ME OPONGO A LA RECLAMACIÓN PORQUE NO ES JUSTA

Firmar un convenio regulador u obtener una sentencia judicial en la que se fijen pensiones alimenticias o compensatorias no implica que luego, con el paso del tiempo, el cónyuge o progenitor obligado a su pago vaya a hacer efectivas las pensiones en la cuantía, modo y lugar previstos. Cuando esto sucede, y en algunas ocasiones después de numerosos requerimientos verbales y escritos para que se abonen las pensiones, parece que la única opción que queda es acudir a la vía judicial reclamando las cuantías debidas.

Admitida la demanda ejecutiva a trámite, el deudor va a recibir las primeras noticias del juzgado cuando se le notifique el auto despachando la ejecución y acordando el embargo de sus bienes. Lo siguiente es bien conocido por todos los lectores: se alegan mil y una exclusas para justificar que no se ha podido abonar las pensiones.

Antes de la reforma de nuestras normas procesales, en la fase de ejecución de sentencia se entraba a analizar todas las causas de oposición por muy peregrinas que fuesen, ya que parece que el principio de tutela judicial efectiva exigía dar una respuesta jurídica a la petición aunque a veces resultaba difícil, por razones obvias, decirle al deudor que la causa que alegaba no tenía ninguna eficacia.

D. José Miguel se empeñaba en no pagar la pensión porque su ex esposa había destinado el importe de las anteriores pensiones a hacerse diversos implantes —parece que los de silicona eran los que más le molestaban—.

Como había rehecho su vida, y fruto de esa nueva unión había tenido nueva descendencia, a D. Jesús le pareció más justo no pagar la pensión de sus hijos mayores de edad que estaban cursando sus estudios universitarios y, en su lugar, destinar su importe a atender las necesidades de los nuevos hijos, que además eran tan pequeños en comparación a los del primer matrimonio, que parecía que el dilema estaba en comprar pañales y potitos o darle el dinero a los hijos para hacer los "botellones". Cuando D. Jesús tomó la decisión de no pagar más la pensión posiblemente desconocía que esta cuestión no dependía de él, sino de que alegada la nueva descendencia o en su caso la disminución de ingresos, un juez o una jueza entendiera que era procedente la reducción, pero hasta ese mismo momento estaría vigente la pensión anterior.

El caso de D. Eduardo parecía que era de libro: había perdido su trabajo, se habían terminado las prestaciones por desempleo y triste, cabizbajo y sin capaci-

dad económica ponía en conocimiento del juzgado la causa del impago de las pensiones aunque por otro lado abría su corazón y relataba lo mucho que quería a sus hijos y que tan pronto como él pudiera pagaría lo adeudado para que no les faltase de nada. El problema es que a nombre de D. Eduardo aparecía en el Registro de Tráfico un vehículo marca Audi A-4. Claro, si no tenía trabajo ni ingresos, entendió el juez que tampoco tendría dinero para gasolina… total que al final lo mejor que se podía hacer era vender el coche y con su producto abonar la escasa pensión de 250 euros que mensualmente debía entregar a su hijo. Parece que a D. Eduardo no le sentó bien la medida y no se sabe qué pasó pero lo cierto es que a los pocos días se saldaba una parte importante de la deuda.

D. Antonio alentado por sus amigos decidió dejar de pagar la pensión compensatoria porque al parecer había visto a su "ex" un sábado por la noche cenando con otro hombre… si siguiésemos con estos relatos posiblemente la presentación llegase hasta la última página de esta revista.

La idea que muchos tienen de lo que es justo o injusto respecto al pago de las pensiones no suele coincidir con las causas legales que el legislador ha establecido para oponerse y que están perfectamente determinadas y tasadas en la nueva LEC. Conforme a lo prevenido en el art. 556 de la LEC los motivos de fondo —a salvo los de carácter formal que se regulan en el art. 559 de la LEC— que puede alegar el deudor para oponerse a la ejecución despachada en base a una resolución judicial o arbitral o una transacción o acuerdo aprobado judicialmente se limitan a las de: pago o cumplimiento, caducidad de la acción ejecutiva, y pactos y transacciones que hubieren convenido para evitar la ejecución siempre que consten en documento público. A diferencia de lo que ocurre en la ejecución de otros títulos diferentes a los mencionados —art. 557 de la LEC—, en éstos últimos, en teoría, no cabe ni siquiera el alegato de la pluspetición, aunque nos consta que en algunos tribunales se está admitiendo esta causa de oposición cuando se ha hecho un pago parcial o existen errores aritméticos de cálculo, por ejemplo, por aplicar porcentajes de IPC erróneos.

Y la verdad es que resulta coherente el nuevo régimen de las oposiciones ya que las cuantías de las pensiones que ahora se reclaman han sido fijadas por resolución judicial como medidas complementarias a la sentencia matrimonial, y no se ha acreditado su modificación o suspensión por resolución judicial firme.

Lo que en realidad se pretende por estos deudores es introducir en el limitado trámite de ejecución la discusión de la procedencia o improcedencia de lo acordado en las resoluciones que se ejecutan, cuando ello sólo se podrá llevar a cabo en el oportuno procedimiento de modificación de medidas que, dicho sea de paso, no paraliza la ejecución.

Sería práctico que en los convenios reguladores y en las sentencias se incluyese la información precisa para que las personas obligadas al pago de las pensiones supiesen a qué atenerse y antes que dejar de pagar la pensión consultasen con un letrado sobre la viabilidad de la pretensión modificadora.

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

— Representación legal de menores y abuso de poder representativo. *José Manuel Ruiz-Rico Ruiz y María José García Alguacil* . . . 23

— La competencia de los Tribunales Españoles y la Ley aplicable en los casos de separación y divorcio internacionales. *Antonio-Alberto Pérez Ureña* 67

— Análisis jurídico del abandono del hogar como causa de separación conyugal. *Aurelia María Romero Coloma* 81

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 99

1. Mantenimiento de la suspensión del artículo 8 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, que permite que miembros de parejas estables puedan adoptar de forma conjunta, en base al interés de los terceros (adoptandos, padres por naturaleza y adoptantes). *(Auto de 18 de diciembre de 2003)* 99

2. Nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado y la posterior de la Audiencia Provincial al no haberse practicado la prueba pericial psicológica propuesta por la madre y admitida, siendo la causa de su no práctica la no comparecencia del padre ante los profesionales del Equipo Técnico. *(S. 1/2004, de 14 de enero)* 103

Página

TRIBUNAL SUPREMO 109

I. **Filiación** 109

1. Caducidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial al haberse ejercitado después del plazo de un año establecido en el art. 136 del CC. *(S. de 26 de junio de 2003)*. 109

2. La madre de la menor respecto a la que se solicita la determinación de la paternidad extramatrimonial tiene legitimación para interponer la demanda, sin que la circunstancia de que no haya indicado expresamente que obra «en nombre y representación del hijo» sea obstáculo para ello. *(S. de 27 de junio de 2003)*. 111

3. Declaración de la paternidad al haberse aportado con la demanda unas fotografías que se probó habían sido tomadas en el dormitorio de la casa de la madre y una carta de ésta dirigida al demandado animándole a que reconociera a su hijo y que fue rehusada, uniendo a todo ello la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas. *(S. de 1 de julio de 2003)*. 114

4. Estimación de la acción de reclamación de paternidad al haberse acreditado la posesión de estado dada por el padre al hijo, sin que pueda entenderse que el comportamiento de aquél obedeciera a motivos altruistas, generosos o lastimeros, pues malamente pueden ser entendidos como tales desde un pensamiento racional, pues según su esposa, una vez que tuvieron conocimiento del embarazo prescindieron de los servicios domésticos de la madre del menor. *(S. de 3 de julio de 2003)* 117

II. **Regímenes económicos matrimoniales** 119

1. Carácter ganancial de la base económica de la farmacia, que comprende el local del negocio en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físicos-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia, con independencia de que sólo sea el farmacéutico el propietario de la oficina de farmacia. *(S. de 14 de mayo de 2003)* 119

2. Embargada la vivienda familiar como consecuencia de las responsabilidades dimanantes de un delito de apropiación indebida y falsificación mercantil cometido por el esposo, si la esposa no hace uso del beneficio concedido en el art. 1373 del CC y solicita la sustitución del embargo del bien por la parte que pueda corresponderle al esposo en la liquidación de la sociedad de gananciales, no puede el tribunal de oficio aplicar dicha norma. *(S. de 17 de junio de 2003)* 123

Página

3. Desestimación de la acción de rescisión por lesión y de complemento a la adición al constar un documento privado de fecha posterior al convenio regulador donde se liquidó la sociedad de gananciales, en el que expresamente se establecían las bases correctas de la liquidación y en el que con claridad se incluía el bien que ahora se pretende adicionar. *(S. de 30 de junio de 2003)* 125

4. Eficacia de la venta de un bien ganancial realizada por el esposo al constar el consentimiento tácito de la esposa, procediendo en consecuencia la desestimación de la acción ejercitada por esta última. *(S. de 2 de julio de 2003)* 129

III. **Vivienda familiar** 131

1. Admisibilidad del ejercicio de la acción de división de cosa común e incluso de la venta en pública subasta del inmueble, si bien dicha venta no afectará al derecho de uso y ocupación de la vivienda atribuido judicialmente a la ex esposa, que quedará debidamente garantizado, en tanto persistan los requisitos fijados en el art. 96.1 del CC y cualquiera que sea el resultado de la ejecución de la sentencia. *(S. de 28 de marzo de 2003)* 131

IV. **Pensión alimenticia** 134

1. Revocación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que aumenta la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos cuando la madre no apeló la sentencia de instancia ni se adhirió a la apelación. *(S. de 7 de mayo de 2003)* 134

V. **Procesal** 136

1. Falta de legitimación activa de la madre para reclamar los alimentos impagados de hijos mayores de edad que ambos progenitores pactaron en un convenio extrajudicial, ya que su reclamación no se funda en una sentencia dictada en proceso matrimonial, ni es incardinable en el supuesto del art. 93.2 del CC. *(S. de 6 de junio de 2003)* 136

2. Al no constar acreditado en autos el último domicilio común —ya que no puede atenderse exclusivamente al dato del empadronamiento—, se declara la competencia del juzgado de residencia del menor, en el que también tuvo su domicilio el demandado, para conocer de la demanda de reclamación de guarda y custodia y alimentos. *(Auto de 11 de junio de 2003)* . . . 139

Página

3. Competencia jurisdiccional de los tribunales españoles para conocer de una acción de división de comunidad de bienes existente entre dos personas de nacionalidad extranjera cuyo matrimonio y divorcio no ha sido reconocido en España, habida cuenta de que no resultan de aplicación las normas competenciales relativas a los efectos del matrimonio, sino a las que contemplan supuestos meramente patrimoniales. *(S. de 11 de junio de 2003)* 141

VI. **Menores** 145

1. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del menor ya que las entrevistas que se le realizan al mismo y que posteriormente se difunden por televisión, se hacen en presencia y con consentimiento de la madre, representante legal del menor. *(S. de 26 de marzo de 2003)* 145

2. La atribución de la guarda y custodia a la madre no supone infracción del art. 14 de la Constitución no solamente porque falta el necesario juicio de comparación con otras situaciones idénticas sino porque el artículo 92 del Código civil es norma que habilita al Juez para, en función de la situación de hecho que resulte probada, decidir sobre la atribución de la guarda y cuidado al progenitor que se encuentre en mejor situación para cumplir con el deber propio de la patria potestad. *(S. de 9 de junio de 2003)* 149

3. Vulneración del derecho a la intimidad de una menor por la publicación en una revista de un reportaje que divulga datos relativos a su salud y que contienen constantes alusiones a su vida privada y familiar, difundiendo que ha sido portadora de anticuerpos del SIDA. *(S. de 27 de junio de 2003)* 151

4. Atribución de la guarda y custodia al padre habida cuenta de que no se justifican los retrasos reiterados en el inicio de la jornada escolar, que han provocado aviso del centro por tener una incidencia negativa en la evolución educacional de la niña, habiéndosela requerido en diferentes ocasiones a la madre para que enmendase esta conducta. *(S. de 9 de julio de 2003)* . . . 155

Página

VII. **Uniones de hecho** 159

1. Fallecido el conviviente de hecho sin disposición testamentaria se atribuye a la conviviente la cuarta parte de todos los bienes de los que era propietario sin incluir los que adquirió aquél por sucesión hereditaria, atribuyéndose igualmente a la conviviente la cantidad de cuatro millones que ya tiene percibida, el derecho de propiedad sobre la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común con excepción de los objetos artísticos o históricos y los bienes de procedencia familiar del conviviente y el derecho, en todo caso, a la utilización vitalicia de la vivienda familiar. Todo ello en aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto a fin de no causar perjuicio a la conviviente que durante 53 años se dedicó al cuidado y atención del hogar y de la pareja. *(S. de 17 de junio de 2003)*. 159

VIII. **Contratos entre padres e hijos** 164

1. La acción de anulabilidad por dolo de un contrato de cesión de bienes a cambio de una renta vitalicia puede ejercitarse dentro del plazo de cuatro años desde la consumación del contrato, esto es, desde el momento en que están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, y en este caso, ejercitada la acción en vida de la beneficiaria de las rentas, no existe prescripción. Entrando en el fondo de la cuestión, la demanda se desestima al no acreditar la actora el vicio del consentimiento. *(S. de 11 de junio de 2003)* 164

2. Desestimación de la demanda que pretendía la resolución de un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos al haberse acreditado que fueron los padres los que voluntariamente abandonaron el domicilio de los hijos, no habiéndose acreditado por otro lado la existencia de malos tratos o vejaciones. *(S. de 1 de julio de 2003)* 167

IX. **Sucesiones** 172

1. La repudiación afecta a la totalidad del caudal hereditario, sea o no conocido por el que repudia la herencia, no pudiendo realizarse de forma parcial, respecto de unos bienes sí y de otros no, renunciándose a la condición de heredero y no a la titularidad de todos o cada uno de los bienes que integran el caudal hereditario. Por tanto, quien renunció a la herencia no puede posteriormente instar una adición a la partición de bienes no incluidos inicialmente en ella al carecer de legitimación "ad causam" para el ejercicio de la acción. *(S. de 28 de marzo de 2003)* . 172

Página

2. Habiendo donado los padres a la hija la propiedad de unos inmuebles dos meses antes de que se llevase a cabo el embargo de dichos inmuebles para el pago de una deuda de los padres, se estima la tercería de dominio interpuesta por la hija, al no ser posible, dentro del procedimiento de tercería de dominio, ejercitar por vía de reconvención, como así hizo la entidad acreedora, una acción rescisoria o pauliana. *(S. de 28 de marzo de 2003)* 176

3. Revocación de la donación efectuada por la madre a favor de la hija sobre un inmueble embargado por la administración tributaria, ya que al haber sido una transmisión gratuita de acuerdo al párrafo primero del art. 1297, se presume que se ha hecho en fraude de los acreedores; presunción esta, que entiende la jurisprudencia es de aquellas que se conocen como de "iuris et de iure", esto es, que no admite prueba en contrario. *(S. de 22 de abril de 2003)* 179

X. **Incapacidad** 181

1. A pesar de que la actora en su demanda interesó la práctica de una prueba pericial psiquiátrica para apreciar la capacidad de la demandada y que el juzgado acordó que la misma se llevase a efecto por el médico forense, resulta irrelevante que este profesional carezca de la especialización en psiquiatría, ya que posee los conocimientos necesarios para detectar cualquier anomalía psíquica que hubiese podido presentar la demandada y aconsejar, en tal caso, que fuese reconocida por un especialista. *(S. de 14 de mayo de 2003)* 181

XI. **Penal** 184

1. Condena por un delito de alzamiento de bienes a una madre y su hija por la cesión que la primera hizo a la segunda de una serie de bienes en pago de alimentos, cuando aquélla era deudora frente a terceros. *(S. de 30 de abril de 2003)* 184

2. A pesar de que la madre ha sido condenada por un delito de lesiones causadas a su hijo menor al suministrarle un biberón con sustancias estupefacientes, no existiendo una previsión específica para este tipo de delitos, no puede acordarse automáticamente la privación de la patria potestad. *(S. de 21 de mayo de 2003)* 187

Página

3. Condena por un delito de coacciones al padre que no devolvió las hijas a su madre siendo absuelto por el delito de desobediencia y amenazas. *(S. de 5 de junio de 2003)* 192

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA 199

1. A pesar de que se reconoce la posibilidad de fijar limitación temporal a la pensión compensatoria, en el presente caso, teniendo en cuenta que el matrimonio ha durado veinticinco años y que la beneficiaria tiene problemas de salud y una edad crítica para acceder al mundo laboral, se acuerda establecerla sin limitación temporal alguna. *(TSJ CATALUÑA, S. de 5 de mayo de 2003)* . . . 199

2. Habiéndose construido por los cónyuges la vivienda familiar elevando unas plantas del inmueble propiedad del padre de la esposa, ejercitada por éste una acción para obtener la posesión, la entrega de la misma queda condicionada a que previamente el padre abone a los cónyuges el importe de las obras. *(TSJ CATALUÑA, S. de 8 de mayo de 2003)* 203

3. El importe de los gastos de la implantación de una prótesis en la intervención quirúrgica de un aneurisma de aorta que finalmente provocó el fallecimiento del esposo, deben hacerse efectivos por la viuda al estar comprendidos dentro del art. 4.1.c) del Código de Familia. *(TSJ CATALUÑA, S. de 15 de mayo de 2003)* 207

4. Estimación de la demanda de reclamación de paternidad a pesar de que en los años 1971 y 1974 se dictaron sentencias en las que se desestimó la acción ejercitada por la madre del menor que, siendo ya mayor de edad y con base en la nueva legislación catalana, ejercitó de nuevo la acción. *(TSJ CATALUÑA, S. de 14 de julio de 2003)* 210

AUDIENCIAS PROVINCIALES 217

I. **Separación, divorcio y nulidad** 217

1 Concurrencia de la causa de divorcio del art. 86.3 del CC ya que tras la condena al esposo por una falta de lesiones, aun cuando continuaron conviviendo en el mismo domicilio por necesidad de los hijos, ambos cónyuges llevaron una vida totalmente independiente. *AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, S. de 22 de diciembre de 2003* 217

