la ejecución como consecuencia de nuevos plazos vencidos de la deuda, y a petición del actor, dispone que «se entenderá ampliada la ejecución por el importe correspondiente a los nuevos vencimientos de principal e intereses, si lo pidiera el actor y sin necesidad de retrotraer el procedimiento».

Pero, claro está, habrá que entender que dicha ampliación de ejecución tendrá que ser resuelta por

auto dada la materia sobre la que se resuelve conforme a lo previsto en el artículo 206.3 y 206.2.2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 551.2 del mismo texto legal, y dicho auto gozará de la misma naturaleza que el auto por el que se despacha ejecución y, en su consecuencia, de no ser susceptible de recurso alguno, y de que frente al mismo pueda formular el ejecutado la misma oposición que para el auto que originariamente despacha ejecución prevé la Ley, ya que no

permitir a quien figura como demandado, aunque se trate de ampliación de demanda ejecutiva, poder oponerse a dicha ampliación puede causarle, respecto a la misma, indefensión que viene vedada por el artículo 24.1 de la Constitución Española pues puede darse el caso de que aún pareciendo en principio haber desatendido determinados plazos de una obligación dineraria que diera lugar a la inicial demanda ejecutiva, por las circunstancias que fueren respecto a lo que se le permite oposición para acreditar, precisamente, que no se da dicha falta de pago por haber sido pagada, puede haber hecho frente a los sucesivos plazos respecto a los que se solicita la ampliación de la ejecución y dicho pago de estos últimos plazos debe tener también la oportunidad de alegarlo y, en su caso, poder acreditarlo, lo mismo que puede hacer respecto a los primeros originadores de la demanda inicial, pues el propio precepto legal (artículo 578 LEC) en su último párrafo contempla dicha posibilidad de pago de los vencimientos sucesivos cuando tras disponer en el primer párrafo del apartado 3 que «la ampliación de la ejecución será razón suficiente para la mejora del embargo y podrá hacerse constar en la anotación preventiva de éste conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 613 de esta Ley», prevé en el segundo párrafo del mismo apartado 3 que «en el caso del apartado anterior, la ampliación de la ejecución no comportará la adopción automática de estas medidas, que sólo se acordarán, si procede, cuando el ejecutante las solicite después de cada vencimiento que no hubiera sido atendido», de

lo que se infiere que cabe la posibilidad, como es lógico, que haya vencimientos posteriores que sean atendidos, pagados, por el ejecutado y éste debe tener la posibilidad de alegarlo y probarlo, y el medio adecuado para ello es mediante la oportuna oposición con arreglo a lo legalmente previsto, y no mediante el sistema de los recursos como erróneamente se señaló en el auto del Juzgado de fecha 19 de enero de 2004, por lo que, al no habersele dado al ejecutado la posibilidad de alegar y, en su caso, probar los motivos de oposición que tuviere contra la ampliación de la ejecución, sobre la que, por otra parte, nada se dice en el auto recurrido, y no pudiendo entenderse subsanable dicho defecto por el hecho de haber aportado documentos por cuanto conforme a lo previsto en el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o una sentencia», pretensiones de hecho y de derecho que al no haber sido alegadas en la instancia no pueden apreciarse en ésta, procede, con estimación del defecto procesal alegado, acordar la nulidad de las actuaciones reponiéndolas hasta el auto de fecha 19 de enero de 2004, de ampliación de la ejecución, para que por el Juzgado se dé al ejecutado el trámite correspondiente para formular la oposición contra dicha resolución.

## EJECUCIÓN DE SENTENCIA

**Si un juzgado deja sin efecto las medidas que se acordaron en la sentencia de separación dictada por otro juzgado, tiene competencia para librar un oficio suprimiendo la retención en la nómina que se acordó en su día por el otro juzgado para el pago de una pensión.**

**AP CÁDIZ, SEC. 6.ª, AUTO DE 21 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Tesón Martín**

Se plantea recurso de apelación contra el auto que desestima reposición contra providencia en la que se resolvía no haber lugar a librar oficio a la Ciudad Autónoma de Ceuta a fin de que se dejara sin efecto la retención de 150'25 euros en el sueldo del apelante.

Se trata de la pensión compensatoria acordada en sentencia anterior de separación y que posteriormente había sido dejada sin efecto por la

sentencia de divorcio, habiéndose dictado ambas resoluciones por distintos Juzgados, argumentando la providencia de la que trae causa el recurso que dicho Juzgado no había librado ningún oficio para retención de cantidades en la nómina, de manera que había de ser el Juzgado que ordenó dicha retención el que la dejara sin efecto.

Esta Sala no comparte la tesis que mantiene el auto recurrido, dado que, desde el punto de vista de

la competencia funcional, es indudable que la sentencia que se dicta en un procedimiento matrimonial posterior, sustituye, en cuanto a las medidas, lo que en el anterior proceso matrimonial se acordó, bien sea variándolas, bien manteniéndolas o, como aquí acontece, dejándolas sin efecto, siendo además palmario que ha de ser el órgano que conoció posteriormente de la situación de crisis matrimonial el que ha de entender de todas las vicisitudes relativas a las medidas acordadas.

En definitiva, recaída una sentencia de divorcio con posterioridad a una de separación, es preciso entender, no sólo por un elemental principio de economía procesal, sino por lo que se deduce del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la resolución dictada en el subsiguiente proce-

dimiento se coloca íntegramente en el lugar de la primera, de manera que, el órgano competente para la ejecución forzosa de lo resuelto en tal proceso posterior ha de ser el órgano judicial que conoció de éste.

Una interpretación contraria podría dar lugar a que el Juzgado que estableció con anterioridad la pensión compensatoria extinguida por el segundo, también se negara por estimar que en él no se ha dictado ninguna resolución que así lo acuerde, dando lugar a una solución contraria no sólo a lo que ha de ser un proceso racional, sino a la propia esencia del derecho a una tutela judicial efectiva.

Por tanto el recurso debe prosperar, sin hacer especial pronunciamiento sobre el pago de las costas procesales.

## REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

**Procede incluir en el inventario el inmueble, sin perjuicio de que al valorarse se tengan en consideración las posibilidades de desarrollo urbanístico que tiene, habida cuenta de que está afectado a una Junta de Compensación.**

**AP CIUDAD REAL, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Fulgencio Velázquez de Castro Puerta**

En cuanto al inmueble sito en la calle Travesía a calle San Diego, lo cierto es que, con independencia de la que reste según la junta de Compensación y en virtud de los acuerdos de la misma, la totalidad de la parcelas vendidas por ambos litigantes en 2003, según se desprende del documento obrante a los folios 143 y siguientes, no alcanza íntegramente a la superficie de la que eran titulares ambos esposos, quienes reconocen el carácter ganancial del

bien, al enajenar una parte del mismo ambos por partes iguales, cuando ya estaban separados legalmente y disuelta la sociedad de gananciales. En consecuencia, debe ser incluido ese inmueble en el inventario, sin perjuicio, de que al valorarse se tengan en consideración las posibilidades de desarrollo urbano que tiene o las circunstancias que invocó en el juicio el demandado.

## REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

**Procede incluir en el activo de la sociedad el valor de adquisición del vehículo dado que no se ha acreditado que se abonara con dinero privativo. Carece de respaldo probatorio la alegación de que su padre le prestó el dinero para adquirir el vehículo, y que no pudiendo devolverle el préstamo optó por ponerlo a su nombre tras la separación.**

**AP CIUDAD REAL, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Fulgencio Velázquez de Castro Puerta**

En cuanto al turismo Mercedes Benz, que se sostiene adquirió el demandado debe señalarse que constanding acreditada su existencia en base al

interrogatorio del demandado, quien señala que lo adquirió antes de separarse pero con dinero procedente de un préstamo que le dio su padre,

a quien le puso el vehículo a su nombre tras separarse, por no poder pagarle el préstamo, se puede concluir que es ganancial, bien el vehículo o al menos su valor, dado que opera la presunción de gananciabilidad, no desvirtuada por el demandado que ni ha acreditado que se abonó con dinero privativo, ni que se reintegró al patrimonio del

padre del demandado por razón a un crédito, sino sólo que se transfirió a nombre de éste tras la separación del matrimonio, dato que resulta extraño cuando la madre del mismo señala en la prueba practicada en esta alzada que su marido le dejó un coche a su hijo y no sabe nada de que su hijo comprase un coche.

### REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

**Procede incluir en el activo del inventario los saldos bancarios existentes a la fecha de la adopción de las medidas al presumirse que los mismos tenían carácter ganancial.**

**AP CIUDAD REAL, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Fulgencio Velázquez de Castro Puerta**

Se pretende la inclusión de los saldos en cuentas corrientes que tenía el demandado a su nombre el día en que se adoptan por primera vez las medidas, pretensión que fue rechazada al no quedar acreditada su existencia y que ahora debe ser modificada, por cuanto la actividad probatoria desplegada en segunda instancia, en función

de los oficios librados al efecto, ha permitido constatar, por una parte, que el demandado tenía diversas cuentas en Caja Madrid y Caja Castilla-La Mancha a su nombre, y que tenían saldo el día indicado, razones por las que procede su inclusión en el inventario, al presumir sus saldos gananciales.

### PROCEDIMIENTOS DE MENORES

**No habiendo sido privado de la patria potestad el padre del menor, no procede constituir la tutela a favor de un tío materno del mismo por más que éste sea el que, durante la enfermedad de la madre, se haya ocupado del menor, no siendo obstáculo para dicha conclusión que el padre llegase en su día a impugnar la paternidad.**

**AP LLEIDA, SEC. 1.ª, AUTO DE 22 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Segura Sancho**

Impugna el recurrente la resolución judicial de instancia en la medida en que se inadmitió la demanda de jurisdicción voluntaria en su día promovida y con la que se pretendía el nombramiento del solicitante como tutor del menor de edad Juan, en atención a la designación efectuada mediante escritura pública por la madre del menor antes de su fallecimiento, pretensión a la que se opone el Ministerio Fiscal por cuanto que el menor se halla sometido a la potestad de su padre, lo que legalmente y por definición excluye la tutela puesto que el artículo

170 del Codi de Família –y en idéntico sentido el artículo 222 del Código Civil– dispone que sólo pueden estar sometidos a la misma «els menors no emancipats que no estiguin en la potestat del pare i de la mare o d'un d'ells».

El recurso, así planteado, no puede ser acogido.

Pretende el recurrente la tramitación de un procedimiento judicial encaminado a la designación de tutor de un menor de edad –carga para el que el propio solicitante se postula– fundamentando aquella pretensión en los siguientes motivos:

1.º que mediante escritura pública fue designado como tutor por la madre del menor; 2.º que ha estado conviviendo con el menor –y con su madre fallecida– ejerciendo la totalidad de la funciones derivadas de una relación paterno-filial; y 3.º que el padre biológico del menor se desentendió de aquellas funciones y de todo afecto hasta el punto que llegó a impugnar judicialmente la filiación del menor. En base a todo ello pretende que su designa como tutor prevalezca sobre la potestad que corresponde al padre del menor y, además, que esta prioridad se declare y se establezca a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria de nombramiento de tutor.

Así las cosas resulta que ni es adecuado el cauce procesal a través del cual pretende sustanciar aquella pretensión ni tampoco puede acogerse aquel pedimento en la medida en que no se adecua a las exigencias y supuestos legales antes citados por

cuanto que resultan incompatibles la tutela con la potestad de un progenitor.

En cualquier caso, y de ser cierto lo que se dice en el escrito inicial del presente procedimiento, habrá de ser en el propio proceso de filiación –al que ninguna referencia concreta se hace– o en el procedimiento matrimonial ya entablado o en cualquier otro que pudiera promoverse en torno a la afirmada concurrencia de causas de privación de la potestad del padre, el marco judicial adecuado para plantear, resolver y pretender la adopción de las medidas necesarias que fueran conducentes a la adecuada protección del menor de edad, todo ello con independencia a las que pudieran promoverse y en su caso adoptarse tanto por parte del Ministerio Fiscal, en representación y defensa del propio menor, como por los organismos administrativos competentes en materia de protección de menores, si fuere el caso.

## PROCEDIMIENTOS DE MENORES

**La medida más adecuada para la protección del menor corresponde adoptarla en todo caso a la entidad pública, pudiendo impugnarla ante la autoridad judicial. La intervención judicial es meramente revisora, no siendo por tanto procedente que, tras decretarse el acogimiento, sea el SATAV quien se ocupe del seguimiento de los menores.**

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Blasa Noblejas Negrillo

Se alzan los recurrentes contra la resolución impugnada en cuanto, no obstante desestimar la oposición a la resolución de desamparo de 18 de septiembre de 2002, acuerda la intervención del SATAV a fin de que valoren la evolución y situación de la madre y los menores, que actualmente están en acogimiento simple con los abuelos maternos, debiendo remitir cada tres meses al juzgado un informe sobre la situación y evolución de los mismos. Alega como fundamento de su recurso la DGAIA, muy fundamentalmente, que tal pronunciamiento es totalmente ajeno a la función revisora que le otorga la juzgado la Llei 37/1991 de protección de los menores en su artículo 2.6 y 8, así como el 780 LEC; que tales funciones de control y seguimiento son inherentes a la función pública de protección y tutela de los menores y que están asignadas a la Generalitat, lo que implica que la DGAIA no podrá dejar de hacerlas y se producirá una intervención duplicada, sistemática e innecesaria sobre los menores y las familias; finalmente, alegaba incoherencia por ser incompatibles los acuerdos a que llega la sentencia.

Sentadas así las bases del recurso, hemos de señalar que, como ya indicó esta misma Sala en su sentencia de 7 de enero de 2004, «la medida más adecuada para la protección del menor corresponde adoptarla en todo caso a la entidad pública, tal y como se desprende del artículo 1 de la Ley 37/1991, pudiendo impugnarla ante la autoridad judicial, –que en esta materia es sólo un órgano revisor (artículo 2.6) de la bondad o no de las medidas acordadas por la Administración– las personas a que se refiere el artículo 7 de dicha ley –padres, tutor, guardador o familiares que últimamente hayan convivido con el menor–, según dispone el artículo 8, en concordancia con lo estatuido en los artículos 51, 56 y 57 del Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción. Tiene pues la intervención judicial una naturaleza puramente revisora de las resoluciones de la Administración, por lo que al imponer la sentencia recurrida la intervención del SATAV, aun reconociendo que la labor efectuada por aquella fue correcta, el juzgado está interfiriendo en las funciones propias de la misma, funciones que son asignadas por la ley, lo cual impli-

ca una duplicidad de intervenciones que altera la letra y el sentido de la legislación de protección de

menores que en modo alguno podemos amparar, por lo que debemos estimar el recurso que se examina.

## UNIONES DE HECHO

**No procede fijar pensión compensatoria dado que no consta la existencia de una relación *more uxorio* ni el desequilibrio económico.**

**AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio María González Floriano**

En absoluto ha resultado acreditado que la unión que mantenían la demandante y el demandado reuniera las notas puestas de manifiesto por el Tribunal Supremo para considerar la referida unión como paramatrimonial o *more uxorio*, lo que –junto con la circunstancia, puesta de manifiesto por el Juzgado de instancia, relativa a la falta de prueba de

la existencia del desequilibrio económico que exige el artículo 97 del Código Civil– impide acceder al señalamiento de la pensión compensatoria que ha postulado la parte actora apelante, de modo que, en consecuencia, la decisión adoptada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida ha de reputarse correcta y ajustada a derecho.

## CUESTIONES PENALES

**Procede la condena por un delito de maltrato familiar del artículo 153 del CP dado que la sola declaración de la víctima, concurriendo ciertos requisitos, puede enervar la presunción de inocencia.**

**AP CANTABRIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 2005**

**Ponente: Ilma. Sra. doña María Rivas Díaz de Antoñana**

Gregorio recurre en apelación la sentencia que le condena como autor de un delito de maltrato familiar tipificado en el artículo 153 del CP, y tras invocar error en la apreciación de la prueba y aplicación indebida del artículo 153 del CP solicita de este órgano de apelación la revocación de la sentencia recurrida y su absolución.

En relación con la valoración de la prueba debemos recordar que la declaración de la víctima, libremente valorado por el juzgador, puede constituir medio de prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1.º) ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones entre el procesado y la víctima que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad u otro que le privase al testimonio de la aptitud necesaria para generar ese estado subjetivo de certidumbre; 2.º) verosimilitud, que implica que la declaración de la víctima está rodeada de ciertas corroboraciones periféricas y 3.º) persistencia y firmeza del testimonio incriminatorio.

El juzgador de instancia contó con prueba de cargo hábil para destruir la presunción de inocencia, como es la declaración de la víctima, corroborada por el dato objetivo de las lesiones sufridas, y la declaración de un testigo que vio al acusado golpear a la chica, la cual cae al suelo, y le da patadas partiendo por tanto del relato de hechos probados, fruto de la valoración en conciencia por parte del juzgador, contenidos en la sentencia recurrida, dada la relación de convivencia entre Gregorio y María Virtudes análoga a la matrimonial, son constitutivos de un delito de maltrato regulado en el artículo 153 del CP, que se remite expresamente al artículo 173.2 para designar a aquellas personas que pueden ser sujetos pasivos del delito de violencia doméstica; lo que motiva la íntegra confirmación de la sentencia recurrida.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 123 del CP, procede imponer al recurrente las costas causadas en esta alzada.

# Revista de **Derecho de** **familia**

---

**RESOLUCIONES DE LA DGRN**

---



## RESOLUCIONES DE LA DGRN

### NOMBRE Y APELLIDOS

Dado que no consta el consentimiento inicial de los hijos mayores de edad y que su solicitud manifestando la conformidad con el cambio de apellidos ha tenido lugar por comparecencia efectuada el 15 de marzo de 2004, es evidente que ha transcurrido en exceso el plazo reglamentario señalado de dos meses y que no es posible inscribir un cambio de apellidos de los hijos que no ha llegado a producirse.

RESOLUCIÓN DE 5 DE JULIO DE 2005

### ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don M.-J. V. I. A., compareció ante el Registro Civil y manifestó que en el día de la fecha le ha sido notificado la inversión de sus apellidos efectuada en el Registro Civil de Zarauz por inscripción marginal el 1 de septiembre de 2003 y solicita que se lleve a cabo dicha inversión en las inscripciones de su matrimonio y se notifique a sus hijos mayores de edad la inversión de apellidos y manifiesten lo que crean oportuno ante el Registro Civil de su domicilio.
- ⊙ La Magistrada. Juez Encargada del Registro Civil de Madrid, por Providencia de fecha 14 de abril de 2004, acuerda anotar al margen de la inscripción de matrimonio la inversión de apellidos del promotor y declara no haber lugar a extender el asiento marginal de cambio de apellidos en el acta de nacimiento de los hijos, conforme al artículo 217 del Reglamento del Registro Civil, por haber transcurrido el plazo de dos meses siguientes a la inscripción del cambio, por lo que los interesados deberán promover expediente de cambio de apellidos.
- ⊙ Notificados los interesados, éstos solicitan el cambio del primer apellido por cumplir los requisitos para optar y se ratifican en su petición. La Magistrada Juez Encargada del Registro Civil de Madrid da por incoado el expediente de cambio del primer apellido de los interesados.
- ⊙ Notificado el Ministerio Fiscal, éste no se opuso a lo solicitado.
- ⊙ El Juez Encargado del Registro Civil, eleva el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para resolver la modificación solicitada.
- ⊙ La DGRN desestima la petición.

### COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Según resulta de la redacción dada al artículo 217 del Reglamento del Registro Civil por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, para que el cambio de apellidos de una persona alcance a sus descendientes no sujetos a la patria potestad se requiere la prestación del consentimiento de estos descendientes, bien se formule en el propio expediente, bien dentro de los dos meses siguientes

tes a la inscripción del cambio de apellido del ascendiente.

Es cierto que la recta interpretación e inteligencia de este precepto no ha dejado de suscitar controversia por apreciarse en el mismo una contradicción en cuanto a su ámbito de aplicación con el artículo 61 de la Ley del Registro Civil, en la medida en que el efecto jurídico de extender el

cambio de los apellidos de una persona a los sujetos a su patria potestad y a los demás descendientes que expresamente lo consientan aparece circunscrito en la norma legal a los «cambios gubernativos» y no a «todo cambio de apellidos» a que lo extiende la norma reglamentaria. En el artículo 61 de la Ley registral civil, en conexión con el resto del sistema legal vigente de atribución de apellidos por razón de filiación determinada (*cf.* artículos 55 LRC y 196 núm. 2 RRC), se ha querido ver por parte de cierta doctrina una regla general implícita conforme a la cual la alteración por cualquier motivo de los apellidos de los progenitores altera automáticamente los apellidos de sus descendientes, mayores o menores de edad, a salvo el supuesto excepcional del citado artículo 61 de la Ley referente al exclusivo caso de los cambios por virtud de autorización gubernativa.

Ahora bien, esta regla tropieza con evidentes inconvenientes en el orden práctico y también en el teórico pues la imposición del cambio de los apellidos a los descendientes mayores de edad, aun en contra de su voluntad y al margen de toda alteración en el *status* de su filiación, esto es, en los casos en que el cambio de apellidos del ascendiente deriva de su propia voluntad con los efectos legales determinados (supuesto, *v.gr.* del artículo 109 del Código Civil en relación con la inversión del orden de los apellidos) o con el valor de postulación del expediente registral para obtener la autorización gubernativa del cambio, es un resultado que se enfrenta a la independencia de los hijos mayores en el orden familiar y que puja con el derecho de éstos a su propia identidad representado en el derecho al nombre. Es por ello que buena parte de la doctrina postuló ya antes de la reforma reglamentaria de 1986 una interpretación correctora del artículo 61 de la Ley registral en el sentido de extender el ámbito de la exigencia del consentimiento de los hijos mayores de edad a todos aquellos supuestos en que el cambio del apellido del ascendiente no estuviese vinculado a un cambio civil de filiación de la persona, en cuyo solo caso cabría predicar un efecto automático al cambio derivativo de los apellidos respecto de los descendientes mayores de edad, y ello sin perjuicio de la facultad de conservación de los apellidos anteriores prevista por el artículo 59 núm. 3 de la Ley del Registro Civil. En consecuencia, desde este punto de vista el artículo 217 del Reglamento del Registro Civil estaría en sintonía con esta interpretación del artículo 61 de la Ley en cuanto a los cambios derivados de la propia voluntad del ascendiente, como sucede en el presente caso en que el cambio ha tenido lugar por la solicitud de inversión a que faculta el artículo 109 del Código Civil.

Superado el anterior obstáculo interpretativo, se ha de subrayar que en este supuesto el padre ha inscrito la inversión de apellidos con fecha 1 de

septiembre de 2003. Dado que no consta el consentimiento inicial de los hijos mayores de edad y que su solicitud manifestando la conformidad con el cambio ha tenido lugar por comparecencia efectuada el 15 de marzo de 2004, es evidente que ha transcurrido en exceso el plazo reglamentario señalado de dos meses y que no es posible inscribir un cambio de apellidos de los hijos que no ha llegado a producirse.

La conclusión apuntada no es susceptible de variación por la circunstancia de que los interesados no llegaran a tener conocimiento de la modificación de apellidos de su progenitor sino tardíamente en un momento posterior ya al vencimiento del citado plazo, pues el mismo lo es de caducidad, lo que supone que opera automáticamente e *ipso iure*, y cuyo cómputo se inicia a partir de la fecha de la propia inscripción marginal causada por el cambio de apellidos (*cf.* artículo 217.II RRC). Tampoco resulta procedente declaración alguna de nulidad de actuaciones sobre la base de la supuesta omisión de un trámite de notificación del cambio y de su inscripción a los descendientes ya que, con independencia de la posible consideración sobre la conveniencia de tal notificación, la misma no está prevista en el específico procedimiento registral regulado reglamentariamente para prestar el consentimiento de los descendientes al cambio de apellidos de su ascendiente, bien porque la norma reglamentaria parta de la premisa de que la información sobre las solicitudes de cambio de apellidos y su influencia en los hijos o descendientes no sometidos a la patria potestad del solicitante han de quedar confiadas al ámbito de la comunicación y relación familiar, bien por consideración a la propia eficacia de la publicidad registral, como sucede en otros ámbitos de nuestro Ordenamiento civil registral (*vid.*, *v.gr.*, artículo 1524 CC en materia de retracto legal).

Lo anterior no impide que los interesados, como efectivamente hacen en su petición subsidiaria, soliciten el cambio del apellido paterno por medio de un expediente *ad hoc* (*cf.* artículos 57 LRC y 205 y 365 RRC). En este caso se ha seguido la necesaria fase de instrucción del expediente de la competencia del Ministerio ante el Registro Civil del domicilio (*cf.* artículo 365 RRC.) y razones de economía procesal (*cf.* artículo 384 RRC) aconsejan realizar ahora ese examen y evitar la reiteración del expediente encaminado al mismo fin práctico. Sin embargo, tampoco por esta vía puede ser acogida favorablemente la pretensión de los interesados ya que ninguna prueba han aportado sobre la situación de hecho de los apellidos en la forma propuesta, por lo que falta el requisito previsto por el artículo 57 núm. 1 de la Ley del Registro Civil para la autorización del cambio.

## NOMBRE Y APELLIDOS

**Denegación del cambio de apellidos de una menor con base en que el padre ha hecho dejación absoluta de las obligaciones respecto a la hija común.**

RESOLUCIÓN DE 29 DE JUNIO DE 2005

### ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Por escrito presentado en el Registro Civil de Burgos, doña R.-M. C.A., nacida en Briviesca (Burgos) el 22 de septiembre de 1960 y con domicilio en Burgos, solicitaba para su menor hija R.-M.T.C. el cambio de sus apellidos por los apellidos maternos C.A., basaba su petición en que el padre biológico desde su divorcio en el año 2000 no ha atendido ni económicamente ni afectivamente a su hija y que la menor tiene problemas psicológicos en sus relaciones con otros niños.
- ⊙ Ratificada la promotora. El Ministerio Fiscal no se opone a la pretensión solicitada. El Juez Encargado del Registro Civil de Burgos dictó auto con fecha 14 de octubre de 2004 alegando que el Registro Civil es incompetente para resolver lo solicitado y que el cambio de apellidos solicitado supone la supresión del apellido proveniente de la línea paterna, por lo que no puede subsumirse en ninguno de los casos expuestos y que dicho cambio corresponde al Ministerio de Justicia por el artículo 57 de la Ley del Registro Civil y 205 del Reglamento del Registro Civil.
- ⊙ Notificada la resolución a la interesada ésta presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado manifestando que la no aceptación de lo solicitado por parte del Registro Civil, son la incompetencia del mismo para resolver, por lo que solicita de nuevo su petición a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Acompaña nuevamente los documentos reseñados en el punto 1.
- ⊙ De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que nada tiene que objetar a la pretensión instada. El Magistrado Juez Encargado del Registro Civil remitió el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- ⊙ La DGRN desestimó el recurso.

### COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se pretende en este caso el cambio de apellidos de la hija de la promotora, menor de edad, determinados por su filiación biológica, por los dos apellidos, en su orden, de la madre. La causa que se alega es la del abandono del padre de sus obligaciones respecto de la hija común.

El Encargado del Registro Civil del domicilio tiene facultades para decidir en primera instancia un expediente de cambio de apellidos en los supuestos taxativos que señalan los artículos 59 de la Ley del Registro Civil y 209 de su Reglamento.

Como en este caso no se trata de ninguno de los supuestos previstos en dichos artículos la resolución de la solicitud para suprimir el apellido paterno en beneficio de los maternos, era de la competencia del Ministerio de Justicia al que, una vez instruido, tendría que haberse elevado el expediente para su resolución, sin necesidad de que el Encargado declarase su falta de competencia (*cf.* artículos 57 LRC y 365 RRC).

En cualquier caso, el cambio de apellidos está sujeto al cumplimiento de los requisitos que esta-

blecen los artículos 57 LRC y 205 RRC, ninguno de los cuales concurre en el presente caso, por lo que el cambio no puede ser autorizado por la vía iniciada por la interesada. Ésta podría haber instado su pretensión a través del procedimiento especial

previsto para aquellos casos en que concurren circunstancias excepcionales, que se resuelve por Real Decreto a propuesta del Ministro de Justicia, previa audiencia del Consejo de Estado (*cf.* artículos 58 LRC y 208 RRC).

## NOMBRE Y APELLIDOS

**Autorización para el cambio de nombre de una menor adoptada en el sentido de que a partir de ahora será Estrella (el impuesto registralmente) Xiaojie (el utilizado antes de constituirse la adopción).**

### RESOLUCIÓN DE 24 DE JUNIO DE 2005

## ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Mediante escrito presentado en el Registro Civil de Sevilla el 30 de noviembre de 2004, doña M.H.C., mayor de edad, y con domicilio en Sevilla, manifestó que al practicarse la inscripción de nacimiento de su hija se hizo constar como nombre propio Estrella, y dicho nombre estaba en evidente discordancia con el usado habitualmente, que era el de Estrella Xiaojie, deseando mantener el nombre propio que de origen le correspondía, para que no perdiera totalmente sus señas de identidad, por lo que solicitaba para su hija menor el cambio de su nombre propio por el de Estrella Xiaojie. Acompaña inscripción de nacimiento de Xiaojie G., en la que consta marginal de adopción por M.H.C., y de que el nombre de la inscrita será de Estrella H.C., certificado de empadronamiento, pasaporte, y diversa documentación correspondiente a la adopción de la menor.

⦿ Ratificada la promotora, el Ministerio Fiscal informó que se oponía a lo solicitado por entender que no existía justa causa para ello. El Juez Encargado dictó auto con fecha 20 de diciembre de 2004, disponiendo que no había lugar a estimar la pretensión de la promotora, relativa al cambio del nombre propio de su hija por uso habitual, al no demostrarse ello, por cuanto no aportaba prueba de la habitualidad, que supone un uso prolongado en el tiempo. La promotora basaba su petición en un deseo, legítimo, de no privar a su hija de sus orígenes y de sus señas de identidad, pues el nombre propuesto era el que en origen tenía la niña. Ello, sin embargo, no era causa prevista entre aquellas que podía examinar el Encargado, por lo que carecía de competencia para resolverlo.

⦿ Notificados el Ministerio Fiscal y la promotora, ésta interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando que se autorice el cambio de nombre, en base a que existe justa causa conforme al artículo 206 del Reglamento del Registro Civil, unido al hecho, más que probado, de que el nombre que se propone, Xiaojie, le fue impuesto antes de ser adoptada y por tanto le pertenecía legítimamente.

⦿ En la tramitación del recurso el Ministerio Fiscal interesó la confirmación del auto recurrido por sus propios fundamentos jurídicos. El Juez Encargado del Registro Civil remitió el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución, informando desfavorablemente la pretensión del promotor, dado que no desvirtuaba los fundamentos de la resolución.