Página

II. **Patria potestad** 219

1. La falta de relación paterno-filial no puede constituirse en causa de privación de la patria potestad cuando han existido impedimentos por parte de la madre para el que padre pueda ver a la hija. *AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, S. de 14 de enero de 2004* 219

III. **Guarda y custodia** 221

1. Teniendo en cuenta que la hija tiene dos años de edad, es desaconsejable la guarda y custodia compartida por los efectos negativos que en ella puedan generar los distintos estilos y modos de entender la vida de sus progenitores, tanto en el ámbito emocional como en el formativo, con la consiguiente inestabilidad para la menor. *AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, S. de 7 de noviembre de 2003* 221

2. Se atribuye al padre la guarda y custodia de los dos hijos menores no matrimoniales, que se encuentran ingresados en residencia pública por declaración de desamparo, fijando régimen de visitas a favor de la madre. Esta decisión no contradice la resolución administrativa de desamparo que cesará cuando desaparezcan los motivos que lo generaron. *AP ALMERÍA, Sec. 3.ª, S. de 18 de diciembre de 2003* 222

IV. **Régimen de visitas** 224

1. No se estima conveniente la pernocta del niño en el domicilio paterno durante la semana, dado el inevitable trastorno que ello supone en la rutina escolar diaria de un niño de 7 años. *AP BALEARES, Sec. 3.ª, S. de 14 de octubre de 2003* 224

2. No existe incongruencia en la sentencia que amplía el régimen de visitas aunque ninguno de los progenitores haya solicitado tal ampliación. *AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, S. de 18 de noviembre de 2003* 225

3. No existe obstáculo alguno para que se fije un régimen de visitas que comprenda dos tardes en los que los menores permanecerán con la madre, ya que las objeciones puestas por el padre en cuanto a que regresaran al domicilio familiar a las 8 de la tarde sin haber hecho los deberes, sin bañarse y sin cenar, carecen de trascendencia ya que son actividades que pueden realizar con la madre. *AP CUENCA, S. de 17 de diciembre de 2003.* 226

Página

V. **Vivienda familiar** 229

1. Extinción de la atribución del uso de la vivienda ya que la esposa no habita la misma habiéndose desplazado a otra ciudad sin que pueda tener trascendencia la alegación de que dicha situación es transitoria y provisional por obedecer a la necesidad de atender a la madre y a la abuela, siendo significativo a estos efectos que el menor acuda al colegio en dicha ciudad y no donde está la vivienda familiar. *AP BALEARES, Sec. 5.ª, S. de 3 de octubre de 2003* 229

VI. **Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio**. 231

1. Aun cuando el padre carece actualmente de trabajo, se ha acreditado que vendió el inmueble que fue domicilio familiar y que posee un Audi 4, por lo que podrá proceder a su venta y con el producto obtenido alimentar a su hijo. *AP VALLADOLID, Sec. 3.ª, S. de 4 de septiembre de 2003* 231

2. Se suprime la pensión alimenticia establecida en proceso matrimonial a favor de hija mayor de edad, que viene realizando trabajos esporádicos, pues no cabe exigir, dada la inestabilidad laboral actual y el régimen de contratación temporal predominante en el mercado, que la alimentista obtenga un trabajo fijo. Basta, pues, una cierta peridiocidad en el empleo para concluir que el acceso de la hija a la vida laboral, aunque sea periódico o irregular, impide la aplicación del art. 93 del CC. *AP MÁLAGA, Sec. 4.ª, S. de 12 de septiembre de 2003* 232

3. Se incrementa la pensión alimenticia a favor de la hija menor, pues la proporcionalidad se refiere no a ingresos sino a medios del obligado, y si tiene patrimonio exige aumentar la cuantía. El pago de las cuotas del préstamo hipotecario no afecta al importe de la pensión alimenticia por cuanto tienen su propio cauce de reembolso. *AP ALBACETE, Sec. 1.ª, S. de 26 de septiembre de 2003* 233

Página

4. Se incrementa la cuantía de la pensión alimenticia a favor de los hijos, puesto que el crecimiento de los hijos conlleva mayores necesidades y más gastos, además de los incrementos retributivos del obligado, y por encima de ciertos niveles, los alimentos no sólo cubren necesidades, sino existe un derecho subjetivo a participar en el nivel de vida de sus progenitores. *AP BADAJOZ, Sec. 3.ª, S. de 28 de octubre de 2003* 235

5. La carga de la prueba de los ingresos que obtiene el progenitor no custodio recae sobre él y no sobre el otro progenitor. *AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, S. de 17 de noviembre de 2003* 238

6. Imposibilidad de modificar la cuantía de la pensión alimenticia cuando se desconoce la capacidad económica de los cónyuges en el momento en que firmaron el convenio regulador. *AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 16 de diciembre de 2003* 239

VII. **Pensión compensatoria** 240

1. La concertación de nuevos préstamos por el obligado a satisfacer la pensión compensatoria no puede considerarse como alteración sustancial de las circunstancias, y no puede perjudicar a la beneficiaria, sino que sus consecuencias corresponde asumirlas a aquél. *AP ALBACETE, Sec. 1.ª, S. de 30 de septiembre de 2003* 240

2. El hecho de que la esposa haya heredado poco más de 18.030 euros no es causa suficiente para suspender o disminuir la pensión compensatoria. *AP VALLADOLID, Sec. 3.ª, S. de 31 de octubre de 2003* 241

3. Solicitada la pensión compensatoria en la separación y desestimada dicha petición no puede fijarse dicha pensión en el procedimiento de divorcio. *AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 9 de diciembre de 2003* 242

4. No existe obstáculo legal alguno para que la pensión compensatoria pueda solicitarse y obtenerse en un proceso de divorcio, máxime cuando en el precedente proceso de separación personal fue planteada en tiempo inoportuno, de manera que tal petición fue declarada judicialmente improcedente por extemporánea, "sin perjuicio del derecho (...) a solicitar dicha pensión compensatoria en un eventual procedimiento de divorcio posterior". *AP SEVILLA, Sec. 2.ª, S. de 27 de diciembre de 2003.* 243

Página

VIII. **Cuestiones procesales** 245

1. A pesar de que tanto el actor como el demandado solicitaron en su demanda principal y reconvencional el divorcio, siendo por causas distintas, debió seguirse el trámite de la reconvención previsto en la LEC, con traslado a la parte contraria para contestación a la misma. *AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, S. de 31 de octubre de 2003* 245

2. La exigencia de motivación de las sentencias no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todas las cuestiones, sino que las resoluciones deben apoyarse en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. *AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 7 de noviembre de 2003* 245

IX. **Convenio regulador** 246

1. Validez y eficacia del convenio regulador y del anexo suscrito por los cónyuges en el que el esposo se obligaba al pago de una determinada pensión compensatoria y del importe íntegro de la hipoteca con independencia de la liquidación de gananciales. *AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 20 de octubre de 2003.* 246

X. **Ejecución de sentencia** 248

1. No cabe la retroacción de los efectos de la sentencia de apelación modificando las medidas a la fecha en que se dictó la sentencia de instancia. *AP SEVILLA, Sec. 8.ª, Auto de 8 de octubre de 2003* 248

XI. **Regímenes económicos** 248

1. No existe presunción de ganancialidad de la deuda, negándose la inclusión en el pasivo de un crédito suscrito únicamente por el marido en fecha muy próxima al auto de medidas, no habiendo acreditado que fue destinado a la atención o en beneficio de la familia o a otros fines de los que dan lugar a la responsabilidad del haber ganancial. *AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, S. de 30 de septiembre de 2003* 248

Página

2. Carácter ganancial de las participaciones de la S.R.L. constituida constante la sociedad de gananciales, sin que la acreditación de la venta de un vehículo privativo de uno de los cónyuges haya destruido la presunción de ganancialidad en cuanto al capital utilizado para la constitución de la sociedad. Es indiferente que como socio aparezca únicamente uno de los cónyuges. *AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, S. de 31 de octubre de 2003* 249

3. Para que pudiesen incluirse en el activo de la sociedad de gananciales el importe de los alquileres del local comercial que se devengaron antes de disolverse la sociedad de gananciales sería preciso que se acreditase que dicho importe lo destinó el esposo a usos propios y no para subvenir obligaciones a cargo de tal sociedad. *AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, S. de 12 de noviembre de 2003* 251

XII. **Procedimientos de menores** 253

1. Se desestima la pretensión de acogimiento preadoptivo instado por la entidad pública, manteniéndose la vinculación de los padres biológicos de los menores, dada su mejoría desde el momento en que han invertido el dinero entregado por entidades públicas en la reforma de la vivienda, intentos y realización de trabajos como temporeros y sometimiento del padre a tratamiento de metadona, con los correspondientes análisis. *AP MÁLAGA, Sec. 4.ª, S. de 18 de septiembre de 2003* 253

2. Por vía del art. 158 del CC y a instancias del M. Fiscal se concede la guarda de aquéllos a la Administración, al haber cambiado la actitud de los padres biológicos desde la anterior sentencia que apreciaba riesgo pero no desamparo, al no haber cumplido con el seguimiento establecido, y por su comportamiento pasivo, ni siquiera han cubierto las necesidades mínimas en el ámbito sanitario, educativo e higiénico. *AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, S. de 25 de septiembre de 2003* 255

3. Revocación de la declaración de desamparo y entrega del menor a su madre sin perjuicio de adoptarse una serie de medidas de seguimiento tanto en relación con la madre como con el menor. *AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 19 de noviembre de 2003*. 257

Página

XIII. **Filiación** 265

1. Estimada la demanda de reclamación de paternidad, no procede excluir del ejercicio de la patria potestad a la madre que se opuso a la estimación de aquélla. *AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 20 de octubre de 2003* 265

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Filiación 273

1.1. Acreditado que el nacimiento ha acaecido pasados 300 días desde la separación de hecho de los cónyuges, procede anotar la filiación paterna no matrimonial. *R. de 2 de enero de 2004.* 273

2. Vivienda familiar 275

2.1. Denegada la inscripción de la atribución del uso de la vivienda familiar concedido a los hijos y a la esposa al aparecer en el registro como titular una sociedad, sin que sea obstáculo para ello que los únicos accionistas fueron en su origen ambos esposos, no pudiendo aplicarse la teoría del «levantamiento del velo». *R. de 18 de octubre de 2003* 275

2.2. No es ningún obstáculo para la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de uso atribuido en una sentencia matrimonial que no se establezca en la sentencia el período por el que se concede dicho uso. *R. de 20 de febrero de 2004*. 278

3. Menores 282

3.1. No se necesita autorización judicial para la extinción de un condominio del que en una porción de 5,7 % es titular un menor de edad, al estar debidamente representado por su madre. *R. de 2 de enero de 2004* 282

Página

4. Cambio de nombre 284

4.1. Desestimación de la solicitud de cambio de nombre de "Ramón" a "Rosario" por inducir a confusión en cuanto al sexo. *R. de 3 de noviembre de 2003* 284

5. Matrimonio 286

5.1. No se inscribe segundo matrimonio celebrado en 1957 entre dos españoles en Venezuela pues ella estaba ligada por un matrimonio anterior del que se divorció en Venezuela en 1954 y en España en 1984. El matrimonio ha subsistido hasta el divorcio de 1984, hay impedimento de ligamen, pues no se ha obtenido el necesario exequátur de la sentencia venezolana de divorcio. *R. de 10 de septiembre de 2003* 286

6. Regímenes económico-matrimoniales 288

6.1. Denegación de la inscripción de una escritura de capitulaciones matrimoniales en la que la única finalidad del documento es acreditar la residencia habitual común del matrimonio inmediata a su celebración a fin de determinar la prueba del régimen económico matrimonial legalmente aplicable. *R. de 8 de enero de 2004* 288

DERECHO CANÓNICO

— Teoría y vida. Un ensayo para aprendices de abogados matrimonialistas. *Santiago Panizo Orallo* 293

TRIBUNA ABIERTA

— Régimen jurídico de las pruebas biológicas. *Carmen García Poveda* 301

Página

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Proposición de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para proceder a la creación de la jurisdicción de familia 323

— Proposición de Ley de modificación del Código Civil para posibilitar el acceso al procedimiento de divorcio sin necesidad de un previo proceso judicial de separación 325

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

— Publicaciones y Noticias 331

AVANCES JURISPRUDENCIALES

— Avances jurisprudenciales 339

Estudios Doctrinales

REPRESENTACIÓN LEGAL DE MENORES Y ABUSO DE PODER REPRESENTATIVO (*) (1)

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ
Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Málaga

MARÍA JOSÉ GARCÍA ALGUACIL
Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Málaga

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. ABUSO DE PODER Y EXCESO DE PODER EN LA REPRESENTACIÓN LEGAL PATERNA

II. EL MODELO ALEMÁN DE PROTECCIÓN FRENTE A POSIBLES ABUSOS: LA LEY DE 25 DE AGOSTO DE 1998, LLAMADA *MINDERJÄHRIGENHAFTUNGSBESCHRÄNKUNGSGESETZ,* POR LA QUE SE REFORMÓ EL BGB

III. INSUFICIENCIA DE LOS MECANISMOS USUALES ADOPTADOS POR LOS DISTINTOS CÓDIGOS CIVILES

1. El control judicial.
2. La responsabilidad de los representantes legales frente a los representados como solución incompleta.

IV. PRIMERAS SOLUCIONES

1. La solución sancionadora: la privación de la patria potestad.
2. La solución preventiva: la aplicación de las medidas previstas en el art. 158 del CC.

(*) Este trabajo ha sido publicado en el Tomo III de *Estudios en Homenaje al profesor L. Díez Picazo,* Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

V. LAS ALTERNATIVAS MÁS PROBABLES

1. La rescisión contractual como alternativa.
2. La vía alemana como solución intermedia entre los intereses del menor y la tutela del tráfico jurídico: la limitación de la responsabilidad frente a terceros.
3. La medida más drástica pero la más factible de *lege lata:* la nulidad del acto o negocio celebrado a través de la remisión al artículo 1259 del CC como pauta general.
4. Una medida complementaria: la responsabilidad directa de los representantes legales frente a los terceros.

VI. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS SOLUCIONES PROPUESTAS

1. Base constitucional de la tutela íntegra del menor. La experiencia alemana.
2. Planteamiento de la cuestión en el Derecho español.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. ABUSO DE PODER Y EXCESO DE PODER EN LA REPRESENTACIÓN LEGAL PATERNA

La representación legal como fenómeno jurídico general y unitario, al margen de sus manifestaciones más destacadas (la patria potestad o la tutela), ha sido siempre uno de los temas menos estudiados en la doctrina nacional y extranjera, por contraposición a la representación voluntaria, cuyo conocimiento puede considerarse hoy prácticamente completado en nuestro país a partir del excelente trabajo sobre *La representación en el Derecho privado* (Civitas, 1979) de quien aquí pretendemos homenajear, el profesor D. Luis Díez-Picazo. Este trabajo aspira a ser una modesta aportación a un aspecto concreto de la representación legal poco conocido pero de una gran actualidad, dada la creciente preocupación social y legal por la protección de los menores: nos referimos al abuso del poder representativo de los padres (también de los tutores) respecto de sus hijos menores, y las repercusiones jurídicas que ello trae consigo.

Constituye un problema escasa o defectuosamente resuelto por los distintos ordenamientos jurídicos el de los mecanismos legales para evitar con carácter preventivo, o solventar con posterioridad una vez producidas, las consecuencias negativas de una decisión paterna, en el ámbito de su actividad de representación legal. Con frecuencia, los padres representantes legales toman decisiones y celebran actos o negocios jurídicos con terceros en nombre o en interés de sus

hijos menores representados que pueden afectarles patrimonialmente de manera muy negativa, hasta el punto incluso de generar vínculos obligacionales o responsabilidades económicas de elevada cuantía o larga duración temporal. La práctica viene demostrando que los padres, en su actuación como representantes legales y administradores de los bienes de los hijos menores, pueden tomar decisiones de gran trascendencia para el futuro patrimonial (también personal) de éstos. A veces una decisión puede resultar errónea, bien en sus planteamientos iniciales, en el sentido de que se opta por el camino equivocado (vender cuando no debía venderse, adquirir o contratar servicios a precios demasiado elevados habiendo otras ofertas más económicas…), bien en su desenvolvimiento o en su resultado final (se dejan pasar los plazos de reclamación de un crédito, no se cumplen algunas de las obligaciones nacidas del negocio, generándose el deber de resarcir al tercero daños por incumplimiento…). En cualquiera de los casos, la repercusión de la actuación representativa o de administración en el patrimonio del menor puede generar a éste una merma patrimonial considerable, o la asunción de compromisos futuros o el nacimiento de deudas abultadas, que, de haberse obrado en el sentido adecuado, se habrían evitado.

Aun cuando no es una cuestión estrictamente limitada al campo de la representación legal, puesto que afecta también por hipótesis al resto de ámbitos de intervención paterna en cumplimiento de sus deberes legales —es más, son imaginables situaciones lesivas por carencia o negativa a la representación cuando las circunstancias objetivas lo exigían—, parece que es en el desenvolvimiento de las funciones representativas donde más frecuentemente se van a presentar los problemas, y en donde el conflicto de intereses se puede manifestar más agudamente. Por otro lado, hay que decir que nos centraremos en exclusiva en la representación legal paterna, por ser los padres en teoría los sujetos representantes legales que gozan de mayor amplitud de facultades, por comparación con los tutores y demás representantes legales, lo cual no significa que las conclusiones que se obtengan no puedan ser aplicadas a ellos [1].