⦿ La DGRN estimó el recurso.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El Encargado del Registro Civil del domicilio tiene facultades para autorizar en expediente el cambio del nombre propio inscrito por el uso habitualmente (artículos 209.4.º y 365 RRC), siempre que exista justa causa en la pretensión y que no haya perjuicio de tercero (artículo 210 RRC) y siempre que, además, el nombre solicitado no infrinja las normas que regulan su imposición (*cfr.* artículos 54 LRC y 192 RRC), porque, como es obvio, no ha de poder lograrse, por la vía indirecta de un expediente posterior, un nombre propio que ya inicialmente debería ser rechazado.

En el caso presente las pruebas presentadas no llegan a justificar la habitualidad en el uso del nombre pretendido, de modo que la competencia para aprobar el expediente excede de la atribuida al Encargado y corresponde por el contrario a la competencia general del Ministerio de Justicia (*cfr.* artículos 57 LRC y 205 RRC) y hoy, por delegación (OM de 26 de junio de 2003), a esta Dirección General.

Conviene en todo caso examinar la cuestión acerca de si el cambio intentado pudiera ser acogido por esta otra vía. Se ha seguido la necesaria fase de instrucción del expediente de la competencia del Ministerio ante el Registro Civil del domicilio (*cfr.* artículo 365 RRC) y razones de economía procesal aconsejan ese examen (*cfr.* artículo 384 RRC), ya que sería superfluo y desproporcionado con la causa exigir la reiteración formal de otro expediente dirigido al mismo fin práctico.

La cuestión apuntada merece una respuesta afirmativa. Se trata de una menor adoptada y el cambio intentado no perjudica a tercero y hay para él una justa causa, con lo que se cumplen los requisitos específicos exigidos para la modificación (*cfr.* artículo 206, HE, RRC). Este último extremo relativo a la concurrencia del requisito de la justa causa, que es negado por el Ministerio Fiscal en su informe, debe ser, por el contrario, afirmado en un doble sentido. Por un lado, el nombre propuesto «Xiaojie» es el que correspondía legalmente a la menor antes de ser adoptada y el que usaba de hecho, el cual fue sustituido, sin base legal para ello (*cfr.* artículo 213 núm. 1 RRC), en el trámite de la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la adopción. En rigor, por lo tanto, estamos en presencia de un supuesto de imposición de nombre con infracción de las normas establecidas, lo que ya de por sí constituye causa suficiente para autorizar la sustitución pretendida en cuanto a la recuperación del nombre originario de la nacida (*cfr.* artículo 212 RRC). Por otro lado, y atendiendo al principio superior de prevalencia del interés de la menor (*cfr.* artículo 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero), abona la conclusión anterior el propósito a que responde la petición de cambio solicitada de que la menor no pierda el sentido de sus orígenes, a lo que sin duda contribuirá favorablemente la conservación de su nombre original chino como segundo nombre propio de la misma.

## MENORES

**Es inscribible el reconocimiento de un menor otorgado en forma y con todos sus requisitos, sin que importe la sola sospecha o duda de que el reconocimiento no se ajusta a la veracidad biológica.**

RESOLUCIÓN DE 27 DE ABRIL DE 2005

## ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Mediante escrito presentado en el Registro Civil de Melilla el 25 de marzo de 2003, don H.M. M., soltero, domiciliado en Arrecife, Las Palmas, de nacionalidad española, y doña M.L., soltera, domiciliada en Melilla, de nacionalidad marroquí, promovieron expediente para la inscripción de

la filiación no matrimonial del menor A.L., nacido el 25 de febrero de 2002 en Melilla, figurando inscrito como hijo no matrimonial de doña M.L. y de padre desconocido, habiendo otorgado el promotor ante Notario con fecha 3 de marzo de 2003 escritura de reconocimiento de filiación, con el consentimiento de la madre de dicho menor. Aportaban la siguiente documentación: escritura de reconocimiento de filiación, inscripción de nacimiento del menor, tarjeta de residencia, certificado de soltería y extracto del acta de nacimiento de doña M.L., y DM e inscripción de nacimiento de don H.M.M.

⦿ Ratificado el promotor, el Ministerio Fiscal informó que era procedente acceder a lo solicitado. Se incorporó al expediente la legislación marroquí acerca de cómo se tramita la figura del reconocimiento de la filiación no matrimonial, denominada por la Ley marroquí, natural o no legítima, no reconociendo a dicha filiación los efectos que, por el contrario, sí le otorga la filiación matrimonial.

⦿ La Encargada del Registro Civil dictó auto con fecha 12 de noviembre de 2003, no aprobando el reconocimiento de filiación del menor, ya que teniendo en cuenta los datos obrantes en las actuaciones, especialmente el domicilio del promotor en Arrecife, frente al domicilio materno en Melilla, no existía afirmación alguna acerca del carácter natural de la filiación, ni prueba alguna de la posesión de estado de las relaciones paterno-filiales. Por otra parte, según el artículo 9 del Código Civil, el contenido, carácter y las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley personal, y en este caso, teniendo en cuenta que el hijo es de nacionalidad marroquí, no puede deducirse que según su legislación baste el reconocimiento ante el Registro Civil para conceder la filiación. En cualquier caso, y aun cuando pudiera mantenerse la aplicación de la ley española, ésta exige que exista una prueba acerca de la filiación natural del padre respecto al hijo, y que se acredite la posesión de estado, pues en caso contrario sería necesario acudir al procedimiento ordinario sometido a la oportuna contradicción.

⦿ Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a los promotores, éstos interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando que se inscribiera el reconocimiento de la filiación paterna en la inscripción de nacimiento del menor, alegando que habían solicitado la inscripción del reconocimiento de la filiación, no el reconocimiento, ya que éste ya se había formalizado en una escritura notarial. Respecto al motivo del distinto domicilio de los progenitores en el que se basaban para denegar la inscripción, el recurrente ha venido y viene a Melilla en todas las ocasiones que le permite el trabajo, y la madre ha estado de vacaciones con él; y respecto a la ausencia de prueba de posesión de estado de las relaciones paternofiliales, este extremo no ha sido objeto de comprobación alguna.

⦿ De la interposición del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que interesó la desestimación del mismo y la confirmación de la resolución recurrida.

⦿ La Encargada del Registro Civil informó que no tenía eficacia alguna el reconocimiento efectuado conforme a la legislación personal del menor, y remitió el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

⦿ La DGRN estimó el recurso y ordenó que se inscribiera el reconocimiento de la filiación no matrimonial paterna.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se pretende por este expediente la inscripción del reconocimiento paterno efectuado en documento público de un hijo no matrimonial nacido en Melilla en 2002. La inscripción se había practicado haciendo constar sólo la filiación de la madre, de nacionalidad marroquí. El padre, también de origen marroquí, había adquirido la nacionalidad española por residencia en 1987.

La filiación paterna no matrimonial queda determinada legalmente por reconocimiento del que afirme ser padre efectuado, entre otras formas, por documento público (artículos 120.1 CC y 49 LRC) y, si el reconocido es menor de edad, el reconocimiento es eficaz si presta consentimiento expreso la madre y representante legal del menor (cfr. artículo 124.1 CC).

Todas estas condiciones concurren en el reconocimiento discutido y, si bien es cierto, que, aun así, estos reconocimientos no serían inscribibles si hay datos objetivos que permitan estimar los mismos como reconocimiento de complacencia que no se ajustan a la realidad, a la vista de que el principio de veracidad biológica es el inspirador de la regulación del Código Civil en materia de filiación, también es cierto que las simples dudas o sospechas de que el reconocimiento no responde a la verdad es cuestión que escapa a la calificación del Encargado que sólo puede denegar la inscripción cuando de las manifestaciones solemnes de los interesados se deduce, sin lugar a dudas, la falta de veracidad del reconocimiento.

### MENORES

**Denegación de la inscripción de una adopción simple constituida según las leyes argentinas ya que sus efectos no corresponden a la adopción regulada por los artículos 175 y siguientes del Código Civil.**

#### RESOLUCIÓN DE 4 DE JULIO DE 2005

### ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Con fecha 24 de octubre de 2003, doña. M.A. y V.A.P., nacidas en Lomas de Zamora (Argentina) el 17 de marzo de 1975, y en Avellaneda (Argentina) el 17 de enero de 1972, respectivamente, solicitaron en el Consulado General de España en Buenos Aires, las inscripciones de sus nacimientos en el Registro Civil español. Aportaban la siguiente documentación: testimonio de la Sentencia de 13 de mayo de 2003, por la que se concede la adopción simple de las interesadas a don E.P., de nacionalidad española; certificados de nacimiento de las interesadas; y acta de nacimiento, pasaporte, y certificado de matrimonio con la madre de las interesadas, correspondiente a don E.P.I.
- ⊙ La Encargada del Registro Civil Consular dictó auto con fecha 28 de octubre de 2003 acordando no autorizar las inscripciones de nacimiento de las interesadas, ya que la adopción constituida según las leyes argentinas es una adopción simple, y sus efectos no corresponden a la adopción regulada por los artículos 175 y siguientes del Código Civil.
- ⊙ Notificada la resolución a las promotoras, éstas presentaron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando se acordara la inscripción de la adopción, alegando que la

legislación española no establece distinción alguna entre adopción simple y plena, y la adopción de las promotoras cumple todos los requisitos y consentimientos señalados por la ley española, pudiendo por tanto producir efectos de adopción plena, señalando que la legislación argentina dispone que la adopción plena se producirá únicamente en aquellos supuestos de personas huérfanas o sin filiación determinada, y en cambio, la legislación española permite la adopción plena, subsistiendo los vínculos sanguíneos con el otro progenitor, cónyuge del adoptante.

⦿ De la tramitación del recurso se dio traslado al Canciller del Consulado, en funciones de Ministerio Fiscal. La Encargado del Registro Civil Consular confirmó el auto apelado remitiendo el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

⦿ La DGRN desestimó el recurso.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se discute en este recurso si es inscribible en el Registro Civil español la adopción por un español de las hijas de su cónyuge argentino, mayores de edad, autorizada por los competentes órganos judiciales argentinos en 2002. En caso afirmativo habría que practicar también la inscripción de nacimiento –o la anotación soporte del artículo 154.1.º del Reglamento– para extender en su margen la inscripción de la adopción (*cf.* artículo 46 LRC).

Consta que dicha adopción se ha constituido ante los órganos judiciales argentinos competentes en la forma establecida por la *lex loci* y se ha aplicado la ley nacional del adoptando en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios (*cf.* artículos 9.5 y 11 CC). Pero la cuestión se centra en determinar si es aplicable al caso la previsión que contiene el artículo 9.5 del Código Civil en el sentido de que: «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquella no se corresponden con los previstos por la legislación española». En el presente caso, examinado el expediente no se aprecia dicha correspondencia de efectos. Si se tiene en cuenta que la adopción única que regula el Código Civil español supone la integración a todos los efectos del adoptado en la familia del adoptante o adoptantes y, como regla general, la

ruptura total de vínculos con la familia anterior (*cf.* artículos 108, 176 y 178 CC), mientras que la adopción argentina, en su forma simple que es la realizada, no crea vínculos de parentesco entre el adoptado y la familia biológica del adoptante, salvo a determinados efectos; los derechos y deberes que resultan del vínculo biológico no quedan extinguidos por la adopción, salvo la patria potestad y el usufructo de los bienes del menor; y en cuanto a los derechos hereditarios, existen determinadas limitaciones o reservas legales respecto de los bienes del adoptado y también diferencias cuando se trata de suceder a los ascendientes del adoptante, supuesto en el que no tiene el adoptado ni sus descendientes la condición de herederos forzosos; finalmente, la adopción argentina en su forma simple es revocable, bien que precisa de declaración judicial; hay que concluir que la adopción constituida en Argentina aquí debatida no guarda puntos de contacto con la adopción del Código Civil español y no puede considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que contiene el artículo 1 de la Ley del Registro Civil, so pena de producir graves equívocos en cuanto a la eficacia de la adopción inscrita.

## MATRIMONIO

**Autorización para contraer matrimonio al haberse acreditado que la contrayente es una persona con una capacidad intelectual dentro de la normalidad que le permite mantener una vida de relación personal y social con su entorno y que, a pesar de los trastornos de personalidad que se le observan, tales limitaciones no le impiden conocer las responsabilidades que conlleva una relación afectiva, pudiendo discernir correctamente las implicaciones que supone una relación matrimonial y todas sus consecuencias.**

RESOLUCIÓN DE 30 DE JUNIO DE 2005

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Por comparecencia el día 4 de marzo de 2004 ante el Encargado del Registro Civil de Salamanca, don A.P.J., mayor de edad, nacido en Tudela de la Agüera (Oviedo) el 29 de noviembre de 1962, soltero, de nacionalidad española y doña M.J.M.S., mayor de edad, nacida en Logroño el 12 de enero de 1981, soltera, de nacionalidad española, solicitan les sea autorizado contraer matrimonio civil. Se acompañan fotocopias del DM, certificado de nacimiento de ambos, certificados de empadronamiento y certificados de soltería.
- ⦿ Incoado el expediente, se ratificaron los interesados el 4 de marzo de 2004 y se practicó la audiencia personal, reservada y por separado de cada cónyuge, en la misma fecha. El contrayente manifestó que convive con su novia M.J. desde hace prácticamente cuatro años en que se conocieron; que él se encuentra empleado para la Mancomunidad de Municipios para la recogida de basuras en el área de Ledesma y con su sueldo, mantiene la unidad familiar que constituye la convivencia indicada; que viene al matrimonio en plena libertad, sin coacción alguna ni reserva mental, con el único ánimo de formalizar la convivencia y constituir una familia. La contrayente manifiesta que hace cuatro años aproximadamente que conoció a A. y prácticamente desde entonces viven juntos; que su única y verdadera intención es formalizar su situación de hecho y a través del matrimonio formar una familia; que dicha convivencia se encuentra plenamente formalizada y el trato que le dispensa su pareja es totalmente correcto; que pretenden tener hijos a los que desea educar dándoles oportunos estudios para mejor situarles en la vida; que su novio es empleado para el Ayuntamiento de Ledesma, lo que le faculta los medios necesarios para vivir y ella es Auxiliar de geriatría y se encuentra pendiente de que la llamen en la Residencia de Ancianos de Ledesma para comenzar próximamente a trabajar en ella; que por todo ello, tienen las necesidades cubiertas y viene al matrimonio de forma absolutamente libre, sin coacción ni reserva mental e insistiendo en que con la única intención de formar una familia. En fecha 16 de abril de 2004 el médico forense emite un informe y manifiesta que ha reconocido a la promotora y se trata de una persona con su capacidad intelectual dentro de la normalidad, aún con coeficiente intelectual ligeramente bajo que no le impide el mantener una vida de relación personal y social con su entorno, siendo capaz de adaptarse a las necesidades de la vida cotidiana, que se trata de una persona un poco inmadura y con cierta independencia de las personas que la rodean; estas limitaciones no le impiden conocer y saber las responsabilidades que conlleva una relación afectiva, así como su capacidad para amar y ser amada, pudiendo discernir correctamente las implicaciones que supone una relación matrimonial. En fecha 22 de abril de 2004 se presenta escrito ante el Registro Civil de Salamanca, por los padres de la promotora solicitando la no autorización del matrimonio.

- ⊙ El Juez Encargado del Registro Civil de Salamanca dictó auto en fecha 24 de mayo de 2004 en el que acuerda la autorización de la celebración del matrimonio.
- ⊙ Notificada la resolución a los interesados, con fecha 31 de mayo de 2004, éstos manifiestan su conformidad con la misma y la no presentación de recurso, por su parte el Ministerio Fiscal con fecha 26 de mayo de 2004 manifiesta su conformidad con la misma. Los padres de la promotora, representados por letrado, interponen recurso. Asimismo se comunica a la parte promotora que interpone recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en fecha 18 de junio de 2004 solicitando la no autorización del matrimonio por incapacidad de ella.
- ⊙ De la interposición del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que se opuso a las pretensiones del recurrente. El Juez Encargado del Registro Civil de Salamanca ordenó la remisión del expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución.
- ⊙ La DGRN desestimó el recurso.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se plantea en este recurso el problema de determinar si la contrayente tiene la aptitud necesaria para prestar el consentimiento matrimonial, pues éste es un requisito imprescindible del matrimonio (*cf.* artículo 45 CC), cuya falta provoca la nulidad del enlace (*cf.* artículo 73.1 CC), sosteniendo la recurrente la ausencia de tal capacidad, en base a la previa incapacitación judicial de aquélla.

Conocido es que el Código Civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (*cf.* artículo 322 CC), de forma que sólo por sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación cabe entender constituido tal estado (*cf.* artículos 199 CC y 756 a 762 LEC). Ahora bien, la sentencia que declare la incapacitación ha de determinar la «extensión y límites de ésta» (*cf.* artículo 210 CC), lo que supone que la incapacitación no se configura legalmente como uniforme, sino que del mismo modo que se gradúa legalmente la capacidad de las personas (en función de la escala de edad), también se modula la incapacidad de las mismas en razón del concreto grado de discernimiento de la persona afectada que en el proceso seguido haya apreciado discrecionalmente el juez (así para la curatela *vide* artículo 287 CC). En definitiva, ello supone que al no existir en nuestro vigente Derecho civil un *numerus clausus* en cuanto a las causas de incapacitación, tampoco existe una identidad de efectos en todos los casos de incapacitación judicialmente declarada, pues el alcance de los concretos efectos estará determinado por la gravedad e intensidad de la enfermedad o deficiencia física o psíquica causante de la falta de aptitud para el autogobierno

de la persona (*cf.* artículo 200 CC). Lo anterior arroja la conclusión de que el incapacitado sólo precisará la intervención del representante legal o la asistencia o aprobación del curador para aquellos actos jurídicos a que se extienda según la sentencia la incapacitación, limitada en el presente caso a los actos de carácter patrimonial, lo que impide su extensión a los negocios de Derecho de Familia, como es el caso del matrimonio proyectado y a cuya autorización por parte del Juez Encargado del Registro Civil se ciñe el presente recurso.

Sin embargo, no es la consideración anterior la que resulta concluyente para la resolución del recurso, pues en todo caso hay que advertir que la sentencia de incapacitación no podrá incluir en el ámbito o extensión de la incapacitación a que se refiere el artículo 210 del Código Civil aquellos actos jurídicos que tienen carácter personalísimo en nuestro Derecho, y que como tales no admiten ni su realización sustitutiva por medio de representantes legales, ni el complemento de capacidad a través de la asistencia o aprobación de un curador, de forma tal que su posible ineficacia no derivaría de la incapacitación formal judicialmente declarada, sino de la incapacidad natural del afectado, como sucede en los casos del reconocimiento de hijos no matrimoniales o, en particular y por lo que ahora interesa, en el del matrimonio, por lo que la cuestión hace tránsito a la valoración de las circunstancias del caso concreto y su afectación sobre la capacidad natural de la contrayente, a través del mecanismo previsto en el párrafo segundo del artículo 56 del Código Civil, que se ha de aplicar con independencia de que haya mediado o no una

previa incapacitación judicial de la persona, o dicho en otros términos, incluso aunque esta incapacitación se haya declarado formalmente. En definitiva, ha sido voluntad del legislador tomar como parámetro para apreciar la aptitud para acceder al matrimonio de una persona el de su capacidad natural para prestar de forma consciente el consentimiento matrimonial (*vid.* artículo 45 CC).

Así resulta del citado artículo 56 del Código Civil que, después de señalar que en el expediente previo al matrimonio en forma civil debe acreditarse por los contrayentes que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código, añade en su segundo párrafo que «si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». En el presente caso tal dictamen ha sido favorable en el sentido de constatar que la contrayente es una persona con una capacidad intelectual dentro de la normalidad

que le permite mantener una vida de relación personal y social con su entorno y que, a pesar de los trastornos de personalidad que se le observan, tales limitaciones no le impiden conocer las responsabilidades que conlleva una relación afectiva, pudiendo discernir correctamente las implicaciones que supone una relación matrimonial y todas sus consecuencias, dictamen pericial que da fundamento a la decisión del Juez Encargado al resolver en sentido favorable la inicial solicitud de autorización matrimonial, criterio coincidente con el del Ministerio Fiscal, y que ahora debe confirmar este Centro Directivo según lo razonado y en consonancia, por lo demás, con el principio *favor matrimonii* y con el carácter de derecho fundamental que presenta el *ius nubendi* (*cfr.* artículo 32 de la Constitución) que, como ya dijera esta Dirección General en su Resolución de 1 de diciembre de 1987, no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad.

## VIVIENDA FAMILIAR

Perteneciendo la vivienda familiar en pro indiviso al esposo y a terceras personas, y estando gravada la parte del esposo con un usufructo, procede la inscripción del uso que se ha atribuido a la esposa en la sentencia de separación exclusivamente respecto a la parte indivisa perteneciente a aquél, si bien, tendrá preferencia el usufructo anterior hasta tanto se extinga.

### RESOLUCIÓN DE 28 DE MAYO DE 2005

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ En Sentencia Judicial de 25 de febrero de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Arona, recaída en un procedimiento de divorcio, se establece que el uso y disfrute del domicilio conyugal se atribuye a la recurrente y a los dos hijos menores de edad habidos en su matrimonio con don Eladio V. M., y ello con total independencia de quienes sean los titulares registrales de la finca.
- ⊙ En el Registro, una mitad indivisa de la finca está inscrita a nombre de otra persona, y sobre la otra mitad indivisa existe un usufructo vitalicio a favor de otra persona, mientras que la nuda propiedad corresponde, en cuanto a una cuarta parte, al marido demandado en el procedimiento de divorcio, y en cuanto a otra cuarta parte, a persona distinta.
- ⊙ Presentado en el citado Registro testimonio de dicha sentencia, fue objeto de la siguiente calificación «Por la presente notifico a Vd. la nota de calificación de fecha 21 de enero de 2004, efectuada en plazo legal, recaída en el mandamiento arriba mencionado, en la cual consta la denegación de la inscripción del documento por el/los siguiente/s defecto/s que tiene/n el carácter de insubsanable: Hechos: 1) De la finca sobre la que se pretende inscribir relativa al domicilio familiar, sólo consta la

calle de su situación, número, sitio y término municipal, sin indicarse otras circunstancias, por lo que la misma no queda perfectamente identificada en relación al contenido del Registro. Es defecto subsanable. No obstante, y consultado el archivo de este Registro, parece ser que la finca que constituye el domicilio conyugal cuyo uso y disfrute se atribuye a la esposa y a los hijos menores de edad, es la finca registral 7.230 de Adeje. Casa de una sola planta, de construcción antigua, cubierta de teja, en el sitio denominado “Morro Afonso”, del término de Adeje», y a la que le es anexo un solar. Mide la casa noventa metros cuadrados y el solar, treinta metros cuadrados. Linda todo: Frente, carretera del Morro: fondo y derecha entrando, María González Esquivel e Izquierda, Calle sin nombre. 2) Según los libros del Registro, dicha finca registral 7.230 de Adeje, aparece inscrita a favor de doña María del Sacramento Morales Fraga, en cuanto a una mitad indivisa, por título de liquidación de gananciales y el “usufructo vitalicio” de la mitad indivisa restante, por título de legado, y a favor de don Eladio José Vargas Morales y don Manuel Leoncio Vargas Morales, por mitad, en común y pro indiviso, la nuda propiedad de la citada mitad indivisa restantes, a título de herencia, todo ello con carácter privativo. Se deniega la inscripción en cuanto al “uso y disfrute” de dicha finca, por figurar inscrito el “usufructo vitalicio” de “una mitad indivisa” a nombre doña María del Sacramento Morales Fraga, persona distinta del demandado. Es defecto insubsanable. Fundamentos de derecho. I Conforme al artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. II Conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo primero establece: “Para inscribir o anotar títulos por los que se declare, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos”. En el mismo sentido RDGRN 26 de marzo de 1992 y 20 de octubre de 1994. III El artículo 24.1 de la Constitución Española, para evitar la indefensión, exige que el que figure como titular registral sea parte en el procedimiento, enlazando así con el principio de tracto sucesivo y de salvaguardar *–sic–* judicial de los asientos, tal como ha señalado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado. El presente acto no es definitivo en vía administrativa. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1.º de la Ley Hipotecaria. Contra la presente nota de calificación cabe recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de un mes a contar desde la notificación mediante escrito dirigido a este Registro o a cualquiera de las oficinas a que se refiere el párrafo tercero del artículo 327 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de que el interesado pueda solicitar la calificación del Registrador sustituto con arreglo al cuadro de sustituciones del que puede informarse en este Registro, en el plazo de los quince días siguientes a la notificación, conforme a las reglas del artículo 19.bis de la Ley Hipotecaria y Real Decreto 1039/2033, de 1 de agosto. En Adeje a 21 de enero de 2004. El Registrador de la Propiedad. Fdo. José Ignacio Infante Miguel-Motta».

⦿ Doña Silvana B. interpuso recurso gubernativo frente a la calificación que consta en el apartado anterior, con apoyo en los siguientes argumentos: I. Que los titulares registrales de la finca son los padres de don Eladio V.M., que habían cedido gratuitamente desde hace muchos años el uso el inmueble al matrimonio formado por éste y la recurrente, y a sus hijos, como se acreditó fehacientemente en el procedimiento; II. Que el derecho de propiedad del 50% y el usufructo vitalicio del otro 50% que resulta del Registro a favor de la madre de don Eladio V.M., no impiden la inscripción solicitada dada la escasa utilización del inmueble que hace esta señora, y la posibilidad de uso compartido de la vivienda, así como la avanzada edad de la usufructuaria, que hace que su derecho de usufructo deba ser ponderado conforme a ello.

⦿ El 2 de marzo de 2004 el Registrador emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

⦿ La DGRN estimó parcialmente el recurso.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se presenta en el Registro testimonio de una Sentencia de divorcio en la que se atribuye a la esposa el uso del domicilio familiar en una determinada vivienda. Resultando que la finca se halla inscrita en pleno dominio de una mitad indivisa y en usufructo de la otra mitad a nombre de persona distinta, e igualmente aparece inscrita en nuda propiedad de una cuarta parte indivisa a favor de otra persona distinta, apareciendo inscrita a favor del esposo sólo la nuda propiedad de la cuarta parte indivisa restante, el registrador deniega la inscripción. La interesada recurre.

En cuanto al pleno dominio de una mitad y la propiedad de la cuarta parte que no se hallan inscritas a nombre del marido, así como el usufructo de la otra cuarta parte, titularidad también de persona distinta, y como ha dicho en supuestos semejantes este Centro Directivo (*cfr.* resoluciones citadas en el «vistos») ciertamente, las exigencias del tracto sucesivo determinan la confirmación de la nota recurrida, toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra los titulares registrales; y, si bien es cierto que los Registradores de la Propiedad, como funcionarios públicos, tienen la obligación de respetar y colaborar en la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no lo es menos que el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (*cfr.* artículo 24 de

la Constitución Española), impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte en él ni han intervenido de manera alguna, consideración esta que en el ámbito registral determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometan la titularidad inscrita, si no consta que el respectivo titular haya otorgado el título en cuya virtud se solicita tal asiento o haya sido parte en el procedimiento del que dimana; de ahí que en el ámbito de la calificación de los documentos judiciales, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, en coherencia plena con estos preceptos constitucionales y legales, incluya los obstáculos que surjan del Registro.

En cuanto a la cuarta parte en nuda propiedad inscrita a favor del marido, el recurso ha de ser estimado. El derecho de uso de la vivienda familiar es compatible con el derecho de usufructo perteneciente a persona distinta, pues, siguiendo la doctrina del usufructo de la nuda propiedad, tal derecho de uso recae sobre la nuda propiedad. Ello significa que, si bien la utilización de la cosa podrá tener limitaciones como consecuencia del usufructo existente, tal utilización será perfectamente posible al menos cuando el usufructo inscrito se extinga y se consolide en la nuda propiedad. Además, y, en todo caso, la constancia registral solicitada impedirá que la esposa pueda verse afectada por un acto dispositivo del marido hecho sin su consentimiento.

## REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

**Procedencia de la inscripción de la sentencia de separación y del convenio regulador en el que los cónyuges dan carácter privativo a un bien, sin que sea obstáculo que dicho bien conste inscrito como ganancial en el Registro de la Propiedad por compra onerosa constante el matrimonio.**

RESOLUCIÓN DE 27 DE JUNIO DE 2005

## ANÁLISIS DEL CASO

⊙ En Sentencia de 26 de febrero de 2002 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Villarcayo se ratificó el Convenio Regulador de la separación de los cónyuges doña J.S.M., la hoy recurrente, y don I.V.B., por el que entre otros extremos, se liquidó la sociedad de gananciales entre ellos existente. Respecto de un determinado bien los cónyuges manifiestan que, a pesar de figurar inscrito en el Registro como ganancial por haber sido adquirido por ambos cónyuges a título oneroso y sin

atribución de cuotas, el bien es totalmente privativo de la esposa por haberse adquirido con dinero proveniente de la herencia de su padre.

⦿ Presentado el convenio regulador en el citado Registro, fue objeto de la siguiente calificación: Calificación del documento a que se refieren los siguientes datos: Hechos. I. El día 1 de marzo de 2003 fue presentado el documento de referencia para su inscripción en este Registro. II. Y habiéndose observado que la finca registral 15899 se encuentra inscrita a favor de ambos cónyuges con carácter ganancial, la manifestación hecha ahora de privacidad a favor de la esposa en el Convenio Regulador, es contraria a la aseveración hecha por ambos cónyuges en documento público, previamente registrada. Fundamentos de Derecho. De conformidad con el artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario. Acuerdo. La suspensión de la inscripción del documento presentado en virtud de los fundamentos de derecho antes expresados. La notificación de esta calificación al presentante y al Notario o autoridad que expide el documento en el plazo de 10 días hábiles de conformidad con los artículos 58.2 y 48 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y la prórroga del asiento de presentación de conformidad con el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Contra la precedente calificación puede interponerse recurso gubernativo regulado en el artículo 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo de un mes, en los términos a que se refiere el 326 de dicha Ley; o instan el cuadro de sustituciones a que se refiere los artículos 19 bis y 275 bis de la Ley Hipotecaria, en el plazo de quince días a partir de esta notificación. No se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado. Almuñécar, 20 de marzo de 2003. La Registradora. Firma ilegible.