Como puede suponerse, las situaciones cuyo análisis nos interesa, dejando de lado los casos en que no hay propia actividad representativa, pueden ser técnicamente encuadradas bien en la figura del abuso del poder representativo (en este caso, abuso de la representación legal), bien incluso en la de "exceso o extralimitación de poder" (representativo legal). Cuando un representante legal,

---

[1] Muy al contrario, creemos que esas conclusiones serán perfectamente trasladables, a pesar de sus evidentes diferencias estructurales —constitución y control judicial de los cargos tutelares—, a los tutores (tutela de menores, sobre todo, aunque también incluso a la tutela de incapaces). Debe sin embargo advertirse el diferente ámbito de actuación representativa de los tutores en comparación con los padres titulares de la patria potestad, así como de los mecanismos legales a disposición de los tutelados en defensa de sus intereses, temas en los que no podemos entrar con el necesario detenimiento.

actuando en nombre o en general en interés del menor, decide realizar actos o negocios jurídicos frente a terceros (2), y lo hace de manera irregular, se hace especialmente compleja la distinción entre abuso de poder y exceso de poder. Muchas veces no es fácil delimitar si la actuación en forma contraria o perjudicial a los intereses (objetivos) del menor constituye un caso de exceso o extralimitación de poder, por manifestarse un choque o "conflicto" de intereses entre padre e hijo (3), o si se trata más bien de un supuesto típico de "abuso de poder", en cuanto se ha actuado dentro de la órbita legalmente asignada a los representantes, pero incumpliendo el fin básico de los poderes atribuidos, que no es otro que la satisfacción del interés del menor. Quizás por eso es por lo que sugerimos un tratamiento en cierto modo conjunto o unitario de las dos figuras, en materia de representación legal (4).

---

(2) Partimos del concepto de representación dado en su momento por DÍEZ-PICAZO, *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979, pág. 64, como gestión de asuntos o intereses ajenos en relación con terceras personas, concepto que hoy es aceptado de forma generalizada por la doctrina civilista española.

(3) Obviamente, todo dependerá de la amplitud o sentido que quiera darse a la expresión "conflicto de intereses", que está en la base de la exclusión legal de la representación legal (art. 162.2.º del CC). A estos efectos, el citado artículo 162.2.º excluye a los padres de la representación de sus hijos en los supuestos de "conflicto de intereses", lo que por tanto implicará la ineficacia de lo actuado en ese ámbito. Sobre el sentido y alcance de la citada expresión, *vid.* MORENO MARTÍNEZ, J.A., *El defensor judicial*, Madrid, 1989, págs. 132 y 137, quien recoge además como causas posibles de conflicto padres-hijo menor las conductas omisivas, o la satisfacción de intereses de terceros (págs. 96 y 98). *Vid.* también, en una línea más restrictiva, FLORENSA I TOMAS, C.E., *El defensor judicial*, Madrid, 1990, págs. 60 y ss.; o SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., "El conflicto de intereses en el ejercicio de la patria potestad en el Código de familia de Cataluña", *Revista Jurídica de Cataluña*, 2001-3, págs. 646 y 647.

(4) En la representación voluntaria, la cuestión de la distinción entre abuso y exceso de poder resulta mucho más fácil de resolver, porque interviene el propio representado, quien con su voluntad específica al celebrar el contrato de gestión, o al otorgar el negocio de apoderamiento, delimita, con más o menos claridad y diligencia, el campo de actuación del representante. Cuestión distinta son los efectos derivados de uno u otro tipo de irregularidad, tema en el que la doctrina manifiesta una cierta dispersión. Por supuesto, no en lo concerniente al exceso o extralimitación de poder, cuya consecuencia jurídica prevé directamente el artículo 1259 del CC (aunque también sabemos de las dudas doctrinales y jurisprudenciales sobre si dicha norma acoge un caso de nulidad absoluta, o de negocio incompleto); sino en cuanto al abuso de poder, no explícitamente regulado, y al que unos autores anudan el mismo efecto que al exceso de poder, y otros autores, un efecto peculiar (el de dar lugar a un deber de resarcimiento entre representante y representado, sin verse afectadas las relaciones externas entre este último y el tercero con el que se contrata o frente al cual se gestiona). Sobre el tema, *vid.* por todos BADENAS CARPIO, *Apoderamiento y representación voluntaria*, Pamplona, 1998, págs. 279 y 280, quien resume las distintas posturas sobre las repercusiones jurídicas del abuso de poder, aunque siempre en relación a la representación voluntaria, y no legal.

La regulación de la patria potestad, y en concreto de la representación y administración legal de los padres, deja en principio abiertos y sin regulación explícita campos muy extensos de posible intervención (o de no actuación o posible conducta inadecuada) en donde son posibles efectos negativos para el menor (5). En esas situaciones, y partiendo sobre todo de supuestos de menores con un cierto patrimonio (por ejemplo, adquirido por sucesión hereditaria o a través de donaciones de terceros), la posibilidad de un abuso del poder de representación concedido legalmente a los padres resulta altamente probable. Partiendo, pues, de que tal abuso consiste, como suele señalar la doctrina en relación a la representación voluntaria (6), en la actuación dentro de los límites del poder pero en contra del fin para el que fue concedido (el interés del menor representado), difícilmente puede descartarse la existencia de abuso de poder cuando la operación misma realizada, o los resultados de la gestión, han acabado perjudicando patrimonialmente al representado. Téngase en cuenta que el concepto de abuso de poder, en su sentido más general, aplicable a ambos tipos de representación, no aparece mediatizado por la intencionalidad del agente ni por la conducta desarrollada. Habrá, pues, tal abuso cuando el representante no ha cumplido el fin u objetivo para el que se proporcionó la facultad de afectación del patrimonio ajeno, con independencia de la conducta más o menos diligente observada. Esa diligencia o negligencia podrá tener acaso relevancia en las relaciones (internas) entre representante y representado (a los efectos de, por ejemplo, reclamarle o no responsabilidades por una gestión incorrecta y jurídicamente imputable), pero no necesariamente para excluir el abuso de poder representativo, figura que despliega sus efectos más allá de esa relación (7).

Cuestión distinta de la existencia o no de una actuación abusiva de los padres serán los efectos o repercusiones jurídicas de esa actuación lesiva en el

---

(5) Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de adquisición de derechos de crédito para el menor, de los que pueden nacer cargas y responsabilidades importantes, sobre todo si surgieron mediante un contrato bilateral, y a los que no alude en ningún momento nuestro Código, salvo cuando se trata de enajenar derechos primordialmente de naturaleza real. *Vid.* VENTOSO ESCRIBANO, *La representación y disposición de los bienes de los hijos,* Madrid, 1989, págs. 238 y 239.

(6) Así se expresa DÍEZ-PICAZO, ob. cit., pág. 198, para quien el abuso de poder implica una utilización del mismo para una finalidad distinta de la perseguida por el poderdante y en función de unos intereses distintos de los de éste. *Vid.* también, entre otros, SERNA MEROÑO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XVII, Vol. 1-A, Madrid, 1993, pág. 510, quien habla de "desvío" en el ejercicio del poder, aunque formalmente se cumplan con todas las exigencias y se actúe dentro de sus límites formales.

(7) No deja de haber abuso por el hecho de que, incumpliendo la carga o el deber de actuar en interés siempre del representado, no conste que se haya a la vez buscado por parte del representante un interés propio suyo.

campo de la representación legal, que pueden ir desde la más total impunidad o inexistencia de consecuencias para los representantes, habida cuenta de que se trata de una representación necesaria y falible al ser desempeñada por seres humanos, hasta la ineficacia parcial o total del acto realizado, acompañada o no de responsabilidad de los citados representantes, como comprobaremos a continuación.

Ya en relación a la representación voluntaria, la doctrina estudiosa de la misma no se pone de acuerdo sobre las repercusiones jurídicas anudadas a ese abuso de poder representativo. Se duda sobre si aplicar el mismo régimen que los casos de exceso o extralimitación de poder, regidos por el artículo 1259 del CC, o dar una respuesta distinta. Hay autores que consideran que, ante la carencia de regulación, la solución más coherente consiste en la equiparación entre exceso de poder y abuso de poder, considerando que el negocio así realizado sería anulable y a la vez susceptible de ratificación por el representado, sin perjuicio de la conveniente tutela del interés del tercero que obró de buena fe al contratar, el cual deberá ser respetado al haberse obrado dentro de los límites formales del poder (8). Mientras tanto, hay otro sector que separa netamente las dos figuras, por tener consecuencias distintas, y aplica en concreto al abuso de poder el efecto de hacer surgir entre representante y representado únicamente un deber de resarcimiento, manteniendo frente a tercero el efecto del negocio o acto celebrado en tanto hubiese obrado de buena fe (9).

Desde nuestro punto de vista, existen motivos para plantear específicamente la cuestión del abuso de poder (y exceso de poder) en la representación legal, de manera diferenciada y separada a lo que sucede en la representación voluntaria. Para ello, y sin que se nos pueda achacar un cierto prejuicio de desconfianza hacia la actuación paterna, tan en boga últimamente a nivel social e incluso a nivel legal, debemos situar la cuestión en sus justos términos. No es posible dudar que, en la actualidad, la intervención de los padres y tutores de menores gira, como no podía ser de otro modo, alrededor de la preponderancia absoluta del interés del menor, por encima de cualesquiera otros intereses en juego que pudieran existir. Ello es fruto de la presunta situación de inferioridad en la que se encuentran estos sujetos, de la que parte el propio legislador para asignar a determinados sujetos poderes de representación o sustitución plena o casi plena

---

(8) Ésta parece ser la postura de SERNA MEROÑO, ob. cit., pág. 511, quien sigue la postura manifestada en alguna sentencia aislada por el Tribunal Supremo (concretamente, se cita la STS de 5 de febrero de 1969).

(9) Ésta es la posición de DÍEZ-PICAZO, ob. cit., págs. 198 y 199, quien considera que no es efectiva frente a terceros esa desviación del apoderado, salvo cuando el tercero hubiese obrado de mala fe, en cuyo caso habría nulidad del contrato por causa ilícita.

de aquéllos, sin tener en cuenta, en principio, sus opiniones o deseos, pero ello siempre con la contrapartida de la plena y total protección de sus intereses.

Obviamente, el abuso o el exceso de poder están en estrecha dependencia con lo que se entienda que constituye el ámbito estricto de la representación legal paterna, cuestión esta a la que no podemos dedicar la atención que se merece por exceder los límites de este trabajo (10). En cualquier caso, un análisis exhaustivo del ámbito y límites de la actuación paterna en nombre e interés de los hijos menores nos llevará a conclusiones seguramente sorprendentes. A nuestro juicio, y de forma esquemática, los padres, a pesar de la indeterminación legal y de una cierta tendencia doctrinal favorable a su generalizada intervención en lugar de sus hijos, tienen fuertemente restringidas sus facultades, que en general deben limitarse a actos netamente conservativos, evitando los actos de tipo especulativo, por los graves riesgos que pueden generar para el patrimonio actual o futuro del hijo menor. Del mismo modo, creemos que tampoco existe representación legal, y por tanto no pueden plantearse problemas de "abuso de poder" (aunque acaso sí de exceso de poder) en los casos en que los padres actúan en cumplimiento del resto de sus deberes legales (11) (de asistencia, educación, formación, etc.) (12). Al margen de estas consideraciones sobre el ámbito de la representación legal, nuestra misión, sin embargo, será, dejando por el momento imprejuzgada la cuestión de los efectos del abuso de poder, analizar qué medidas legales han existido y existen, en el específico ámbito de la representación legal de menores, cuando se produce un ejercicio de la facultad representativa contraria a su fin natural, es decir, contraria a los intereses (básicamente, patrimoniales) del menor.

---

(10) Confiamos en poder hacerlo en otro momento y lugar, dada la enorme trascendencia de una cuestión como ésta, de la que depende el alcance y eficacia misma de la institución de la representación legal.

(11) Desde nuestro punto de vista, la imposición legal a los padres de deberes de asistencia, educación o formación —por poner los más significativos a estos efectos— debe conllevar necesariamente la exclusión de estos campos de la representación legal. Así pues, la celebración de contratos con terceros para la educación, para la formación musical o de idiomas, así como de servicios médicos o asistenciales, no deben poder recaer sobre el patrimonio del menor —a través de la representación legal— cuando legalmente son deberes impuestos a los padres.

(12) Sin olvidar el cada vez mayor campo de propia autonomía del menor, reconocido por las leyes, en especial a partir de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 1996, a la vista del principio o máxima recogido en el art. 2, párrafo 2, de dicha Ley, que parece restringir fuertemente las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores. Tampoco este tema puede ser analizado con detenimiento en esta sede.

II. EL MODELO ALEMÁN DE PROTECCIÓN FRENTE A POSIBLES ABUSOS: LA LEY DE 25 DE AGOSTO DE 1998, LLAMADA *MINDERJÄHRIGEN-HAFTUNGSBESCHRÄNKUNGSGESETZ,* POR LA QUE SE REFORMÓ EL BGB

El planteamiento de toda esta problemática sobre el abuso y exceso de poder en la representación, así como sobre sus posibles soluciones, ha llegado recientemente al Derecho alemán, el cual, a través del modelo recogido en la Ley sobre Limitación de responsabilidad de los menores (o *Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz,* en adelante MindHBG), ha sido el primer ordenamiento que ha intentado una respuesta razonable a toda esta temática. Esta Ley ha supuesto primordialmente la reforma del BGB y la introducción, entre otras modificaciones, de un nuevo precepto, el parágrafo 1629a del BGB, que ha venido a dar nueva forma al peliagudo tema, dentro de la regulación de la *Elterliche Sorge* (nuestra "patria potestad"), del régimen de responsabilidad de los actos y negocios realizados por los padres (y demás representantes legales, generales o *ad hoc*) de los menores, cuando dichos actos puedan lesionar o gravar para el futuro el patrimonio de éstos.

El origen de esta Ley se halla en una resolución del BVefG o Tribunal Constitucional alemán *(Bundesverfassungsgericht)* del año 1986, en la que se planteaban los problemas que podrían derivarse para el patrimonio del menor por los actos de sus representantes legales (en el caso, se trataba de deudas de elevada cuantía derivadas de la sucesión en actividades comerciales del padre fallecido) , en cuanto una decisión inadecuada de aquéllos (en el caso, un reconocimiento de deuda de la madre representante legal de sus dos hijos menores, ascendente a la suma de 850.000 DM), realizada dentro de su órbita representativa, podía acabar gravando de manera permanente el patrimonio del hijo mucho más allá de su mayoría de edad [13].

Como ha señalado BEHNKE [14], el BVerfG fundamenta la nulidad parcial de esos actos lesivos en la infracción del derecho general de la personalidad del art. 2.1 de la Constitución alemana (GG), entendiendo incompatible con este derecho el que el menor pueda ser dejado tras su mayoría de edad con unas elevadísimas deudas fruto de la actividad representativa de sus padres.

---

[13] La referida sentencia del Tribunal Constitucional alemán puede consultarse en la revista *Neue Juristische Wochenschrift, NJW,* 1986, Heft 30, págs. 1859 a 1861.

[14] BENKE, Thorsten, "Das neue Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz", en *NJW*, 1998, Heft 42, pág. 3078.

Para solventar estos posibles inconvenientes, y en aras de una mejor protección del futuro desarrollo personal y patrimonial del menor, una vez alcanzada la mayoría de edad, el citado parágrafo 1629a del BGB ha venido a establecer un régimen de "responsabilidad limitada" del patrimonio del menor por dichos actos y contratos, en el sentido de restringir esa responsabilidad a los bienes del menor preexistentes a la entrada en la mayoría de edad.

La doctrina estudiosa de la materia se planteó, ya antes de la reforma, los cauces más adecuados para dar respuesta a esta necesidad planteada por el BVerfG alemán, defendiendo unos el aumento del listado de actos de los representantes legales que debían ser fiscalizados por la autoridad judicial, y otros la fórmula de la limitación de la responsabilidad patrimonial del menor. Esta última fue la que acabó prosperando con la Ley de 1998 (15).

Las conclusiones que se deducen de la introducción de este nuevo parágrafo en el BGB parecen obvias: el legislador alemán se ha percatado no sólo de los peligros que supone la autonomía paterna para intervenir por sí solos en defensa de los intereses del menor, sino incluso de la insuficiencia del control judicial sobre los actos y negocios dispositivos que puedan realizar los padres en representación de sus hijos menores, en cuanto que no se prevé legalmente una supervisión judicial ulterior de la ejecución y cumplimiento (o incumplimiento) de los mismos. Se puede de ese modo acabar perjudicando gravemente la posición de los menores, a pesar incluso de que el acto o negocio realizado se encuentre dentro de la órbita de lo permitido legalmente a los padres, e incluso haya sido objeto de previa o simultánea supervisión por la autoridad judicial (16). En el fondo, el Tribunal Constitucional y el legislador alemán no hacen otra cosa que darse cuenta de que los intereses de sujetos especialmente desvalidos, como los menores, merecen una protección integral, que no puede limitarse a los mecanismos tradicionales, por demostrarse insuficientes.

Este mecanismo protector establecido por la nueva ley alemana, aunque en su origen estaba limitado al supuesto concreto tratado por la sentencia del BVerG (continuación de una actividad empresarial por los representantes lega-

---

(15) Sobre el tema, *vid.* de nuevo BEHNKE, ob. cit., págs. 3078 y 3079.

(16) Como ha señalado acertadamente WOLF, M., "Vermögensschutz für Minderjährige und handelsrechtliche Haftungsgrundsätze", *Archiv für die civilistische Praxis*, 1987, Heft 4-5, pág. 323, la exigencia de autorización judicial para una responsabilidad ilimitada no es solución conveniente, porque normalmente los Tribunales no la concederían para deudas sin límite, por lo que el problema permanecería sin solución en la mayoría de los casos.

les de los hijos menores herederos) (17), ha terminado por generalizarse a todo tipo de actos negociales. En este sentido, la restricción de la responsabilidad patrimonial del menor a sus bienes anteriores a la mayoría de edad afecta a toda suerte de actos o en general de acciones: v. gr., actos y negocios concluidos por los padres en representación de sus hijos, relaciones específicas con terceros que produzcan efectos para el hijo, actividad sucesoria de los hijos y sus repercusiones, e incluso a actos autorizados judicialmente por el Tribunal de tutelas *(Vormundschaftgericht),* así como a los actos realizados por los propios hijos pero en los que es precisa la aprobación de los padres (§ 111 del BGB). En cambio, no alcanza, como es obvio, a aquellos actos que el menor puede realizar por sí mismo, sin sustitución ni asistencia de sus padres o tutores, como son los supuestos de "dinero de bolsillo" o *Taschengeld* del § 110 del BGB.