⦿ Doña J.S.M. interpuso recurso gubernativo frente a la calificación registral, con apoyo en los siguientes argumentos: I) Que en este caso no existe una confesión previamente registrada, sino sólo una compra previa en que se ha presupuesto el carácter ganancial del bien, siendo precisamente el caso en que un bien está inscrito como ganancial cuando procede confesar la privacidad conforme al artículo 95.6 Reglamento Hipotecario. Además el artículo 96 Reglamento Hipotecario contempla como excepción al contenido de los artículos 93 a 95 Reglamento Hipotecario «lo válidamente pactado en capitulaciones matrimoniales». II) Se infringe el artículo 100 Reglamento Hipotecario y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la que se dice que el Registrador no puede entrar en la verdad material recogida en la Sentencia, cuya apreciación corresponde en exclusiva al Juez.

⦿ El 28 de mayo de 2003 la Registradora emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

⦿ La DGRN estimó el recurso interpuesto por doña J. S. M.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se presenta en el Registro un convenio regulador aprobado judicialmente y dictado como consecuencia de una separación judicial. Respecto de un determinado bien ambos cónyuges manifiestan que es totalmente privativo de la esposa por haberse adquirido con dinero proveniente de herencia de su padre. La Registradora suspende la inscrip-

ción, por ser la aseveración actual contraria a otra anterior, pues tal bien se adquirió conjuntamente por ambos cónyuges, y en aplicación del artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario. La interesada recurre.

Limitado a la cuestión planteada en la calificación, según los términos del defecto invocado

(*cfr.* artículo 326 de la Ley Hipotecaria), el recurso ha de ser estimado por las siguientes razones: a) Realmente no existe una aseveración contraria anterior pues, aunque adquirieron ambos cónyuges no afirmaron nada sobre la procedencia del dinero invertido; b) Porque, como ha dicho ya este Centro Directivo (*cfr.* Resolución de 1 de septiembre de 1998), ningún obstáculo existe hoy a los contratos

entre cónyuges (artículo 1323 del Código Civil), los cuales pueden liquidar el consorcio como tengan por conveniente (*cfr.* artículos 1410 y 1058 del Código Civil); y c) Porque el artículo 1324 del Código Civil establece que, entre cónyuges, es prueba la confesión, y si bien es cierto que la misma no puede perjudicar a los acreedores, no consta que existan tales acreedores.

## REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

**Admisibilidad de la inscripción marginal del auto de medidas provisionales en el que se acordaba que en lo sucesivo el régimen del matrimonio sería el de separación de bienes.**

### RESOLUCIÓN DE 12 DE MAYO DE 2005

## ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Con fecha 14 de julio de 2003, doña J.M.C., representada por procuradora, presentó escrito en el Registro Civil de Cartagena, exponiendo que don J.H.M., casada con la finada doña E.N.C. el día 13 de junio de 1986, y de la que se hallaba separado judicialmente, falleció en Cartagena, el día 8 de diciembre de 1998, habiendo otorgado testamento por el que instituyó heredera a la promotora; que en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cartagena se dictó auto con fecha de 6 de junio de 1988, acordando la separación de don J.H.M. y doña F.N.C., siendo en lo sucesivo el régimen económico, de separación de bienes; que con fecha 1 de julio de 1993, y acreditada la defunción de doña E.N.C., se acordó el archivo de las actuaciones. En base a lo expuesto se solicitaba que se anotara en la inscripción de matrimonio de don J.H.M. y doña E.N.C. que, por auto de fecha 6 de junio de 1988, en el procedimiento de separación matrimonial, se decretó que el régimen económico matrimonial de los esposos era el de separación de bienes. Se adjuntaba la siguiente documentación: poder para pleitos, certificado de matrimonio, de defunción de don J.H.M., y de doña E.N.C., certificado de últimas voluntades y testamento de don J.H.M., instituyendo y nombrando como única heredera a doña J.D.C.

⊙ Devuelto el anterior escrito y la documentación a la procuradora, se volvió a presentar en el Registro Civil. El Juez Encargado dictó providencia con fecha 22 de septiembre de 2003, acordando que no había lugar a lo solicitado, toda vez que ni siquiera obraba anotado la separación matrimonial ni se acreditaba que la misma existía, dado que lo aportado era un auto de medidas provisionales, y en el caso de existir separación, debería ser el Juzgado que tramitó el procedimiento el que hubiese acordado librar exhorto al Registro Civil para que se practicara la nota de separación, pero no del régimen económico matrimonial, no habiendo lugar a admitir a trámite el escrito.

⊙ Notificado el Ministerio Fiscal y la procuradora actuante, ésta presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando que se practicara la anotación solicitada y se revocase el contenido de la providencia, alegando que en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cartagena, se siguió procedimiento de separación matrimonial número 195/1989, dictándose auto de fecha 6 de junio de 1988 en el que se acordó la separación de los cónyuges, siendo en lo

sucesivo el régimen económico, el de separación de bienes. Dicho procedimiento fue archivado por providencia de 1 de julio de 1993, a raíz del fallecimiento de doña E.N.C. El artículo 77 de la Ley del Registro Civil establece que «al margen de la inscripción de matrimonio podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal», y el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil dispone que «las indicaciones registrales sobre régimen económico de la sociedad conyugal se rigen, a falta de reglas especiales, por las de las inscripciones. Sólo se extenderán a petición de los interesados».

⦿ En la tramitación del recurso el Ministerio Fiscal interesó la confirmación de la resolución recurrida por sus propios fundamentos. El Juez Encargado envió el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, remitiéndose a lo manifestado en la Resolución de 22 de septiembre de 2003.

⦿ La DGRN estimó el recurso y ordenó que, al margen de la inscripción de matrimonio, se haga indicación de la medida provisional cuarta acordada por el auto judicial de 23 de mayo de 1989.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La cuestión que se discute en el recurso hace referencia a si es posible practicar, al margen de una inscripción de matrimonio, una indicación, solicitada por una de las partes, acerca de cuya legitimación para promover el asiento registral no se puede dudar (*cfr.* artículos 24 LRC y 266 RRC), de que ha variado el régimen económico matrimonial como consecuencia de las medidas provisionales acordadas en un proceso de separación de los cónyuges, y en el que por auto de 23 de mayo de 1989 se acuerda, entre otros extremos, lo siguiente: «4.<sup>a</sup> Quedan revocados los poderes que se hayan podido otorgar, rigiendo en lo sucesivo el régimen económico de separación de bienes», con la importante consecuencia jurídica de que los cónyuges harán suyos los bienes que adquieran por cualquier título a partir de este momento.

El Juez Encargado, en la providencia recurrida, calificó en el sentido de rechazar la indicación de esta medida provisional, atendiendo a que no obra anotada la separación matrimonial ni se acredita que la misma existe dado que lo aportado no es sino un auto de medidas provisionales, y que en caso de existir la separación deberá ser el Juzgado que tramitó el procedimiento el que acuerde librar exhorto al Registro Civil para practicar la inscripción de la separación, pero no del régimen económico matrimonial.

Estas razones, sin embargo, por no ajustadas a Derecho, no son bastantes para denegar la práctica de la indicación oportuna. Que las modificaciones del régimen económico del matrimonio, en virtud de cualquier pacto, resolución o hecho jurídico que las produzca, son susceptibles de constancia en el Registro Civil, a través de la correspondiente indicación, es algo que resulta directamente

del artículo 77 de la Ley del Registro Civil, cuyo párrafo primero establece que «Al margen también de la inscripción del matrimonio, podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal». En este caso, partiendo de la supuesta existencia de un previo régimen de gananciales que si bien de forma no explícita se deriva del conjunto de las actuaciones obrantes en el expediente, no hay duda de que la resolución judicial modificativa del régimen económico del matrimonio existe, en la medida en que el auto que acuerda las medidas provisionales subsiguientes a la admisión a trámite de la demanda de separación conyugal expresamente establece la de regir para lo sucesivo el régimen de separación de bienes.

Podría discutirse si el citado auto incurrió o no en una extralimitación respecto de las medidas que en el citado momento procesal pueden adoptarse en el ámbito de lo preceptuado por el artículo 103 del Código Civil, toda vez que no deja de ser cierto que todo cambio de régimen económico matrimonial supone la disolución del anterior, en la medida en que no pueden coexistir dos distintos a un mismo tiempo, y que la disolución del régimen conyugal es efecto reservado para la sentencia firme de separación (*cfr.* artículos 95 y 1392 núm. 3 CC), correspondiendo a las medidas provisionales tan sólo señalar, además de la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observarse en su administración y disposición (*vid.* artículo 103, reglas 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> CC). Ahora bien, ni las medidas antes enunciadas, en conjun-

ción con los efectos que derivados de la admisión a trámite de la demanda de separación se operan por el ministerio de la Ley, entre los que figuran la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro y el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (*cfr.* artículo 102 CC), dejan de suponer una modificación del régimen económico consorcial subsumible en la habilitación de publicidad registral prevista por el artículo 77 de la Ley del Registro Civil, en conexión con el artículo 1333 del Código Civil, dada la amplitud de sus términos y la finalidad a que responde de protección de terceros de buena fe, claramente enunciada en el segundo párrafo del artículo citado de la Ley registral civil, ni menos aquel carácter puede cuestionarse en este caso a la vista de la literalidad del auto cuya inscribibilidad se discute, siendo así, por lo demás, que la medida provisional acordada de establecer para el futuro el régimen de separación de bienes, por constituir una cuestión de fondo de una resolución judicial, no puede ser enjuiciada ni contradicha por el Encargado en su calificación (*cfr.* artículo 27 LRC).

Finalmente, el carácter variable de la medida acordada y el hecho de que ésta quede sin efecto cuando termine el procedimiento de separación

(*cfr.* artículo 106 CC), en este caso inconcluso por previo fallecimiento de uno de los consortes, no son argumentos bastantes para denegar la extensión de la indicación, a la vista de su importancia, aunque sea temporal, respecto de las adquisiciones de bienes que realicen los cónyuges durante la vigencia de tal medida y respecto de los terceros que contraten con ellos en el mismo período de tiempo, y en razón de la necesidad de articular y facilitar por medio de la citada indicación registral la adecuada coordinación del Registro Civil con la publicidad propia del Registro de la propiedad en aquellos casos en que tales bienes tengan naturaleza inmobiliaria (*cfr.* artículo 266.IV RRC y Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1994). Como puso de manifiesto la Resolución de este Centro Directivo de 29 de mayo de 1993 (1.ª) en un supuesto de solicitud de indicación de capitulaciones posterior a la declaración judicial de nulidad del matrimonio, existe un interés actual en probar un hecho pasado, a la vista de que desde la fecha de la indicación queda afectado el tercero de buena fe (*cfr.* artículo 77.H), LRC] y de que esta indicación es paso previo inexcusable (*cfr.* artículo 266.VI, RRC) para que las capitulaciones puedan ser inscritas en otros Registros.

## REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

**Denegación de la inscripción del mandamiento de embargo sobre la parte que le corresponda al ejecutado respecto a un bien de carácter ganancial, habida cuenta de que no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran.**

### RESOLUCIÓN DE 5 DE MAYO DE 2005

## ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Tramitado ante el Juzgado de 1.ª Instancia del Ferrol procedimiento de ejecución forzosa en procesos de familia bajo el número 236/2004, a instancia de doña Margarita P. contra su cónyuge don Manuel Alberto M.R., se decretó en autos el 11 de junio de 2004, el embargo sobre la parte de propiedad que le corresponde a don Manuel Alberto M.R. en determinada finca, ordenando practicar la anotación del mismo. Dicha finca figura inscrita en el Registro a favor del demandado, para su sociedad de gananciales, que forma con la recurrente doña Margarita P.
- ⊙ Presentado el mandamiento de embargo en el citado Registro, no se practica la anotación, de acuerdo con la siguiente nota de calificación: Calificado por el Registrador que suscribe dentro del

plazo legal el mandamiento expedido el 6 de octubre de 2004, por doña María Concepción Vázquez Rodríguez, Secretaria Judicial del Juzgado núm. 2 de Ferrol, presentado el 22 de octubre de 2004 bajo el asiento número 1.620 del Diario 54, en unión de testimonio del auto de fecha 22 de abril de 2004, expedido por dicha Secretaria Judicial el 6 de octubre de 2004, en los siguientes términos. Hechos: En el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ferrol, se siguen autos de Ejecución Forzosa en procesos de familia bajo el núm. 236/2004, a instancia de doña Margarita P. contra don Manuel Alberto M., habiéndose dictado auto firme por don Alejandro Crespi Rodríguez, Magistrado-Juez de dicho Juzgado, el 22 de abril de 2004, por el que se decretó el embargo sobre la parte de la propiedad que le corresponde a don Manuel Alberto M. en la finca registral número 9.765, inscrita al folio 151, Libro 91 del Ayuntamiento de Fene, Tomo 467 del Archivo. Dicha finca consta inscrita según el Registro a favor de don Manuel Alberto M., casado con doña Margarita P., y para su sociedad conyugal según refiere la inscripción segunda. Fundamentos de derecho: Artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Artículo 1373 Código Civil. Resoluciones de la DGRN, de 10 de octubre de 1998 y 30 de junio de 2003. En virtud de lo expuesto, el Registrador que suscribe, acuerda suspender la anotación solicitada porque no corresponden a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que integran la sociedad de gananciales.

⦿ Doña Margarita P. interpuso recurso gubernativo frente a la calificación registral, con apoyo en los siguientes argumentos: I) En cuanto a la ausencia de la resolución judicial que exige el artículo 165 RH: es un defecto subsanable y dicha resolución se ha entregado en la oficina del Registro, que se ha negado a recogerla, pero en todo caso, se trata de una anotación preventiva que simplemente trata de asegurar un resultado futuro, y ha sido admitido por la DGRN la anotación preventiva de demandas en las que no hay resolución firme. II) Que el inmueble cuya mitad se embarga es el único bien de la sociedad de gananciales, siendo indiscutible que corresponde a los esposos a mitades iguales e indivisas y en cualquier caso el esposo tendrá una participación sobre el mismo, sin que sea necesario establecer el porcentaje de la misma. III) Que la orden de embargo se refiere a la parte de propiedad de la finca que corresponda al marido, sea la que fuere.

⦿ El 22 de diciembre de 2004 la Registradora emitió su informe y el 27 de diciembre elevó el expediente a este Centro Directivo.

⦿ La DGRN desestimó el recurso.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se presenta en el Registro un mandamiento de embargo en ejecución de sentencia en el que se ordena a favor de la esposa embargar «la parte de propiedad» que corresponda a su marido en un bien ganancial. La Registradora suspende la anotación «por no corresponder a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que integran la sociedad de gananciales». La interesada recurre.

El recurso no puede ser estimado. Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en el «vistos»), no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa

en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que se puede disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación en aquéllos se predica globalmente respecto de todo el patrimonio ganancial, como patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación sobre la totalidad del bien, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en tales operaciones.

# Revista de **Derecho de** **familia**

---

**SECCIÓN PRÁCTICA**

---



# Trámites a seguir cuando existe discrepancia entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad

No regula la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ningún procedimiento adecuado para resolver la controversia, si bien, la cuestión está resuelta en el artículo 156 del CC, según el cual, en caso de desacuerdo, cualquiera de los padres podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviese suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. La primera cuestión que llama la atención es que el tribunal no resuelve qué decisión concreta hay que tomar, por ejemplo, respecto a la elección de centro escolar, sino que lo que acuerda es qué progenitor es el que tiene que decidir. Lógicamente, si el tribunal conoce la opinión del padre y de la madre respecto al centro escolar, indirectamente está decidiendo la cuestión, sin embargo, cuando se otorgue a un determinado progenitor la facultad de decidir, éste al final puede cambiar de opinión y alinearse con la tesis del otro o mantenerse en su posición inicial. Lo que no es factible, a nuestro entender, es que finalmente opte por un centro escolar que no se incluyó dentro de las alegaciones que se hicieron inicialmente.

Aunque en el artículo 156 del CC parecen incluirse normas procesales —oír a ambos y al hijo si tuviese suficiente juicio y, en todo

caso, si fuera mayor de doce años— la realidad es que el procedimiento a seguir no es otro que el de jurisdicción voluntaria regulado en la LEC de 1881, y que se mantiene vigente después de la entrada en vigor de la LEC de 2000 ya que ésa fue la decisión del legislador en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996. En el anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria se mantiene dentro de este ámbito la resolución de este tipo de conflictos.

El tribunal competente será aquel que dictó la sentencia o resolución atribuyendo el ejercicio conjunto de la patria potestad, y en principio no es necesario que los progenitores sean representados por procurador ni dirigidos por letrado, aunque dada la importancia de la cuestión a decidir, posiblemente no esté de más contar con el asesoramiento de un abogado.

La solicitud inicial será bien simple, ya que se expondrán las razones por las que el menor debe cursar sus estudios en un determinado centro. El tribunal, después de admitir a trámite la petición, oír al otro progenitor sobre la cuestión, y a los hijos si tuviesen suficiente juicio, acordando en casos muy especiales la intervención del equipo técnico del juzgado. Hay que

indicar que la oposición del otro progenitor no hará contencioso el expediente y que el Ministerio Fiscal también tendrá audiencia.

Verificadas las preceptivas audiencias y exploraciones, el tribunal dictará auto atribuyendo al padre o a la madre la facultad de decidir. En supuestos en los que el cambio de colegio ya es una realidad, en beneficio del menor, los tribunales han entendido que no procede retornar al menor al antiguo centro cuando ya ha comenzado el curso, sin perjuicio de que en el nuevo curso escolar el menor asista al centro elegido

por el progenitor al que se le ha otorgado la facultad decisoria.

Contra el auto que atribuya a uno de los progenitores la facultad de decir se admitirá recurso de apelación, recurso que tiene en los artículos 1819 y 1820 de la LEC de 1881 un distinto régimen dependiendo de si el mismo ha sido interpuesto por el solicitante —en cuyo caso se admite en ambos efectos— o si ha sido interpuesto por el que vino al expediente —sólo se admite en un efecto—, aunque ciertamente no tiene mucha justificación esa diferenciación.

## Casos Prácticos

### I VIVIENDA FAMILIAR

Tras dictarse sentencia de separación, los cónyuges se reconciliaron aunque no pusieron de manifiesto tal circunstancia al tribunal que dictó la sentencia. Como la antigua vivienda familiar fue subastada y adjudicada a un tercero, la reanudación de la convivencia ha tenido lugar en otro inmueble distinto. ¿Puede la esposa solicitar que se le atribuya, junto a los hijos, el uso de la nueva vivienda familiar?

Entendemos que no existe ningún obstáculo para ello, ya que lo determinante es si en el momento en que surge la «segunda» crisis de la pareja existe o no un domicilio familiar que goza de las características que le atribuyen tal carácter.

### 2 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Un matrimonio es titular en pleno dominio de una finca rústica que después de un procedimiento de separación matrimonial, en la liquidación judicial de la sociedad de gananciales, le es adjudicada al esposo. Habiendo dejado de abonar la pensión alimenticia de los hijos, la esposa ha comprobado que el

esposo ya no es el titular de la finca puesto que la ha vendido a un tercero y además, por un precio inferior al valor de mercado de la zona. La consecuencia de ello es que el esposo, hoy por hoy es totalmente insolvente. ¿Puede la esposa directamente o bien en representación de los hijos menores, instar algún procedimiento para recuperar la finca abonando el precio que el tercero pagó por ella?

Si el esposo, titular exclusivo de la finca rústica tras la liquidación de la sociedad de gananciales, la ha vendido a un tercero, ni la esposa ni los hijos tienen derecho alguno sobre la misma. El retracto sólo se contempla en nuestro ordenamiento jurídico a favor de colindantes o de comuneros.

No obstante, y sin perjuicio de la acción penal por el delito de insolvencia punible, habrá que indagar si la venta ha sido o no ficticia, es decir, si el tercero es de buena fe y no un simple testaferro, en cuyo caso podría solicitarse la nulidad de la venta. Si es un tercero de buena fe habrá que comprobar si está pendiente de pago algún plazo de la compraventa, pues en este caso, se podrá embargar el crédito del esposo frente al tercero, bien para el pago de las pensiones alimenticias atrasadas o bien para asegurar el pago de las futuras.

### 3 RÉGIMEN DE VISITAS

¿Está justificado en todos los casos que, ante la simple petición del progenitor no custodio, se acuerde la entrega y recogida de los menores en el Punto de Encuentro?

Desde luego que no, la recogida y entrega de los menores en el Punto de Encuentro debe ser una decisión excepcional, ya que el régimen normal es que los menores sean recogidos y entregados, tras la realización de la visita o la estancia de vacaciones, en el domicilio donde los mismos residan.

### 4 PENSIÓN COMPENSATORIA

Si ambos esposos perciben ingresos provenientes de sus respectivos trabajos, aunque los sueldos sean distintos ¿puede entenderse que existe desequilibrio económico por la circunstancia de que haya deudas pendientes por cuotas de seguridad social del período en que convivían juntos?

Entendemos que no, habida cuenta que si tienen independencia económica no se cumplen los requisitos para el establecimiento de una pensión compensatoria pues como reiteradamente señala la jurisprudencia dicha pensión no tiene la finalidad de equilibrar los ingresos que puedan percibir ambos cónyuges tras la separación. Las deudas que puedan existir a cargo de la sociedad de gananciales o privativas de uno de los cónyuges no pueden motivar el nacimiento de aquella.

### 5 PENSIÓN ALIMENTICIA

La pérdida de uno de los empleos que tenía el progenitor no custodio ¿es motivo

para reducir la cuantía de la pensión alimenticia?

La disminución de la capacidad económica del progenitor no custodio es sin duda, como señalan los artículos 146 y 147 del CC, motivo para que pueda revisarse la cuantía de la pensión alimenticia que perciben los hijos, si bien dicha modificación no es automática, habida cuenta que habrá que comprobar si la reducción de ingresos es importante, permanente en el tiempo y no buscada de propósito por aquél. Por otro lado, es fundamental tener presente que la jurisprudencia, en casos como éste, no reduce la cuantía de la pensión alimenticia cuando su importe es equivalente al mínimo vital.

### 6 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Si, tras las oportunas operaciones particionales de una herencia, a un cónyuge le corresponde una parte indivisa de un inmueble y, siendo el mismo indivisible, llega a un acuerdo con los otros herederos para comprarles su parte y se abonan las mismas con dinero ganancial ¿qué carácter tendrá el inmueble?

Teniendo en cuenta que el cónyuge está ejerciendo un derecho de adquisición de carácter preferente respecto del resto de comuneros, en principio, y salvo que otra cosa se indique en la escritura de compra, dicho inmueble tendrá en su totalidad carácter privativo, sin perjuicio del derecho de reembolso a la sociedad de gananciales por el importe actualizado de la cantidad invertida en la compra de las partes indivisas. No estamos ante el supuesto de adquisición de un bien en el mercado inmobiliario, sino que dicha adquisición lo es por ser titular, con carácter privativo, de una parte del mis-

mo, titularidad privativa que atrae el carácter privativo de todo el inmueble.

Hemos de recordar que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse ante situaciones análogas y ha venido a defender el carácter privativo de determinados bienes, aun cuando la adquisición de los mismos se había llevado a cabo con bienes gananciales. Pensemos al efecto en el supuesto de adquisición de nuevas acciones de una sociedad con dinero ganancial, cuando dicha adquisición se lleva a cabo en virtud del ejercicio de derecho de suscripción preferente dimanante de otras acciones de carácter privativo.

## 7 PENSIÓN ALIMENTICIA

Teniendo en cuenta que el hijo mayor se encuentra cursando estudios universitarios en una ciudad distinta a la que reside el progenitor con el que convive y que en los meses de vacaciones, se traslada a la zona de costa para realizar trabajos temporales con los que obtener un dinero extra para cubrir todas sus necesidades ¿puede el padre optar por ingresar directamente al hijo el importe de la pensión alimenticia?

Mientras que el hijo mantenga formalmente su convivencia en el domicilio familiar, la sentencia deberá cumplirse en sus propios términos, y por tanto el ingreso mensual de la pensión deberá efectuarse en la cuenta designada por el progenitor con el que el hijo convive. Otra cuestión distinta es que las cantidades que se ingresan no se empleen finalmente en atender las necesidades del hijo, en cuyo caso, dadas las circunstancias concurrentes, el padre podrá solicitar

al tribunal el ingreso directo. Desde luego, lo que no es recomendable es que el padre unilateralmente y sin respaldo de una decisión judicial opte por ingresar la pensión en la cuenta del hijo. No obstante, existe una solución intermedia y es que el padre requiera por burofax al otro progenitor para que preste su consentimiento al ingreso de la pensión en la cuenta del hijo, y en el caso de que no exista contestación al mismo, se entenderá que se ha dado el consentimiento tácito para modificar el lugar de pago de la pensión.

## 8 PENSIÓN COMPENSATORIA

Si en la demanda se solicita la fijación de una pensión compensatoria de cuantía determinada y luego en la sentencia el tribunal establece la misma en relación a un porcentaje de los ingresos del obligado a su pago, ¿existe incongruencia en este pronunciamiento?

Evidentemente, estamos ante una materia de derecho dispositivo y por tanto el tribunal no puede conceder otra cosa distinta a lo pedido por las partes. En consecuencia, puede establecer una pensión compensatoria igual a la que se peticiona en la demanda, una de inferior cuantía o incluso no fijar pensión si entiende que no se cumplen los requisitos para ello, pero lo que no puede es establecerla en función de un porcentaje de los ingresos, salvo que ello sea pedido por alguno de los cónyuges.

Si se tratase de una pensión alimenticia, la solución sería radicalmente distinta ya que en esta materia de *ius cogens* el tribunal tiene amplias facultades para decidir lo que es más adecuado en interés del menor.

## 9 PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Existen supuestos en los que aun concurrendo una causa de extinción de la pensión compensatoria podría mantenerse la misma, si bien suspendiendo la obligación de pago durante un determinado espacio de tiempo?

En efecto, en la práctica nos encontramos con supuestos en los que el cónyuge que tiene que abonar la pensión compensatoria, de forma temporal, ve cómo sus ingresos se reducen drásticamente o incluso que no percibe ninguna cantidad, si bien, transcurrido dicho espacio de tiempo, vuelve a recuperar su capacidad adquisitiva. Un ejemplo de estas situaciones es la que se presenta cuando quien tiene que abonar la pensión compensatoria ingresa en prisión, entendiendo la jurisprudencia que ello no es motivo para que se extinga la misma, si bien sí es procedente suspender la obligación de pago o, dependiendo si dentro de la prisión sigue percibiendo ingresos, reducir su cuantía temporalmente.

Así pues, lo determinante para reducir o extinguir la pensión compensatoria es que la situación económica del cónyuge obligado a abonar la pensión sea permanente en el tiempo y no meramente coyuntural.

## 10 VIVIENDA FAMILIAR

Como los cónyuges no tenían a su disposición una vivienda donde fijar el domicilio familiar, aceptaron la oferta de los padres del esposo de trasladarse a la vivienda de éstos, utilizando la planta alta del inmueble. Tras la crisis del matrimonio, la esposa pretende

que se le atribuya en exclusiva el uso de la vivienda. ¿Puede excluirse a los padres del esposo de la utilización del inmueble?

Esta pretensión no puede prosperar, ya que implica el desalojo de unas personas que tienen derecho de ocupación, por lo que no resulta procedente atribuir un uso del domicilio familiar a la esposa e hijos más extenso que el que existía antes de la separación conyugal.

Como es evidente, si las relaciones no son buenas entre la esposa y sus suegros, van a surgir ciertos inconvenientes y tensiones, pero esta circunstancia no puede llevar al desalojo de los titulares y ocupantes de la vivienda.

## II VIVIENDA FAMILIAR

Teniendo en cuenta las circunstancias existentes en el matrimonio en cuanto a que compartían la vivienda con los padres del esposo, dictada la sentencia de separación y atribuido el uso de la misma a la esposa —aunque respetando el derecho de uso que, como titulares de la vivienda, tienen los suegros— el esposo pretende dejar de utilizar la planta alta del inmueble, que es la que ocupa la esposa e hijos, y ocupar exclusivamente la planta baja que es la que utilizan sus padres. ¿Se estaría cumpliendo de esta forma la resolución judicial?

Entendemos que no, pues, salvo que ambas dependencias tengan entradas independientes, el hecho de que el esposo se traslade a las habitaciones situadas en la planta baja del inmueble no equivale a que abandone el domicilio familiar, pues *de facto* seguiría habitando en el mismo haciendo ilusorio el

pronunciamiento de la sentencia que le excluye de tal uso.

cualitativa de aquellos efectos preexistentes, sin permitir la creación de otros nuevos.

## 12 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Si en la sentencia de divorcio se estima la petición que se realizó en la demanda de que se atribuya al padre la guarda y custodia del hijo y que se fije, a cargo de la madre, una pensión alimenticia, dicha pensión, ¿deberá abonarse desde la fecha de presentación de la demanda conforme a lo establecido en el artículo 148 del CC?

El criterio mayoritario entre la jurisprudencia es no conceder efectos retroactivos a la pensión que se fija en la sentencia de divorcio, o en su caso de modificación de medidas, y en consecuencia, el nuevo *status* familiar será ejecutable, tal y como previene el artículo 774.5 de la LEC, desde la fecha de la sentencia.

## 13 PENSIÓN ALIMENTICIA

Pasado un tiempo desde que se dictó la sentencia de divorcio, ambos cónyuges volvieron a convivir, naciendo fruto de dicha relación un nuevo hijo. Surgida de nuevo la crisis de la pareja ¿qué procedimiento sería el adecuado para fijar la pensión alimenticia del nuevo hijo?

En puridad, el cauce adecuado para solicitar la fijación de la pensión alimenticia del nuevo hijo sería el procedimiento específico de alimentos, sin embargo, la tendencia mayoritaria entre la jurisprudencia es a canalizar dicha petición a través del procedimiento de modificación de medidas. No obstante, hay que tener presente, como indica la doctrina, que en el procedimiento de modificación solamente cabe la regulación cuantitativa o

## 14 GASTOS EXTRAORDINARIOS

En el convenio regulador se pactó la siguiente cláusula: «Con la pensión alimenticia que se fija en 300 euros mensuales, se atenderán las necesidades de alimentación, educación, vestido y demás gastos que tengan los hijos». Tras dos años de vigencia del convenio, el progenitor custodio presenta una reclamación por gastos extraordinarios oponiéndose a ella el no custodio al interpretar que dentro de la cláusula en la que se fijaba la pensión alimenticia estaban incluidos todos los gastos de los menores, bien sean ordinarios o extraordinarios. ¿Puede prosperar esta causa de oposición?

La jurisprudencia ha entendido que no puede quedar exonerado uno de los progenitores de la contribución al pago de los gastos extraordinarios de los hijos por más que en el convenio regulador se incluyera la expresión «demás gastos», ya que la misma debe entenderse referida a los «demás gastos ordinarios» que son los que se podían prever en el momento en el que se fijó la cuantía de la pensión alimenticia.

## 15 CONVENIO REGULADOR

¿Podría tener validez la cláusula del convenio regulador en la que se pactaba que la esposa renunciaba momentáneamente a solicitar la pensión compensatoria mientras que el esposo no encontrase trabajo?

Como se trata de una materia de carácter dispositivo, todas las cláusulas del convenio regulador que afecten o se refieran a la pen-

sión compensatoria tendrán plena eficacia, salvo que, como señala el artículo 90 del CC, «sean gravemente perjudiciales para los cónyuges». En el caso que analizamos no vemos ningún obstáculo para la validez de dicha cláusula ya que de la misma se desprende que, aunque existe un desequilibrio entre los cónyuges, el mismo no puede materializarse por ahora, si bien es previsible que, en poco tiempo, pueda constatarse y cuantificarse. Pensemos en el siguiente ejemplo: un alto directivo de una empresa es despedido y en el momento de la separación se encuentra en el desempleo, pero es previsible que, a corto plazo, dada su dilatada experiencia profesional, pueda ser contratado en otra empresa. Coyunturalmente no existe desequilibrio económico, pero surgirá en breve espacio de tiempo.

## 16 PENSIÓN COMPENSATORIA

Teniendo en cuenta que la pensión compensatoria no puede solicitarse como medida provisional y que sólo puede concederse en sentencia, ¿puede admitirse la tesis de que la misma tenga efectos desde la fecha de presentación de la demanda?

Como la sentencia que fija la pensión compensatoria es constitutiva, sus efectos no podrán tener carácter retroactivo y, por tanto, deberá abonarse desde la fecha de la sentencia que la acuerde. No existe en nuestro ordenamiento jurídico un precepto similar al artículo 148 del CC que sí permite la retroacción de los efectos de la pensión alimenticia que se fija en la sentencia a la fecha de presentación de la demanda.

## 17 PENSIÓN ALIMENTICIA

Por razones de política empresarial, y durante un período de un año, el esposo se

encuentra ejerciendo su profesión en el extranjero con lo cual sus ingresos se han incrementado notablemente gracias a los importantes complementos que percibe. La esposa ha presentado la demanda de separación y ha solicitado la fijación de una pensión alimenticia para los hijos en base a los ingresos que el padre percibe en la actualidad. En el momento de fijar la pensión alimenticia ¿deben tenerse en cuenta que las condiciones económicas del padre son temporales?

Para dar una respuesta a esta pregunta será necesario tener en cuenta la vida laboral del progenitor que tiene que abonar la pensión, puesto que si es normal que la empresa para la que trabaja le encomiende trabajos fuera de la ciudad donde reside, en principio habrá que estar a la cuantía de los ingresos que percibe en el momento en el que debe fijarse la pensión alimenticia. En cambio, si estamos ante una situación excepcional, habrá que tenerla en consideración para que la pensión se ajuste a los verdaderos ingresos del progenitor.

Con independencia de lo anterior, es perfectamente admisible que se fije una determinada pensión alimenticia en atención a las circunstancias que concurren en la actualidad y que estará vigente hasta tanto no se modifiquen, y otra pensión, en este caso de inferior cuantía, que entrará en vigor cuando el padre vuelva a recibir el sueldo normal que venía percibiendo con anterioridad a que se marchase al extranjero.

## 18 AJUAR FAMILIAR

La esposa ha solicitado en el procedimiento de separación que se le atribuya el uso del ajuar doméstico existente en la vivienda familiar aun cuando la misma no ha solicitado la atribución del uso del domicilio, ya

que pretende trasladarse a una vivienda de alquiler que no está amueblada. ¿Es viable dicha petición?

Si analizamos los preceptos que regulan la atribución del uso del ajuar familiar no encontramos prohibición alguna para que esta petición pueda ser desestimada. Es decir, que la atribución del uso de la vivienda familiar y la atribución del uso del ajuar familiar no tienen por qué coincidir. Pero es más, si nos atenemos a lo establecido en el artículo 96 del CC la atribución del uso del ajuar a un cónyuge está en función de que ostente la custodia de los hijos, es decir, que la atribución del uso de dicho ajuar responde a la finalidad de que disfruten del mismo los hijos comunes, y por extensión el progenitor con quien convivan, no haciéndolo depender del dato del lugar en que residan.

## 10 VIVIENDA FAMILIAR

En la sentencia de separación se ha atribuido el uso y disfrute de la vivienda familiar a la esposa e hijos, dándose la circunstancia de que la vivienda es propiedad privativa del esposo. En la citada sentencia no se ha efectuado ningún pronunciamiento en cuanto a quién debe abonar los gastos de la comunidad de propietarios. ¿Puede el esposo reclamar a la esposa las cantidades que haya abonado por tal concepto mientras que la misma es usuaria del domicilio familiar?

La respuesta a esta pregunta nos exige diferenciar dos aspectos, uno el procesal y otro el sustantivo. En relación con el primero habrá que tener en cuenta que, no existiendo pronunciamiento de condena en la sentencia, no podrá utilizarse la ejecución de sentencia para efectuar la reclamación, debiendo utilizarse en su caso, el procedi-

miento declarativo que corresponda por su cuantía.

Ya desde el punto de vista sustantivo, habrá que tener presente que no existe un criterio jurisprudencial unánime respecto a sobre quién debe recaer la obligación de pago de las cuotas ordinarias de la comunidad de propietarios cuando el inmueble no es ocupado por el titular sino por su cónyuge o integrante de una pareja de hecho y ello en virtud de una resolución judicial. En consecuencia, antes de realizar ninguna actuación es recomendable consultar las bases de datos de jurisprudencia para informarse del criterio de la Audiencia Provincial de la que depende el juzgado que tiene que conocer, en primera instancia, de la demanda que presentemos.

A efectos meramente ilustrativos hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de mayo de 2005, y aunque se trataba de un inmueble que pertenecía a la sociedad de gananciales vino a establecer que procede incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales el crédito que ostenta la esposa por haber abonado las cuotas de la Comunidad de Propietarios aunque fuese la única que estaba habitando el inmueble, es decir, que la obligación de pago de las cuotas de comunidad recae sobre ambos titulares aun cuando uno de ellos haya sido excluido del uso en virtud de una resolución judicial.

## 20 CUESTIONES PROCESALES

Sospechando el esposo que la esposa mantenía una relación con un tercero que conoció a través de Internet, instaló en el ordenador de casa un programa informático que permitía conocer el contenido tanto de los e-mail que le enviaba dicho tercero como de las

conversaciones que mantenía con la esposa a través del chat. Del contenido de esas conversaciones se desprende claramente la intención de la esposa de marcharse a vivir con aquel que tenía su residencia en otra ciudad bastante alejada del lugar en el que se encuentra el domicilio familiar. ¿Puede el esposo presentar dicha información en el procedimiento de separación para fundamentar su petición de que se le atribuya la guarda y custodia del hijo así como que se le conceda el uso de la vivienda familiar?

Al haberse obtenido la prueba vulnerando el derecho a la intimidad de la esposa, por más que se trate del ordenador «familiar», estamos en presencia de una prueba ilícita y por tanto carecerá de eficacia en el procedimiento de separación. Pero es más, si se presenta dicha prueba se corre el riesgo de que se inicien actuaciones penales por un delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.1.<sup>a</sup> del Código Penal.

## 21 GASTOS EXTRAORDINARIOS

El hijo mayor de edad, con el consentimiento de la madre con la que convive, se ha matriculado en una autoescuela con la finalidad de obtener el carné de conducir, y ahora pretende reclamar al padre el 50% tanto de las tasas como de los honorarios de la autoescuela. ¿Puede prosperar dicha petición?

Como es más que evidente, no estamos en presencia de un gasto que venga contemplado dentro de las partidas que el artículo 142 del Código Civil integra en el concepto de alimentos. No obstante, hay que tener presente que en muchos trabajos el hecho de tener o no el permiso para conducir es un dato determinante para la contratación.

Por tanto, habrá que diferenciar cuándo la obtención del permiso de conducir se trata de un capricho o de una verdadera necesidad, pudiendo reclamarse como gasto extraordinario únicamente en el segundo de los supuestos, salvo que los progenitores cuenten con un importante patrimonio, en cuyo caso, habrá que entender como normal que se extienda a los hijos el nivel de vida de aquéllos.

## 22 CUESTIONES PROCESALES

Tras dictarse sentencia de separación, el progenitor custodio entiende que existe causa para que se prive al otro progenitor de la patria potestad. ¿A través de qué procedimiento podrá ejercitar dicha acción?

Como puede comprobarse, dentro de la enumeración de procedimientos que se contienen en el artículo 748 de la LEC no se incluye el procedimiento para privar a un padre de la patria potestad, si bien, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 92 del Código Civil, cuando se tramita un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial, «en la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello». Por tanto, si ya se ha tramitado el procedimiento de separación, la madre tiene la posibilidad de solicitar la privación de la patria potestad en el procedimiento de divorcio.

Exceptuando esta posibilidad, en el resto de casos, teniendo en cuenta que en derecho procesal no es aplicable la analogía, habrá que acudir al procedimiento ordinario tal y como se establece en el artículo 249.2 de la LEC: «Se decidirán también en el juicio ordinario las demandas cuya cuantía ex-

ceda de 3.000 euros y aquéllas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo».

## 23 RÉGIMEN DE VISITAS

Ante los reiterados incidentes que surgen en el momento de la recogida y entrega de los menores en el domicilio familiar, el progenitor no custodio ha optado porque sea un familiar el que se persone en el domicilio donde residen los hijos con la finalidad de evitar los enfrentamientos entre los progenitores. ¿Puede negarse el progenitor custodio a que los hijos sean recogidos por ese tercero?

Para contestar a esta pregunta habrá que estar al contenido del convenio regulador o de la sentencia, ya que si en la misma se establece la obligación personal del padre de recoger y retornar a los menores al domicilio familiar una vez finalizada la visita, en principio, el progenitor custodio, atendiendo a la literalidad de la sentencia, podrá negarse a que un tercero, sea o no familiar, pueda recoger al menor.

No obstante, es conveniente tener en cuenta que los progenitores están obligados a evitar todos los perjuicios que puedan causarse a los hijos, y un perjuicio evidente es que no tenga lugar la visita. Por ello, es aconsejable que la oposición a la entrega de los menores a un tercero esté fundada, no en un mero capricho o conveniencia del progenitor custodio, sino en una razonable duda de si la entrega de los hijos a un tercero, especialmente cuando cuentan con poca edad, puede causarles perjuicios.

Si el progenitor se niega a entregar a los hijos al tercero, parece que no quedará otra opción, especialmente en el caso que analizamos, de que sean los tribunales, a través

de un incidente de ejecución de sentencia o en su caso de un procedimiento de modificación de medidas, los que resuelvan la cuestión.

## 24 SOCIEDAD DE GANANCIALES

¿Puede el tribunal sin mediar petición de las partes adoptar de oficio medidas de administración y disposición de bienes incluidos en el inventario de la sociedad de gananciales?

Entendemos que no, ya que estamos ante una materia de libre disposición de las partes y por tanto para que el tribunal pueda adoptar una medida sobre administración y disposición de bienes, es necesario que haya una previa petición de parte.

Lo anterior no significa que no exista régimen de administración y disposición de bienes, por cuanto que serán de aplicación las normas que el Código Civil establece a partir de la disolución (artículo 1394 del CC).

## 25 PATRIA POTESTAD

Teniendo en cuenta que el padre, que reside en Inglaterra, es de nacionalidad inglesa y que no domina bien el idioma castellano, tras la separación matrimonial, surge el conflicto de escolarización de los hijos, pretendiendo el padre que los mismos acudan a un colegio bilingüe ante lo que se opone la madre que prefiere que acudan a un colegio público. ¿Cómo debe resolverse la controversia?

Desde el punto de vista procesal, la cuestión deberá sustanciarse, tal y como prevé el

artículo 156 del CC acudiendo a las normas de la jurisdicción voluntaria.

En cuanto al fondo del asunto, habrá que valorar el costo que supone la enseñanza privada y las posibilidades económicas de los progenitores. Si desde el punto de vista eco-

nómico no existen problemas para atender los gastos que implica acudir a un colegio privado, el beneficio de los hijos en cuanto a la facilidad para relacionarse con el progenitor no custodio aconseja que se otorgue al padre la facultad de decidir en qué colegio deben cursar sus estudios los hijos.

# Revista de **Derecho de** **familia**

---

**DERECHO COMPARADO**

---



# EL DIVORCIO EN JAPÓN

FRANCISCO JAVIER PASTOR VITA

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Málaga

## Sumario

### I. INTRODUCCIÓN

### II. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA MATRIMONIAL JAPONÉS

### III. EL DIVORCIO Y SUS MODALIDADES

#### III.1. El divorcio por mutuo consentimiento

#### III.2. El divorcio por conciliación cuasi judicial, denominada *Chotei*

#### III.3. El divorcio por sentencia, denominada *Shinpan*

#### III.4. El divorcio judicial

### IV. LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

#### IV.1. Respetto de los cónyuges

#### IV.2. Respetto a los hijos

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho japonés es un gran desconocido en nuestro país. Las barreras del lenguaje unidas a la disparidad existente entre ambos Ordenamientos, así como la inexistencia de una mínima bibliografía traducida al castellano sobre este Derecho<sup>1</sup>, nos han llevado a un total alejamiento de este Ordenamiento jurídico que debe ser superado, especialmente si tenemos en cuenta que son cada vez más los ciudadanos japoneses que residen de manera

1. A diferencia de lo que ocurre en Francia, donde existe una bibliografía relativamente abundante sobre temas de Derecho Japonés, destacando en materia de Derecho de Familia la obra de MATSUKAWA, T., *La famille et le droit au Japon*, París, 1991; NODA, Y., «Japon», *Juris Classeur Droit comparé* (Législation comparée), 1966, pp. 1 y ss.; WANG, D., «Japon», *Juris Classeur Droit comparé* (Législation comparée), núm. 8, 2000, pp. 1 y ss. También tiene interés la obra del profesor PRADER, J., *Il matrimonio nel mondo (celebrazione, nullità e scioglimento del vincolo)*, Padua, 1986, pp. 242 y ss. Es especialmente destacable la reciente publicación en España de la obra de los profesores RAFAEL DOMINGO y NOBUO HAYASHI, *Código Civil japonés. Estudio Preliminar, traducción y notas*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

permanente entre nosotros, por lo que el conocimiento de dicho sistema jurídico puede resultar de interés ante la perspectiva de que, en un futuro no lejano, puedan plantearse en nuestros tribunales cuestiones de Derecho Internacional Privado que afecten a algún ciudadano japonés residente en España. Por otra parte, el interés que presenta el estudio de la regulación jurídica del divorcio en Japón reside en el hecho de ser uno de los sistemas divorcistas más avanzados y liberales de los existentes en el ámbito del Derecho comparado, en el que las influencias germánica y estadounidense conviven con la persistencia de ciertas tradiciones ancestrales, lo que confiere a este sistema una peculiar fisonomía.

Para ubicarnos mejor en el análisis del sistema japonés de Derecho de Familia, estimo conveniente hacer una breve referencia introductoria al fenómeno de la codificación en aquel país que nos permita enmarcar el sistema matrimonial japonés en unas determinadas coordenadas histórico-temporales.

Antes de la Restauración «Meiji» (1867-1912), en el Japón semifeudal no había Código civil ni base jurídica en el sentido europeo del término, no conociéndose conceptos tales como «derecho» (en su sentido subjetivo) u «obligación», por citar sólo algunos ejemplos. Tras el período «Meiji» se inició un proceso codificador tendente a la elaboración de un Código civil japonés que, tras diversas peripecias fue terminado a finales del siglo XIX, entrando en vigor el 16 de julio de 1898, siendo un texto legal de clara influencia germánica<sup>2</sup>. Mientras que la regulación de las obligaciones y contratos o el régimen de los bienes y derechos reales puede calificarse de moderna, no ocurre lo mismo en materia de Derecho de familia, que se rige por el principio conocido como «el sistema de la Casa» (*I-ye*) o clan familiar, para el que el grupo familiar es más importante que la persona, y el padre es el dirigente de una familia en sentido amplio que integra a numerosos miembros, en un régimen claramente patriarcal<sup>3</sup>. La igualdad entre el marido y la mujer es inexistente. La mujer tenía la consideración jurídica de incapaz, no pudiendo ejercer la patria potestad. En cambio, en materia de divorcio la situación no era tan desfavorable, existiendo dos tipos o modalidades de divorcio: el divorcio judicial (de carácter contencioso) y el divorcio por mutuo acuerdo. El Código intentó suprimir el «repudio» unilateral de la mujer por el marido, pero el peso de las costumbres tradicionales lo impidió. Así el Derecho de Familia se basa en la idea de la sumisión y obediencia de la mujer al cabeza de familia, al marido, al padre, al hijo primogénito, del mismo modo que el pueblo debe sumisión y obediencia al Emperador. La familia

2. Frente a las dificultades de la codificación en un país donde habían imperado hasta ese momento los usos y costumbres ancestrales y tradicionales, el gobierno japonés decidió solicitar ayuda de juristas franceses, entre los que destaca Georges Bousquet, que fue designado consejero legal por el Gobierno. En 1873, Gustave Boissonade, profesor de Derecho civil de la Sorbona, fue invitado para enseñar Derecho en La Escuela de Derecho de Tokio, adscrita al Ministerio de Justicia. Tuvo una influencia decisiva en la formación de los juristas nipones y en el propio Derecho japonés. Boissonade comenzó la redacción del Código civil en 1879. Su proyecto de Código fue aprobado por el Senado y adoptado como norma en 1889. Este Código encontró una fuerte oposición en numerosos sectores, por lo que no llegó a entrar en vigor. Ello obligó al Gobierno a reunir de nuevo a la Comisión de Codificación, en la que participaron una serie de juristas japoneses, profesores de la Universidad de Tokio y doctores en Derecho por diversas Universidades europeas. Estos juristas redactaron un Proyecto de Código de clara inspiración germánica, y que siguió los pasos del BGB alemán. Dicho Código entró en vigor en 1898, siendo un Código bastante ecléctico por el respeto a las costumbres tradicionales y la influencia de los Códigos alemán y, en menor medida, francés.

3. En tal sentido, RAFAEL DOMINGO y NOBUO HAYASHI, ob. cit., p. 67, nota al pie núm. 63, destacan la existencia de una cierta semejanza del sistema de la Casa japonesa con el sistema de la Casa del Derecho Foral navarro, integrada igualmente por una pluralidad de personas de distintas generaciones bajo la jefatura común de un determinado pariente (generalmente el abuelo) que cohesiona al conjunto familiar. Realmente esta institución japonesa nos recuerda a la antigua familia agnaticia romana de la época preclásica, presidida por el *paterfamilias*, que tenía un poder omnímodo sobre todos sus miembros integrantes.

constituía una célula social integrada en un conjunto más amplio cuyo funcionamiento se basaba en la obediencia.

Esta concepción de la familia se fue quedando anacrónica a medida que se producía el asentamiento y desarrollo del sistema capitalista de producción en las primeras décadas del siglo xx, de manera que el Código se encontró desfasado con la realidad social y económica del momento. No obstante, esta concepción tradicional y semifeudal de la familia se ha mantenido hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial, lo que trajo consigo la aparición de un moderno y avanzado sistema de Derecho de Familia, que ha supuesto un cambio radical en su concepción. De este modo, la persona ha pasado a convertirse en el eje central de la nueva regulación frente al grupo familiar, lo que responde a la democratización del régimen político japonés tras la firma del Tratado de Postdam (10 de agosto de 1945), a partir del cual se aprobó una Constitución (aprobada el 3 de noviembre de 1946 y entrada en vigor el 3 de mayo de 1947) que introduce numerosos cambios, no sólo en el sistema político sino, en especial y por lo que a nosotros nos interesa, en el ámbito de la familia, al proclamar como principios básicos el respeto a la dignidad de la persona y la igualdad del hombre y la mujer en el seno de la familia (artículo 24 de la Constitución). Ello trajo consigo una importante Reforma parcial del Código civil mediante la Ley de 22 de diciembre de 1947, entrada en vigor el 1 de enero de 1948, siendo ésta la primera vez que se adopta en Japón un sistema moderno y avanzado de Derecho de Familia, derogándose totalmente las viejas normas basadas en el «sistema de la Casa», entre ellas las relativas a los poderes exorbitantes del cabeza de familia, la incapacidad de la mujer casada, etc. La nueva regulación del Derecho de Familia presenta evidentes influencias germánicas y estadounidenses y se basa en el respeto a la igualdad de los cónyuges y la del padre y la madre respecto a sus hijos menores de edad, al tiempo que se adopta igualmente el principio de igualdad entre los hijos. Es cierto que la mayor parte de estas reformas han venido impuestas por factores exteriores, pero no es menos cierto que la propia evolución económica había dejado desfasado el anterior sistema familiar. En resumen, se ha mantenido en vigor el Código civil «Meiji» de 1898, si bien se modificaron sustancialmente sus Libros IV y V, relativos a familia y sucesiones, que han experimentado un cambio decisivo, hasta el punto de configurar un sistema de Derecho de Familia, en general, y Matrimonial, en particular, de los más avanzados del mundo.

## II. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA MATRIMONIAL JAPONÉS

El Código civil japonés actual, igual que el Código «Meiji», contempla un matrimonio basado en la monogamia. Por lo demás, el sistema matrimonial previsto en ambos Códigos es completamente diferenciado, pues mientras que en el Código «Meiji» el régimen matrimonial se basaba en el «sistema de la Casa», la mujer carecía de autonomía, lo mismo que los hijos mayores<sup>4</sup>, el actual Código elimina ese trato discriminatorio, consagrando el principio de igualdad entre los cónyuges, aunque se trata frecuentemente de una igualdad más puramente formal que real.

4. El hombre hasta la edad de treinta años y la mujer hasta los veinticinco años necesitaban el consentimiento paterno para contraer matrimonio.

Para el Derecho japonés, el matrimonio tiene naturaleza contractual. Aunque el Código guarda silencio al respecto, no se reconoce plenos efectos a la propuesta de matrimonio hasta que los futuros esposos celebren una especie de precontrato nupcial, equivalente a nuestros esponsales, en el que se comprometen a contraer matrimonio en un momento posterior. Dichos esponsales no constituyen un requisito imprescindible para la celebración del matrimonio. Los esponsales obligan a los futuros esposos a preparar la celebración de su matrimonio, aunque es evidente que ninguno de ellos puede ser obligado a celebrarlo contra su voluntad, pudiendo en cualquier momento, libre y unilateralmente, dejarlos sin efecto, si bien quien los rompa queda sujeto a responsabilidad por daños y perjuicios causados por incumplimiento contractual<sup>5</sup>.

El matrimonio está sujeto a las formalidades que establecen los artículos 739 y 740 del Código civil y a los requisitos de fondo que determinan los artículos 731 a 738 del mismo cuerpo legal. En cuanto a las condiciones de forma, el matrimonio deberá celebrarse ante el alcalde, en su calidad de Oficial mayor del estado civil, de la localidad donde tenga su domicilio legal alguno de los esposos, o del lugar de residencia del declarante en la fecha de su celebración. La inscripción del matrimonio es constitutiva (artículo 25 de la Ley 224/1947, de 22 de diciembre, sobre Registro Familiar). La declaración de matrimonio es el único requisito de forma<sup>6</sup>, no siendo, por tanto, necesarias la publicación ni la celebración del mismo, a diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de los ordenamientos occidentales<sup>7</sup>.

En cuanto a las condiciones de fondo, se parte de una concepción contractual del matrimonio, por lo que el consentimiento de los contrayentes es una condición básica e inevitable. Lo cierto es que en el Código civil japonés no se exige este requisito fundamental, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en su exigencia<sup>8</sup>. Por lo demás, al estar basado el matrimonio en la voluntad libre de ambas partes, está prohibido que pueda ser celebrado por medio de representante. En el caso de los incapacitados, éstos podrán contraer matrimonio por sí mismos, si bien deberán adjuntar al formulario un certificado médico acreditativo de que poseen madurez de juicio suficiente para decidir por sí solos el contraer matrimonio sin necesidad del consentimiento de su tutor (artículo 738 Código civil). Por su parte, los menores de edad no pueden contraerlo sin la autorización de sus padres (artículo 737.1.º Código civil), si bien bastará con el consentimiento de uno de ellos en caso de discrepancia entre ambos<sup>9</sup>, salvo en el caso de fallecimiento o ausencia de uno

5. Así lo ha venido reconociendo tradicionalmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo japonés (*cf.*, STS de 20 de diciembre de 1963, *Minsbu* 17 de diciembre de 1708). Por lo que se refiere a los regalos que se entregan los novios al concertar los esponsales deberán restituirse, resolviéndose los conflictos que puedan surgir entre ellos de conformidad con las costumbres locales, si bien la doctrina trata de fundamentar ese deber de restitución en la doctrina que prohíbe el enriquecimiento injusto (artículo 703 Código Civil). El responsable de la ruptura injustificada no podrá reclamar su restitución.

6. El artículo 739.1.º dispone que «el matrimonio produce efectos desde su inscripción conforme a la Ley del Registro familiar».

7. En tal sentido, bastará con que las partes efectúen dicha declaración ya sea oralmente o por escrito en un formulario especial firmado por ambos contrayentes en el que estampan su sello personal (en Japón es muy popular el sello personal de imprenta en tinta roja, que se requiere para cumplir ciertas formalidades, teniendo un valor superior a la propia firma ológrafa. En ambos casos, es necesario la firma de, al menos, dos testigos mayores de edad (artículo 742.1.º Código civil). Los contrayentes podrán enviar este formulario debidamente cumplimentado e, incluso, mandar a un tercero para que lo presente, pudiendo el encargado del Registro rechazar la inscripción del matrimonio si el formulario aportado no se ajusta a las formalidades previstas en la ley (artículo 740 Código civil), si bien se trata de un control de carácter puramente formal.

8. Así parece deducirse del contenido del artículo 742.1.º Código civil, que, al enunciar las causas de nulidad del matrimonio, dice que éste es nulo: «1.º Si los contrayentes no tuvieron voluntad de contraerlo a causa de error en la identidad del otro contrayente o por otras causas».

9. La mayoría de edad en Japón está cifrada en los veinte años (artículo 3 Código civil). No obstante, el artículo 731 Código

de los progenitores, para lo que bastará la autorización del otro progenitor. Igualmente, no podrá contraer nuevo matrimonio quien ya hubiere contraído otro anterior aún no disuelto (artículo 731 Código civil), pudiendo incurrir en delito de bigamia. Tampoco podrá la mujer contraer nuevo matrimonio hasta que no haya transcurrido un plazo de seis meses a contar desde la disolución o la anulación del matrimonio precedente (artículo 733.1.º Código civil), si bien este plazo no se exigirá en caso de que la mujer estuviese ya encinta en el momento de la disolución o anulación (artículo 733.2.º Código civil), pues en tal caso no se plantea ningún problema en relación a la determinación de la paternidad, salvo que ésta se discuta. Igualmente, y por razones eugenésicas y de carácter moral, se prohíbe legalmente que puedan contraer matrimonio miembros de la misma familia<sup>10</sup>.

Por último, y antes de adentrarnos en el estudio del divorcio, es preciso comentar que en el Derecho japonés no se contempla específicamente un procedimiento de separación conyugal. Sí se prevé, por el contrario, la nulidad del matrimonio, circunscrita a dos casos (*cfr.* artículo 733.1.º Código civil): cuando las partes no han tenido voluntad real de contraer matrimonio a causa de error en la identidad de la persona del otro contrayente o por otras causas, o bien, cuando los contrayentes no inscribieron el matrimonio<sup>11</sup>. La nulidad podrá ser solicitada no sólo por los cónyuges, sino también por cualquier persona interesada y no producirá efecto alguno sobre los hijos, que conservarán la condición de legítimos<sup>12</sup>.

### III. EL DIVORCIO Y SUS MODALIDADES

Con anterioridad a la Restauración «Meiji», únicamente el marido estaba facultado para repudiar a su mujer mediante la denominada «carta de repudio» (*Sarijō*). La esposa, por el contrario, no podía entregar dicha carta a su marido. Igualmente, en los primeros años de la Restauración «Meiji», la esposa no podía solicitar por sí misma el divorcio ante los tribunales. Ya el Código civil de 1898, con medio siglo de antelación a la Reforma de 1947, suprimió el repudio unilateral por el marido, al instituir el divorcio en vía judicial basado en determinadas causas legales. No obstante, como ha destacado la doctrina, el repudio unilateral fue desapareciendo muy lentamente, dado el enorme peso de la tradición y de las antiguas costumbres, hasta el punto que el divorcio por mutuo consentimiento era realmente utilizado como una vía indirecta de repudio de la esposa por el marido<sup>13</sup>.

---

civil dispone que no podrán contraer matrimonio el hombre que no haya cumplido los dieciocho años ni la mujer que no haya cumplido los dieciséis, previa dispensa de edad.

10. El matrimonio está prohibido entre parientes en línea recta y colateral hasta el tercer grado ((artículo 735 Código civil), lo que se hace extensivo a personas relacionadas por parentesco adoptivo (artículo 736 Código civil).

11. En cambio, el vicio de forma de la inscripción no afectará a la nulidad del matrimonio (artículo 739 Código civil).

12. La nulidad del matrimonio no tiene efectos retroactivos (artículo 748.1.º Código civil), de manera que el matrimonio es válido desde su celebración hasta la anulación, por lo que el hijo concebido durante ese periodo de tiempo se presume legítimo (artículo 772 Código civil), así como el hijo reconocido durante ese mismo periodo también se reputa legítimo (*cfr.* artículo 789 Código civil). En cuanto a los efectos patrimoniales de la declaración de nulidad, el artículo 748 distingue entre el contrayente de buena o de mala fe. El contrayente que, en el momento de celebración del matrimonio, ignorase la existencia de causa de nulidad, estará obligado a la restitución del patrimonio obtenido a causa del matrimonio, en la medida de su actual enriquecimiento. Por el contrario, el que sí hubiese tenido tal conocimiento, estará obligado a su restitución en la medida del enriquecimiento experimentado, pero además deberá indemnizar al otro cónyuge por los daños y perjuicios ocasionados, si éste actuó de buena fe.