Del mismo modo, la nueva norma se aplica con carácter general a todos los posibles representantes legales, por tanto no sólo a los padres en el desempeño de sus funciones paternas (18). Así, alcanza a los actos representativos de los padres, los tutores, los ejecutores testamentarios, procuradores, apoderados especiales administradores de herencias, consocios, etc.

Aunque la doctrina ha intentado resolver los distintos problemas aplicativos de este nuevo régimen, entre ellos los concernientes, por ejemplo, a las consecuencias en el ámbito de las obligaciones bilaterales o recíprocas (19), o de las obligaciones de larga duración (20), la posición adoptada por el legislador alemán puede ser, ciertamente, objeto de diversas consideraciones, e incluso de algunas críticas.

Así, en primer lugar, y a pesar de la disputa doctrinal y de las opiniones que han pretendido o al menos planteado la adopción de posiciones eclécticas o de complemento recíproco de las distintas formas de protección, la reforma legal del BGB implica, en realidad, el reconocimiento de la insuficiencia de la fórmula de la autorización judicial previa de los actos patrimoniales, que presenta múltiples inconvenientes, destacados por la doctrina. Básicamente, se ha criticado el que constituiría frecuentemente un mero pronóstico o decisión que correría el peligro de equivocarse en el análisis de la situación, dada su ejecu-

---

(17) STRÄTZ, ob. cit., pág. 333.

(18) Así lo afirman claramente HABERSACK, M., y SCHNEIDER, P., "Haftungsbeschränkung zugunsten Minderjähriger – aber wie?", *Familienrecht Zeitung*, Heft 11, 1 de junio de 1997, págs. 651 y 652.

(19) Tema aceptablemente resuelto por LÖWISCH, M., "Beschränkung der Minderjährigenhaftung und gegenseitiger Vertrag", *NJW*, 1999, Heft 14, págs. 1002 a 1004.

(20) *Vid.* HABERSACK-SCHNEIDER, ob. cit., pág. 653.

ción en un largo plazo de tiempo (21). Todo ello, como es obvio, debe ser sopesado de manera especial y minuciosa en su traslación al Derecho español.

Por otro lado, la solución propuesta por el BverfG alemán implicó en su momento un encargo al legislador, no para proscribir la patria potestad (la *Elterliche Sorge*) como institución protectora (22), ni siquiera para hacer ineficaces para el menor cualquier acto o conducta lesiva para su patrimonio procedentes de sus representantes legales, sino solamente para que prohibiera una regulación que pudiera llevar al menor a su mayoría de edad con deudas elevadas, como consecuencia del poder de representación legal concedido a padres, tutores y demás sujetos (23). Hay una idea subyacente tanto a la resolución del Tribunal Constitucional alemán como a la reforma legal, de no llevar hasta el extremo la defensa de los intereses del menor, y de compensar los perjuicios que podrían sufrir los terceros que contrataron con los representantes legales, a través de una vinculación o afectación patrimonial limitada a sólo los bienes subsistentes a la entrada en la mayoría de edad, evitando así que la liberación de las deudas quede totalmente al arbitrio del deudor (menor) (24). Pensando en el interés de los terceros contratantes, la única posibilidad que cabría a éstos, a juicio de la doctrina, de conseguir el cumplimiento de las obligaciones asumidas, es exigir por anticipado a los propios padres la constitución de garantías específicas (25).

---

(21) Así, HABERSACK-SCHNEIDER, ob. cit., pág. 650; también BEHNKE, ob. cit., pág. 3079.

(22) Ésta ha sido, sin embargo, la tesis defendida por RAMM, T., "Die gesetzliche Vertretung durch die Eltern: überholt und verfassungswidrig", *NJW*, 1989, Heft 28, págs. 1708 a 1712, quien, a la vista de la citada resolución del BVerfG de 1986, ha propuesto la inconstitucionalidad de la institución de la representación legal paterna, sobre la base de la tutela plena del derecho general de la personalidad del menor (art. 2 de la Constitución alemana), con el fin de evitarle cualquier clase de perjuicio derivado de una incorrecta actuación paterna. Considera dicho autor a la representación legal como incompatible con el derecho de autodeteminación del menor, a pesar del reconocimiento del derecho paterno al cuidado de los hijos (art. 6 de la Constitución Federal), y propone que se recurra los contratos a favor de tercero (§ 328 del BGB) o los llamados "contratos con efectos protectores" (v. gr. contratos con guarderías o jardines de infancia, escuelas privadas o contratos de vigilancia personal) para lograr los mismos fines, sin por ello lesionar patrimonialmente al menor.

Su posición ha sido duramente criticada por SCHMIDT, K., "Die gesetzliche Vertretung durch die Eltern: notwendig und verfassungsmässig", *NJW*, 1989, Heft 28, págs. 1712 a 1715.

(23) HABERSACK-SCHNEIDER, ob. cit., pág. 649.

(24) Esta idea se puede encontrar en HABERSACK-SCHNEIDER, ob. cit., pág. 650.

(25) BEHNKE, ob. cit., pág. 3080.

Entre las críticas, la primera y quizás más importante, la de constituir una fórmula que se vislumbra aún como insuficiente y parcial, en cuanto no sirve para solucionar todos los problemas. Piénsese, al respecto, en que la restricción de la responsabilidad patrimonial a los bienes preexistentes en el patrimonio del hijo a la entrada en la mayor edad, puede resultar tremendamente perjudicial al menor, v. gr. en aquellas ocasiones en que el menor tuviese bienes o dinero en elevada cuantía (fruto de adquisiciones hereditarias o donaciones previas, o de su esfuerzo laboral, profesional o intelectual o de su fama social), y éstos acabasen consumidos por una nefasta actuación de los progenitores. Quizás hubiera sido más lógico la adopción de una solución más estricta, de mayor alcance y más sencilla en su aplicación, aun cuando ello pudiera suponer una cierta afectación de los terceros contratantes o del tráfico jurídico en general (26). Ha de reconocerse, no obstante, el mérito del legislador alemán por dar respuesta a una cuestión tan escasamente tratada hasta entonces por la doctrina europea.

Otras críticas menores han sido vertidas por los autores alemanes estudiosos de la reforma, como la de poder ser utilizada esa limitación de responsabilidad con finalidad fraudulenta, preconstituyendo negocios con efectos más allá de la mayoría de edad, en daño de los terceros contratantes (27). Pero se trata en cualquier caso de un inconveniente que se enmarca dentro de la problemática general de los actos fraudulentos, que tiene su solución a través, por ejemplo, de la norma que condena al pago de daños y perjuicios por una actuación contraria a las buenas costumbres (§ 826 del BGB).

III. INSUFICIENCIA DE LOS MECANISMOS USUALES ADOPTADOS POR LOS DISTINTOS CÓDIGOS CIVILES

Como fácilmente ha podido colegirse del análisis de la doctrina y jurisprudencia alemanas, las soluciones tradicionales ante las repercusiones económicas negativas para el menor procedentes de la actuación de sus padres-representantes legales, resultan hoy insuficientes e inadecuadas para la problemática

---

(26) Esta conclusión subyace a las opiniones radicales de RAMM, ob. cit., págs. 1708 y ss., al defender la inconstitucionalidad de la representación legal paterna. Es obvio —y en esto la doctrina alemana está conforme— que, entre la protección del menor y la tutela del tráfico jurídico, debe prevalecer el interés de aquél. Quizás por ello, sin llegar al extremo de RAMM, debe reconocerse que no son satisfactorias las soluciones del legislador alemán de 1998, y que quizás hubiera sido preferible la opción de considerar la aplicación de los efectos propios del "representante sin poder", cuando se produzca una lesión en el patrimonio del menor derivada de la inadecuada gestión paterna, tal como hace tiempo propuso GERNHUBER (opinión tomada del propio RAMM, ob. cit., pág. 1708).

(27) Así, BEHNKE, ob. cit., pág. 3082.

planteada. Se trata a continuación de comprobar la certeza de esas ideas en su traslación al Derecho español.

1. EL CONTROL JUDICIAL

El mecanismo tradicionalmente empleado en los distintos Códigos civiles para controlar las actuaciones abusivas o lesivas en general para el patrimonio o la persona del menor representado, ha sido el de exigir la autorización judicial previa (o a lo sumo, inmediatamente posterior) para todos aquellos actos de cierta trascendencia económica o personal. La concesión de una autorización o aprobación por el juez al negocio propuesto por los padres inviste a éste de una legitimidad suficiente [28] a efectos impugnatorios: la concurrencia de ese elemento o requisito externo impide considerar como antijurídico el acto, a menos que se presente algún defecto intrínseco o interno, afectante a los consentimientos prestados o a la causa del negocio (cuando no haya sido descubierta por la autoridad judicial).

Sin embargo, el control judicial no siempre se puede considerar satisfactorio. En primer lugar, porque esa autorización o aprobación se limita a juzgar sobre la utilidad o necesidad del acto para el patrimonio del menor, sin que necesariamente se incida en otros aspectos, como el de las repercusiones reales en dicho patrimonio. El juez emite un juicio apriorístico sobre la procedencia o no de la decisión paterna o tutelar desde el punto de vista de la oportunidad del acto que se pretende realizar.

Obviamente, el desarrollo o desenvolvimiento del negocio autorizado, a la vista de la normativa española sobre patria potestad, no lo controla el juez, y es ahí donde pueden surgir los problemas [29]. Así se ha puesto de manifiesto por la doctrina alemana estudiosa de la *Elterliche Sorge* y de la nueva normativa sobre limitación de responsabilidad de los menores [30].

---

[28] Como ha dicho FERRI, "Della potestà dei genitore", arts., 315-342. *Comentario dei Códice Civile Scialoja-Branca,* Bologna-Roma, pág. 12, el control judicial no está llamado a sustituir a los progenitores, sino a realizar un juicio de legitimidad sobre el acto, legitimidad de la que carecerá un acto o negocio que conlleve desviación o abuso de poder.

[29] Hay, sin embargo, autores, v. gr. VENTOSO ESCRIBANO, ob. cit., pág. 223, que todavía consideran suficiente, en teoría, la autorización judicial para una serie de actos, sin mayores exigencias posteriores.

[30] Vid. sobre el tema las opiniones de WOLF, "Vermögensschutz für Minderjährige und handelsrechtliche Haftungsgrundsätze", *AcP,* 1987, págs. 323 y 324, o de HABERSACK-SCHNEIDER, "Haftungsbeschränkung zugunsten Minderjähriger – aber wie?", *Familienrecht Zeitung,* Heft 11, 1 junio 1997, pág. 650.

Acaso se podría defender la necesidad de un nuevo control judicial sobre el desenvolvimiento del acto o contrato. Pero esta alternativa, ni tiene respaldo en la ley, al exigir una interpretación muy forzada de los preceptos legales (básicamente, el art. 166 del CC), ni constituiría, caso de admitirse, una solución aceptable, ya que podría volver a reproducirse esa actuación omisiva o dañosa de los representantes legales en momentos posteriores, con lo que no se evitaría el problema de fondo, que no es otro que un ejercicio inadecuado de los poderes representativos en daño del patrimonio de los representados, como ha demostrado la doctrina alemana estudiosa de la materia.

Es cierto, por otro lado, que la existencia de posibles actos o negocios que quedan excluidos del control judicial no implica la concesión de libertad absoluta a los padres y por tanto la innecesariedad de que concurra una causa justificada en la necesidad o la utilidad para hacer legítimo y eficaz el acto correspondiente (31). La actuación de los representantes legales está siempre y en todo caso sujeta a un posible examen posterior sobre la corrección del acto en relación al fin al que está preordenado, esto es, la satisfacción de los intereses del menor representado. Sin embargo, resulta evidente que la falta de control judicial previo en estas situaciones en las que no se exige, hará poco probable, si no nos planteamos nuevas vías de protección, la impugnación del acto *a posteriori,* dada la concurrencia de otro interés digno de protección, como es el del tercero que contrató con los padres o que confió en general en que su actuación se desenvolvía dentro de los márgenes legales.

2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS REPRESENTANTES LEGALES FRENTE A LOS REPRESENTADOS COMO SOLUCIÓN INCOMPLETA

Por otro lado, la alternativa consistente en la responsabilidad patrimonial de los padres como gestores-administradores, frente a sus representados, no siempre es suficiente. Primero, porque con frecuencia los padres carecen de patrimonio suficiente o de ingresos que garanticen el resarcimiento de los daños patrimoniales sufridos por el menor. Segundo, porque no siempre será posible la responsabilidad de éstos, ya que responden por culpa o dolo. En este último aspecto, además, no está en absoluto claro cuál es, en el Derecho español, el régimen de responsabilidad de los padres, frente a sus hijos representados, por una incorrecta o inadecuada gestión, aunque es usual en la doctrina recurrir a las reglas generales sobre responsabilidad (contractual), utilizándose el módulo

(31) Parece sin embargo sostenerlo VENTOSO, ob. cit., pág. 235, respecto de determinados actos, los llamados "actos debidos" (V. gr., una venta o enajenación forzosa).

de la diligencia propia previsto en el art. 164 del CC para la actividad de administración de los bienes del menor (32).

Recurrir a la solución de la responsabilidad paterna frente al hijo supone, además, olvidarse del principio básico que preside toda la actividad de administración y representación de bienes del menor: el que son funciones que se ejercen en beneficio del hijo, por lo que no se debería respaldar una mala administración de los padres, aun no habiendo incurrido en negligencia, sin que ello traiga consecuencias negativas para los representados (33).

En última instancia, ese principio del interés del menor, y su corolario, que no es sino el reconocimiento de la inferioridad en que se hallan los citados sujetos (menores) en determinados ámbitos, plantea las inconveniencias de la responsabilidad civil de los padres (frente a los hijos) como mecanismo de tutela. Con independencia del freno moral que siempre supone demandar a los propios padres, exigir responsabilidad a éstos trae consigo imponer al menor al llegar a la mayoría de edad (o a su representante *ad hoc* durante la minoría), la difícil carga de probar la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil, cuando son ellos los sujetos especialmente tutelados por la ley.

Con ello no se quiere decir que esta condena a indemnizar deba ser impuesta a los padres en forma presunta, esto es, mediante una inversión de la carga probatoria en detrimento de los padres, y obligando a éstos a demostrar lo contrario. Simplemente pretendemos poner de manifiesto la posible insuficiencia e inadecuación de ésta considerada como principal y básica medida protectora frente a los daños sufridos por los menores en sus patrimonios. Si históricamente han existido fórmulas especialmente estrictas, incluso radicales, como la *restitutio in integrum* romana, no creemos que existan razones poderosas para negárselas en los tiempos presentes. Sobre todo si se acepta, como parece hacerse cada vez más, la crítica doctrinal por la inoperancia de los controles judiciales previos como presunto freno a los riesgos patrimoniales derivados para los hijos de la actividad representativa de sus padres.

Ahora bien, poner en tela de juicio el remedio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales en general, no implica sin más que haya que inclinarse por una inoponibilidad absoluta del acto celebrado en el patrimonio del menor. Existe en tales circunstancias un interés de terceros (aquellos que

---

(32) *Vid.* al respecto VENTOSO ESCRIBANO, ob. cit., pág. 158, quien sin embargo lo critica por subjetivo.

(33) Cfr. VENTOSO, ob. cit., pág. 159. En definitiva, nos hallamos ante un conflicto de intereses, que entendemos que el legislador debe resolver claramente en favor del hijo menor, y en detrimento de los intereses paternos por quedar al margen de unos actos finalmente lesivos para aquél, con independencia de la intencionalidad o la diligencia en la conducta.

contrataron con los padres) que también merece ser tenido en consideración en nuestro análisis. Así pues, el conflicto de intereses está servido: ¿qué interés debe ser preponderante?, y, lo que es más importante, ¿en qué medida, esto es, en qué casos o circunstancias? A ello trataremos de responder en las páginas siguientes.

IV. PRIMERAS SOLUCIONES

Si las medidas comúnmente aceptadas por los Códigos civiles en general las hemos considerado insuficientes, veamos a continuación qué otras posibilidades cabría arbitrar, con la ley vigente en la mano, para dar solución a tales conflictos. Un primer y superficial recorrido por la normativa sobre patria potestad nos permite vislumbrar dos primeras vías, que sin embargo habrán de ser rápidamente desechadas, por ser difícilmente aplicables, o inadecuadas en orden a dar respuesta al problema efectivamente planteado. Esas medidas serían las siguientes:

1. LA SOLUCIÓN SANCIONADORA: LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Aunque la privación de la patria potestad (art. 170 del CC) puede ser una fórmula utilizable por la autoridad judicial —a instancias del propio menor o de terceros— ante las gestiones inadecuadas y contrarias a los intereses del menor, se trata de un mecanismo que debe ser inmediatamente descartado.

Por lo pronto, partiendo de la naturaleza sancionadora de la privación de la patria potestad (34), hemos de señalar que dicha sanción no es de utilidad al menor, en cuanto el castigo de la privación no tienen como efecto derivado un restablecimiento de la merma patrimonial sufrida. El fundamento de esta clase de sanción no se encuentra, a nuestro juicio, en el interés del menor, sino en la observancia de una conducta imputable en el cuidado de la persona y bienes del menor merecedora de castigo (35).

---

(34) La doctrina se inclina mayoritariamente, y sin discusión, por el carácter sancionador de la privación de la patria potestad, con todo lo que ello trae consigo en cuanto a la naturaleza de las normas que la regulan. En contra de esa idea sancionadora, se expresa excepcionalmente RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., voz "Patria potestad", en *Enciclopedia Jurídica Básica* Civitas, vol. III (IND-PRO), Madrid, 1995, pág. 4805, sin desarrollar su postura.

(35) *Vid.* al respecto RUIZ-RICO RUIZ, DE LA FUENTE y LUQUE JIMÉNEZ, "Reflexiones sobre la protección de menores en el Ordenamiento Jurídico español", en *Persona y Estado en el umbral del S.XXI,* XX Aniversario de la Facultad de Derecho de Málaga, Málaga, 2001, págs. 675 y ss.