13. En tal sentido, *cfr.* WANG, D., ob. cit., p. 12; MATSUKAWA T., ob. cit., p. 61.

La Reforma de 1947 no modifica el divorcio por mutuo consentimiento, al tiempo que da un nuevo tratamiento al divorcio judicial, de carácter contencioso, cuya regulación se racionaliza y adecua a la nueva realidad social evolucionada, desconociendo el sistema de divorcio-sanción, hasta el punto de poder afirmarse que el sistema japonés de divorcio es uno de los más avanzados y liberales de nuestro tiempo. En efecto, tras la Segunda Guerra Mundial, la democratización y modernización del país han traído consigo importantes reformas en relación a la igualdad de los esposos ante la ley. Los artículos 763 y 770 del Código civil, así como los artículos 17 y 24 de la Ley de 6 de diciembre de 1947, sobre la *Chotei* familiar, han establecido cuatro modalidades de divorcio: el divorcio por mutuo consentimiento (artículo 763 Cód. civ.), el divorcio judicial (artículo 770 Cód. civ.), el divorcio por conciliación cuasi judicial, denominada *Chotei* (artículo 17 de la Ley de 6 de diciembre de 1947) y el divorcio por sentencia, denominada *Shinpan* (artículo 24 de la misma Ley).

### III.1. El divorcio por mutuo consentimiento

El artículo 763 del Código civil determina que los esposos pueden divorciarse por consentimiento mutuo, mediante una simple declaración formulada ante el alcalde de la localidad, en su calidad de Oficial del Registro de estado civil (artículo 764 Código civil), bastando con dos requisitos: el consentimiento de ambos esposos y la presentación de la declaración ante dicha oficina municipal.

El consentimiento mutuo de los esposos es el requisito básico de este procedimiento, hasta el punto de que la jurisprudencia considera que el mero hecho de presentar conjuntamente el formulario de divorcio ante el funcionario encargado del Registro es suficiente para producir los efectos del divorcio, sin que sea necesaria una previa separación entre los cónyuges.

El divorcio produce sus efectos desde el instante en que es declarado por el Oficial del Registro (artículo 764 Código civil). Por tanto, la única formalización requerida para la declaración del divorcio consensual es la presentación del formulario, sin que sea necesaria la aprobación judicial de su contenido. Dicho formulario puede ser sustituido por una declaración verbal conjunta. En ambos casos, será necesaria la presencia de dos testigos mayores de edad, que deberán firmar y sellar con los esposos el formulario que se aporta<sup>14</sup>. Si los cónyuges tienen hijos menores, deberán decidir cuál de ellos ejercerá la patria potestad (artículo 819.1.º Código civil), siendo precisa la mención de su nombre en el formulario (artículo 765.1.º Código civil).

Aunque la consecución del divorcio consensual sea muy simple, existen diversos riesgos que pueden conducir a la anulación del divorcio. Por un lado, la falsificación del propio formulario y, por otro, la concurrencia de algún vicio del consentimiento en uno o ambos cónyuges<sup>15</sup>.

14. Los esposos podrán presentar ese formulario personalmente o confiarlo a un tercero para su presentación, sin que sea necesaria, por tanto, la presencia física de los cónyuges ante el Oficial del Registro.

15. El cónyuge cuyo consentimiento haya estado viciado por dolo o por violencia podrá, en efecto, solicitar su anulación, si bien deberá ejercitar este derecho dentro de los tres meses siguientes a contar desde el momento en que la víctima haya teni-

### III.2. El divorcio por conciliación cuasi judicial, denominada *Chotei*

Cuando no existe acuerdo entre los cónyuges para divorciarse, no podrán acudir directamente al Juzgado en vía contenciosa, sino que se tratará que lo alcancen por intermediación judicial. Por tanto, la conciliación cuasi judicial, denominada *Chotei*, es un requisito previo a la interposición de la demanda contenciosa de divorcio (artículos 17 y 18 de la Ley de 6 de diciembre de 1947). Cualquiera que sea la causa del desacuerdo entre los cónyuges (desavenencias sobre la custodia de los hijos menores, sobre prestaciones económicas, etc.), el Juzgado de Familia trata de conciliar a las partes mediante este procedimiento.

Se trata, pues, de un procedimiento similar a los de jurisdicción voluntaria en nuestro Derecho, por el que el Tribunal, mediante la intermediación de un tercero, el conciliador, trata de poner a las partes de acuerdo en los motivos de su discrepancia. La *Chotei* se celebra en el seno de una comisión reunida a puerta cerrada, estando integrada por un juez y dos o más conciliadores, que podrán acudir a los medios que estimen oportunos para adoptar la decisión más adecuada cuando ello sea necesario (así, por ejemplo, podrán recabar informes médicos o psicológicos del menor cuya custodia se discute). Mediante esta conciliación, la comisión trata en primer lugar de reestablecer la convivencia conyugal tratando de determinar los motivos de la ruptura, en base a todo tipo de criterios (jurídicos, médicos, psicológicos, sociológicos, culturales, etc.). Una vez conocidas las causas de la discordia, los conciliadores tratan de aconsejar a las partes para que éstas alcancen un acuerdo para alcanzar el divorcio y para que los efectos de éste sean satisfactorios, en la medida de lo posible, para ambos, ya que, en este procedimiento, no deciden ni el juez ni los conciliadores, sino los propios esposos.

Una vez que los esposos se ponen de acuerdo sobre su divorcio, su consentimiento se tramita mediante un juicio verbal sumario de conciliación cuasi judicial, que termina con una resolución que produce los mismos efectos que una sentencia dictada en un procedimiento judicial. Es evidente que se trata de un procedimiento mucho más rápido, simple y menos traumático que el judicial contencioso, al tiempo que produce sus mismos efectos.

### III.3. El divorcio por sentencia, denominada *Shinpan*

En el caso de que la conciliación no prospere, el Juzgado de Familia toma en consideración el contenido y las circunstancias de la conciliación y, en caso de considerar inevitable el divorcio, dictará por propia iniciativa una sentencia (*Shinpan*), admitiendo el divorcio (artículo 24 de la Ley de 6 de diciembre de 1947 sobre la *Chotei* familiar). Por tanto, este procedimiento tendrá lugar cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo no tanto en relación al divorcio, sino respecto a ciertos aspectos o efectos del mismo. En tal caso, el juez decide en lugar de las partes<sup>16</sup>.

do conocimiento del engaño o desde que hubiera podido liberarse de la violencia o intimidación. Dicha anulación se tramita por el procedimiento denominado *Shinpan*, pero, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad matrimonial, la declaración de nulidad del divorcio opera retroactivamente.

16. No obstante, como ha puesto de relieve MATSUKAWA, T., ob. cit., p. 66, esta modalidad de divorcio es rara en la práctica, dado el carácter efímero de la decisión judicial, ya que cualquiera de los cónyuges pueden oponerse a ella en el plazo de dos

No obstante, esta modalidad de divorcio es rara en la práctica, dado el carácter efímero de la decisión judicial, ya que cualquiera de los cónyuges puede oponerse a ella en el plazo de dos semanas. Sólo en el caso de que ninguno de ellos se oponga en dicho plazo, la decisión adquiere el carácter de sentencia y produce sus efectos.

### III.4. El divorcio judicial

Cuando los esposos no logran consensuar su divorcio, bien por la oposición de alguno de ellos al divorcio en sí, o bien, lo que será más frecuente, por desacuerdo entre ambos acerca de los propios efectos del divorcio, especialmente acerca de la guarda y custodia de los menores hijos o sobre la liquidación del patrimonio conyugal, en tal caso, cualquiera de ellos podrá acudir a la vía judicial e interponer demanda contenciosa de divorcio. El divorcio judicial únicamente puede ser admitido a trámite por alguna de las causas previstas en la ley. En concreto, el artículo 770 del Código civil enumera, con carácter exhaustivo, las cinco causas siguientes de divorcio:

1.º) **La infidelidad:** Frente a la redacción inicial del Código que consideraba como causa de divorcio el adulterio de la esposa, tras la Reforma de 1947 se considera como tal la infidelidad de cualquiera de los esposos.

2.º) **El abandono malicioso:** Que ocurrirá cuando uno de los esposos abandona de mala fe a su cónyuge, sin que sea posible conocer su paradero.

3.º) **Por desaparición de uno de los cónyuges:** En caso de desaparición de uno de los esposos durante un período de tiempo de al menos tres años, ignorando el otro su paradero o existencia, en cuyo caso podrá solicitar el divorcio.

4.º) **Por enfermedad mental de uno de los cónyuges:** Es preciso que el cónyuge afectado padezca una enfermedad mental grave e incurable, suponiendo un peligro para la integridad del otro. Una simple enfermedad mental crónica y curable no constituye en ningún caso causa de divorcio judicial. Por lo demás, esta causa de divorcio plantea delicados problemas, por lo que la jurisprudencia ha matizado su aplicación, teniendo en cuenta el porvenir del propio enfermo.

5.º) **Por cualquier otra causa grave que impida la convivencia conyugal:** El Código civil enumeraba, con anterioridad a la Reforma de 1947, diez causas limitadas de divorcio. Tras la Reforma se ha ampliado la posibilidad de acceso al divorcio mediante el establecimiento de esta causa de carácter general, al tiempo que se han suprimido diversas causas de divorcio basadas en una concepción feudal de la familia. Entre estas causas, que se han ido determinando jurisprudencialmente, podemos señalar, a título de ejemplo, las siguientes: la pérdida de confianza en el otro cónyuge, el juego o la vida disoluta de uno de los cónyuges, el alcoholismo, las enfermedades venéreas, la violencia, la violación, etc. No obstante, el actual Código se muestra prudente al prever que el Tribunal pueda no admitir una deman-

---

semanas a contar desde el momento en que se dicta la *Shinpan*. Sólo en el caso de que ninguno de ellos se oponga en dicho plazo, la decisión adquiere el carácter de sentencia y produce sus efectos.

da de divorcio, teniendo en cuenta todas las circunstancias favorables a la continuidad del matrimonio. Por lo demás, tanto la jurisprudencia como la propia doctrina han sido reacias durante mucho tiempo a admitir la demanda de divorcio planteada por el cónyuge responsable de la ruptura matrimonial<sup>17</sup>. Igualmente, se ha venido considerando la separación de hecho entre cónyuges, durante un período de tiempo relativamente amplio (diez años) como causa directa de divorcio.

En cuanto al procedimiento a seguir, es preciso que los cónyuges intenten previamente agotar las vías previstas en la Ley de 6 de diciembre de 1947 sobre la *Chotei* familiar. Si se ponen de acuerdo en la petición de divorcio pero no en los efectos, se acudirá, como hemos visto, al divorcio por sentencia, denominada *Shinpan*. Pero en caso de desacuerdo con dicha sentencia, cualquiera de los cónyuges podrá, en las dos semanas siguientes, interponer demanda de divorcio judicial en base a alguna de las causas previstas en el artículo 770, que se tramitará ante el Juzgado de Familia del distrito correspondiente, que es el único competente para conocer de este procedimiento.

#### IV. LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

Los efectos del divorcio judicial son los mismos que los del divorcio consensual<sup>18</sup>, si bien con la peculiaridad de que en el divorcio judicial el juez designará al cónyuge que ostentará la guarda y custodia de los hijos menores y la patria potestad (artículo 819.2.º Código civil). Por lo demás, el efecto esencial del divorcio es la disolución del vínculo conyugal, por lo que el divorcio produce los siguientes efectos:

##### IV.1. Respetto de los cónyuges

1.º) **Recuperación del nombre anterior a la celebración del matrimonio:** Una de las peculiaridades del sistema matrimonial japonés reside en que los contrayentes, en el momento de contraer matrimonio, podrán tomar el nombre del marido o de la mujer conforme a lo acordado por ellos (artículo 750 Código civil)<sup>19</sup>. Tras el divorcio, el cónyuge que haya cambiado de nombre en el momento de contraer matrimonio recupera su nombre anterior de pleno derecho (artículo 767.1.º Código civil)<sup>20</sup>, lo que beneficia especialmente a la esposa pues le permite, pese al divorcio, tener el mismo nombre que sus hijos que, en la mayor parte de los casos, vivirán con ella.

17. Así, hasta 1987 se rechazó por el Tribunal Supremo la concesión del divorcio solicitado por el cónyuge infiel, cambiando esta línea en Sentencia de 2 de septiembre de 1987.

18. Cfr. artículo 771 Código civil.

19. MATSUKAWA, T., ob. cit., p. 21, señala que en Japón en torno al 98% de los matrimonios adopta el nombre del marido, lo que perjudica especialmente a la esposa al producirse el divorcio. Cuando el artículo 750 hace referencia al nombre, se está refiriendo realmente a lo que nosotros denominamos apellidos.

20. Esta recuperación del nombre trata de conciliar el mandato legal con las costumbres tradicionales. No obstante, la Ley 66/1976, de 15 de junio, faculta al marido o a la mujer que hayan cambiado su nombre, a conservar el propio nombre conyugal tras el divorcio si en un plazo de tres meses a partir del divorcio lo inscribe conforme a lo previsto en la Ley de 22 de diciembre de 1947, sobre el estado civil (artículo 767.2.º Código civil).

2.º) **Liquidación del patrimonio conyugal:** En el Derecho japonés, el régimen económico matrimonial legal es el de separación de bienes<sup>21</sup>. No obstante, normalmente se procede a una liquidación del patrimonio conyugal en caso de divorcio. A estos efectos, el artículo 768 prevé que cualquiera de los esposos pueda solicitar la liquidación de ese patrimonio al divorciarse. En caso de no alcanzar un acuerdo acerca del reparto, y si no se alcanza una conciliación cuasi judicial (*Chotei*) al respecto, podrán demandar judicialmente su liquidación, si bien la acción para reclamarla prescribe en el plazo de dos años a contar desde el momento de la declaración del divorcio (artículo 768.2.º Código civil)<sup>22</sup>.

3.º) **Establecimiento de una indemnización por daños y perjuicios causados por el divorcio:** El cónyuge que haya ocasionado la ruptura matrimonial está obligado a reparar los daños, tanto patrimoniales como morales, causados al otro, de manera que la indemnización forma parte integrante de la liquidación de bienes prevista en el artículo 768<sup>23</sup>. Se puede afirmar que el cónyuge culpable de la destrucción de la convivencia conyugal estará obligado a reparar los daños y perjuicios ocasionados directamente al otro con el divorcio.

4.º) **La prolongación de la obligación de alimentos:** El Código civil japonés no prevé la existencia de una obligación de alimentos tras el divorcio, como ocurre en otros ordenamientos occidentales, como el francés (*cfr.* artículo 281.I.º del Code civil francés). Por ello la doctrina ha considerado razonable que el cónyuge que quede en una situación de necesidad por razón de la ruptura conyugal pueda reclamar alimentos al otro, en la medida de la capacidad económica de éste<sup>24</sup>.

## IV.2. Respetto a los hijos

En relación con el ejercicio de la patria potestad o autoridad parental, en caso de divorcio consensual, los padres deberán ponerse de acuerdo en cuál de ellos ejercerá la patria potestad (artículo 819.I.º Código civil). La designación de un tercero en el ejercicio de dicha autoridad no está permitida legalmente. En caso de divorcio judicial, en cambio, corresponderá al tribunal determinar la atribución de ese ejercicio al padre o a la madre (artículo 819.2.º Código civil). Cuando el divorcio tiene lugar antes del nacimiento del hijo, la patria potestad corresponderá a la madre, atribuyéndose al padre únicamente en el caso de que así lo acuerden ambos progenitores tras el nacimiento del hijo o tras el reconocimiento de

21. El régimen económico matrimonial no es una cuestión tan importante en Japón como en los países occidentales, no existiendo costumbre alguna de que los futuros esposos prevean el modo de administrar sus bienes durante su futura vida matrimonial. De ahí que el Código civil japonés sólo dedique ocho artículos a la regulación del régimen económico matrimonial (artículos 755 a 762 Código civil). El régimen legal será el equivalente a nuestra separación de bienes (artículo 755).

22. En este caso, el Juzgado de Familia decidirá si procede el reparto de bienes, en cuyo caso determinará el capital a repartir y la modalidad de reparto, teniendo en cuenta diversas circunstancias y, básicamente, la cantidad de bienes obtenidos conjuntamente durante el matrimonio (artículo 768.3.º Código civil).

23. Se trata de una de las modalidades de pago de la pensión compensatoria prevista en nuestro Derecho, consistente en la entrega de un capital o prestación única, como se prevé en el Proyecto de Ley de Reforma parcial de nuestro Código Civil en materia de separación y divorcio, si bien en el Derecho japonés tiene una dimensión básicamente indemnizatoria o reparadora, más que compensatoria, de modo que deberá pagarla aquél de los cónyuges que haya ocasionado o dado lugar al divorcio, lo que, en la práctica, comporta la admisión de una dimensión culpabilística en el sistema japonés de divorcio que se contradice con la plena libertad concedida a los cónyuges en el divorcio de mutuo acuerdo.

24. En tal sentido, MATSUKAWA, T., *ob. cit.*, p. 74, parece inclinarse a favor de la posibilidad de reclamar una pensión alimenticia. En cambio, WANG, D., *ob. cit.*, p. 15, estima que no se trataría realmente de una pensión alimenticia en el sentido previsto en los ordenamientos occidentales, sino de una suma de dinero que, en la liquidación del patrimonio conyugal, se integraría en la parte correspondiente al cónyuge necesitado.

su paternidad por el padre (artículo 819.3.º y 4.º Código civil). A falta de acuerdo entre los cónyuges sobre su atribución, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores se determinará por el tribunal mediante la *Shinpan* familiar o en la sentencia que se dicte en el procedimiento de divorcio judicial (artículo 819.5.º Código civil).

Los esposos divorciados por vía amistosa o judicial se deberán poner de acuerdo acerca de la persona que ostentará la guarda y custodia de los hijos y determinar su modalidad. En caso de desacuerdo, corresponderá al Juzgado de Familia adoptar la decisión que considere adecuada, fijando las condiciones de la custodia (artículo 766.1.º Código civil), hasta el punto de poder encomendarla en este caso a un tercero, si lo estima necesario para salvaguardar los intereses de los menores (artículo 766.2.º Código civil), sin que ello afecte a los derechos y deberes de los padres respecto a aquéllos (artículo 766.3.º Código civil). Esto mismo ocurre en caso de divorcio judicial (artículo 767 Código civil). Por lo demás, lo normal es que la guarda y custodia corresponda al progenitor al que se atribuya el ejercicio de la patria potestad, si bien no tienen que coincidir necesariamente, pues cabe la posibilidad de que el titular de la patria potestad no pueda asumir por causas justificadas la guarda y custodia de sus hijos menores, en cuyo caso cabe atribuirla al otro cónyuge o a un tercero.



# Revista de **Derecho de** **familia**

---

**TRIBUNA ABIERTA**

---



# La condena en costas en los procesos matrimoniales contenciosos

ANTONIO ALBERTO PÉREZ UREÑA

Abogado de familia

## Sumario

### I. INTRODUCCIÓN: EL VENCIMIENTO COMO CRITERIO PARA LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS

### II. LA DEBATIDA CUESTIÓN DE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO OBJETIVO DEL VENCIMIENTO A LOS PROCESOS MATRIMONIALES

#### II.1. La cuestión durante la vigencia de la LEC de 1881

#### II.2. La cuestión tras la entrada en vigor de la LEC de 2000

### III. TOMA DE POSICIÓN PERSONAL

### IV. CONCLUSIONES

### I. INTRODUCCIÓN: EL VENCIMIENTO COMO CRITERIO PARA LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS

Con carácter general, se estableció para los juicios declarativos el criterio del vencimiento en materia de costas en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en virtud de la reforma introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto un reforzamiento del principio del vencimiento objetivo puro, tan sólo matizado por la circunstancia de que *el Tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho* (lo que se denomina por la doctrina, «discrecionalidad razonada»), y no porque concurran circunstancias excepcionales que justifiquen la no imposición de las costas (artículo 523, párrafo 1.º, LEC de 1881).

El criterio general, por tanto, es el de la imposición de las costas al litigante «vencido», de modo que sólo la aplicación discrecional de la excepción debe justificarse, pues exige que concurran circunstancias de extraordinaria importancia, que han de razonarse en su aplicación; mientras que la imposición de las costas ha de entenderse como la consecuencia ordinaria del proceso declarativo (AP Sevilla, Sentencia de 28 de marzo de 2004).

Por consiguiente, para que no se impongan las costas de la primera instancia a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones se requiere, en primer término, que el supuesto sometido a la consideración del Tribunal presente dudas de hecho o de derecho, dudas que han de ser, además, serias, indicándose en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 394 de la vigente LEC que, para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la Jurisprudencia recaída en casos similares. En segundo lugar, que esas dudas las aprecie el Tribunal, no las partes, y, finalmente, que se razone o motive la decisión de no imponer las costas a la parte cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas. Así (**AP Cáceres, Sentencia de 23 de febrero de 2004**), la quiebra del principio del vencimiento objetivo, en orden al pronunciamiento relativo a la imposición de las costas que se hubieran originado, no se produce porque se haya litigado con buena o mala fe, o por la circunstancia relativa a que fuera o no posible evitar el pleito, o, finalmente, porque la estimación o desestimación de la pretensión o pretensiones ejercitadas hayan dependido de las pruebas que se hubieran practicado en el curso del procedimiento, sino que tal quiebra sólo tiene lugar –conforme a la dicción y al espíritu del artículo 394.1 de la LEC– cuando el supuesto sometido a la consideración del Tribunal presente una complejidad razonable susceptible de generar, objetivamente, dudas –que han de ser serias– de hecho o de derecho.

La imposición de las costas a quien pierde no es una sanción a éste por su temeridad procesal, sino una aplicación del principio de indemnidad, que predica la contraprestación de los gastos ocasionados al que obtuvo la victoria, para garantizar que quede inalterado su patrimonio por los gastos de un proceso, que ha tenido que padecer para conseguir la efectividad de su derecho. Sobre dicha cuestión se ha reiterado la jurisprudencia. Así, el Tribunal Constitucional ha declarado que las costas no constituyen una sanción al que pierde, sino una contraprestación por los gastos ocasionados, para que el que obtuvo una victoria fundada no vea mermados sus intereses (**STC de 1 de diciembre de 1988**).

## II. LA DEBATIDA CUESTIÓN DE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO OBJETIVO DEL VENCIMIENTO A LOS PROCESOS MATRIMONIALES

Como vamos a poder comprobar en las siguientes páginas, la rotundidad con la que se expresa el artículo 394.1 de la LEC –imponiendo las costas procesales al litigante vencido–, no es defendida ni aplicada por un apreciable número de Audiencias Provinciales, que siguen atendiendo a su doctrina establecida con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC de 2000. Para centrar mejor la cuestión, volvamos la vista atrás, para apreciar, sucintamente, cuál era el estado de la cuestión durante la vigencia del artículo 523 de la LEC de 1881.

### II.1. La cuestión durante la vigencia de la LEC de 1881

Disponía el citado artículo 523 de la LEC de 1881 que: «En los juicios declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas, salvo que el Juez, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición».

La aplicación o no del principio del vencimiento contenido en el expuesto artículo 523 de la LEC de 1881 a los procesos matrimoniales seguidos bajo el imperio de la antigua normativa procesal suscitó opiniones doctrinales y decisiones judiciales encontradas.

A) Buena parte de la doctrina de las Audiencias Provinciales consideró inaplicable a estos procesos el criterio objetivo del vencimiento que sobre costas contenía la entonces vigente LEC, en base a varios argumentos que, resumidamente, se pueden concretar en los siguientes:

a) Por ser los juicios matrimoniales procesos especiales que no ostentaban la condición de declarativos a los efectos de lo dispuesto en el artículo 523 de la LEC, estando encuadrado este precepto para regular los procesos declarativos.

En concreto, se venía a defender que la regla del vencimiento objetivo era sólo aplicable a los juicios declarativos, mientras que los procesos matrimoniales eran procedimientos incidentales regulados en las Disposiciones Adicionales de la Ley 11/1981.

En estos o en parecidos términos se pronunciaron numerosas Sentencias; baste con citar algunas, de las que podemos destacar las de la **AT Zaragoza, de 11 de abril de 1986, 3 de junio de 1986, 18 de marzo de 1987 y 18 de septiembre de 1987.**

b) Otro sector consideró que tampoco era aplicable el criterio objetivo del vencimiento a los procesos matrimoniales y de familia, sino el subjetivo de la temeridad o mala fe, en función de la especial naturaleza de las cuestiones sometidas a debate en tales procesos, en los que se deciden hechos de indudable trascendencia personal como son el estado de las personas, el régimen de la patria potestad, guarda y cuidado de los hijos, que pueden ser aplicados incluso de oficio por el Juzgador, y que normalmente conllevan la ausencia de imposición de costas a ninguna de las partes en litigio, salvo que, por su actuación temeraria o contraria a la buena fe, lleven al Juzgador a su imposición a la parte que se conduce de dicha manera en el proceso.

No puede –se decía– perderse de vista la especial naturaleza de este tipo de procedimientos ya que afecta al estado civil de las personas unidas por un vínculo matrimonial y, en consecuencia, no puede ser objeto de regulación privada ni de transacción (artículo 1814 del Código Civil), siendo preceptivo, sin excepción alguna, el pronunciamiento judicial del nuevo estado civil de los litigantes a través de los cauces procesales legalmente previstos. En todo caso, sea cual sea el procedimiento elegido (de mutuo acuerdo o contencioso) quien pretenda una declaración de separación matrimonial, o de disolución del mismo por divorcio, se verá abocado a la interposición de la correspondiente demanda, tramitándose el procedimiento legalmente previsto, incluido el recibimiento a prueba a fin de acreditar los hechos esgrimidos y concurrencia de alguna de las causas previstas de separación en el Código Civil; y ello con independencia de su admisión o rechazo por el demandado.

En definitiva, la aplicación del principio de la temeridad y la mala fe, redundaría en fundar la imposición de las costas procesales en esta modalidad de procesos en la indemnización del daño originado por culpa, en atención a lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil.

Así, lo consideraron, entre otras, las **SSAP Castellón, de 17 de noviembre de 1992, 19 de junio y 25 de septiembre de 2000**, la **SAP Madrid, de 5 de noviembre de 1992**, o las **SSAP Baleares, de 18 de febrero de 1999, Sec. 5.ª y de 10 de marzo de 1997, Sec. 4.ª**, según las cuales: «ante las situaciones de todo tipo que subyacen en los procesos matrimoniales y la yuxtaposición y/o enfrentamiento entre los cónyuges, a las que coadyuvan circunstancias personales, económicas, laborales, etc., aun confirmando los pronunciamientos reseñados por el Juzgador *a quo*, este Tribunal no acostumbra, salvo mala fe o temeridad en este tipo de procesos, imponer expresamente a las partes las costas procesales causadas, y en estricta aplicación de los principios objetivo y de causalidad».

Criterio también mantenido por la **AP Soria, Sentencia de 16 de julio de 1998**, al considerar que se trataba de derechos de naturaleza personalísima, indicando que «en atención a las peculiaridades de un procedimiento de familia, en la que por regla general concurre la existencia de una profunda subjetividad y normal tensión que impregnan las relaciones familiares en tiempos de crisis; la relatividad de muchos conceptos utilizados; la necesidad de acudir a los Tribunales para obtener una regulación de las complejas consecuencias de la crisis convivencial; la existencia de hijos menores, cuyos intereses son los más protegidos por encima de los particulares de las partes en litigio, y con aspectos que afectan a materias de orden público, y el derecho a la discrepancia con respecto de lo que sea mejor para el menor, etc.».

B) Frente al importante sector que se oponía —con los argumentos que hemos resumido— a la aplicación del criterio objetivo del vencimiento a los procesos matrimoniales y de familia, también se puede destacar otra línea de pensamiento que proponía la aplicación, sin excepciones, del referido principio general a los procesos matrimoniales.

Buena prueba de lo dicho son las **SSAT Zaragoza, de 7 de abril y 27 de febrero de 1987**, en la última de las cuales se dice que «la aplicabilidad del artículo 523 LEC a los procesos de nulidad, separación o divorcio, viene proclamada por el precepto mismo, en conexión con lo dispuesto en los artículos 481 y 482 de la propia Ley, ya con arreglo a la Disposición Derogatoria de la Ley de 6 de agosto de 1984».

Criterio mantenido, también, por las Sentencias de la **AP Toledo, núm. 85/2001, Sec. 1.ª**, y de **AP Lleida, núm. 98/2000, Sec. 1.ª**

Por su parte, la **AP Murcia, Sentencia de 12 de enero de 1998, Sec. 1.ª**, se mostró en esta misma línea, declarando que «... podemos afirmar inicialmente que si bien teóricamente y en puridad técnica procesal los procesos matrimoniales no son unos de los que prevé el artículo 482 de la LEC, es lo cierto no obstante que gozan de una naturaleza de orden declarativo, aunque se sigan por los trámites incidentales, por cuanto en ellos se reclama del órgano judicial la emisión de una declaración de voluntad y por tanto ha de regir en materia de costas el artículo 523 de la LEC para la primera instancia, conforme el propio Letrado apelante reconoce en su escrito de contestación a la demanda, no obstante alegar lo contrario en el acto de la vista de esta alzada...».

Y es que el argumento que se ofrecía por cierto sector doctrinal y jurisprudencial de que la imposición de costas sólo era aplicable en los juicios declarativos —pretendiendo excluir a los procesos matrimoniales de dicha naturaleza—, no era excesivamente sólido, dado que a decir de los defensores de la aplicación sin excepciones de dicha regla, el artículo 523 de la LEC regulaba, con carácter general, la materia relativa a la imposición de costas en primera instancia en todos los juicios declarativos y no ofrece duda alguna de que el de los incidentes, por cuyos trámites se sustanciaban los procesos matrimoniales, tenía la naturaleza de juicio declarativo (no ejecutivo).

Parecida polémica se suscitó respecto de si procedía la imposición de las costas procesales al litigante cuya demanda había sido totalmente desestimada y que el juzgador de instancia no apreciaba la concurrencia de circunstancias excepcionales que justificara su no imposición, en los supuestos de los procesos regulados en la **Ley 62/1978, de 26 de diciembre**, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, dado que, al establecer un procedimiento en sus artículos 11 y siguientes, no se establecía el principio de imposición de costas, ni siquiera en su remisión al procedimiento incidental.

A este respecto se pronunció la **STS de 27 de enero de 1990**, declarando que «al prevenir la **Ley 62/1978**, a la que se remite la Disposición Transitoria Segunda de la **Ley 1/1982**,

de 5 de mayo, que el procedimiento era el establecido para los incidentes de la LEC con las especialidades que se establecen, sin hacer específica regulación en materia de costas, en cuanto se trata de procedimiento que aunque a tramitar por las normas de los incidentes tiene especial naturaleza de juicio declarativo, conlleva a que sea aplicable en tal respecto la norma genérica establecida en el artículo 523 LEC...».