Por otro lado, el art. 170 del CC puede dar cabida, pero un tanto forzadamente, a los supuestos de abuso de representación, en cuanto incumplimiento del deber de representar (deber de hacerlo de forma beneficiosa para el hijo menor: arg. *ex* art. 154 del CC). Pero para ello ha de tratarse de un incumplimiento reiterado, esto es, manifestado en conductas diversas y frecuentes, no en actos aislados, en principio. Así pues, la dificultad de que el "abuso de poder de representación" pueda dar lugar a esta clase de medida se complica, ya que es aún menos frecuente que las gestiones inadecuadas se repitan en el tiempo, salvo quizás cuando consista en un acto o gestión que exija una intervención duradera en el tiempo. La cuestión en tales circunstancias sería además delimitar la causa y el momento preciso de la privación (¿lo será el acto lesivo *ab initio* o habrá que esperar al resultado final de la operación?).

Finalmente, resulta bastante cuestionable que la producción de perjuicios patrimoniales al menor como consecuencia de una teórica infracción del deber de representar y administrar (debidamente, se entiende), sea causa de privación de la patria potestad. Si se analiza históricamente la figura de la privación, normalmente se ha considerado causa de la misma la observancia de una conducta perniciosa para los hijos en lo personal solamente (malos tratos, ejemplos corruptores, etc.). Es cierto que nuestro artículo 170 del CC no hace distingos, y que da cabida también, en teoría, a incumplimientos de los deberes de orden patrimonial, como los de representar —sabemos que no siempre hay finalidad económica en la representación— o de administrar. Sin embargo, ni conocemos casos jurisprudenciales de privación por esta causa, ni será fácil una resolución judicial en este sentido, ante la necesidad de probar la defectuosa gestión, originada por una conducta imputable de carácter permanente o estable, como hemos visto. Quizás por excepción, una delegación general de poderes a terceros, o una desviación de bienes o ingresos del menor hacia el patrimonio del propio gestor, en situación de insolvencia o próxima a ella, podría dar lugar a la sanción de privación. Aunque esa conducta bien podría ser manifestación de otra de mayor calado, de abandono general de las necesidades del hijo, en cuyo caso la razón de la medida sancionatoria sería seguramente la infracción del deber general de velar por el hijo menor.

2. LA SOLUCIÓN PREVENTIVA: LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS PREVISTAS EN EL ART. 158 DEL CC

Una posible solución a las hipótesis de ejercicio abusivo y a la postre perjudicial para el menor del poder de representación paterno puede venir de la mano de la adopción de medidas preventivas por parte de la autoridad judicial,

con las que se intenten evitar los daños o mermas patrimoniales de aquél (36). Como es sabido, nuestro Código civil prevé en su artículo 158 el posible recurso al juez para la adopción de medidas específicas cuyo fin sea "apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios".

Esta alternativa debe inmediatamente rechazarse. Sucede que se trata de medidas preventivas fundamentalmente, que por lo tanto no sirven cuando el daño ya ha sido sufrido por consecuencia de una inadecuada o incorrecta actuación representativa de los padres.

Sólo si se pudieran incluir entre las medidas susceptibles de ser adoptadas dentro de la órbita del art. 158 del CC otras medidas subsiguientes o ulteriores al acto o negocio dañino celebrado por los padres, podría tener relevancia el citado precepto legal, aunque creemos que no es ése el espíritu que lo inspira. En cualquier caso, aun admitiendo otras posibles actuaciones judiciales, quedaría siempre la cuestión de la determinación de qué medidas concretas se trata y cuáles deben ser las pautas o criterios para su adopción, lo que en cierto modo remite a otros preceptos legales más específicos, si no se quiere proporcionar un arbitrio absoluto al juez, con el riesgo de indefensión de los diversos sujetos afectados. En suma, el art. 158 del CC no es más que un precepto legal que establece *cauces procedimentales*, pero no mecanismos sustantivos de solución de los actos hipotéticamente contrarios al interés del menor, los cuales, por lógica, deberían ser descritos y desarrollados por otras normas.

V. LAS ALTERNATIVAS MÁS PROBABLES

1. LA RESCISIÓN CONTRACTUAL COMO ALTERNATIVA

Las posibilidades de proteger los intereses de los representados en la representación legal (menores e incapaces) acaso podría pasar por el recurso a las reglas de la rescisión contractual por causa de lesión. Puesto que partimos de que los representantes legales pueden llegar a ocasionar a sus representados un perjuicio económico que no siempre obtiene satisfacción a través de la responsabilidad civil de los gestores, la rescisión puede ser una fórmula útil a la que recurrir haciendo ineficaces para los sujetos protegidos aquellos contratos en que se haya concertado, en nombre de éstos, la enajenación o adquisición de

---

(36) Esta idea puede encontrarse, aunque sin demasiada claridad, en VENTOSO ESCRIBANO, ob. cit., pág. 159.

También VERCELLONE, "Libertà dei minoren e potestà del genitore", *Riv. Dir. Civ.,* 1982, pág. 540, quien propone la privación en los casos más graves, y en los demás, la intervención judicial para imponer a los padres específicos comportamientos.

bienes por un precio o valor (superior o inferior, según los casos) lesivo para dichos sujetos [37].

Las dificultades para aplicar las reglas de la rescisión a los contratos suscritos por los representantes legales de los menores son, sin embargo, considerables si se piensa en el caso de menores sujetos a patria potestad. Como es sabido, nuestro artículo 1292.1.º del CC no incluye expresamente a los padres entre aquellos representantes legales cuyos contratos pudieran ser lesivos, y en consecuencia rescindibles, conforme a la citada norma: sólo se incluyen los casos de lesión (en más de la cuarta parte de su valor) sufrida por los sujetos a tutela, como consecuencia de aquellos contratos celebrados por el tutor en representación suya, siempre que además no sean aquellos que precisan autorización judicial. Así pues, respecto de aquellos contratos que exijan tal autorización judicial (*vid.* arts. 271 y 272 del CC, básicamente), no cabrá la rescisión por lesión, sino, en su caso, la nulidad del contrato por falta de la referida autorización [38].

Resulta llamativo que nuestro Código no incluya los actos o contratos realizados por los padres como representantes legales de sus hijos menores, en ejercicio de su patria potestad, cuando se acredite su lesividad (en los términos del precepto analizado: más allá de la cuarta parte del valor). No parece que se trate de un *lapsus* del legislador, al menos del que redactó originariamente el Código en 1889, ya que la regulación de los números 1.º y 2.º del art. 1291 del CC (contratos lesivos celebrados por tutores o por representantes de los ausentes) es lo suficientemente minuciosa para descartar un error de tal calibre. A ello cabe añadir el carácter teóricamente restrictivo de los supuestos de rescisión por lesión, que se colige del art. 1293 del CC, lo cual dificulta grandemente

---

(37) No puede, además, perderse de vista que, desde la perspectiva histórica, existe una cierta base para propugnar esta vía de la rescisión, habida cuenta de que en su origen se hallaba la *restitutio in integrum,* que se utilizó como defensa frente a lesiones patrimoniales sufridas por sujetos particularmente débiles causadas por sus representantes legales. No obstante, la fórmula utilizada por nuestro legislador es un híbrido original entre la *restitutio* y la lesión *ultra dimidium: vid.* ÁLVAREZ VIGARAY-AYMERICH, *La rescisión por lesión en el derecho civil español común y foral*, Granada, 1989, pág. 66.

(38) No obstante, en caso de existir tal autorización, y aun así generarse una lesión en el patrimonio del menor, los autores suelen admitir la posibilidad de reclamar responsabilidad tanto al representante legal como al juez que concedió tal autorización: *Vid.* ÁLVAREZ VIGARAY-AYMERICH, ob. cit., pág. 87. Nos permitimos, sin embargo, dudar de esta posibilidad, puesto que no será fácil la condena por responsabilidad de los representantes, al depositar buena parte de su confianza en la autoridad judicial, ni tampoco la de esta última, dada la dificultad de calcular los resultados finales del negocio cuya autorización se concede.

la interpretación extensiva con el fin de incluir el supuesto típico de los padres titulares de la patria potestad (39).

No obstante, a pesar de todo, no se puede olvidar que el apartado 1.º del art. 1291 del CC acoge en su seno casos de lesión en más de la cuarta parte sufrida por menores —esto es, no sólo por incapacitados— cuando se encuentran sujetos a tutela, en tanto en cuanto se trate de actos no sujetos a control judicial previo (40).

Pues bien, no cabe duda de que este tipo de actos también se presentan cuando los menores están sometidos a patria potestad, es más, en este ámbito la capacidad de los representantes paternos para celebrar contratos sin control judicial es teóricamente mucho mayor. No tiene sentido dar acogida a los contratos lesivos causados por los tutores a los menores de edad a quienes representan, y no hacerlo respecto de los más frecuentes contratos celebrados por los padres en ejercicio de su representación legal, máxime teniendo en cuenta el principio de protección integral del menor que preside hoy nuestro Derecho civil (41).

Junto a ello, el riesgo de que se produzca una lesión en los límites legales por consecuencia de una defectuosa (a veces, maliciosa) actividad representativa de los padres es teóricamente igual de posible en este campo que en el de la tutela. Hay, en definitiva, una misma *ratio* para tutelar por esta vía a los menores, ya estén sujetos a tutela o a patria potestad, por lo que no debería descartarse de forma simplista esta posibilidad.

No es fácil averiguar los motivos que llevaron al legislador de nuestro Código, a diferencia del de otros Códigos de nuestro entorno, a introducir una norma como la del art. 1291.1.º del CC, en la que se prescinde de la alusión a los representantes legales típicos de los menores de edad. Si la razón hubiese sido la mayor confianza que inspira la actuación paterna, hasta el punto de presumir

---

(39) Este argumento no es, sin embargo, decisivo, pues, como ha sido señalado por ÁLVAREZ VIGARAY y AYMERICH, "La rescisión…", ob. cit., pág. 98, el artículo 1293 del CC, más que establecer un número cerrado de casos de rescisión por lesión, responde al objetivo de marcar el cambio de tendencia legal negando esta clase de rescisión como principio general imperante en nuestro Ordenamiento jurídico.

(40) La doctrina no pone en duda en ningún momento que la norma citada alcanza a los menores de edad: vid., entre otros, ÁLVAREZ VIGARAY-AYMERICH, ob. cit., págs. 85 y ss.; MORENO QUESADA, B., *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, pág. 523 (comentario del art. 1291 del CC).

(41) Parece que, cuando menos, el cambio de mentalidad producido en nuestro Ordenamiento tras las últimas reformas del Derecho de familia, deben inducir a pensar en la necesidad de coordinar las dos situaciones tan próximas (contratos suscritos por tutores de menores y por los padres representantes de sus hijos menores), so pena de incurrir en una incoherencia legal de alcance incluso constitucional.

su efecto protector en todo caso, la nueva concepción legal defensora a ultranza del interés del menor por encima de cualquier otro, debería hacer caer por su base esta posible fundamentación, pues debajo de ella late una imagen de los padres como sujetos infalibles y todopoderosos imposible de sostener en los tiempos presentes. Si la razón fuese que, al tiempo de promulgarse el Código civil, no había casos en la regulación de la patria potestad en donde se exigiera el control o autorización del Consejo de familia, lo que sí sucedía en la tutela (42), la desaparición de esta institución y su sustitución por el control judicial lleva a concluir que, al menos fuera de esos casos, posibles tanto en situaciones de tutela como de patria potestad, un mismo criterio debe regir, a saber, el de la rescindibilidad de los contratos suscritos en nombre del menor cuando causen lesión en más de la cuarta parte (43).

Dentro de lo difícil que resulta hallar una explicación razonable de esta discordancia entre patria potestad y tutela en materia de rescisión, creemos que en su base hay un error del legislador, pero no del redactor del Código, sino de quienes hicieron las reformas del Derecho de familia de 1981. Cuando se pro-

---

(42) Es incluso imaginable que nuestro legislador , en su afán frecuente de trasladar a nuestro Derecho la regulación de modelos europeos, hubiese tomado simplemente la regulación francesa, en donde se hablaba —y se habla aún— de "tutela" como expresión genérica, que engloba a tutela y a patria potestad, y se hacía la distinción entre actos sujetos o no al control del Consejo de familia —institución no conocida en el Derecho histórico español—, sin plantearse los efectos derivados de la adopción de ese modelo en las instituciones afectadas. Los comentarios de GARCÍA GOYENA al Proyecto de 1851 dan pie para esta interpretación: reconoce dicho autor, por un lado, que los artículos 1168 y 1169, correlativos del vigente art. 1291.1.º, proceden del art. 1305 del Code, y que en éste tiene cabida tanto la patria potestad como la tutela, dada la regulación conexa de una y otra institución, en cuanto que el término "tutor" (o "tutela") del Derecho francés es equiparado al de "administración legal", y éste acoge a las dos instituciones citadas: *vid.* GARCÍA GOYENA, F., "Comentarios arts. 146 y 158 Proyecto", en *Comentarios, motivos y concordancias al Código civil español,* tomo I, págs. 89 y 97. No es insensato, pues, considerar que la trasposición al Derecho español, con los matices y diferencias pertinentes, que los hay, se hiciese sin el suficiente cuidado, y acabase incluyéndose en el apartado 1.º del art. 1291 la expresión "tutor", cuando, en realidad, por su precedente francés, se estaría queriendo decir "administrador legal" del menor, sea tutor, o sean los propios padres, representantes legales también de aquél.

(43) No es descartable que, en la base de esta regulación, exista incluso un error de planteamiento de nuestro legislador. En concreto, el de suprimir la rescisión por lesión en el ámbito teóricamente más propicio —los menores sujetos a patria potestad— para reconducir toda vía de impugnación hacia la nulidad por falta de capacidad, dada la mucho mayor facilidad probatoria: en la rescisión por lesión, el menor habría de probar la lesión, cosa no siempre fácil, mientras que el recurso a la nulidad sólo le obligaría a probar su edad insuficiente. Obviamente, el legislador se habría olvidado de los casos en que no fuese posible la nulidad por haber sido los representantes legales —sujetos mayores y plenamente capaces— quienes hubiesen contratado en nombre del hijo, con resultado lesivo de hecho para éste.

mulgó el Código civil, la representación legal paterna aparecía formalmente circunscrita al ejercicio de acciones judiciales (*vid.* redacción originaria del art. 155, en donde sólo se hablaba de representación para el ejercicio de acciones, pero no para la celebración de contratos o actos jurídicos). Esto era debido, a nuestro juicio, a la amplitud de poderes de los padres en el ámbito patrimonial del menor, no en concepto de representantes o administradores, sino como propietarios, unas veces, y como usufructuarios, en muchas otras, de los bienes de aquél (*vid.* 160 a 163 del CC, en su primitiva redacción). Eso hacía innecesario asignarle facultades representativas, y por lo tanto, conducía a la exclusión de los padres de la órbita de la rescisión, que quedaría limitada a los tutores y demás representantes legales [44]. Sucede, sin embargo, que la reforma de 1981 suprimió el usufructo paterno, y nombró a los padres meros administradores de los bienes de sus hijos, ampliando a la vez muy considerablemente —como no podía ser de otro modo— sus facultades de representación *ad extra,* pero omitió coordinar ese cambio de posición de los padres con las reglas de la rescisión, pensadas sin duda, como demuestran sus antecedentes históricos y comparados, para las actividades representativas de cualesquiera representantes legales. Ni en dicha reforma de 1981, ni en la posterior de 1983 sobre tutela, que suprimieron el consejo de familia y adoptaron el modelo de control judicial unificado para tutela y patria potestad, ni en las otras reformas posteriores (de 1987 o de 1996) se tuvo en cuenta la necesidad de adaptar este cambio sustancial en el ámbito de la rescisión.

Sea cual sea finalmente la explicación de esta diversidad de regímenes, una cierta razón de coherencia del sistema debe llevar a aplicar a las situaciones de patria potestad el mismo régimen de la rescisión utilizable respecto de los tutores. No cabe —al menos con una mentalidad y unos criterios interpretativos acordes con la vigente normativa sobre menores— considerar que la actuación de los padres es, siempre y en todo caso, beneficiosa para sus hijos menores, que hay una presunción *iuris et de iure* de que se obra sin lesionar sus intereses, y que por tanto debe excluirse la tutela de los menores mediante el mecanismo de la rescisión. Por lo demás, tampoco creemos que haya una justificación de protección del tercero contratante, o de facilitamiento de la contratación sobre

---

[44] Es cierto, sin embargo, que el art. 164 del CC en su primitiva redacción, ordenaba la exigencia de autorización judicial para los contratos de enajenación de bienes inmuebles —lo que llevó a la doctrina anterior a la reforma de 1981 a defender que eran representantes en otros actos o contratos—. Pero precisamente por los amplios poderes de los padres como usufructuarios o propietarios de bienes de los hijos es por lo que habría que pensar que el legislador del Código no estaba pensando en los padres como representantes, sino como sujetos que no podían enajenar (la norma estaba redactada en términos de negación: "El padre, o en su caso la madre, no podrán…") a pesar de disfrutar de amplios poderes de disfrute y de disposición sobre los bienes de sus hijos menores.

bienes de menores, que fundamente un diferente tratamiento legal de los padres y de los tutores como representantes legales. Al fin y al cabo, tanto en uno como en otro caso, los contratos más trascendentes y más habituales susceptibles de concertarse entre los padres y tutores, por un lado, y los terceros, por otro, están sujetos a autorización judicial previa. Luego los contratos que pudieran suscribir los padres, en nombre de sus hijos, y sin autorización judicial, serían pocos y de escasa entidad económica.

Sucede, sin embargo, que la fórmula de la rescisión por lesión no soluciona en medida adecuada, caso de admitirse en el ámbito de la representación legal de los padres, los problemas que estamos analizando en este trabajo. Constituirá, en su caso, una solución sólo parcial de los problemas que estamos analizando.

En primer lugar, la poca cuantía o valor económico de los bienes susceptibles de contratación —y por tanto de lesión— hace insuficiente el recurso a los artículos 1290 y siguientes. Además, resulta verdaderamente complicado trasladar el mecanismo de la rescisión a contratos distintos de la compraventa o la permuta [45]. En concreto, piénsese en los contratos de servicios, de los que pudiera derivarse para el menor un grave perjuicio patrimonial: aquí la fijación de la lesión en más de una cuarta parte se hace muy difícil, diríase que imposible. Por último, téngase en cuenta que la lesión del interés (patrimonial) del menor puede producirse —y de hecho así sucederá con mucha frecuencia—, no ya con la celebración de contratos hipotéticamente lesivos, sino a través de actos no contractuales, o de omisiones, en los que la lesión constituye un resultado que sólo se puede conocer *a posteriori,* y sin puntos de referencia más o menos comprobables, como sucede con el valor de mercado en la rescisión por lesión del art. 1291.1.º y 2.º.

Por último, la exigencia legal de que se trate de aquellos contratos en los que no se exige autorización judicial deja fuera de la órbita de la rescisión multitud de contratos, y de situaciones dentro de ellos, en los que, habiéndose obtenido la aprobación judicial de la necesidad o utilidad del contrato, se acabe perjudicando patrimonialmente al menor en su fase de ejecución o cumplimiento (incumplimiento, más bien). No se soluciona, pues, esa verdadera laguna del sistema que ha sido acertadamente comprobada por la doctrina alemana, y que ha sido una de las razones del planteamiento de la cuestión general analizada en este capítulo.

---

(45) A lo sumo, la doctrina lo extiende, con esfuerzo, a los contratos de obra o a los arrendamientos de cosas, pero no a contratos de servicios, tan frecuentes e importantes para la vida y desarrollo del menor, ni a los aleatorios: *vid.* por todos, ÁLVAREZ VIGARAY-AYMERICH, ob. cit., págs. 108 y ss.

De todos modos, no debe descartarse el posible recurso a la rescisión prevista el número 1.º del art. 1291 cuando el contrato concertado por los padres en representación de su hijo menor acabe siendo perjudicial para su patrimonio (en la medida marcada por la norma). El modelo proporcionado por el Código civil francés, mucho más avanzado y completo que el nuestro en materia de patria potestad y protección de menores, merece ser tenido en consideración. En Francia, el legislador ha reconocido que no basta con abrir el cauce de la nulidad por falta de capacidad del menor, en los casos de actos y contratos realizados directamente por él, sin asistencia de los padres —dando así desarrollo al principio clásico romano subyacente a la *restitutio in integrum*—, sino que ha establecido en su art. 1305 del CC la posibilidad de rescisión de cualquier convención que cause lesión a los menores no emancipados. La doctrina francesa se ha encargado de aclarar que esta norma es aplicable tanto a los contratos celebrados por el menor mismo sin asistencia paterna, como a los contratos que sus representantes legales (padres, tutores) pudieran realizar por sí, sin autorización judicial o de otro tipo (46). Se trata de una forma complementaria de tutelar la posición del menor que busca que el menor no resulte nunca lesionado patrimonialmente, sea cual sea el acto, y sea quien sea el que lo celebre, tanto él mismo como sus representantes legales. Obviamente, la respuesta que a este fin protector da el Derecho francés, aun siendo todavía incompleta, es mucho mayor que la proporcionada por el Derecho español vigente (47).

Téngase además en cuenta que la rescisión por lesión del art. 1291.1.º y 2.º del CC tiene la ventaja de su carácter subsidiario (art. 1294 del CC), y que esa subsidiariedad se refiere fundamentalmente a la acción de indemnización que pudiera entablar el sujeto lesionado (menor o incapaz) frente a sus representantes legales por los daños patrimoniales derivados de su gestión. Sólo cuando el menor o incapaz no pueda lograr por esa vía la reparación de los daños, será

(46) *Vid* por todos GOUBEAUX, *Traité de Droit civil,* J.G. Hestin (dir.), Paris, 1989, pág. 353.

(47) *De lege ferenda,* pues, sería deseable, en esa línea de tutela plena del interés patrimonial de los menores representados, la adopción en el Derecho español de una fórmula rescisoria tan amplia como la francesa —incluso mayor, a la vista de las carencias que supone, en cuanto atiende sólo a la lesión en el momento de contratar, y no a los perjuicios causados en momentos posteriores—, siempre que, además, se respete el criterio de la subsidiariedad de la acción (en interés de los terceros contratantes).

factible iniciar el camino de afectar al tercero con el que se contrató [48]. De este modo, en la pugna entre el interés del menor, digno de tutela jurídica dada su incapacidad, y el interés del tráfico jurídico (intereses de terceros contratantes), también necesitado de tutela, se estaría optando por una vía indudablemente favorable al menor, por ser el interés prevalente para el legislador, pero a la vez matizada respecto de los terceros, los cuales sólo se verían afectados cuando no fuera posible otro remedio legal [49].

2. LA VÍA ALEMANA COMO SOLUCIÓN INTERMEDIA ENTRE LOS INTERESES DE MENOR Y LA TUTELA DEL TRÁFICO JURÍDICO: LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS

Aunque novedosa y bastante razonable en sus planteamientos, *de lege lata* resulta impracticable en el Derecho español una fórmula como la aprobada en Alemania por la Ley de 25 de agosto de 1998, la *Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz* (o Ley sobre limitación de responsabilidad de los menores).

Como ya se avanzaba más arriba, las conclusiones que se deducen de la introducción del nuevo parágrafo 1629 en el BGB parecen obvias: el legislador alemán no sólo se ha percatado de los peligros que supone la autonomía paterna para la intervención de los padres por sí solos en defensa de los intereses del menor, sino también de la insuficiencia del control judicial de los actos y negocios dispositivos que puedan realizar los padres en representación de sus hijos

---

(48) En las antípodas de nuestra posición, debe colocarle la postura defendida por MARTÍN PÉREZ, J.A., *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995, págs. 347 a 352, quien considera —siempre dentro del campo de los actos de los tutores, pues no da pie para la aplicación del 1291.1.º a la patria potestad— que la citada norma resulta hoy de hecho una regla inútil e injustificada, tras las reformas del Derecho de familia de 1981 y 1983, y el subsiguiente control judicial previo instaurado por ellas. Entiende que su campo de aplicación es sumamente reducido, aunque considera, en contra de lo que acabamos de manifestar, que la subsidiariedad de la rescisión por lesión no opera en relación a la reclamación de daños a los representantes legales, ya que a su juicio es posible ejercitar la acción rescisoria aun existiendo la posibilidad de reparar el perjuicio.

(49) La cuestión era mucho más clara y explícita en el Proyecto de 1851, en donde se decía contundentemente (art. 1170) que el beneficio de la restitución por lesión del menor sólo tiene lugar contra el tercero en cuanto los bienes del tutor o curador no alcanzasen para reparar los daños causados a las personas que tienen bajo su guarda. No obstante, la poca expresividad del vigente Código (arts. 1291 y 1294 del CC) no es óbice para mantener la misma postura respecto de la normativa actual. Cfr. MORENO QUESADA, B., *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, págs. 530 y 531, al comentar el art. 1294 del CC.

menores, en cuanto que no se prevé legalmente una supervisión judicial ulterior de la ejecución y cumplimiento (o incumplimiento) de los mismos. Se puede acabar perjudicando gravemente la posición de los menores, a pesar, incluso, de que el acto realizado se encuentre dentro de la órbita de lo permitido legalmente a los padres, e incluso haya sido objeto de previa o simultánea supervisión por la autoridad judicial (50).

Pero la reforma legal del BGB, desde el punto de vista de la protección del tráfico, presenta el inconveniente de que no es del todo respetuosa con los intereses de los terceros contratantes de buena fe: se les hace creer —por los representantes legales— que contratan con un patrimonio sólido (el del menor), con una proyección de futuro (piénsese en menor con posibilidades profesionales o de ingresos seguros o casi seguros de consideración), y luego, a la vista de los efectos perjudiciales para el menor del acto o negocio concluido por sus representantes, se restringen sus posibilidades de cobrar. La vía alemana, a nuestro juicio, viendo las cosas desde la perspectiva del tercero que contrata, sería razonable si la propia norma hubiera previsto, junto a la limitación de responsabilidad del menor, la posibilidad de ejercicio de acciones de responsabilidad civil contra el patrimonio de los propios representantes, como medio de paliar los inconvenientes del sistema.

No es que esté materialmente cerrada la posible demanda de responsabilidad civil frente a los padres o representantes legales, cuando se acredite el daño patrimonial sufrido por los terceros ante la frustración total o parcial del negocio. Pero esa acción consistiría en una acción de responsabilidad, no contractual, sino extracontractual, negadora por tanto de un posible vínculo (subsidiario, si se quiere) entre el tercero y los gestores, con todos los inconvenientes que eso supone; el mayor, sin duda, el de la dificultad de admitir la imputación objetiva de los representantes legales (51). Es preferible que sea una norma legal la que establezca explícitamente ese vínculo entre gestores y tercero contratante a efectos de asignar a aquéllos la responsabilidad frente a éste por la frustración del buen fin del negocio, a causa de una actuación de los representantes lesiva para el patrimonio del menor.

---

(50) Como ha señalado WOLF, M., "Vermögensschutz für Mindrjährige…", ob. cit., pág. 323, la exigencia de autorización judicial para una responsabilidad ilimitada no es solución conveniente, porque normalmente los Tribunales no la concederían para deudas sin límite, por lo que el problema permanecería sin solución en la mayoría de los casos.

(51) Sobre el tema de la imputación objetiva en la responsabilidad civil extracontractual, remitimos al ya clásico trabajo de PANTALEÓN, F., "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", *Centenario del Código Civil*, tomo II, Madrid, 1990, págs. 1561 y ss.

Seguramente por ese deseo de dar cierta protección a los terceros, la propuesta alemana es, además, una solución un tanto tibia o intermedia, de compromiso, que por tanto no alcanza a proporcionar una tutela completa de los intereses del menor, por lo que podría ser dudosa su puesta en funcionamiento en nuestro Derecho. A falta de datos empíricos sobre la experiencia alemana, dada su reciente implantación, pudiera suceder que su aplicación efectiva llevara a resultados muy lesivos para menores concretos: piénsese, por ejemplo, en un menor que posea un muy elevado patrimonio y, por las obligaciones contraídas por sus padres o tutores, lo pierda en su totalidad, dejándole en la situación de quien nunca ha tenido nada (punto de partida "cero" a partir de los dieciocho años, que es lo previsto en la nueva norma), y sin posibilidad seguramente de obtener plena reparación.

En este sentido, la solución analizada resulta excesivamente "igualitarista", en cuanto aspira a que todos los menores tengan un mismo punto de partida al llegar a su mayoría. Prescinde, por tanto, de las situaciones particulares de los menores con un considerable patrimonio, el cual pueden fácilmente perder a manos de unos padres incompetentes, cuando no negligentes o malintencionados. No hay razón jurídica válida, a nuestro juicio, para la desprotección de esta clase de menores, haciendo oponibles frente a ellos los negocios ruinosos que hubieran podido celebrar en su nombre sus representantes legales. A efectos de la adopción de mecanismos que permitan suplir o llenar la incapacidad para el autogobierno de los menores o incapaces, que es lo que subyace a su necesidad de protección, tanto da que el menor carezca de bienes, y se le tutele para que no comience su andadura personal independiente con cargas elevadas que lastren su desarrollo personal, como que posea bienes pero la nefasta gestión de sus representantes los hubiesen hecho desaparecer. En ambos casos, existe una patente imposibilidad del sujeto representado para tomar decisiones —y asumir propias responsabilidades—, que merece el mismo tipo de tutela, porque sus circunstancias son idénticas. No hay tampoco motivo convincente, apoyado en una posible tutela o protección de los intereses de terceros, que justifique, por un lado, la total inoperancia del acto o contrato celebrado por los representantes frente al menor, cuando carezca absolutamente de bienes, como sucedería aplicando la regla alemana (ya que el tercero no obtendría satisfacción alguna al ejecutarlos); y por otro, la parcial eficacia de ese mismo acto o contrato, en el caso de que el menor representado tenga algunos o muchos bienes contra los que poder dirigirse en caso de incumplimiento de lo pactado por aquéllos.

Por último, debemos expresar la absoluta artificiosidad que supone separar tajantemente la minoría y la mayoría de edad, tutelando, como hace el nuevo

Derecho alemán, al ya mayor (52), en el sentido de garantizarle la ausencia de cargas al llegar a la plenitud de derechos. Se olvida el legislador de que, también durante la minoría de edad, el menor posee capacidad negocial —aunque más limitada—, la cual resultará vulnerada —y con ella seguramente su derecho constitucional al libre desarrollo durante ese tiempo— si, por los correspondientes embargos de sus acreedores, resulta privado de todos sus bienes a raíz de la defectuosa y dañina gestión de sus representantes legales. En suma, creemos que la reforma alemana de 1998 ha estado demasiado apegada a las circunstancias que motivaron la sentencia del BVerfG de 1986, prescindiendo de un análisis mucho más general de las consecuencias últimas de las diferentes opciones legislativas. Todo lo cual nos llevan a la conclusión de que dichas soluciones legales, obviamente, no pueden —ni a nuestro juicio deben, en el futuro— ser trasladadas al Derecho español.

3. LA MEDIDA MÁS DRÁSTICA PERO LA MÁS FACTIBLE *DE LEGE LATA:* LA NULIDAD DEL ACTO O NEGOCIO CELEBRADO A TRAVÉS DE LA REMISIÓN AL ARTÍCULO 1259 DEL CC COMO PAUTA GENERAL

La doctrina tradicionalmente ha considerado inapropiado entrar a juzgar sobre los resultados finales de los actos u operaciones realizadas por los representantes legales. El argumento ha sido, por un lado, que para eso está la responsabilidad patrimonial de dichos sujetos frente al representado; y, por otro, que de aceptarse ese criterio, nadie contrataría con los padres o tutores (53).

Esta afirmación clásica ya ha sido puesta en tela de juicio a lo largo de las anteriores páginas. Por un lado, constituye un prejuicio la idea de que condicionar la licitud de la contratación por los representantes legales en nombre de sus hijos dificultará la celebración de contratos. No existen pruebas empíricas de que eso sea así, pues siempre ha habido, y seguirá habiendo, sea cual sea la regulación, contratos sobre bienes de menores, en tanto en cuanto el tercero sepa de esa circunstancia y de las posibles consecuencias de la infracción de los límites legales a la contratación con menores o incapaces. Por otro lado, ya se

---

(52) En Italia, con un punto de partida diferente, la doctrina (PELOSI, FERRI) se ha planteado si la eficacia de los actos celebrados por los representantes legales puede vincular más allá de la mayoría de edad de los hijos, opinando afirmativamente FERRI, "Della potestà dei genitori. Arts. 315-342", en *Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, págs. 67 y 68, al entender que casi todos los actos celebrados en nombre del menor tienen una eficacia que se proyecta más allá de la mayoría de edad.

(53) Cfr. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, "Actos de disposición de bienes de los menores sometidos a patria potestad", *R.D.P.*, 1986, pág. 299, nota núm. 132.

ha demostrado la insuficiencia que muchas veces supone el recurso a la responsabilidad de los representantes legales como solución final de orden protector.

Nos planteamos a continuación la corrección del recurso que puede considerarse más drástico y traumático en esas relaciones entre el menor (a través del acto celebrado por sus representantes legales) y el tercero o terceros con quienes se contrata o frente a los que se efectúa un determinado acto no contractual, a saber: la posible nulidad del acto del contrato por haberse lesionado en la actuación representativa el interés del sujeto representado. Esa nulidad podría tener su apoyo legal en el general artículo 1259 del CC, si se interpreta que en él tienen cabida tanto los casos de exceso o extralimitación, como los de abuso de poder representativo, ya sea representación voluntaria o legal.

Pues bien, vistas las cosas con objetividad, existen argumentos poderosos en el Derecho español para considerar ese acto o contrato, lesivo patrimonialmente para el menor (ya sea en el momento de su constitución, ya en el de su resultado final una vez ejecutado), como ineficaz e inoponible al menor (54).

Ya en Italia, BUONCRISTIANO, siguiendo posiciones de otros autores clásicos (SANTORO, PATTI), entiende que cuando la autoridad (paterna) sea ejercitada en forma divergente a su función (desarrollo de la personalidad del menor), el acto debe ser excluido como acto de la autoridad paterna, en suma, como supuesto excluido del ámbito de la representación legal (55).

Mucho más clara es la posición defendida por BUSNELLI (56). Este autor, con gran precisión, plantea la revisión del dogma de la plena validez de los actos concluidos por los representantes legales en nombre de los menores (conectándolo a su vez con la revisión del dogma de la invalidez general de los actos celebrados por los propios menores). En concreto, sostiene la posible impugnación de esos actos, como un instrumento residual de tutela de los me-

---

(54) Por supuesto, esa ineficacia e inoponibilidad del acto lesivo frente al menor admitiría, igual que sostiene la doctrina y la jurisprudencia en aplicación del art. 1259 del CC, la posible ratificación del acto por parte del sujeto afectado, aun siendo perjudicial para él, una vez adquirida la mayor edad (o incluso sin llegar a ella, cuando se alcance el grado de madurez necesario para juzgar las consecuencias del mismo).

(55) BUONCRISTIANO, M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, págs. 73 y 74.

Una idea similar sostiene PELOSI, Voz: "Patria potestad (Diritto vigente)", en *Novísimo Digesto Italiano,* T. XII, Torino, 1965, pág. 582, cuando afirma, en relación a la facultad de administración de los padres entendida en sentido amplio, que debe excluirse del ámbito de la administración legal cualquier acto que su titular podría cumplir en daño de su propio patrimonio.

(56) BUSNELLI, F.D., "Capacità e incapacità di agire del minore", en *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1982, págs. 68 y 69.

nores representados, cuando quede constancia de que su decisión puede lesionar los intereses de éstos (habría en realidad una suerte de conflicto de intereses entre padres e hijos). En estas circunstancias, debería admitirse la prueba del "abuso de representación" de los padres, incluso por encima de los intereses de terceros o las exigencias del tráfico jurídico (57).

Las ideas antes expuestas nos ponen sobre la pista de la primera razón para la aplicación de la sanción de nulidad del acto, cuando el acto o contrato en sí mismo, o su resultado final, lesionen el interés del menor. Se trata de la proximidad existente entre exceso de poder y abuso de poder en el ámbito de la representación legal (58).