Más recientemente, también se ha pronunciado la **STS de 14 de julio de 2004**, resolviendo una cuestión casacional bien concreta, ya que la sociedad recurrente únicamente impugna la sentencia recurrida en la declaración de costas, al habersele impuesto las de primera instancia y las del recurso de apelación, pues se desestimó totalmente la demanda deducida sobre intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor de la entidad demandante, A.C., SL, considerándose infringido por inaplicación el artículo 523 de la LEC, argumentándose que el artículo 523 sólo autoriza a imponer las costas de primera instancia en los juicios declarativos y no rige para los incidentes, que es el procedimiento seguido en este proceso, tramitado conforme a la Ley de 26 de diciembre de 1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona cuyo artículo 13, en relación con la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 1/1982, establece que el procedimiento a seguir es de los incidentes (artículos 741 a 761 de la Ley Procesal Civil), declarándose, textualmente, en la Sentencia referida lo siguiente: «La utilización por el presente ofendido de la vía procesal de los incidentes no le blindo por ello de no pechar con las costas cuando sus pretensiones resultasen plenamente desestimadas, conforme a la doctrina de esta Sala (Sentencias de 27 de enero de 1990, 9 de julio de 1992, 23 de marzo de 1993 y 26 de marzo de 1996), pues aunque dicho procedimiento no contiene regulación específica en materia de costas, le asiste esencial naturaleza de juicio declarativo, lo que conlleva a la aplicación de la norma genérica que en materia de costas contiene el artículo procesal 523, en cuanto instaura el principio del vencimiento objetivo que autoriza a imponer las costas a la parte cuyas pretensiones resultan totalmente rechazadas. La doctrina jurisprudencial más reciente se pronuncia en igual sentido (Sentencias de 10 de noviembre de 1997, 30 de julio de 1998, 25 de octubre de 2000 y 14 de mayo de 2002), precisando y puntualizando que el artículo 523 regula con carácter general la materia relativa a imposición de costas en primera instancia y no ofrece duda alguna que los procesos incidentales tienen naturaleza procesal de juicio declarativo y no se trata de propio proceso ejecutivo, lo que determina que dicho precepto ha sido aplicado en forma acertada por el Tribunal de Instancia, así como la imposición de las costas de apelación, al no haber hecho uso la Sala de la facultad que el precepto establece para dictar otro pronunciamiento autorizado sólo por la concurrencia de circunstancias excepcionales y, al contrario, la sentencia recurrida recalca como hecho notorio la falta de razón de la parte demandante».

C) Por último, en el repaso que estamos haciendo, también se apreciaba una postura ecléctica entre las otras dos anteriormente expuestas. Ésta postulaba la no aplicación del principio objetivo del vencimiento, con carácter general en los procesos matrimoniales (en los casos de sentencias constitutivas), aplicándose solamente el criterio subjetivo de la temeridad o mala fe procesales, salvo que las únicas cuestiones objeto del proceso fueran patrimoniales y/o económicas (modificación de medidas económicas), siendo en dichos casos aplicable sin restricciones lo dispuesto en el artículo 523 de la LEC.

Esta posición tuvo también su respaldo en la doctrina de las Audiencias, pudiendo destacar en este sentido –a modo de ejemplos, y sin ánimo de exhaustividad– la **AP Murcia, Sentencia de 22 de mayo de 2000, Sec. 1.<sup>a</sup>**: «siendo norma general en la práctica que no se impongan las costas cuando se discuten derechos de naturaleza personalísima», la **AP**

**Castellón, Sec. 1.<sup>a</sup>**, y de la **AP Madrid, de 12 de enero de 1999, Sec. 22.<sup>a</sup>**, según la cual: «dicha doctrina, mantenida de modo constante por esta Sala, no tiene sin embargo lógica proyección sobre los ulteriores procedimientos de modificación de medidas, a los que son de plena aplicación las prescripciones genéricas del artículo 523 LEC, por la obvia naturaleza declarativa de la litis, en cuanto tendente a proclamar la modificación, o subsistencia, de las medidas preestablecidas, la que no queda perjudicada por el cauce procesal que al respecto debe seguirse. Y en efecto, nos encontramos en tales supuestos con la necesidad, por razones de elemental justicia, de aplicar los criterios genéricos del artículo 523 sobre vencimiento objetivo, ante los gastos de un pleito que, por falta de fundamento legal, o refrendo probatorio, puede desembocar, cual en el caso presente, en una respuesta judicial desestimatoria, lo que determina que aquella parte que ha sido llamada al proceso por el *petitum* fracasado de la contraria no deba sufrir injustamente las consecuencias económicas derivadas de aquél».

## II.2. La cuestión tras la entrada en vigor de la LEC de 2000.

En vigor la nueva LEC desde hace cuatro años, la cuestión lejos de clarificarse, sigue presentando diferentes, y hasta diametrales, interpretaciones, circunstancia que redunda negativamente en el ciudadano justiciable y en la, tan necesaria, seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE).

El artículo 394.1 de la LEC dispone, en cuanto a la imposición de las costas, que «En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho».

Se puede adelantar que la situación actual de la doctrina de la mayoría de las Audiencias Provinciales no difiere demasiado de lo expuesto respecto de la aplicación del ya derogado artículo 523 de la LEC de 1881.

Se pueden distinguir las siguientes posiciones al respecto:

A) La mayoría de las Audiencias Provinciales siguen dudando que se pueda aplicar, sin más, el criterio objetivo del vencimiento a los procesos matrimoniales y de familia.

a) Buena parte de estas Audiencias Provinciales se decantan, siguiendo su propia doctrina dictada durante la vigencia del artículo 523 de la LEC, por la inaplicabilidad, sin excepciones, de dicho criterio de imposición de las costas, en aras a la naturaleza personalísima de estos procesos y del carácter opinable de las cuestiones que se debaten (**AP Ourense, Sentencia de 23 de octubre de 2003**: «los asuntos matrimoniales por su especial naturaleza que los diferencia de aquellos otros en que se ventilan pretensiones excluyentes y no armonizadoras como frecuentemente aquí sucede»). Podemos destacar los siguientes ejemplos, de entre las resoluciones más recientes:

– **AP Murcia, Sentencia de 7 de octubre de 2004, Sec. 5.<sup>a</sup> Cartagena**: «Dada la especial naturaleza del proceso que nos ocupa, en el que constituye un criterio o uso habitual adoptado por los jueces el de no imponer las costas a ninguna de las partes, de los intereses en el mismo ventilados, viéndose afectadas cuestiones de orden público, y la subjetividad que impregna dichas cuestiones, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no obstante la desestimación del recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada».

– **AP Cáceres, Sentencia de 18 de octubre de 2004, Sec. 1.<sup>a</sup>**, en la que se debatía la modificación de medidas definitivas, en concreto, la extinción de la pensión compensatoria reconocida en su día a la esposa. La Audiencia Provincial respecto del fondo del asunto

declaró no haber lugar ni a la petición principal de extinguir dicha pensión, dada la ausencia de acreditación de la existencia de una variación o modificación de las circunstancias económicas de la beneficiaria, ni de la petición subsidiaria, consistente en la limitación temporal de la pensión, puesto que dada la duración de 22 años del matrimonio y que durante el mismo la beneficiaria se ha dedicado en exclusiva al cuidado de la familia. Pues bien, siendo desestimada íntegramente la demanda, la Audiencia Provincial, respecto de la imposición de las costas a la parte vencida, declara que «dada la especial naturaleza y objeto de los Procesos Matrimoniales y, conforme al criterio reiterado de este Tribunal, no procede efectuar pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas de esta alzada, de modo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

– **AP Teruel, Sentencia de 18 de mayo de 2004**, en la que se declara que «no procede hacer imposición expresa de las costas de esta alzada a ninguna de las partes, debiendo rechazarse a tal efecto la pretensión contenida en la contestación al recurso, y ello, (...) porque no pueden equipararse los procesos matrimoniales al resto de los procesos, ya que la especial naturaleza de los intereses en juego en los mismos, los hacen trascender de una mera contienda privada, como lo pone en evidencia la intervención obligatoria del Ministerio Fiscal en los mismos, cuando existen hijos menores o incapacitados, o en las facultades otorgadas al propio Juzgador, que como en este caso ha ocurrido, le permiten incluso introducir en la sentencia pronunciamientos no pretendidos por las partes».

– **AP Valencia, Sentencia de 25 de marzo de 2003, Sec. 10.<sup>a</sup>** Ésta revoca la sentencia dictada en la instancia por el Juzgado que al desestimar la demanda del actor en la que se pretendía la modificación del régimen de visitas, imponía al vencido las costas. Considera sucintamente la Audiencia Provincial que no resulta de aplicación el principio del vencimiento en procesos matrimoniales y de filiación. Textualmente declara que «es criterio generalizado no sólo en esta Audiencia sino también en la mayor parte de ellas del Estado Español el que en atención a las pretensiones que se deducen en los pleitos llamados matrimoniales así como en los paterno-filiales no proceda hacer expresa imposición de las costas ni en la instancia ni en la alzada en base al criterio objetivo del vencimiento que se establece en el artículo 394 de la LEC y al que remite el 398 de la misma al regular la apelación, por lo que utilizando la excepcionalidad que dichos preceptos acogen procede el que cada parte abone las causadas a su instancia corriendo por mitad las comunes a cargo de ambos».

– **AP Cádiz, Sentencia de 26 de enero de 2004, Sec. 7.<sup>a</sup>** «Los artículos 394 y siguientes de la LEC disponen que “el fallo confirmatorio de la resolución apelada impondrá las costas al apelante, salvo que el Tribunal, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento”; introduciendo, también en la alzada con relación con esta materia de costas, el criterio objetivo del vencimiento frente al subjetivo de la temeridad o mala fe demostrada por las partes al pleitear de forma innecesaria, pero en el caso de autos, este Tribunal *ad quem*, atendiendo a que la presente responde a un pleito matrimonial en los que predomina en gran parte el interés público, procede en consecuencia no hacer especial pronunciamiento sobre el pago de las devengadas en ambas instancias».

b) De otra parte, un importante sector de Audiencias sigue incidiendo en que la imposición de costas en esta modalidad de procedimientos sólo se puede fundamentar en la interdicción del abuso de derecho y de la temeridad en el ejercicio de las acciones.

– **AP Cádiz, Sentencia de 25 de marzo de 2003, Sec. 5.<sup>a</sup>**, en cuyo fundamento de derecho 3 se nos dice que se ha de «atemperar su imposición a los criterios de mala fe procesal o actuación temeraria a lo largo del juicio, de forma que, salvo en estos supuestos concretos,

no se agrave con una sanción innecesaria el patrimonio familiar afectado negativamente por la crisis matrimonial, por lo que no procede hacer especial declaración en cuanto a las costas tanto de la primera como de la segunda instancia al no apreciarse temeridad o mala fe».

– **AP Alicante, Sentencia de 24 de febrero de 2003, Sec. 7.<sup>a</sup>** «recogiendo el fundamento séptimo de la resolución recurrida la referencia a la naturaleza del proceso como justificación para no imponer las costas procesales a la parte vencida, no apreciándose mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procede acoger el motivo dado el criterio mayoritario de la doctrina y jurisprudencia favorable a la no imposición, atendiendo a la naturaleza de la materia objeto de este tipo de procedimientos».

– **AP Baleares, Sentencia de 15 de octubre de 2004, Sec. 5.<sup>a</sup>** Revoca la decisión del Juzgado *a quo* de imponer las costas a la parte demandada, dada la doctrina de esta Audiencia Provincial, de que salvo casos especiales por mala fe y/o temeridad, no procede imponer a una de las partes las costas procesales causadas. Esta resolución, citando la Sentencia de la misma Sección, de 30 de septiembre de 2004, según la cual: «ante las situaciones de todo tipo que subyacen en los procesos matrimoniales y la yuxtaposición y/o enfrentamiento entre los cónyuges, a las que coadyuvan circunstancias personales, económicas, laborales, etc., aun confirmando los pronunciamientos reseñados por el Juzgador *a quo*, este Tribunal no acostumbra, salvo mala fe o temeridad en este tipo de procesos, imponer expresamente a las partes las costas procesales causadas, y en estricta aplicación de los principios objetivo y de causalidad», viene a declarar que «por tanto, nos hallamos ante una corriente jurisprudencial en la que en el ámbito de derecho de Familia, de hecho se aplica como principio general el subjetivo o el de la temeridad».

También, se siguen advirtiendo algunas resoluciones que inciden en el extremo de que la ubicación del artículo 394 dentro de la actual LEC implica que sus criterios de imposición de las costas procesales no resulten, al menos imperativamente, aplicables a los procesos especiales como los de familia. Aunque estos pronunciamientos, hoy día, son minoritarios, podemos destacar, en este sentido, la **SAP Teruel, de 18 de mayo de 2004**, según la cual: «No procede hacer imposición expresa de las costas de esta alzada a ninguna de las partes, debiendo rechazarse a tal efecto la pretensión contenida en la contestación al recurso, y ello, en primer lugar, porque si bien el artículo 394 dispone que en los procesos declarativos las costas de primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, una interpretación sistemática de dicho precepto conduce a limitar la aplicación de dicha norma a los procesos declarativos contenidos en el Libro II de la LEC, esto es, al juicio ordinario y al verbal (artículo 248), sin que dicho precepto, contenido precisamente en dicho Libro II, sea de aplicación, al menos imperativamente, a los procesos contenidos en el Libro IV de la misma Ley».

O, en definitiva, y, sin dar mayores razones, se declara la no aplicación a los procesos matrimoniales del criterio del vencimiento objetivo del artículo 394.1 de la LEC, como en el caso de la **AP Jaén, Sentencia de 21 de febrero de 2003, Sec. 1.<sup>a</sup>**, para la que «constituye un uso habitual adoptado por Jueces y Tribunales el de no imponer las costas a ninguna de las partes en los procesos matrimoniales de separación y divorcio. Es cierto que en el apartado 1 del artículo 394 de la vigente LEC se sigue el criterio objetivo del vencimiento..., sin embargo, estos criterios no se siguen en los procesos como en el que nos encontramos, circunstancia esta que las propias partes conocen, pues ya se dispuso en la sentencia de separación dictada en su día que “dada la naturaleza especial de este tipo de procedimientos, no procede condenar en costas a ninguna de las partes”. Por todo ello, y atendiendo al criterio mantenido al respecto por esta misma Sala, procede acoger el motivo deducido,

lo que determina que en ese particular concreto de las costas procesales sea revocada la sentencia de instancia».

B) En cambio, para otro sector de las Audiencias Provinciales, la aplicación, sin excepciones, del criterio objetivo del vencimiento a estos procesos matrimoniales es indudable:

– **AP Murcia, Sentencia de 18 de abril de 2002, Sec. 1.<sup>a</sup>** Ante la solicitud de modificación de las medidas definitivas vigentes en un divorcio anteriormente declarado, basada en la supuesta modificación de la capacidad económica del obligado, que justificarían la reducción de la pensión alimenticia a favor de la hija común, el Juzgado de instancia desestimó la demanda, imponiendo las costas al actor. Esta sentencia fue apelada por el actor, alegando en su recurso, en lo que respecta a la imposición de las costas en la instancia, que el Tribunal *ad quem* debe dejar sin efecto dicha condena puesto que el criterio del vencimiento objetivo contenido en el artículo 394 de la LEC no es de aplicación a los procesos matrimoniales. La Audiencia confirmó la decisión del juzgador *a quo*, desestimando el recurso, declarando en su fundamento de derecho 6 que «Es cierto que en la anterior legislación resultaba dudoso que el artículo 523 de la Ley de 1881, previsto para los procesos declarativos ordinarios, fuera aplicable a los procesos matrimoniales, que se seguían por los trámites de los incidentes, no obstante lo cual, era doctrina reiterada de esta Sala entender que el principio objetivo del vencimiento debía aplicarse en los casos en los que se trataba de cuestiones meramente económicas, como aquí ocurre. El tema queda más claro en la nueva regulación, pues el artículo 394 está incardinado dentro del Título I del Libro II de la nueva Ley, como una disposición común a todos los procesos declarativos (en consecuencia, tanto se aplica a los ordinarios como a los especiales), y aunque los procesos matrimoniales están regulados dentro del Libro IV (de los procesos especiales) no cabe duda que en el caso que se examina se trata de un proceso declarativo, especial, pero al que le es de aplicación esa normativa general. En consecuencia, debe aplicarse el principio objetivo del vencimiento, al no existir en el presente caso dudas de hechos o de derecho que justificasen apartarse del mismo, por lo que debe confirmarse el auto recurrido también en dicho extremo e imponerse a la parte apelante las costas de esta alzada, conforme al artículo 398.1».

También, en este sentido, cabe destacar la más reciente **AP Baleares, Sentencia de 13 de julio de 2004**, para la que «la LEC no recoge ninguna excepción al principio general objetivo o del vencimiento en materia de costas en razón a que se trate de un procedimiento con base en el Derecho de Familia, y en este sentido, en principio, le es de aplicación el artículo 394 de la LEC».

En los mismos, o parecidos, términos se expresó la **AP Valencia, Sentencia de 6 de mayo de 2003, Sec. 10.<sup>a</sup>**, que declaró haber lugar a imponer las costas en un procedimiento de modificación de medidas en aplicación estricta del principio del vencimiento, y por una razón de justicia básica, y que creemos que puede ser importante: «porque obligó a la contraparte a tener que buscar asesoramiento legal con los consiguientes gastos que ello conlleva». Así nos lo dice esta interesante sentencia: «Necesariamente ha de confirmarse la resolución recurrida en lo relativo a las costas –única cuestión apelada–, y ello por no ser de aplicación el artículo 22 de la LEC y sí el 394 del mismo texto, lo que implica que el Juzgador de instancia, dada la desestimación completa de la demanda, venía obligado a imponer las costas a la parte actora, máxime cuando con su actuación obligó a la contraparte a tener que buscar asesoramiento legal con los consiguientes gastos que ello conlleva, lo que implica que el Juzgador de instancia tuvo necesariamente que imponer las mismas, procediendo por ello la íntegra confirmación de la sentencia de instancia sin hacer expresa declaración en cuanto a las de esta alzada».

Más recientes son las **SSAP Huesca, de 16 de enero y 27 de febrero de 2004, Sec. 1.<sup>a</sup>**, para las que «el principio del vencimiento consagrado en el artículo 394 de la LEC, es aplicable a los procedimientos matrimoniales, aunque en ellos suelen concurrir circunstancias excepcionales habida cuenta de los intereses personales allí controvertidos, como el derecho de visitas de los hijos menores de edad. En el presente caso, la sentencia apelada ha aplicado con acierto el principio objetivo en materia de costas, pues, por un lado, la demanda ha sido estimada íntegramente y la reconvención ha sido totalmente rechazada y, por otro, no concurre ninguna circunstancia excepcional que justifique otro tipo de pronunciamiento», y la **AP Sevilla, Sentencia de 8 de junio de 2004, Sec. 5.<sup>a</sup>**, que, respecto de un proceso de nulidad matrimonial, declaró lo siguiente: «imponiendo las costas procesales de esta alzada a la parte apelante por aplicación del criterio objetivo del vencimiento que establece de forma imperativa el artículo 394 de la LEC...».

C) Por último, la tercera posición que se aprecia es la que considera que en los supuestos en los que el proceso matrimonial verse exclusivamente sobre cuestiones patrimoniales será de aplicación el criterio objetivo del vencimiento, siendo en los demás, aplicable la excepción a dicho criterio contenido en el artículo 394.1 de la LEC, es decir, la no imposición de costas al apreciarse dudas de hecho y/o de derecho, sin tener que recurrir a la mala fe o temeridad de las partes.

Esta posición es defendida, entre otras, por la **AP Castellón, Sentencia de 20 de mayo de 2002** y por la **AP Asturias, Sentencia de 16 de octubre de 2003, Sec. 7.<sup>a</sup>** Esta última conoció de un supuesto de modificación de medidas definitivas en la que el Juzgado de instancia había declarado desestimar íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la actora. Constatada por la Audiencia Provincial la no existencia de la más mínima alteración de las circunstancias (*sic*), declara en su fundamento de derecho 3 que «Esto mismo es lo que justifica la imposición de las costas tanto de la instancia como de esta alzada al actor y recurrente. El Capítulo IV del Libro IV de la LEC, relativo a los procesos matrimoniales y de menores no establece un régimen específico relativo a los criterios para la imposición de las costas y si bien es verdad que la naturaleza de los bienes en conflicto que constituye el objeto de estos procesos aconseja recurrir a la excepción a la regla del vencimiento recogida en el artículo 394 de la LEC no así en el caso en que la solicitud de modificación se revela plenamente infundada».

Destacamos especialmente, en este sentido la **AP Madrid, Sentencia de 28 de mayo de 2002, Sec. 22.<sup>a</sup>** En el caso de la última resolución citada, la contienda litigiosa se centraba en la modificación de las medidas adoptadas en un anterior procedimiento de divorcio; limitándose el recurso de apelación a solicitar la revocación de la sentencia de instancia respecto al régimen de visitas y condena en costas, suplicando de la Sala que las estancias de las comunes descendientes con aquél se amplíen a todos los fines de semana, y que se declare no haber lugar a condenar al mismo al pago de las costas devengadas por las actuaciones practicadas ante el Órgano *a quo*. Declara en su fundamento de derecho 4 que, «aun cuando la Sala participa del criterio de que en los procesos de separación, divorcio o nulidad deben aplicarse criterios de máxima flexibilidad respecto de la condena al pago de las costas procesales, pues en ningún caso, al contrario de lo que acaece en la mayor parte de los juicios declarativos, la litis tiene un carácter subsidiario, ante el incumplimiento de una obligación por la parte contraria, sino que al ventilarse cuestiones afectantes al estado civil de las personas unidas por vínculo matrimonial, y de que la condena en costas ha de constituir la excepción, frente a la regla general marcada, para el resto de los procesos declarativos, por el artículo 394 de la LEC», añade a continuación que «Pero bajo un enfoque absolutamente

distinto deben ser tratados, en tal aspecto, los procedimientos atinentes a la modificación de los efectos complementarios sancionados en una antecedente litis matrimonial, en los que, al contrario de lo antedicho, no existe razón específica alguna para excluir la proyección del referido precepto...». Sigue afirmando que «en efecto, el mismo se inspira en la satisfacción del ideal pleno de justicia a que la litis viene, por principio, abocada, lo que impone que aquélla de las partes cuyas pretensiones han encontrado acogida total en la resolución judicial no sufra un injusto menoscabo en su patrimonio, dado que ha sido llamada a la contienda litigiosa en virtud de una infundada pretensión deducida en su contra, siendo el litigante vencido el que debe afrontar los gastos generados por el procedimiento, so pena de vulnerar elementales principios de equidad y justicia», de donde, en aplicación al caso concreto, conlleva la imposición de las costas al litigante vencido, «pues las acciones ejercitadas han obligado a la hoy apelada a personarse en la litis, mediante Procurador y bajo la dirección técnica de un Letrado, lo que le ha generado los correspondientes desembolsos económicos que, ante el fracaso de la demanda, han de ser resarcidos por el actor, en aplicación del precepto estudiado, sin necesidad de realizar una específica declaración de temeridad o mala fe, ni otra argumentación que la concerniente al objetivo vencimiento».

En esta misma línea se pronuncia la más reciente **AP Zaragoza, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Sec. 4.<sup>a</sup>**, para la que «La naturaleza exclusivamente económica de la cuestión debatida en esta alzada provoca la rígida aplicación del criterio objetivo del vencimiento que establece el artículo 398 LEC en relación con el artículo 394 LEC».

### III. TOMA DE POSICIÓN PERSONAL

Dada la redacción actual del artículo 394 de la LEC, consideramos que, en principio, el criterio objetivo del vencimiento puede, y debe, ser aplicado a los procesos de familia —al igual que al resto de procedimientos declarativos—, puesto que «donde la ley no distingue no debemos distinguir nosotros». Rechazamos abiertamente la tesis defendida por alguna Audiencia Provincial de que la naturaleza especial de los procedimientos de separación matrimonial o divorcio, pueda dar lugar a una sistemática excepción al principio general del vencimiento, puesto que el artículo 394 de la LEC, al igual que el anterior 523 de la LEC de 1881, tiene carácter general y resulta de aplicación a todos los procedimientos declarativos. Así lo ha declarado recientemente la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo respecto del procedimiento jurisdiccional de los derechos fundamentales.

En atención a la redacción vigente del artículo 394.1 y 2 de la LEC la cuestión tampoco se puede resolver acudiendo al criterio subjetivo de la temeridad o la mala fe de los litigantes, puesto que el referido precepto anuda dicha posibilidad a los supuestos de estimación parcial de las pretensiones, pero no a los de una estimación o desestimación íntegras.

Consideramos que la solución que más se ajusta a la literalidad del artículo 394 de la LEC es la que pasa por la imposición de las costas al litigante cuyas pretensiones hayan sido íntegramente desestimadas cuando éstas tengan naturaleza patrimonial, y sobre todo, cuando se trate de un proceso de modificación de medidas económicas previamente determinadas judicialmente. Por el contrario, cuando se diluciden cuestiones personales, que afectan al estado civil de las personas y cuando se ventilan cuestiones que afectan a los hijos menores, el Órgano judicial estará asistido de la facultad de no imponer las costas a ninguna de las partes, aun cuando medie una desestimación íntegra de las pretensiones de cualquiera de las partes, atendiendo a que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho. Ahora bien, hay que puntualizar que la no imposición de las costas por estimarse que el caso

presenta serias dudas de hecho o de derecho, exige por el Juzgado un razonamiento, que no se podrá limitar al uso de viejas fórmulas estereotipadas, tales como: «la naturaleza de las cuestiones en litigio», «el carácter no dispositivo de estos procesos», ni siquiera, a que «lo usual en los procesos de familia es la no imposición de costas a ninguna de las partes, por tratarse de cuestiones sometidas a la subjetividad de las partes y de difícil objetivación» (*sic*, la **AP Navarra, Sentencia de 4 de mayo de 2004, Sec. 2.<sup>a</sup>**), etc.

Insistimos, la excepción a la regla del vencimiento debe ser apreciada y justificada por el Juzgado; en caso contrario, la literalidad del artículo 394.1 de la LEC «obliga» a imponer las costas al litigante vencido, en principio, aunque se traten de cuestiones no disponibles por las partes. En este sentido, podemos destacar el siguiente ejemplo: en un supuesto en el que el actor pretendía la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia a favor de un hijo menor reconocida en un procedimiento anterior, desestimada que fue por el Juzgado de instancia con expresa imposición de las costas procesales en atención al criterio objetivo del vencimiento. Recurrida dicha sentencia, la **AP Madrid, Sentencia de 25 de marzo de 2004, Sec. 24.<sup>a</sup>**, confirmando plenamente la sentencia de instancia, declaró, respecto de la imposición de las costas que «el criterio de la excepcionalidad, único que como se dice puede dejar sin efecto la aplicación automática del artículo 394.1 de la LEC que se invoca, debe determinarse atendiendo a la propia secuencia de las actuaciones. Si bien es cierto que en la presente litis el objeto es indisponible por las partes sin que quepa transacción o renuncia, ello no impide que un reconocimiento de lo accionado al contestar la demanda permita una disminución de la actuación probatoria de las partes, y con ello de los propios gastos procesales, que conducirán a la sentencia que pone fin al procedimiento. Partiendo de lo dicho, y habida cuenta la actitud procesal del que ahora apela, la excepcionalidad de la imposición de costas no puede ser admitida».

#### IV. CONCLUSIONES

Como hemos comprobado, frente al tenor literal del vigente artículo 394.1 de la LEC, la operatividad del criterio del vencimiento objetivo en la imposición de las costas en los procesos de familia no es una cuestión pacífica entre la doctrina de las distintas Audiencias Provinciales, alineándose éstas, básicamente, en tres posiciones, que van desde las que defienden la aplicación, sin exclusiones, del referido criterio a los procesos matrimoniales dado el carácter general del artículo 394.1 de la LEC; pasando por aquellas que se oponen abiertamente a tal posibilidad: unas –las menos– por entender que el artículo 394 de la LEC rige para los procedimientos declarativos, pero no, al menos con carácter imperativo, para los procesos especiales como son los de familia, o –la mayoría– por considerar que dicho criterio general debe ceder, en el ámbito del derecho de familia, ante el criterio subjetivo de imposición de las costas procesales sólo en los supuestos de mala fe y temeridad. Por último, se aprecia una postura ecléctica entre las dos anteriores, que aboga por la aplicación del principio del vencimiento objetivo en los procesos matrimoniales, únicamente, cuando el proceso tiene un objeto patrimonial –disponible para las partes, decimos nosotros– (y que se concretará, en la mayoría de las ocasiones, en la petición de modificación de las medidas de neto contenido económico), pero no cuando se decidan cuestiones que se hallen fueran de la disposición de las partes y la resolución que recaiga tenga efectos constitutivos y afecte al estado civil de las personas.

De cualquier forma, el tenor del artículo 394.1 de la LEC es nítido, y su aplicación directa a todos los procedimientos declarativos, incluidos los especiales de familia. La aplicación

de la ley, supone que se deba aplicar en los supuestos de estimación o desestimación íntegra de la demanda –también en estos procedimientos especiales–, el criterio objetivo del vencimiento, con la única excepción de que el órgano judicial aprecie –y razone de forma individualizada– la concurrencia de «serias dudas de hecho o de derecho» en el caso concreto.

Ahora bien, de *lege ferenda*, y en atención a la especial naturaleza de las cuestiones que se suscitan en los procedimientos de familia, salvo en los supuestos en los que se diluciden meras cuestiones económicas, sería deseable una reforma de la LEC en atención a introducir esta salvedad en la regulación general que sobre costas contiene el artículo 394 de la LEC.

Por otra parte, esperamos la pronta y recomendable unificación de criterios en la doctrina de las Audiencias Provinciales (no ya sólo entre las distintas Audiencias, sino, también, entre las distintas Secciones de una misma Audiencia), a fin de garantizar la plena y efectiva seguridad jurídica del justiciable.



# Soluciones judiciales frente al arrepentimiento o retractación de las víctimas de violencia doméstica

FRANCISCO JESÚS SÁNCHEZ PARRA

Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Sevilla

## I. INTRODUCCIÓN

El problema de la violencia doméstica en nuestro país no ha aminorado su crecimiento, a pesar de las últimas iniciativas legislativas y el esfuerzo de los operadores jurídicos por poner coto a esta lacra. En mi experiencia como Abogado Fiscal he sido por primera vez testigo de primera mano de la gran cantidad de causas penales que se tramitan en este ámbito y creo que no me equivoco si afirmo que no hay día de señalamientos penales en el que no haya una causa relacionada con delitos realizados en el ámbito doméstico donde, en la inmensa mayoría de los casos, suelen ser víctimas las mujeres o incluso ambos miembros de una pareja conyugal o de hecho por agresiones mutuas. Las instrucciones de la Fiscalía General del Estado son claras y precisas en el sentido de aplicar la ley con la mayor rigurosidad posible a este tipo de conductas. No se trata pues de hacer lo «políticamente correcto» sino de una exigencia de justicia que arranca en los principios más básicos de la dignidad humana. Por lo tanto, es necesario una respuesta eficaz del Derecho Penal, que ha sido además exigida en el ámbito internacional, como por ejemplo, por las Resoluciones del Parlamento Europeo C 176/1973 y A-44/1986 sobre las agresiones a la mujer; la Resolución 40/36 de la Asamblea general de las Naciones Unidas relativa a la violencia en el hogar, de 29 de noviembre de 1985; la declaración 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia sobre la mujer y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijin, de septiembre de 1995.