La cercanía, incluso el normal solapamiento, entre exceso y abuso de poder en el ámbito de la representación legal propicia un acercamiento en el régimen jurídico. Resulta enormemente difícil deslindar los casos de abuso de poder, de esos otros, expresamente excluidos de la representación legal —y por tanto constitutivos de posibles situaciones de "extralimitación" de poder—, de "conflicto o contraposición de intereses" entre menor y representante legal (art. 162.2.º del CC). El concepto de "conflicto de intereses" como excluyente de la representación legal paterna, puede ser concebido de distintas maneras, más o menos amplias o estrictas. Pero en cualquier caso puede ser razonable, ante la duda interpretativa que suscita un concepto indeterminado como éste, aplicar un mismo régimen jurídico a cualquier situación que constituya o produzca como resultado la infracción del interés del sujeto especialmente protegido por la ley (el del menor o incapaz) (59). Ese régimen jurídico no podría ser otro, en el vigente Derecho español, que el de la nulidad del acto realizado por el representante conforme al art. 1259 del CC, con las particularidades inherentes a dicho régimen de ineficacia.

---

(57) En la doctrina española, sólo puede citarse a MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)", *A.D.C.*, 1992, pág. 1436, nota núm. 133, quien simplemente reproduce brevemente —adhiriéndose a ella— la postura expuesta de BUSNELLI.

(58) Esta idea ya la defendía hace tiempo, en el Derecho alemán, GERNHUBER (citado por RAMM, "Die Gesetzliche Vertretung…", ob. cit., pág. 1708), para quien cuando los padres causen un perjuicio (sobre el patrimonio del hijo menor) debe considerárseles como "representantes sin poder representativo" (*Vertreter ohne Vertretungsmacht*).

(59) Como hemos visto, ésta resulta ser, en parte, la tesis de BUSNELLI, ob. cit., pág. 68, quien habla explícitamente del conflicto de intereses entre progenitores e hijos que se suscita en estos casos de ejercicio del poder de representación legal de forma abusiva o en perjuicio del interés protegido.

Por otro lado, la redacción del artículo 1259 del CC, al considerar la nulidad tanto cuando un sujeto se atribuya, sin tenerla, la autorización o apoderamiento de otro, como en el supuesto de que "no tenga su representación legal", puede proporcionar un nuevo apoyo a esta idea. El citado art. 1259 parece sin duda estar pensado en clave de representación voluntaria. En cambio, si pensamos en la representación legal, y en la concepción tradicional del carácter omnicomprensivo de la misma, entendida como sustitución *general* de la persona del menor (o incapaz) con la salvedad de las excepciones fijadas legalmente, la redacción del citado precepto legal nos lleva a la perplejidad: ¿cuándo, pues, existirá "extralimitación de poder" en la representación legal? Parece razonable suponer que el campo de operatividad de la extralimitación o exceso de poder no sea el mismo en la representación voluntaria que en la legal. En esta última, dado su carácter en principio omnicomprensivo, rara vez se presentará un exceso de poder (60), y sí con mucha frecuencia supuestos de abuso de poder. No sería, pues, de extrañar que el legislador tuviese en mente los casos de abuso, más que los de extralimitación, cuando unificó tanto para la representación voluntaria como para la representación legal el régimen sancionatorio en casos de violación de los límites del poder.

En la representación voluntaria, el abuso de poder configura un supuesto fácilmente discernible *a priori* del de la extralimitación de poder, en base justamente a la existencia de una voluntad en el representado, contenida en el contrato de mandato, en el poder mismo o en las instrucciones anteriores o posteriores (siempre que se demuestre su existencia). En la representación legal, el punto de referencia del abuso no puede ser una voluntad manifestada por el representado, quien, por esencia, no tiene aptitud para hacerlo. Eso remite a un concepto objetivo o genérico de interés del representado como delimitador del abuso. Pero justamente por ese motivo, el recurso al interés objetivo (61) o gené-

---

(60) Obviamente, a la vista de la concepción defendida más arriba sobre la representación legal paterna, donde hemos puesto en tela de juicio la idea clásica de la plenitud o cuasiplenitud de las funciones representativas de los padres, la idea que se expone no podría ser asumida.

(61) Sobre la delimitación del logro o no del interés del menor, y la posible impugnación del acto por no alcanzarse, creemos que ha de atenderse a un interés objetivizado de aquél, no subjetivo. Discrepamos en este punto con BUSNELLI, ob. cit., pág. 69, quien considera que el beneficio o desventaja del acto para el menor debe poder juzgarlo ese sujeto, al llegar a su madurez, ya que entiende que habiendo un interés por hipótesis patrimonialmente ventajoso para aquél, puede provocar el injustificado sacrificio de un interés instrumental del mismo a la realización de derechos o libertades fundamentales.

Sin dejar de reconocer la corrección de la idea, pensamos que el juicio *ex post* que corresponderá al juez, habrá de hacerse de acuerdo con parámetros objetivos, esto es, teniendo en cuenta intereses abstractos pero también concretos del menor afectado, pero sin llegar al extremo de dejar a su arbitrio pleno la decisión de lo que hubiera sido o no beneficioso para él.

rico del menor implica tomar como referencia la esencia misma de la institución. Dicho de otro modo, lo que legitima en todo caso la actuación de los representantes legales del menor es precisamente el interés de éste: fuera de ella, no habrá —no debería haber— representación (62). Vistas así las cosas, la proximidad entre los teóricos límites externos del poder de representación, determinantes de las posibles extralimitaciones o excesos de poder, y los límites internos, referencia necesaria del abuso de poder, se difuminan de tal manera en la representación legal, que resulta razonable una equiparación del régimen jurídico de ambas figuras en este concreto ámbito. Así quedan en buena medida sentadas las bases para postular la aplicación, también a los supuestos de abuso de poder en la representación legal, de la misma sanción de nulidad que nuestro artículo 1259 del CC asigna a los supuestos de extralimitación del poder representativo. En este sentido, no es descabellado propugnar la nulidad del acto o contrato realizado por el representante legal cuando se acredite, en el juicio pertinente, la inobservancia del principio básico que preside la regulación de la patria potestad (y también, por tanto, la representación legal), esto es, la satisfacción del interés del menor.

Desde el punto de vista de los principios subyacentes a la patria potestad, hay un argumento especialmente relevante en pro de la nulidad de la gestión perjudicial realizada por el representante legal. Desde la óptica de esos principios vigentes, actuar en contra del interés del menor constituye un ACTO ILÍCITO, que por tanto, a falta de norma específica —que no la hay, porque el art. 1259 del CC no se aplicaría en teoría a los abusos de poder—, debe regirse por la sanción general del art. 6.3 del CC: nulidad del acto o contrato.

La ilicitud del acto o contrato proviene de la infracción de un principio considerado como de orden público en el ámbito familiar: el interés del menor. Ese principio dota a las normas reguladoras de la actuación de los padres como representantes legales y administradores del patrimonio de los hijos, de la condición de normas imperativas de obligada observancia. La satisfacción del interés del hijo, siendo un principio básico afectante a cualquiera de los deberes asignados legalmente a los padres, debe acarrear la aplicación de la sanción general de nulidad del acto celebrado, cuando se produce la infracción del mismo.

Es cierto, en contra de esta aplicación de la sanción de nulidad del acto o contrato, que la nulidad de pleno derecho constituye un supuesto de ineficacia

---

(62) En este sentido, el cambio legal producido en la concepción de la representación legal como integrante de instituciones más amplias como la patria potestad o la tutela, en el sentido de estar orientadas a la defensa del "interés del sujeto incapaz", debe llevar a la idea de que *carece de legitimación* el representante legal cuando no actúa en interés del menor o incapaz, y así quede constancia, aunque sea en juicio *ex post.*

contractual basada normalmente en un defecto estructural, lo que encajaría bastante mal con el supuesto de abuso de poder, ya que ni afecta a uno de los elementos esenciales del contrato o negocio jurídico, ni además su existencia se puede apreciar desde el principio, al depender frecuentemente del resultado final de la operación. Pero a pesar de todo no resulta técnicamente factible negar la aplicabilidad del artículo 6.3 del CC. La nulidad por contrariar normas imperativas allí prevista puede generarse incluso cuando los principios infringidos afecten o conciernan a factores exógenos al contrato o acto (piénsese, por poner algunos ejemplos clásicos de aplicación de dicha norma, en las hipótesis de nulidad de préstamos por usurarios, de nulidad de cláusulas abusivas en las condiciones generales de la contratación, o de venta de viviendas de protección oficial con sobreprecio (63)).

No se puede finalmente aducir al respecto que exista una norma que prevea otra suerte de sanción en caso de contravención de ese principio (el principio, a la vez que norma jurídica concreta, del art. 154 del CC: "la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos…"). No es una sanción alternativa por infracción de ese principio de actuar en interés o beneficio de los hijos, la privación de la patria potestad del art. 170 del CC, por las razones que más arriba se vieron. Tampoco lo es la responsabilidad de los padres representantes legales, al no existir norma que explícitamente la haya previsto como respuesta alternativa a la nulidad, ni expresa ni implícitamente. Tampoco finalmente lo será la declaración administrativa de desamparo (art. 172 del CC), ya que no existe técnicamente una conexión con la lesión de ese principio de carácter general (64). En conclusión, ante la falta de específicas sanciones se hace inevitable el recurso a la nulidad del acto o contrato celebrado; aunque, por supuesto, con la particularidad de la restricción en la legitimación (sólo el menor estará legitimado, una vez adquiera la mayoría de edad) y de la posibilidad de aprobación o ratificación del acto, cuando libre y conscientemente pueda hacerlo.

En relación precisamente con la delimitación del abuso, esto es, de cuándo puede considerarse lesionado el "interés del menor" por la actuación de los representantes legales, cabe traer aquí a colación algunas ideas más arriba ex-

---

(63) Aunque en esta última hipótesis, es conocido el cambio de orientación del Tribunal Supremo producido en los últimos tiempos. Sobre el tema, *vid.* VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Precio y renta en las viviendas de protección oficial (Doctrina y jurisprudencia)*, 2.ª edición, Pamplona, 2001.

(64) El citado precepto legal (art. 172 del CC) condiciona la declaración de desamparo, a nuestro juicio (aunque existen opiniones discrepantes), a la mera acreditación de la falta de asistencia material o moral, con independencia de la conducta imputable de los padres o tutores. *Vid.* por todos RUIZ-RICO RUIZ, DE LA FUENTE, LUQUE JIMÉNEZ, "Reflexiones…", ob. cit., págs. 689 y ss.

puestas sobre las características y modo de delimitación del mismo. El interés del menor posee carácter omnicomprensivo, en cuanto impregna y afecta a todas las facultades-deberes de los padres, no sólo a la de representación, ha de ser apreciado en forma siempre objetiva, y no subjetiva (a salvo siempre aquellos actos para los que el menor tenga suficiente madurez para exteriorizar su concreto interés), y justamente por eso, precisa de un juicio *a posteriori* sobre su observancia o no. Esa condición de objetivo del interés tutelado obliga a que el análisis sobre su cumplimiento o incumplimiento sólo pueda realizarlo el juez mediante un examen *ex post*: sólo así se podrá comprobar su lesividad o no.

Pues bien, ese análisis efectuado con posterioridad solventa justamente uno de los graves inconvenientes del régimen tradicional de la representación legal, a saber, que el acto en que han intervenido los representantes legales puede ser en sí mismo neutro o incoloro desde el punto de vista de la infracción del interés del menor, pero sin embargo no lo sea *el desenvolvimiento ulterior del mismo*, el grado de cumplimiento de los deberes derivados para las partes del negocio, los resultados finales en atención a la conducta más o menos diligente de aquéllos (65). Se da respuesta adecuada además a la combinación de actividad representativa (v. gr. suscripción del acto o contrato en nombre del menor) con omisiones o descuidos en su desarrollo, que no constituyen en sí mismos actividad de representación. La respuesta será siempre la misma: la lesión acreditada del interés del menor, en cuanto se haya producido una merma patrimonial (inicial o final), o un aumento de las cargas, obligaciones o gravámenes que pesen sobre ese patrimonio, supondrá un acto ilícito sancionado con la nulidad del mismo. Parece lógico pensar que lo no beneficioso para el menor debe ser institucionalmente excluido y separado de la actuación representativa de los padres, aun cuando ello sea una conclusión extraída de un juicio posterior al hecho o acto realizado por la pertinente autoridad judicial.

El problema subsiguiente será el de determinar si esta solución drástica de la nulidad debe ser matizada o minorada en atención al respeto que merecen otros intereses susceptibles de tutela, en especial el de los terceros con quienes se contrató o frente a los que se celebró el acto o negocio en nombre del menor. Ésta fue precisamente la respuesta, moderada, equidistante casi, de la reforma alemana de 1998.

---

(65) Obviamente, si el efecto lesivo para el patrimonio del menor se deriva de forma inmediata del contrato mismo o del acto suscrito entre el tercero y los representantes legales (v. gr., cuando se vende una cosa del menor a un precio muy bajo, o se adquieren bienes y servicios a precios superiores a los normales en el mercado), podría fácilmente recurrirse a una presunción de mala fe por parte del tercero (presunción de hecho), que desharía cualquier posible presunción contraria de buena fe por su parte.

Sin embargo, desde el punto de vista de nuestro Derecho vigente, la protección del interés de los terceros, como interés prevalente, no encuentra asiento en nuestra normativa. Parece indiscutiblemente clara la preponderancia del interés del menor, no sólo en el seno de su familia, en sus relaciones con los demás miembros, sino también frente a terceros. Así lo ha sido siempre históricamente desde la *restitutio* romana; lo ha seguido siendo en el vigente derecho codificado con las reglas de nulidad por falta de capacidad (arts. 1300 y ss.) y de rescisión por lesión en más de la cuarta parte (art. 1291 del CC), que constituyen modelos claros de preponderancia del interés del menor en las situaciones de conflicto; y no hay razón para pensar que haya dejado de serlo, máxime tras promulgación de la Ley del Menor de 1996.

El gran inconveniente de la defensa de una preponderancia absoluta del interés del representado sobre el de los terceros contratantes radica en las consecuencias últimas de su mantenimiento. Si bien se piensa, la tutela de los terceros no es sino la protección de algo tan importante como la apariencia (66). Cuando los representantes legales, en ejercicio de un poder concedido por la ley, actúan frente a terceros y conciertan negocios o contratos en nombre del menor, generan en esos sujetos una confianza en su lícita actuación que merece ser protegida. Si no se respetan las consecuencias derivadas de esa apariencia, se corren graves riesgos de orden general.

Pero a pesar de todo, creemos que esta concepción se sustenta, en realidad, en una idea preconcebida del respeto del tráfico jurídico por encima de cualquier otra consideración o interés. Creemos haber demostrado que por encima del tráfico jurídico ha estado siempre, y sigue estándolo mientras no lo excluya expresamente una norma legal, la tutela de los menores e incapaces. La nulidad, por lo tanto, mientras no se busque otra solución en una futura reforma legal, sin duda ya necesaria, se impone inexorablemente (67). La defensa de los terceros habrá de encontrarse por otras vías también posibles y razonables, por ejemplo, la de la responsabilización de los representantes legales por los daños causados a los terceros (por la inoponibilidad del acto o contrato frente a los menores representados), tema al que nos referiremos a continuación.

---

(66) Debe matizarse a estos efectos que, desde nuestro punto de vista, no puede tener eficacia en el ámbito de la representación legal la doctrina jurisprudencial sobre la representación aparente, ya que ésta se basa justamente en una apariencia de representación generada por un representado *capaz* que, con su conducta creó en el tercero la convicción de que el representante aparente obraba con plenas facultades.

(67) *De lege ferenda,* sin embargo, sería recomendable que este mecanismo tuviese carácter subsidiario o de último remedio, en términos similares a como dispone el art. 1294 del CC respecto de la acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte del valor de los bienes.

En última instancia, la tutela de los terceros tendrá su campo de actuación, incluso por encima del interés teóricamente preponderante de los menores e incapaces, a través de aquellos resquicios que aún hoy concede el ordenamiento jurídico. La falta de previsión del legislador sobre las consecuencias de ese principio de tutela prioritaria de los intereses de los menores, deja abiertas algunas puertas a esa protección de los terceros.

En particular, nos referimos a terceros de buena fe que adquieran a su vez del tercero que contrató con los representantes legales (o de sus causahabientes), bienes, especialmente inmuebles, del menor. Aquí, aun cuando el contrato originario pudiera ser objeto de impugnación si se acredita el perjuicio patrimonial del menor, las reglas y principios legales permitirían la protección de aquel subadquirente de buena fe, quien, por ejemplo, podría ampararse en el art. 34 de la Ley Hipotecaria (y preceptos concordantes), para hacer inoponible a él la sentencia que declarase la nulidad de aquel contrato por "abuso de poder representativo". Nuestro ordenamiento jurídico carece, a diferencia de algún otro (68), de normas de cierre en la protección de menores e incapaces, que impidan la eficacia de las adquisiciones realizadas por terceros (distintos del tercero que contrató con los representantes legales), incluso aunque hubiesen obrado de buena fe.

Queda sin embargo, la duda, planteada por BUSNELLI, sobre si esa normativa no choca frontalmente contra principios constitucionales que obligan a la protección de menores e incapaces, haciendo preponderante su interés por encima de cualquier otro, por cuanto de otro modo podrían lesionar derechos y libertades fundamentales de aquéllos.

4. UNA MEDIDA COMPLEMENTARIA: LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LOS REPRESENTANTES LEGALES FRENTE A LOS TERCEROS

Completando la visión ofrecida en los apartados anteriores sobre las vías por las que puede darse respuesta a la lesión del interés del menor por una

---

(68) Nos referimos en concreto al Código civil italiano, que, con todo acierto, incluye normas como los artículos 1445 y 2652, número 6. En el primero, se excepciona del principio de inoponibilidad de las demandas de nulidad, frente a terceros de buena fe, el caso de las demandas de nulidad "por incapacidad legal". En el segundo, se hace oponible a terceros que hubiesen transcrito en el registro una posible adquisición, la anotación, aun ulterior, de una demanda también "por incapacidad legal".