Sin embargo, a la hora de poner en práctica las distintas medidas de choque y lo que es más, en el momento de intentar lograr una condena penal del sujeto activo de estos delitos, el Ministerio Fiscal suele encontrarse con la triste paradoja de que es la propia víctima, la que con su actitud durante la fase de plenario dificulta las posibilidades de que recaiga sentencia condenatoria, bien porque se acogen a su derecho constitucional y legal a no declarar, bien porque no ratifican el contenido de sus declaraciones prestadas en fase de instrucción o niegan en la vista oral la veracidad de lo denunciado anteriormente, llegando incluso en ocasiones a trasladar la responsabilidad de los hechos enjuiciados a individuos desconocidos (generalmente de otras nacionalidades). Estos comportamientos han motivado que incluso hayan sido objeto de tratamiento por las distintas Juntas de las Fiscalías para aunar criterios de actuación en tales supuestos que permitan ejercer con la mayor eficacia la labor que tiene encomendada el Ministerio Público. En este sentido, suele acordarse como criterio general y sin perjuicio de la valoración de cada juicio oral concreto, el mantener la

calificación formulada, conforme al principio de conjunta valoración judicial de las pruebas practicadas en autos y en la propia vista oral, dada la declaración de la víctima llevada a cabo ante el Juzgado de Instrucción. En cualquier caso, dichos acuerdos tienen un amplio respaldo jurisprudencial, como a continuación veremos, tanto desde la perspectiva de nuestro Tribunal Supremo, como desde la doctrina del Tribunal Constitucional y de nuestras Audiencias Provinciales, aunque mi experiencia personal me demuestra que a pesar de que existen soluciones judiciales a estos comportamientos, no cabe duda de que tanto para el Ministerio Fiscal como acusación, como para el Juzgador a la hora de dictar Sentencia, resultan mucho más complicadas sus respectivas labores cuando no se cuenta con la colaboración de la víctima y en muchos casos recaen sentencias absolutorias. Sin embargo y ésa es la intención de este artículo, es necesario aportar un poco de luz a estos supuestos, donde el bien jurídico protegido de los delitos de violencia doméstica, no es otro que la dignidad de la persona humana en el ámbito familiar, y directamente el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante alguno, tal y como ampara el artículo 15 de la Constitución Española. Por lo tanto, no estamos en un ámbito en el que se proteja tanto la integridad física de la persona como su integridad moral, aunque en la mayor parte de estos supuestos se suele desembocar en situaciones de violencia y agresiones que suponen además, no ya un delito de lesiones sino contra la vida como bien supremo.

## II. SOLUCIONES JUDICIALES

Dentro de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este problema es clave la Sentencia de 31 de octubre de 1990, que realiza un resumen de aquellos inconvenientes que surgen cuando las declaraciones ante la policía no son ratificadas posteriormente y alude en sus razonamientos fundamentalmente a la Sentencia del Tribunal Constitucional número 217/1989, de 21 de diciembre, de tal forma que «a la declaración prestada ante la Policía con los requisitos exigidos por la Constitución y las Leyes Procesales se le concede eficacia en orden a la posibilidad que tiene el Juzgado o Tribunal de instancia de tenerla en cuenta en una apreciación conjunta con el resto de las declaraciones posteriores y, concretamente, con la prestada en el juicio oral, y ello, dice la Sentencia del Tribunal Constitucional citada, no significa que la condena se base en el interrogatorio policial, que no constituye por sí mismo actividad probatoria, sino, antes al contrario, en lo declarado en el juicio oral en el cual se sometieron a contradicción esas declaraciones anteriores. En resumen, ya no puede ofrecer duda la posibilidad que tiene el Tribunal o Juzgado de instancia para fijar el contenido del hecho probado en base a una apreciación conjunta de las declaraciones del juicio oral prestadas por los propios acusados en relación con las manifestaciones hechas por ellos mismos en momentos anteriores, sirviendo a tal efecto, incluso las realizadas ante la Policía con observancia de los requisitos exigidos por la Constitución y las normas procesales, aunque éstas no hubieren sido ratificadas ante la Autoridad Judicial. En tales casos hay que entender que existe prueba practicada en el juicio oral con todas las garantías, y si por apreciación conjunta, valorada en conciencia por el Tribunal que conoció del asunto bajo su propia inmediatez, éste entiende que la verdad de lo ocurrido coincide con lo manifestado ante la Policía, puede redactar su hecho probado conforme a dicho criterio».

Más recientemente, es destacable asimismo por su importancia en esta materia, la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo número 824/2003, de 5 de junio, en la que aborda directamente el problema de que el testimonio de la víctima sea la única prueba que se

ofrece ante el Tribunal sentenciador, unido al hecho de que ésta en el acto del plenario, bien sea por temor a represalias, bien sea por reconciliación se retracte de sus afirmaciones. El Tribunal Supremo aborda directamente este problema en el Fundamento de Derecho Segundo de la citada Sentencia y establece que «siendo delitos públicos los imputados por el Ministerio Fiscal, el cambio de versión en el acto del juicio oral no puede determinar sin más la absolución de los acusados. En ese caso, corresponde al Tribunal de instancia valorar la verosimilitud de los hechos denunciados, y la concurrencia de pruebas que acrediten su efectiva ocurrencia, no obstante la falta de ratificación de la víctima, y desde luego, tratándose de hechos de la gravedad de los enjuiciados, esta decisión debe tomarse con particular cautela probatoria».

En esta misma dirección se pronuncia la Sentencia número 526/2001 de la Sec. 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Granada, de 7 de noviembre, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo alude a la doctrina del Tribunal Constitucional para justificar una condena en un supuesto en el que la víctima en el plenario y en contradicción con las declaraciones prestadas ante el Juez instructor niega haber sido objeto de agresiones por parte de su compañero sentimental. Recuerda la Audiencia de Granada en este punto que «es el propio Tribunal Constitucional el que aclara que la idea de que los únicos medios de prueba válidos son los utilizados en el juicio oral, no debe entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda actividad probatoria a las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el Ordenamiento Procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, sino que requieren para reconocerles eficacia que sena reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción (SSTC de 4 de octubre y 16 diciembre de 1985, 28 de abril de 1988 y 30 de noviembre de 1989). Cumplidas tales exigencias, el Tribunal, haciendo uso de la libertad de valoración de las pruebas, ponderará en conciencia las mismas, pudiendo, si así lo estima, reconocer mayor fiabilidad a las versiones o declaraciones resultantes del sumario frente a las obrantes en el juicio oral, por traslucir una mayor verosimilitud y fidelidad (SSTS de 30 de noviembre de 1989, de 2 de mayo de 1990 y de 19 de octubre de 1990)».

Dicho esto, es interesante asimismo hacer por último una reflexión sobre qué naturaleza tendrían como pruebas en sí mismas las testificales que prestan los agentes de la autoridad en el plenario no ya respecto a la agresión en sí, la cual, en la mayor parte de los supuestos no han presenciado, sino como testigos directos de lo que manifestaba la víctima en las dependencias policiales o cuando les llamaba por teléfono pidiendo auxilio. En este sentido, coincido plenamente con la doctrina de algunas Audiencias Provinciales (por ejemplo, la establecida por la Sec. 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cáceres en Sentencia número 41/2001, de 14 de mayo), al respecto de considerar estas pruebas testificales, no como de referencia, sino como pruebas indiciarias, lo que tiene su importancia ya que como recuerda la Audiencia Provincial de Cáceres en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia mencionada «el Tribunal Supremo tiene dicho que los testimonios de referencia tienen en general un valor limitado y recuerda la necesidad de favorecer la inmediación como principio rector del proceso de obtención de pruebas, lo que impone inexcusablemente que el recurso al testimonio referencial quede limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1999)».

Por el contrario, sobre la prueba indiciaria, la meritada Sentencia recuerda que «tanto el Tribunal Constitucional (Sentencias 174/1985 y 175/1985, de 17 de diciembre; 229/1988, de 1

de diciembre, entre otras), como el Tribunal Supremo (SSTS 84/1995, 456/1995, 627/1995, 956/1995, 1062/1995, etc.), han declarado reiteradamente que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba de carácter indiciario, debiendo estar los hechos base o indicios plenamente acreditados, no pudiendo tratarse de meras sospechas a lo que habrá que unir que el órgano jurisdiccional deberá explicitar el razonamiento, a través del cual, partiendo de los indicios ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado».

# Revista de **Derecho de** **familia**

---

**PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS**

---



## TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA

Autor: ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Editorial Lex Nova

Tras un plazo de espera necesario, ya que el autor entendía que debían asentarse los criterios interpretativos de la nueva normativa procesal y de las últimas reformas sustantivas, ve la luz el Tratado de Derecho de Familia que pretende llenar el espacio que ocupaban las antiguas monografías de derecho de familia de las que también era autor Antonio Javier PÉREZ MARTÍN.

La experiencia conseguida tras más de diecisiete años dedicados al estudio del derecho de familia, la evolución profesional y la madurez que dan los años, ha permitido al autor comenzar de nuevo el estudio de todas las cuestiones que diariamente se presentan a los profesionales del derecho que están especializados en esta materia. El lector rápidamente podrá apreciar que no se trata de una actualización de las anteriores monografías sino de una obra totalmente nueva, tanto en contenido como en sistemática.

La obra tiene la siguiente estructura:

Volumen I: El proceso contencioso de separación, divorcio y nulidad matrimonial, y de cese de las uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos.

Volumen II: Divorcio y separación y cese de convivencia de mutuo acuerdo.

El procedimiento de modificación de medidas

Volumen III: La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia.

Volumen IV: Los regímenes económico-matrimoniales: nacimiento, vigencia, modificación, extinción y liquidación. Liquidación del patrimonio de las uniones de hecho.

Volumen V: Acciones de filiación. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores.

El primer volumen en aparecer ha sido el tercero dedicado a la ejecución de resoluciones dictadas en derecho de familia. En el primer tema se abordan, como no podía de ser de otro modo, las cuestiones generales que afectan al resto de los temas: el título ejecutivo que es la base de la ejecución, la legitimación, la competencia, el proceso de ejecución, la suspensión de la ejecución, etc.

Aunque con la nueva LEC no parece posible que se puedan aplazar a la fase de ejecución la adopción de las medidas definitivas, como en la práctica eso sucede, intento ofrecer la respuesta a esta problemática. En el tema tercero, se estudia la ejecución provisional de las sentencia, ya que a pesar de que el artículo 774.5 de la LEC otorga ejecutividad inmediata a las medidas, existen otros supuestos en los que posiblemente sea necesario solicitar dicha ejecución provisional.

La actualización de las pensiones alimenticias y compensatorias también es una cuestión que plantea numerosas dudas, y todas ellas obtienen un análisis detallado en el tema cuarto.

En el tema quinto, el más extenso del tomo, está dedicado al impago de la pensión alimenticia. Son muchas las matizaciones que admite la ejecución de este pronunciamiento y es precisamente donde la jurisprudencia más está evolucionando para intentar armonizar el derecho a la ejecución con el posterior cambio de circunstancias. Para ello no queda más remedio que interpretar las restringidas causas de oposición que el legislador ha previsto cuando el título ejecutivo es una resolución judicial.

Aunque en las monografías de derecho de familia se abordó conjuntamente el impago de la pensión alimenticia y compensatoria, el autor ha preferido separar su análisis para así ofrecer mayor claridad ante las especialidades que presenta este tipo de prestación económica establecida a favor del cónyuge.

Los gastos extraordinarios, día a día, se han constituido en una importante fuente de conflicto judicial, y ello ha merecido que se le preste una atención especial, pero no sólo a las cuestiones procesales, sino también a las sustantivas. A ello se dedica el tema siete.

Poco hay que decir respecto a la problemática que se presenta en torno a la ejecución de la atribución del uso de la vivienda familiar. Desde la inscripción de la atribución del uso en el Registro de la Propiedad hasta la entrega de la posesión al cónyuge o progenitor a quien se le concedió el uso, pasando por las causas o motivos de oposición que plantea el ejecutado, el régimen de los gastos que genera el uso y la propiedad de la misma, las controversias en el momento de interpretar las cláusulas de los convenios reguladores, etc. Todas estas cuestiones se abordan con detalle en el tema octavo.

Por lo general, la sentencia o el convenio regulador establece que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores. Si cuando conviven juntos, a veces resulta difícil adoptar una decisión unánime respecto a algún tema que afecta al hijo menor, cuando no existe la más mínima relación entre ambos y además es patente la situación de enfrentamiento, fácilmente podrá intuirse lo complicado que resultará, cuando sea preciso, la toma de decisiones. A estas cuestiones está dedicado el tema nueve.

A pesar de la simplicidad de la ejecución de la medida relativa a la guarda y custodia, en el tema diez podrá comprobarse que la cuestión se complica en determinados casos. También surge cierta problemática ante los cambios de residencia del progenitor custodio que impide, cuando se traslada a bastantes kilómetros del lugar de residencia del progenitor no custodio, el normal cumplimiento del régimen de visitas.

Qué decir de la ejecución del régimen de visitas. Pues sencillamente que, junto con el impago de las pensiones, es el tema clásico de las ejecuciones de derecho de familia. Aquí adquiere una vital importancia el análisis de las causas de oposición por parte del progenitor custodio que, en muchos casos, llevan incluso a la suspensión del régimen o a su modificación en la propia ejecución de sentencia.

Un tema que no fue analizado en las anteriores monografías y que por su dimensión e importancia ha merecido un tratamiento individualizado en el tema doce es la sustracción internacional de menores y toda la problemática que la rodea. Después de analizar los distintos convenios aplicables se aborda el procedimiento que se sigue en nuestro país ante una petición de restitución.

El último tema está dedicado al estudio de la ejecución en nuestro país de las sentencias extranjeras distinguiendo el régimen aplicable cuando la sentencia emana de un tribunal

miembro de la Unión Europea y cuando procede de otro país con el que o puede haber o no un Tratado bilateral de reconocimiento y ejecución de resoluciones.

A los extensos comentarios prácticos que se hacen en cada tema le sigue una cuidada selección de jurisprudencia –tan necesaria para el profesional del derecho–, una relación de casos prácticos con sus correspondientes respuestas jurídicas, unos esquemas procesales específicos que permitan de un vistazo conocer todas las fases de la ejecución, y por último unos útiles formularios que, sin duda, darán una visión muy práctica a los que se inician en esta materia. Para su inclusión en el Cd que acompañará al tomo se deja el texto legal, en el que resalta el texto íntegro de los convenios internacionales. Igualmente, en este soporte informático y para que el lector pueda llevar el formulario que le interese a su procesador de texto se incluyen las plantillas de todos los que aparecen en los distintos temas, facilitándole de esta manera la redacción de una demanda de ejecución o de un escrito de oposición.

## CONCLUSIONES SOBRE «LAS REFORMAS DEL DERECHO DE FAMILIA»

### II ENCUENTRO INSTITUCIONAL DE JUECES Y MAGISTRADOS DE FAMILIA, FISCALES Y SECRETARIOS JUDICIALES, CON ABOGADOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA

Madrid, 23, 24 y 25 de noviembre de 2005

Los JUECES Y MAGISTRADOS DE FAMILIA que, provenientes de todas las Comunidades Autónomas de España y seleccionados por el CGPJ, han participado en el *II Encuentro institucional* con representantes de la ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DE FAMILIA DE ESPAÑA, y FISCALES ESPECIALIZADOS EN DERECHO DE FAMILIA, y SECRETARIOS JUDICIALES de dichos Juzgados, tras las tres jornadas de debate en mesas de trabajo y de las ponencias presentadas al mismo, han alcanzado las siguientes conclusiones:

#### 1. EN RELACIÓN CON LA NECESIDAD DE ESTABLECER UNA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN DERECHO DE FAMILIA Y DE LA PERSONA.

- 1.1. La desatención de la familia en crisis en la realidad actual requiere con urgencia la creación de una jurisdicción especializada, que pueda abordar adecuadamente y de forma integral todos los problemas derivados de esa situación.
- 1.2. La creación de una jurisdicción de familia propia e independiente es necesaria para garantizar la atención adecuada, eficaz e igualitaria a las situaciones que han de ser abordadas en las crisis familiares. Estas materias, junto con las relativas a la capacidad de las personas, se rigen por principios especiales, distintos a los de la generalidad de la jurisdicción civil. Esta especialización ha de abarcar tanto a la primera como a la segunda instancia, así como prever y garantizar en todo el territorio, sin discriminación alguna entre comunidades autónomas ni partidos judiciales, la dotación de servicios psicosociales, especialmente adscritos a cada uno de los Juzgados.
- 1.3. El argumento de que la creación de la especialización puede suponer un alejamiento de la justicia al usuario, es un inconveniente de mínima trascendencia, frente a las enormes mejoras que para los ciudadanos tiene el poder acceder a órganos judiciales especialmente preparados y dotados de equipos técnicos que los atiendan. Esto es esencial para cumplir con los principios constitucionales de igualdad de los ciudadanos ante la ley y ante la justicia, y de tutela efectiva de los derechos. La verdadera proximidad no es la geográfica, sino que radica en la garantía de una respuesta adecuada con órganos judiciales expertos, bien dotados de medios. Por otra parte, la demarcación provincial no es ineludible, ya que si el volumen de trabajo lo requiere, pueden crearse juzgados de familia en lugares distintos a la propia capital.

- 1.4. Se concluye por todos los presentes, la necesidad de que en todos los partidos judiciales se adscriban fiscales a la jurisdicción de familia, con relevación de asuntos penales, con el fin de poder atender debidamente a las evidentes necesidades de estas materias.
- 1.5. Atendiendo a la finalidad, a las necesidades existentes, y a los principios que las rigen, las materias que han de quedar incluidas en la jurisdicción de familia son:
  - 1.5.1. Las que versen sobre la capacidad de las personas y las de declaración de prodigalidad.
  - 1.5.2. Las del nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos, y la esterilización.
  - 1.5.3. Las de filiación.
  - 1.5.4. Las de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y las de modificación de medidas adoptadas en ellos, y cualquier otra que se formule al amparo del Título IV del Libro I del Código Civil.
  - 1.5.5. Las que versen sobre las consecuencias de la ruptura de las uniones de hecho con hijos, y de las consecuencias patrimoniales de las uniones de hecho sin hijos.
  - 1.5.6. Las que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores, relaciones paterno-filiales y cualquier otra que se formule al amparo del Título VII del Libro I del Código Civil; y las relaciones de los parientes y allegados con respecto a los hijos menores.
  - 1.5.7. Las de alimentos entre parientes.
  - 1.5.8. Las de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial.
  - 1.5.9. Los procedimientos de *exequatur* en materia de familia y cooperación judicial internacional en la misma materia.
  - 1.5.10. Los procedimientos que tenga por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.
  - 1.5.11. Los procedimientos que versen sobre acogimiento y adopción.
  - 1.5.12. Los procedimientos que versen sobre el régimen económico-matrimonial y cualquier otro que se formule al amparo de lo dispuesto en el Título III, Libro IV, del Código Civil, en los casos en los que la LEC. les atribuye competencias.
  - 1.5.13. Los aspectos civiles de la sustracción de menores.
  - 1.5.14. El control de centros de internamiento de personas sin capacidad.

## 2. EN RELACIÓN CON LOS DENOMINADOS «JUICIOS RÁPIDOS».

- 2.1. Se considera que con la estructura actual de los Juzgados que conocen asuntos de familia, es innecesaria la creación de las OSI. No es la medida para conseguir la finalidad de agilización pretendida por la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 19/2003. Lo que realmente hace falta es la creación de una jurisdicción especializada, con un número de juzgados suficientes, con equipos técnicos, con

dotaciones materiales y humanas, suficientes, con fiscales adscritos, que permitan cumplir con los plazos procesales ya establecidos en la LEC, y de una justicia de calidad, en contra de una justicia exprés. Con ello se daría respuesta a la necesidad de dedicación que el ciudadano merece en estos asuntos.

- 2.2. Se considera que, aun en el caso de creación de la jurisdicción especializada de familia, es importante para el ciudadano que quien por primera vez adopte medidas sobre un asunto, sea el mismo Juez que lo va a conocer. Desde las OSI no pueden abordarse de forma adecuada problemas como las inhibiciones al Juzgado de Violencia, o las comparecencias de 24 horas, previstas en la Ley de Violencia, o la adopción de medidas previas *inaudita parte*.
- 2.3. Los profesionales presentes, magistrados, jueces, abogados, fiscales y secretarios judiciales, manifiestan de forma unánime su profunda frustración ante la ausencia de soluciones efectivas a los problemas que venimos destacando en el ámbito del derecho de familia por las últimas reformas legislativas. Se considera totalmente necesario e imprescindible que el legislador actúe en su función con criterios reales y objetivos, sin generar falsas expectativas, atendiendo a solucionar el verdadero problema que no es otro que la gravísima carencia de medios, tanto humanos como materiales.

### 3. EN RELACIÓN CON LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y LOS PROBLEMAS PROCESALES QUE PLANTEA

- 3.1. La «comparecencia» a la que se refiere el artículo 92.6 del CC, comprende, en los supuestos contenciosos, tanto la comparecencia de las medidas previas como las coetáneas a la demanda, como la vista del pleito principal. De igual forma, en los supuestos de mutuo acuerdo el, la «comparecencia» del 92.6 referido, es la del trámite previsto en el artículo 777.4 y 5 de la LEC.
- 3.2. En cuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el Ministerio Fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del juez. No obstante, se estima que sería conveniente que, por reforma legislativa, se suprimiera el requisito de que el informe del fiscal tenga que ser favorable, y se diera una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley dice que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo.
- 3.3. El término «patria potestad» debe ser sustituido por el de responsabilidad parental, atribuyéndole a la misma el contenido que recoge el Reglamento (CE) 2201/2003. Se estima conveniente, además, que se proceda a definir legalmente el contenido del término «guarda y custodia». Se recomienda que, tanto por los abogados, como por los jueces y magistrados, se haga constar este nuevo término de responsabilidad parental entre paréntesis, junto al término «patria potestad», o el correspondiente nombre que se le dé a la institución por los derechos forales, en su caso, como «autoridad familiar» en Aragón o «potestad» en Cataluña.

- 3.4. El párrafo primero del artículo 92.7 debe ser completado con el párrafo segundo del mismo precepto, en el sentido de que ninguna norma impide que, aunque no haya proceso penal por meros indicios, se pueda no otorgar la guarda y custodia compartida.
- 3.5. Se debe hacer extensiva la prohibición del artículo 92.7 del Código Civil para no atribuir la guarda y custodia en exclusiva a quien esté incurso en un proceso penal por alguno de los tipos que se enumeran en el párrafo primero de dicho artículo 92.7, o cuando existan contra el mismo indicios fundados de violencia doméstica.
- 3.6. En relación también con el artículo 92.9 referido, se acuerda que el informe técnico de especialistas no debe ser exigido en todo caso de guarda y custodia compartida, sino que debe dejarse a la valoración del juez, atendiendo a las circunstancias concurrentes. En definitiva, el artículo 92.9 del Código Civil, no debe ser modificado en este aspecto.

#### **4. INCIDENCIA DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

- 4.1. Hubiera sido deseable la reforma del artículo 96 del CC, en el sentido de que quedara garantizado siempre el derecho de habitación del menor, sin necesidad de que se imponga con carácter rígido la atribución del uso del domicilio familiar al progenitor con el que resida. La reforma adolece de no haber alterado el sistema anterior para adaptarlo a las nuevas circunstancias sociológicas y a la institución de la custodia compartida, por lo que se reclama una puntual modificación legal en este aspecto.
- 4.2. Que se procure evitar el automatismo en la aplicación del artículo 96 CC, y que se aplique a la custodia compartida, por analogía, lo dispuesto en el artículo 96.2 cuando, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la del otro.
- 4.3. En la atribución de la vivienda familiar, debe atenderse, en primer lugar, al interés más necesitado de protección, lo que no implica que no se puedan imponer límites temporales a la atribución del derecho de uso.
- 4.4. Si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los progenitores o pertenece a un tercero, se debería prever la posibilidad de soluciones alternativas a la atribución del derecho de uso, siempre que se garantice el derecho de habitación del menor.

#### **5. INCIDENCIA DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA FIJACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS**

- 5.1. En estos casos se ha de distinguir entre los casos de guarda y custodia compartida de mutuo acuerdo, de los casos contenciosos.
- 5.2. En los supuestos de mutuo acuerdo, el juez no debe limitarse a aprobar el convenio sin más, pero su intervención debe quedar limitada a aquellos extremos que considere que puedan ser dañinos o perjudiciales para el menor.

- 5.3. En los procedimientos contenciosos, debe fijarse siempre la pensión de alimentos a abonar por cada uno de los progenitores, con independencia de quien ostente la guarda y custodia en cada momento, con arreglo a los criterios establecidos en los artículos 145 y 146 CC, y la cuantía de la pensión de alimentos debe quedar fijada de manera global, sin imputar cantidades concretas a conceptos determinados. En los casos en los que dichas cantidades no sean coincidentes, no se considera procedente que se acuerde la compensación en la resolución judicial, con independencia de lo que en la práctica hagan los progenitores.

## **6. PROBLEMÁTICA PROCESAL DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA**

- 6.1. Que por «prestación única», como la califica el artículo 97 CC, se entiende una cantidad a tanto alzado.
- 6.2. Que la prestación única del artículo 97 CC no podrá ser sustituida en sentencia por la entrega de otro bien del mismo valor, sin perjuicio de que las partes así puedan convenirlo, tal como prevé el artículo 99 del CC.
- 6.3. Que en ningún caso, la prestación única se verá afectada por las causas modificativas o extintivas de los artículos 100 y 101 CC, referidos a la modificación o extinción de la «pensión compensatoria» y no de la «prestación única».
- 6.4. Que el sistema de pago aplazado de la «prestación única», solo puede disponerse por sentencia en los casos en los que las partes lo hayan solicitado, sin que, en ningún otro caso, el juez pueda acordarlo de oficio.
- 6.5. La pensión compensatoria y la prestación única no pueden ser acordadas de forma complementaria, lo que no impide que puedan ser solicitadas de manera subsidiaria, puesto que el artículo 97 CC utiliza la disyuntiva «o», y no la copulativa «y».

## **7. RÉGIMEN JURÍDICO PROCESAL DE LAS MODIFICACIONES DE MEDIDAS**

- 7.1. Se puede solicitar provisionalmente la modificación de todas las medidas o efectos, incluida la pensión compensatoria.
- 7.2. A efectos de los rendimientos de módulos de los jueces y magistrados, deben equipararse los procedimientos de modificación de medidas a los de separación y divorcio.

## **8. PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO**

- 8.1. Si el juez no otorga a las partes, de oficio, el plazo común de cinco días para que puedan solicitar el divorcio, cualquiera de los cónyuges puede solicitarlo por medio de su representación procesal en autos.
- 8.2. Dicho cambio podrá solicitarse en cualquier momento del procedimiento, antes de que se dicte sentencia.

- 8.3. Transcurrido el plazo de cinco días previsto por la ley para que las partes soliciten la reconversión a divorcio, precluye tal posibilidad, con la excepción de que la solicitud se realice de mutuo acuerdo.
- 8.4. La posibilidad de cambio de procedimiento no alcanza a aquellos procesos que se encuentran en segunda instancia.
- 8.5. En caso de que solicite el actor la reconversión a divorcio, debe darse audiencia al cónyuge demandado rebelde en el procedimiento de separación personalmente.

## **9. FONDO DE GARANTÍA DE PENSIONES IMPAGADAS**

- 9.1. Se considera necesario promover el impulso de la ley reguladora del fondo de garantía de pensiones al que se refiere la Disposición Adicional Única de la Ley 15/2005, de 8 de julio.

## **10. TRATAMIENTO FISCAL DE LA PRESTACIÓN ÚNICA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 97 CC**

- 10.1. Se acuerda por unanimidad que debe solicitarse un tratamiento fiscal a los pagos por compensación en los casos de prestación única, similar al previsto para el artículo 1438 del CC, o para el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña.

## **II. PROBLEMAS COMPETENCIALES ENTRE LOS JUZGADOS DE FAMILIA Y LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER**

- II.1. Declaración previa general: Se considera que el diseño competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer es inadecuado en cuanto atribuye competencias civiles plenas a dichos órganos, porque:
  - II.1.1. Va a residenciar en dichos juzgados conflictos familiares que habrían tenido mejor solución en los juzgados de familia.
  - II.1.2. La amplitud del tipo penal ubicará en el juzgado de violencia muchos supuestos que no son propiamente violencia de género.
  - II.1.3. Se excluye la mediación familiar.
  - II.1.4. El derecho de familia aplicado en el juzgado de violencia estará teñido de un evidente carácter punitivo para una de las partes.
  - II.1.5. Puede existir cierta «contaminación» en el juez de violencia para tramitar los asuntos civiles ya que no se han modificado las causas de recusación.
  - II.1.6. Crea un clima de inseguridad en materia de competencias.
- II.2. Respecto a los litigios entre miembros de parejas de hecho, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán competencia «por lo menos» para tramitar los procedimientos relativos a las uniones de hecho que tengan por objeto la solicitud de una indemnización a favor de la mujer, de una pensión compensatoria, la liquidación del patrimonio común, la pensión alimenticia de hijos mayores, la vivienda familiar, y otras pretensiones que puedan derivarse del cese de convivencia, conforme a lo establecido en el artículo 44.2.d) de la Ley de Violencia Integral.

- II.3. Conforme a lo establecido en el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si el juzgado de violencia sobre la mujer dictó la sentencia de separación, divorcio, o nulidad matrimonial, será él único competente para tramitar el procedimiento de liquidación del régimen económico-matrimonial.
- II.3.1. El Juzgado de Familia es el competente para el procedimiento de liquidación, en el caso de haber dictado sentencia firme de nulidad, separación o divorcio, aun cuando hubiera un acto de violencia doméstica con posterioridad a la firmeza de la sentencia dictada.
- II.3.2. En el supuesto de que iniciado un proceso de liquidación de gananciales en un Juzgado de Familia o Primera Instancia, se produzca un hecho de violencia de género, éste continuará en todo caso conociendo del proceso de liquidación sin que tenga que inhibirse a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.
- II.3.3. Cuando iniciado un procedimiento de separación en el Juzgado de Familia o de Primera Instancia, e iniciado al mismo tiempo el procedimiento de liquidación de gananciales, si antes de iniciarse el juicio, se produce un hecho de violencia, el Juzgado de Familia o de Primera Instancia se inhibirá a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, si bien continuará conociendo del procedimiento de liquidación si ya se ha iniciado la comparecencia de inventario.
- II.4. A los efectos del artículo 87 ter. 3, apartado d), de la Ley de Violencia de Género, se entenderá por «*iniciado un procedimiento penal*» el hecho de la admisión a trámite de la denuncia o querrela que hubiese presentado la mujer o el Ministerio Fiscal.
- II.5. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer carecerán de competencia para tramitar procedimientos civiles cuando, antes de iniciarse el procedimiento civil, se haya dictado auto de archivo, auto de sobreseimiento, o sentencia absolutoria, una vez que dichas resoluciones hayan adquirido firmeza. En el supuesto de que se haya dictado una sentencia condenatoria, la pérdida de competencia coincidirá con el momento en que se extinga la responsabilidad penal. A los efectos de firmeza, sólo se considerarán los recursos ordinarios que se interpongan contra las resoluciones dictadas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, quedando excluidos los recursos extraordinarios.
- II.6. Por lo que se refiere a la ejecución de las sentencias y autos dictados por los Juzgados de Familia y de Primera Instancia, en todo caso serán éstos competentes para ejecutar todas las resoluciones civiles dictadas en los procedimientos tramitados ante dichos juzgados. En consecuencia, los JVM, carecen de competencia para conocer de las ejecuciones de autos y sentencias dictadas por los juzgados referidos, aun cuando en el transcurso de la ejecución pueda cometerse algún acto de violencia contra la mujer.
- II.7. Aun cuando, tras la inhibición al JVM, desaparezcan sobrevenidamente los presupuestos determinantes de la competencia civil de estos juzgados, como es el caso del archivo del proceso penal o del dictado de una sentencia absolutoria firme, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer mantiene sus competencias civiles si, en el momento de la presentación de la demanda o de la recepción de los autos civiles por vía de inhibición del Juzgado de Familia o de Primera Instancia, aún no ha recaído sentencia absolutoria, auto de archivo o sobreseimiento, o se ha extinguido la responsabilidad penal.

- 11.8. «*El inicio de la fase de juicio oral*», enunciado controvertido que contiene el artículo 49 bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se entiende que se refiere a la fase de juicio oral del procedimiento civil; este momento inicial de la fase del juicio oral, coincide con el inicio de la comparecencia de medidas previas, de las medidas provisionales o, en su caso, de la vista del pleito principal.
- 11.9. Por lo que se refiere al Juzgado competente para la tramitación del procedimiento de modificación de medidas definitivas:
  - 11.9.1. Aun cuando la sentencia haya sido dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, ha de entenderse que el juzgado competente es el Juzgado de Familia o de Primera Instancia que corresponda si, cuando se presenta la demanda de modificación, ya se ha extinguido la responsabilidad penal, o se ha dictado auto de sobreseimiento o de archivo, o sentencia absolutoria. Se ha de tener en cuenta en todo caso el carácter autónomo del procedimiento de modificación de medidas. Por ello, la competencia ha de ser examinada *ex novo*, aunque hubiesen existido actuaciones en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, si las responsabilidades penales hubieran quedado extinguidas o sobreseídas.
  - 11.9.2. En el supuesto de que la sentencia de separación o divorcio se hubiese dictado por el Juzgado de Familia o de Primera Instancia, será competente para conocer del procedimiento de modificación de medidas el Juzgado de Violencia sobre la Mujer si, cuando se presenta la demanda o en el transcurso del procedimiento, siempre antes del acto del juicio, se produce un acto de violencia sobre la mujer del que hubiera conocido dicho Juzgado de Violencia y cuando aún no se hubiera dictado auto de archivo, sobreseimiento, sentencia absolutoria o no se hubiera extinguido la responsabilidad penal en el caso de sentencia condenatoria.
- 11.10. En relación con el artículo 49 bis.2 y la duda interpretativa sobre quién debe de asistir a la comparecencia, o de qué sucede si no comparece alguna de las partes, se concluye que se debe citar a la comparecencia, además de al Ministerio Fiscal, a todas las partes personadas que deberán comparecer debidamente asistidas y representadas. En consecuencia, si aún no está personado en autos el demandado, no será necesaria su citación.
  - 11.10.1. En el supuesto de que no comparezca la mujer a la comparecencia del artículo 49 bis.2, la misma se dará por terminada y el Ministerio Fiscal, a la vista de lo actuado, decidirá lo procedente en cuanto a la presentación de la denuncia o de la Orden de Protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente.
  - 11.10.2. Se ha de procurar la debida coordinación para que el Ministerio Fiscal asista a la comparecencia del artículo 49 bis.2 y, en caso de imposibilidad manifiesta, se procederá a su señalamiento a la mayor brevedad posible.
  - 11.10.3. Si iniciado el juicio civil, llega a conocimiento del tribunal la existencia de un hecho de violencia sobre la mujer, no procederá la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 49 bis.2 de la LEC, sin perjuicio de dar traslado al Ministerio Fiscal a los efectos legales oportunos.
- 11.11. La medida contemplada en el artículo 64.2 de la Ley de Violencia sobre la Mujer, esto es, la posibilidad de que la mujer pueda solicitar la permuta del uso de la vi-

vienda familiar de la que sean copropietarios por el uso de otra vivienda durante el tiempo y en las condiciones que se determinen con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas puede ser adoptada por un Juzgado de Familia o de Primera Instancia siempre y cuando el mismo tenga competencia para el conocimiento del procedimiento civil.

- 11.12. La promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio entre homosexuales, posterior a la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no posibilita que una mujer denuncie a la mujer con la que está casada o forma pareja de hecho y atraiga con ello la competencia del Juzgado de Violencia para tramitar los procedimientos civiles que se deriven del cese de la convivencia.
- 11.13. Respecto al criterio para la suspensión de las visitas a favor del padre cuando se produce un acto de violencia de género, que se regula en el artículo 66 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se considera que no se puede partir del automatismo de esa medida, dado que habría que valorar el interés del menor en cada caso concreto.
- 11.14. Ante la evidente posibilidad de que, en aplicación del artículo 49 bis de la LEC, se planteen cuestiones de competencia por las que el Juzgado de Violencia no acepte la inhibición acordada por el Juzgado de Familia y le devuelva los autos, se considera que son de aplicación las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que es aconsejable que se dé una tramitación preferente en todas las instancias, al tratarse de un asunto de violencia doméstica.

## 10.º. PREMIO DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA\*

LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA ha acordado establecer un premio que llevará su nombre, y cuya concesión se establece en base a las siguientes condiciones:

1.º Se establece un premio anual denominado «Concurso de artículos de la Asociación Española de Abogados de Familia», que se convoca por medio de la presente.

2.º El premio está dotado con la suma de 1.500 euros.

3.º Podrán optar al mismo todos los Abogados en Ejercicio pertenecientes a cualquier Colegio de Abogados de España.

4.º El tema del trabajo será libre, siempre que tenga relación con un problema relativo al Derecho de Familia de carácter práctico.

5.º La extensión del trabajo será de 15/20 folios mecanografiados por una sola cara y a doble espacio.

6.º Los trabajos redactados en lengua castellana serán presentados en tres ejemplares en el domicilio de la Asociación Española de Abogados de Familia, Princesa 3 duplicado apartamento 1408 (28008 Madrid), en sobre cerrado dirigido al «Presidente del Jurado-Premio Asociación Española de Abogados de Familia».

7.º Los originales se presentarán con seudónimo y acompañados de plica cerrada dirigida al Presidente del Jurado, que contenga fotocopia del DNI y una tarjeta o ficha con los siguientes datos: seudónimo, nombre y apellidos, domicilio, Colegio de residencia, número de Colegiado, teléfono y fax, en su caso.

8.º El plazo de admisión de trabajos finalizará el día 15 de febrero del año 2006.

9.º El Jurado, presidido por el Presidente de la Asociación, estará formado por él mismo o persona en quien delegue y dos vocales designados por la Junta Directiva de la Asociación entre juristas especialistas en Derecho de Familia, no pudiendo formar parte quienes hayan concurrido al concurso.

10.º El fallo se hará público dentro de los tres meses siguientes a la conclusión del plazo de admisión.

\* Asociación Española de Abogados de Familia, Princesa, 3 dpdo. Of, 1408 28008 MADRID Telf. y Fax: 91.541.05.62  
E.mail:aeafa@aeafa.es Web:www.aeafa.es

11.º El trabajo premiado podrá ser publicado por la Asociación, en cuyo caso quedarían cedidos los derechos de autor. En caso de no ser publicado en el plazo de seis meses a contar desde la concesión del premio, el autor quedará facultado para su publicación, haciendo constar que es «Premio de la Asociación Española de Abogados de Familia».

12.º Los trabajos no premiados deberán ser retirados durante el mes siguiente a la publicación del fallo y, transcurrido este plazo, podrán ser destruidos.

13.º La participación en el concurso supone la aceptación de estas bases.

## 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 540,90 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     |

**TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS  
(CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)**

| Ingresos | 1 hijo | 2 hijos | 3 hijos | 4 hijos |
|----------|--------|---------|---------|---------|
| 800      | 181,6  | 263,3   | 299,6   | 350,5   |
| 875      | 198,6  | 288,0   | 327,7   | 383,3   |
| 950      | 215,7  | 312,7   | 355,8   | 416,2   |
| 1.025    | 232,7  | 337,4   | 383,9   | 449,1   |
| 1.100    | 249,7  | 362,1   | 412,0   | 481,9   |
| 1.175    | 266,7  | 386,8   | 440,1   | 514,8   |
| 1.250    | 283,8  | 411,4   | 468,2   | 547,6   |
| 1.325    | 300,8  | 436,1   | 496,3   | 580,5   |
| 1.400    | 317,8  | 460,8   | 524,4   | 613,4   |
| 1.475    | 334,8  | 485,5   | 552,5   | 646,2   |
| 1.550    | 351,9  | 510,2   | 580,6   | 679,1   |
| 1.625    | 368,9  | 534,9   | 608,6   | 711,9   |
| 1.700    | 385,9  | 559,6   | 636,7   | 744,8   |
| 1.775    | 402,9  | 584,2   | 664,8   | 777,6   |
| 1.850    | 420,0  | 608,9   | 692,9   | 810,5   |
| 1.925    | 437,0  | 633,6   | 721,0   | 843,4   |
| 2.000    | 454,0  | 658,3   | 749,1   | 876,2   |
| 2.075    | 471,0  | 683,0   | 777,2   | 909,1   |
| 2.150    | 488,1  | 707,7   | 805,3   | 941,9   |
| 2.225    | 505,1  | 732,4   | 833,4   | 974,8   |
| 2.300    | 522,1  | 757,0   | 861,5   | 1.007,7 |
| 2.375    | 539,1  | 781,7   | 889,6   | 1.040,5 |
| 2.450    | 556,2  | 806,4   | 917,6   | 1.073,4 |
| 2.525    | 573,2  | 831,1   | 945,7   | 1.106,2 |
| 2.600    | 590,2  | 855,8   | 973,8   | 1.139,1 |
| 2.675    | 607,2  | 880,5   | 1.001,9 | 1.171,9 |
| 2.750    | 624,3  | 905,2   | 1.030,0 | 1.204,8 |
| 2.825    | 641,3  | 929,8   | 1.058,1 | 1.237,7 |
| 2.900    | 658,3  | 954,5   | 1.086,2 | 1.270,5 |
| 2.975    | 675,3  | 979,2   | 1.114,3 | 1.303,4 |
| 3.050    | 692,4  | 1.003,9 | 1.142,4 | 1.336,2 |
| 3.125    | 709,4  | 1.028,6 | 1.170,5 | 1.369,1 |
| 3.200    | 726,4  | 1.053,3 | 1.198,6 | 1.402,0 |
| 3.275    | 743,4  | 1.078,0 | 1.226,7 | 1.434,8 |
| 3.350    | 760,5  | 1.102,7 | 1.254,7 | 1.467,7 |
| 3.425    | 777,5  | 1.127,3 | 1.282,8 | 1.500,5 |

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS  
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCIBEN INGRESOS)

|       | 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**

---



## AVANCES JURISPRUDENCIALES

### MATRIMONIO

Aun cuando se aportan certificaciones de soltería, el interesado en el trámite de audiencia reservada en dos ocasiones declaró que había contraído matrimonio en Marruecos hacía cuatro meses, y ello lleva a considerar que el matrimonio pretendido no puede ser autorizado por no haberse acreditado la ausencia del impedimento de vínculo matrimonial, sin que las posibles dudas sobre la validez o no del matrimonio marroquí para el ordenamiento español pueda desvirtuar tal conclusión.

*DGRN, Resolución de 20 de septiembre de 2005.*

Aun cuando las personas que solicitan la autorización para contraer matrimonio civil son de nacionalidad extranjera (él alemán y ella marroquí) no se concede tal autorización al acreditarse que el fin que persiguen ambos es muy distinto al de la institución matrimonial habida cuenta que ha quedado acreditado que ella carece de permiso de residencia en España (que le ha sido denegado en dos ocasiones) y ambos desconocen las respectivas lenguas maternas del otro.

*DGRN, Resolución de 7 de julio de 2005.*

### 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.*

### PATRIA POTESTAD

Procede la privación de la patria potestad cuando, contando la menor con seis meses, el padre entrega su guarda a la entidad pública alegando que por razones laborales no podía hacerse cargo de ella, estando la madre ingresada en un psiquiátrico, y transcurridos más de dos años, no resuelve satisfactoriamente la situación familiar, sin que puedan ser obstáculo las posibles irregularidades habidas en la tramitación del expediente administrativo en cuanto a la solicitud de traslado de la menor al domicilio paterno con asistencia social de día en dicho domicilio.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2005.*

Culpa concurrente de un menor y de los propietarios de una finca en la que, en el interior de una caseta a la que se podía acceder con facilidad pues carecía de puertas cerradas, tenían depositados explosivos cuyos detonadores resultaban altamente sensibles al calor, choque o

rozamiento para que se produjera su explosión sin más, lo que finalmente llegó a producirse causándose graves lesiones al citado menor.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de junio 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 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.*

No procede la modificación del régimen de guarda y custodia pretendido por el padre, puesto que la menor lleva conviviendo con su madre 4 años sin que conste perjuicio alguno para su desarrollo, además de que tal cambio supondría una alteración de domicilio, residencia, escolaridad.

*AP Granada, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de mayo de 2005.*

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

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

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.*

## 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.*

Procede suspender el régimen de visitas hasta tanto el padre no cambie de actitud y demuestre que está en disposición de relacionarse con los menores de forma que resulte favorable para el adecuado desarrollo psico-efectivo de los mismos.

*AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2005.*

No procede suprimir el régimen de visitas del menor –de 13 años– con su padre, puesto que aquél no justifica el porqué no quiere relacionarse con su progenitor.

*AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2005.*

No procede establecer régimen de visitas de los menores con su padre, puesto que éste es el deseo de los hijos y existe una orden temporal de prohibición de comunicación impuesta por el Juzgado de lo Penal.

*AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2005.*

## 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.*

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.*

Procede que la atribución del uso de la vivienda familiar se prolongue hasta que el hijo, que ahora tiene 20 años y reside con la madre, termine su formación académica o alcance independencia económica, careciendo de trascendencia los trabajos esporádicos que ha realizado.

*AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2005.*

Corresponde al esposo el abono por mitad del importe de las primas de los seguros concertados sobre la vivienda que constituyó el domicilio familiar.

*AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 13 de mayo de 2005.*

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.*

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.*

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.*

## PENSIÓN ALIMENTICIA

Se fija en 150 euros la pensión alimenticia del hijo en atención a que el progenitor no custodio percibe en torno a los 690 euros mensuales.

*AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2005.*

No procede conceder una pensión alimenticia a favor de la esposa que ya percibe del marido una pensión compensatoria de 250 euros mensuales y además desarrolla una actividad profesional.

*AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2005.*

No ha lugar a reducir el importe de la pensión alimenticia reconocida a favor de las dos hijas puesto que el alimentante oculta sus verdaderos datos económicos.

*AP Lugo, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2005.*

Los gastos extraordinarios no pueden ser objeto de una enumeración exhaustiva al tratarse de situaciones imprevisibles.

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

## PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede modificar el *quantum* de la pensión compensatoria ante la supuesta mejoría económica del obligado, dado que esta figura tiene como objetivo el paliar el desequilibrio económico existente en el momento de la ruptura de la convivencia, y no atiende a posibles modificaciones patrimoniales futuras.

*AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2005.*

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.*

Procede fijar una pensión compensatoria en el divorcio aun cuando en el procedimiento de separación sólo se fijó una pensión alimenticia a favor de la esposa.

*AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 6 de junio de 2005.*

La circunstancia de que la ex esposa realice un trabajo más o menos estable dentro de sus conocimientos profesionales como esteticista no es causa para modificar la cuantía de la pensión compensatoria, ya que dada su exigua cantidad era evidente que la beneficiaria debería obtener algún tipo de ingresos para subsistir.

*AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de junio de 2005.*

Es correcta la fijación de la pensión compensatoria a favor de la esposa, sin que el hecho de que ésta sea titular de un inmueble suponga la inexistencia de desequilibrio económico.

*AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de junio de 2005.*

No procede incrementar la cuantía de la pensión compensatoria puesto que aunque la actora haya perdido su trabajo, obtendrá prestación por desempleo si no encuentra otro.

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

## CONVENIO REGULADOR

No parece sea perjudicial para la hija que, dada su edad y manifestaciones, fije libremente de acuerdo con su padre el régimen de comunicación y visitas con él.

*AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2005.*

La estipulación en el convenio relativa a la «no injerencia de cada cónyuge en la vida y actividades del otro» es inocua y no perjudica a los cónyuges ni a los hijos, por lo que procede aprobarlo.

*AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2005.*

## CUESTIONES PROCESALES

Recurso de casación por interés casacional, contra Sentencia recaída en autos de separación conyugal. Interés casacional, por existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, que no se justifica en fase de preparación. Se desestima la queja.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 17 de mayo de 2005.*

Prueba obtenida ilícitamente tras instalar un programa de ordenador en su domicilio para controlar el correo electrónico de su esposa y las conversaciones en el chat, aportando dicha información en el procedimiento de separación como fundamento para que se le atribuyera la guarda y custodia de la hija menor.

*AP Madrid, Sec. 17.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2005.*

Los acuerdos contenidos en el convenio regulador y aprobados judicialmente en la sentencia de separación son irrecurribles para los cónyuges.

*AP Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2005.*

El procedimiento de separación matrimonial no es el adecuado para realizar el inventario y posterior liquidación de la sociedad de gananciales.

*AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 1 de junio de 2005.*

Inadmisión del recurso de casación interpuesto en relación con la autonomía del procedimiento de divorcio respecto al previo de separación en cuanto que afecta al establecimiento de las medidas.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 7 de junio de 2005.*

Teniendo en cuenta que el domicilio del demandado es accidental ya que se encuentra ingresado en prisión y puede ser trasladado a otro centro penitenciario, se considera competente al Juzgado de lugar donde se contrajo el matrimonio y que constituyó el último domicilio conyugal, no siendo obstáculo para ello que los cónyuges residiesen en celdas independientes.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 19 de julio de 2005.*

Competencia del Juzgado de Primera Instancia para tramitar unas medidas previas de separación aun cuando en un Juzgado de Instrucción con competencia en violencia sobre la mujer dictó sentencia con anterioridad condenando al esposo por un delito de maltrato no habitual en el

ámbito familiar, debiendo entenderse que la referencia que aparece en el artículo 49 bis de la LEC a la fase del juicio oral debe entenderse referida al procedimiento penal.

*AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 3 de octubre de 2005.*

## EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Denegación del exequátur por no acreditar la firmeza de la resolución objeto de reconocimiento ni la citación y emplazamiento de la parte demandada en el pleito de origen (artículo 15 del Convenio Hispano-francés de 28 de mayo de 1969).

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 4 de mayo de 2005.*

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.*

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.*

No cabe apreciar la excepción de prescripción de la acción de reclamación de alimentos que se hace en un procedimiento ordinario puesto que la misma lo hace a los 15 años desde que se dictó la sentencia.

*AP Granada, Sec. 3.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2005.*

## REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No procede seguir los trámites contenidos en los artículos 806 y siguientes de la LEC en supuestos en los que se pretende anular o rescindir determinadas transmisiones de bienes gananciales a terceras personas.

*AP Cantabria, Sec. 1.ª, Auto de 3 de mayo de 2005.*

Procede incluir en el activo la parte de la indemnización recibida por extinción de la relación laboral por los conceptos de liquidación de saldo y finiquito, que recoge partidas relativas todas a conceptos estrictamente salariales.

*AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de mayo de 2005.*

No cabe incluir en el activo de la sociedad de gananciales la indemnización por extinción del contrato de trabajo.

*AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de mayo de 2005.*

No cabe incluir en el activo conyugal crédito alguno frente al esposo que dispuso de 21.500 euros de la cuenta común durante un año para atender las necesidades familiares.

*AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2005.*

Procede incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales el crédito que ostenta la esposa por haber abonado las cuotas de la Comunidad de Propietarios aunque fuese la única que estaba habitando el inmueble.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2005.*

Para determinar la situación económica de los bienes partibles –y ello es aplicable a una sociedad mercantil perteneciente a los cónyuges– habrá de estarse al tiempo de la partición y no al de la disolución de la sociedad de gananciales, pudiendo por tanto rechazar el tribunal la prueba pericial practicada que no se atuvo a este criterio en el momento de efectuar la valoración.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2005.*

Carácter ganancial del inmueble adquirido con intervención de marido y mujer en la escritura de compraventa, en la que el primero confesaba haberse adquirido con dinero propio de la mujer y reconociendo su calidad de parafernalia, habida cuenta que aunque no era aplicable el actual artículo 1324 del CC (privaticidad por confesión) la jurisprudencia anterior exigía la prueba de la procedencia del dinero para destruir la presunción de ganancialidad.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2005.*

La renuncia que efectuó la viuda a sus derechos en la sociedad de gananciales en una escritura de manifestación y adjudicación de herencia y compraventa de bienes inmuebles sólo puede referirse a dichos inmuebles, pero no al dinero que pudiese existir en cuentas bancarias.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2005.*

Si se ha embargado la cuota que pertenece al ejecutado sobre un inmueble de carácter ganancial aun no liquidado, para el avalúo de dicha cuota será necesario valorar el inmueble.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de junio de 2005.*

La indemnización por despido o pensión de jubilación o concepto análogo relativo a la extinción de una relación laboral, percibida tras la disolución de la comunidad ganancial, no se imputa a ésta, ya inexistente, sino que es un bien adquirido personalmente por la persona que fue miembro de la misma, ya disuelta.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de junio de 2005.*

Carácter ganancial de un inmueble adquirido por el esposo en documento privado que se formalizó el día anterior al matrimonio; se aplazó parte del precio, y la escritura pública se otorgó cuatro años después con la atribución de la condición de ganancial.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2005.*

Se deniega la solicitud de autorización de venta de un bien de carácter ganancial habida cuenta que esa autorización judicial sólo la prevé el Código Civil para una sociedad de gananciales vigente y no cuando la misma ya está disuelta.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de julio de 2005.*

Carácter ganancial de la deuda tributaria generada por el impago del IVA mientras estaba vigente la sociedad de gananciales, si bien se excluye el importe de la multa al ser imputable exclusivamente al esposo.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de julio 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.*

Apareciendo una finca inscrita a favor de ambos esposos y para su sociedad conyugal, no puede rectificarse el carácter del bien de ganancial a privativo con la sola alegación efectuada por la esposa de que dicho bien fue adquirido en estado de soltera por adjudicación del Instituto Nacional de la Vivienda.

*DGRN, Resolución de 13 de septiembre de 2005.*

No existe ningún obstáculo para que se inscriba en el Registro de la Propiedad la adjudicación de una mitad indivisa de un bien ganancial a favor de uno de los cónyuges quedando la otra mitad pendiente de liquidación.

*DGRN, Resolución de 6 de septiembre de 2005.*

## PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Procede la privación de la patria potestad cuando, contando la menor con seis meses, el padre entrega su guarda a la entidad pública alegando que por razones laborales no podía hacerse cargo de ella, estando la madre ingresada en un psiquiátrico, y transcurridos más de dos años, no resuelve satisfactoriamente la situación familiar, sin que puedan ser obstáculo las posibles irregularidades habidas en la tramitación del expediente administrativo en cuanto a la solicitud de traslado de la menor al domicilio paterno con asistencia social de día en dicho domicilio.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de mayo 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.*

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.*

## FILIACIÓN

Debe prevalecer el interés del menor de conocer a su padre biológico cuya filiación se ha declarado en sentencia, frente al deseo de la madre de preservar a su hija de lo que considera un posible peligro, que además no ha quedado constatado, si bien se establece un régimen de visitas transitorio debido a que la menor se ha educado durante los cinco primeros años de su vida sin la figura paterna.

*AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 4 de mayo de 2005.*

El plazo de caducidad establecido en el artículo 136 del CC para impugnar la paternidad matrimonial no comenzará a correr mientras que el marido ignore que no es el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil. Votos particulares.

*Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 138/2005, de 26 de mayo.*

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.*

Inadmisión del recurso de casación contra una sentencia dictada en procedimiento de filiación, ya que es preciso razonar en el escrito de preparación del recurso cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de esta Sala cuando se invoca oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por supuesto con cita de Sentencias de las que resulte tal oposición, o la concurrencia de la jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales en relación con cuestión jurídica sustantiva objeto de debate.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 21 de junio de 2005.*

Inadmisión del recurso de casación cuando el conflicto jurídico que se pretende someter a conocimiento de la Sala viene referido a la valoración de las pruebas practicadas en el juicio, a las cuales vincula el interés casacional objetivado en la vulneración de la doctrina jurisprudencial establecida sobre el valor de la negativa a la práctica de la prueba heredobiológica.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 21 de junio de 2005.*

## 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.*

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.*

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.*

## CUESTIONES PENALES

Condena al compañero sentimental por un delito del artículo 153 del CP, por un delito de detención ilegal, por un delito de lesiones, por un delito de quebrantamiento de condena y por cuatro faltas de lesiones, con base en la declaración de la víctima y las corroboraciones periféricas de los hechos declarados.

*Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2005.*

Condena por un delito de revelación de secretos al esposo que instaló un programa de ordenador en su domicilio para controlar el correo electrónico de su esposa y las conversaciones en el chat, aportando dicha información en el procedimiento de separación como fundamento para que se le atribuyera la guarda y custodia de la hija menor.

*AP Madrid, Sec. 17.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2005.*

Absolución del delito de estafa inmobiliaria por el que venía acusado el ex esposo, que tras la sentencia de divorcio, y teniendo atribuido judicialmente el uso de la vivienda familiar hasta que se liquidase la sociedad de gananciales, la transmitió a un tercero. Es necesario hacer constar que, por haberla comprado el esposo en estado de soltero y abonada en parte constante el matrimonio, pertenecía en pro indiviso a aquél y a la sociedad de gananciales.

*Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 8 de junio de 2005.*

Absolución de un delito de alzamiento de bienes en relación con el impago de la pensión alimenticia ya que cuando el acusado llevó a cabo los actos dispositivos, enajenando a terceros los bienes que integraban su patrimonio, no era aún deudor de cantidad alguna y tuvieron que transcurrir más de dos años, desde entonces, para que lo fuera respecto de la ex esposa.

*Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 27 de junio de 2005.*

Las conductas que se tipifican y 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 de 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.*

## SUCESIONES

No existe litispendencia entre un procedimiento declarativo en el que dos herederos reclaman al otro una determinada cantidad recibida por la expropiación de parte de una bien común y el procedimiento de testamentaria en el que el demandado está impugnando la partición que los herederos llevaron a cabo de mutuo acuerdo.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de junio de 2005.*

Nulidad del testamento otorgado en peligro de muerte y hecho a favor de los administradores de una residencia de ancianos interviniendo como testigos empleados de la misma ya que el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario cuando nada obste a que este fedatario público autorice el testamento.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de junio de 2005.*

Recibidas diversas sumas por los hijos antes del fallecimiento de la madre, se acuerda traer a colación de la masa hereditaria el valor actualizado de dichas sumas al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de junio de 2005.*

Estimación de la acción pauliana ejercitada por el banco ante la renuncia a los legados de la herencia del padre por los hijos que eran deudores de aquél, procediendo la revocación de la escritura de partición, adjudicación y renuncia al haberse realizado en perjuicio de acreedores de los herederos.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de julio de 2005.*

Se desestima la acción de adición a la partición ya que, por la posesión continuada de los bienes muebles, uno de los coherederos adquirió su propiedad por usucapión.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de julio de 2005.*

Nulidad de la compraventa y de la donación considerada remuneratoria disimulada por fraude de los derechos legitimarios del donante, ya que los servicios que la donataria realizó como secretaria, enfermera y ayudante fueron debidamente remunerados en su momento.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de julio de 2005.*

Fallecido uno de los titulares registrales de un inmueble que les pertenece en pro indiviso, es necesario que los herederos de éste intervengan en el procedimiento de división de la cosa común, por lo que no habiéndose acreditado tal extremo, se deniega la inscripción del auto de adjudicación.

*DGRN, Resolución de 21 de septiembre 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 1.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2005.*

## OTRAS CUESTIONES

No procede la declaración de incapacidad para conducir vehículos y ciclomotores al ser una materia reglada por una norma específica de carácter administrativo.

*AP Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de mayo de 2005.*

Imposibilidad de constituirse una relación procesal correcta, cuando la demandada carece de la capacidad psíquica suficiente, aunque la misma no haya sido declarada judicialmente, siendo indiferente que se le haya designado un procurador y un letrado del turno de oficio. Voto particular.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de mayo de 2005.*

No procede la declaración de incapacidad puesto que aunque padece de esquizofrenia paranoide, no consta que no pueda gobernarse por sí mismo.

*AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de junio de 2005.*

No existe error judicial alguno por considerarse como ganancial la deuda generada tras la condena en costas al esposo en un procedimiento de tercería de dominio en el que actuaba

como actor y se desestimó la demanda en base a que el título que esgrimía se había declarado fraudulento.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 2005.*

Intromisión ilegítima en la imagen y en el honor –demérito y menoscabo de la consideración propia y ajena– al insertarse en un programa televisivo sin su conocimiento ni su consentimiento la imagen de una mujer como maltratada.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 2005.*

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 1.ª, Sentencia de 19 de julio 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 1.ª, Sentencia 230/2005, de 26 de septiembre.*

# NOTAS



# NOTAS



# NOTAS



# NOTAS