Es cierto que estas normas no se refieren estrictamente al supuesto que aquí se analiza (demandas de nulidad por "abuso de poder representativo"), pero son demostrativas de un espíritu legal claramente protector de los intereses de los menores o incapaces, dándoseles prioridad en cualquier posible situación de conflicto de intereses. Todo dependerá, además, de cómo se interprete esa expresión (demandas "por incapacidad legal").

gestión incorrecta o negligente de sus representantes legales, merece la pena plantearse las posibilidades actuales en Derecho español de que los terceros —no ya el menor mismo— perjudicados por aquella actuación contraria al menor, puedan dirigirse contra el representante legal y exigirle la reparación de los daños y perjuicios sufridos por ellos. Evidentemente, este cauce actuaría como complemento necesario de las medidas anteriormente analizadas, ya que sería un medio de tutela de los terceros ante la medida —principal— de declararse la nulidad e inoponibilidad al menor representado de los actos realizados por los representantes legales en contra de sus intereses. Del mismo modo, nos planteamos la vía de las acciones de responsabilidad del tercero lesionado frente al representante legal respecto de aquellos otros actos o conductas que no sean estrictamente actos representativos (69).

Los pronunciamientos de la doctrina española y extranjera sobre esta cuestión han sido bastante escasos, seguramente porque siempre se ha pensado que los perjuicios son sufridos básicamente por el representado, y que éste es quien reclamará su reparación en sus relaciones internas con el representante. Aunque es posible recoger alguna interesante opinión, como la mantenida por FERRI (70), lo cierto es que no se percibe en la doctrina española ni italiana un análisis detenido y riguroso sobre las posibilidades de los terceros de reclamar la reparación de daños a los representantes legales del menor con quienes contratan o frente al que celebran algún acto o negocio jurídico, que luego resulta ser perjudicial para aquél.

En cualquier caso, este examen de las vías generales de actuación respecto de actos lesivos para el menor, realizados por sus representantes legales, nos

---

(69) En estos casos, la aplicación del principio general del interés del menor conllevaría también la ineficacia e inoponibilidad de las consecuencias dañosas de esa acción u omisión, lo que de otro modo habría abierto las puertas a una reclamación del tercero frente al representado por los gastos realizados o los lucros dejados de obtener como consecuencia de la conducta del representante legal.

(70) FERRI, ob. cit., pág. 5, parece proponer la responsabilidad de los representantes legales, distinguiendo entre el acto mismo, del que es responsable el patrimonio del representado, y los deberes *(impegni)* nacidos del acto concluido en nombre y por cuenta del menor, de cuyo efectivo cumplimiento será directamente responsable el representante legal: esa responsabilidad recaerá sobre este último al no haber desarrollado su misión, que comprendía no sólo la conclusión (plena) del acto sino también la ejecución de las obligaciones que surgen del mismo (es una consecuencia de su condición de sustituto permanente del menor representado).

Esta tesis, sin embargo, no está exenta de crítica, en cuanto no se percibe una base legal segura sobre la que apoyar estas afirmaciones, ni en Derecho italiano ni en el español. Resulta además artificiosa esa distinción entre actos y deberes derivados del acto. Además, no da respuesta adecuada a los supuestos de celebración de actos dañinos o perjudiciales en sí mismos, ni a los casos de que lo sean a pesar de existir autorización judicial.

permite plantear —sin resolverlo por el momento de modo definitivo— un asunto especialmente peliagudo. Nos referimos a las consecuencias de la infracción del deber (legal) de gestionar —gestionar en interés del menor— por parte de los padres representantes legales (art. 154.2.º del CC: deber de los padres de representar y administrar).

Es un lugar común en la doctrina trazar la correlación entre infracción del deber legal (art. 154.2.º del CC) de representar y administrar y la responsabilidad civil de los padres (frente a sus representados). Quizás convenga, sin dejar de admitir esta regla, cuestionarse otras posibles consecuencias de aquella infracción, como la responsabilidad de los representantes legales frente a los terceros con quienes contratan o gestionan. Porque el hecho de que *la ley misma* imponga a los padres el deber —obligación en sentido propio— de gestionar (y de hacerlo en interés del menor), puede acaso significar una desviación hacia el patrimonio de los representantes legales de las repercusiones negativas en los terceros de su gestión.

Es cierto, en contra de esta idea, que ese deber u obligación de gestionar también existe en la representación voluntaria, en cuanto que en la base de la misma habrá normalmente un contrato de mandato del que se derive una obligación de actuar de los representantes, cuya infracción (por gestionar mal o por no gestionar) ocasione un deber de reparar el daño causado (art. 1101 y ss. del CC). Sin embargo, puede que la obligación de gestión en los casos de representación legal, por ser impuestas por una norma y no a través de contrato, resulte superior desde el punto de vista cualitativo, en el sentido de excluir la responsabilidad del patrimonio del menor y de autorizar, como una suerte de efecto institucionalizado, la agresión sobre el patrimonio de los representantes. Dicho de otro modo, el hecho de hallarnos ante un deber de gestionar y administrar impuesto imperativamente por la ley, y de que ese deber recaiga sobre un sujeto necesitado de especial protección, como el menor o el incapaz, acaso conduzca a erigir a los representantes legales citados en una suerte de "garantes" del buen fin del acto o negocio en las relaciones con terceros [71].

A falta de una solución como la alemana, o incluso por encima de ella, puede ser razonable aplicar en el Derecho español el mecanismo de la responsabilidad del representante legal. Esa responsabilidad existe sin duda en las relaciones internas frente al menor, pero es conveniente —e incluso posible, con la normativa vigente en la mano— la extensión a las relaciones externas. Es decir, para proteger el interés del menor, que es prioritario respecto de los demás en juego, pero al mismo tiempo para dar cobertura a los intereses de terceros de

---

[71] Así, BUSNELLI, ob. cit., pág. 64, habla de la "función de garantía" de los representantes legales frente a los terceros perjudicados.

buena fe, parece razonable la vía de la responsabilidad de los representantes legales. El interés de estos últimos, cuando con su actuación se ha originado un perjuicio al menor, y al mismo tiempo se ha visto afectado el tráfico jurídico y el interés de terceros, debe ceder ante los demás en juego, con una medida como la propuesta.

El problema de esta fórmula es delimitar los criterios de imputación subjetiva de la responsabilidad de los padres o representantes legales frente a los terceros perjudicados. A nuestro juicio, la cuestión debería resolverse aplicando las reglas generales de la responsabilidad extracontractual, y por lo tanto exigir a los terceros —dado que a estos efectos no son sujetos especialmente protegidos— que acrediten la culpa de los padres en su actuación finalmente lesiva para aquéllos (art. 1902 del CC).

VI. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS SOLUCIONES PROPUESTAS

1. BASE CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA ÍNTEGRA DEL MENOR. LA EXPERIENCIA ALEMANA

Merece la pena dedicar un último apartado necesariamente breve al marco constitucional, como modo de confirmar si, desde el punto de vista los textos constitucionales, existe fundamento suficiente para propiciar una interpretación —ya que no una reforma, al menos de momento— de los textos legales vigentes favorable a una preeminencia plena y total de los intereses del menor, en situaciones como las analizadas de abuso o exceso de poder, por encima de cualesquiera otros intereses en juego; todo ello con base en el principio del libre desarrollo de la personalidad del art. 10 de la CE.

En la base de este planteamiento se halla la experiencia alemana, de la que se desprende una posición claramente activa, militante incluso, de las instancias constitucionales alemanas a favor de una aplicación protectora a ultranza del interés del menor.

La opinión doctrinal alemana anterior a la sentencia del BVerfG de 1986 estaba conforme en considerar que los posibles peligros para el menor derivados de una incompleta regulación de la *Elterliche Sorge* y de los actos susceptibles de ser realizados por los padres en su nombre, con o sin autorización judicial, se compensaban con los beneficios para el tráfico jurídico de unas actuaciones representativas paternas (o tutelares) completamente claras. Pues bien, en contra de este pensamiento mayoritario, el BVerfG ha considerado que no es suficiente, para hacer frente a estos actos lesivos para el patrimonio del menor, con la responsabilidad de los representantes en las relaciones internas, al quedar inalteradas las obligaciones contraídas en nombre del menor.

Partiendo de que el poder paterno está en función de las necesidades del hijo, su protección y ayuda, y de que por tanto ese poder encuentra su justificación sólo en relación a ese fin, considera el BVerfG en la citada sentencia de 1986 que el derecho paterno regulado en el art. 6,II,1 de la Constitución Federal ha de verse como un complejo de derechos y deberes en donde el deber no sólo representa un derecho de límites concretos, sino una parte esencial del derecho paterno que puede ser calificado como responsabilidad paterna. A la vista de ello, el legislador debe encontrar, a juicio del BVerfG, regulaciones que prohíban que el sujeto acceda a su mayoría de edad con una libertad sólo aparente.

A pesar de todo, entiende el BVerfG que el derecho a la autodeterminación que posee todo ser humano, incluido el menor, no es igual ni implica una liberación de toda clase de ataduras o vínculos creados por fuerza del derecho de representación paterna. Es incluso constitucionalmente aceptable, señala el Alto Tribunal alemán, una regulación que establezca que la responsabilidad por los actos representativos de los padres se limite al patrimonio subsistente al llegar a la mayoría. Y si dicho legislador adopta la posibilidad de hacer responder en medida más elevada, debe ocuparse de que al ya mayor le quede espacio para continuar su vida sin cargas irrazonables de las que deba responder. Pero la reclamación de daños y perjuicios a los padres, concluye el BVerfG, no es suficiente para comprender el derecho general de la personalidad (art. 1 del BVerf) del niño, máxime si ese derecho como regla acaba no teniendo valor.

Resumiendo la postura del Tribunal Constitucional alemán, la posición desvalida del menor justifica, con base en el derecho general de la personalidad del menor (art. 1 del BVerf) —el equivalente de nuestro "libre desarrollo de la personalidad" del art. 10 de la CE—, una actuación militante en pro de soluciones legislativas que garanticen al menor, al menos al llegar a la mayoría de edad, una efectiva y no aparente o formal libertad de desenvolver su personalidad. La representación legal como cauce único de tutela de los intereses del menor, incluso a pesar de los controles y cortapisas judiciales, resulta insuficiente e incluso en parte contradictorio con los mandatos constitucionales [72]. No siempre la patria potestad (la *Elterliche Sorge* en Alemania), en su función de representación legal de menores, o en general las instituciones afines, son el instrumento idóneo para lograr ese objetivo de tutela plena de los menores e incapaces. A veces, la práctica demuestra las disfunciones que se pueden producir, debiendo el legislador ordinario buscar cauces que otorguen al menor la

---

[72] Ésta es, como sabemos, la postura que ha defendido en Alemania RAMM, ob. cit., págs. 1708 y ss., aunque en términos absolutamente radicales de defensa de la inconstitucionalidad de la institución misma de la *Elterliche Sorge.*

protección de sus intereses, siempre que no resulte gravemente afectado el tráfico jurídico.

2. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

La posición que se haya de adoptar de conformidad con el Ordenamiento español podría resultar difícil, ante la vaguedad de los textos constitucionales y legales. Sin embargo, resulta en cierto modo más cómoda que en otros Ordenamientos.

En la Constitución española falta, en primer lugar, una norma, como la que aparece en las Constituciones alemana e italiana, en donde se otorga expresamente rango constitucional al poder paterno entendido como derecho de los padres a convivir, velar y educar a sus hijos (*vid.* art. 6 de la Constitución alemana y art. 30 de la italiana) . La existencia de una norma de esta índole dificulta considerablemente el análisis constitucional, en cuanto pone frente a frente este derecho con el principio básico de libre desarrollo de la personalidad. En el Derecho español parece indudable, ante la falta de una norma constitucional que claramente otorgue ese derecho a los padres, la preponderancia absoluta del libre desarrollo de la personalidad de los menores como principio general (art. 10.1 de la CE) [73].

De ese principio preponderante se deriva necesariamente la exigencia de tutela plena de los intereses de los menores (también de los incapaces), precisamente por ser sujetos cuyo desenvolvimiento como persona es una exigencia natural de su condición de menores (o de incapaces), al no gozar de plenitud de facultades todavía. Ello a su vez permite la discusión acerca de los modos y fórmulas legales más adecuados de protección. Así pues, si se acredita —como hemos creído demostrar— la insuficiencia de los medios tradicionales (decisiones paternas, controles judiciales, etc.), existe base constitucional para propugnar, no sólo *de lege ferenda,* en relación a una reforma legislativa futura, sino incluso *de lege lata,* una interpretación o reinterpretación de los preceptos legales vigentes que sea favorecedora de la posición jurídica del menor.

Ahora bien, la norma constitucional reguladora de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad no puede erigirse, por sí sola, en una base segura sobre la que construir un mandato imperativo al legislador para que

---

[73] Sobre este principio y en general sobre los distintos aspectos y problemas derivados del art. 10 de la CE, vid. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Óscar Alzaga (dir.), tomo II, arts. 10 a 23, Madrid, 1997, en concreto págs. 56 y ss.

regule —o al juzgador para que reinterprete y aplique— unas concretas y determinadas modalidades de protección de los menores. El legislador, entendemos, goza de cierto margen de libertad para acoger unas u otras modalidades protectoras, en tanto en cuanto repercutan favorablemente, en mayor o menor grado, en la tutela de estos sujetos.

Es cierto que la jurisprudencia alemana del BVerfG nos ha demostrado que determinadas soluciones legales impiden o dificultan grandemente el ejercicio efectivo y real de ese derecho general de la personalidad del art. 1 de la Constitución alemana (equiparable a nuestro libre desarrollo del art. 10.1 de la CE), en su aplicación a los menores. Por lo tanto, deberá considerarse inconstitucional en el Derecho español cualquier norma o conjunto de normas —como sucede en parte con las vigentes—, que dejen la puerta abierta a posibles infracciones de ese "libre desarrollo", al permitir que, a través de la representación legal paterna o tutelar (ésta quizás en menor medida), se generen elevadas deudas o cargas en el patrimonio del menor que hagan inviable de hecho su desenvolvimiento como persona tras la mayoría de edad (o incluso durante la minoría).

Pero ello no condicionará la elección por el legislador de la fórmula más razonable a ese fin. En este sentido, no creemos que, en el futuro, ni el legislador español ni el del resto de países de nuestro entorno, tenga forzosamente que optar por la limitación de responsabilidad patrimonial del menor, tal como ha hecho la Ley alemana de 1998. Ténganse en cuenta al respecto las dudas y vacilaciones de la doctrina alemana, previa a la citada Ley, sobre las formas más adecuadas de protección en casos de perjuicio del patrimonio del menor (74).

Por último, conviene señalar que la intervención del legislador ordinario en ayuda y apoyo de los intereses del menor, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 10.1 de la CE, no puede entenderse como limitada a los aspectos estrictamente personales, desechando los patrimoniales o económicos. El desarrollo de la personalidad de sujetos especialmente desvalidos como los menores no se limita a lo personal, por cuanto lo patrimonial es un vehículo o instrumento esencial e imprescindible para el logro de fines personales o espirituales (75). El desarrollo legal futuro —o la interpretación de los vigentes textos legales— conforme al principio contenido en el art. 10.1 de la CE, tiene que tomar en consideración también esta faceta, con el fin de lograr soluciones

---

(74) Remitimos de nuevo a BEHNKE, ob. cit., págs. 3078 y 3079, que remite a su vez a las respectivas opiniones de SCHMIDT, HÜFFER, WOLF o RAMM.

(75) Esta idea también la defiende RUIZ-GIMÉNEZ, ob. cit., pág. 73, quien señala que el texto constitucional "…apunta al despliegue de las potencialidades psíquicas, morales, culturales, *económicas* y sociales de cada persona humana…" (cursiva nuestra).

eficaces y no meramente formales (como lo viene siendo hasta el momento el de la simple responsabilidad paterna por la gestión), que ataquen la raíz del problema, y lo atajen de forma radical, si fuera preciso (76).

(76) Una concepción más o menos "radical" como la que aquí se ha defendido, permitirá, si esta materia acaba reformándose en el futuro, siguiendo los pasos del Derecho alemán, el recurso a opciones generales como las de la nulidad de los actos lesivos por contrariar el Derecho imperativo, o la de la rescisión por lesión; permitirá asimismo, como también ha sido apuntado, que el uso de estas vías sea subsidiario, sólo cuando la reclamación de daños y perjuicios a los representantes legales sea inútil o insuficiente.

Pero además, de nuevo *de lege ferenda,* no hay razón para que se fijen, como en parte se ha hecho en el Derecho alemán, límites de tipo cuantitativo a esas reclamaciones, en el sentido de restringir la nulidad o la rescisión a supuestos de lesiones de cierta gravedad desde el punto de vista patrimonial, denegando las que sólo supongan pequeños perjuicios para el menor. A nuestro juicio, no es imaginable que los menores, una vez lograda la mayoría de edad (o terceros representantes *ad hoc* durante su minoría), vayan a embarcarse en una reclamación judicial de escasas repercusiones económicas, ante un error o descuido de los padres. Por lo que se impone mantener el criterio general de impugnabilidad, y dejar a los propios afectados la decisión de los actos (u omisiones) que merecen ser atacados en cada caso.

LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y LA LEY APLICABLE EN LOS CASOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO INTERNACIONALES

ANTONIO-ALBERTO PÉREZ UREÑA
Abogado del Ilustre Colegio de Granada

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN
II. LA COMPETENCIA CIVIL INTERNACIONAL DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO MATRIMONIALES
III. LA LEY APLICABLE: LA "NORMA DE CONFLICTO"

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, la reglamentación de las "crisis matrimoniales" ha estado marcada por las distintas etapas de confesionalidad y de aconfesionalidad del Estado español, lo que se traduce —como afirma Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ—, en el hecho de que la jurisprudencia española se halle "sesgada axiológicamente", en materia del divorcio en los "casos internacionales".

Tras la entrada en vigor de la CE de 1978, el estado de cuestión responde a los principios de aconfesionalidad del Estado (art. 16 de la CE) e igualdad de los cónyuges ante la ley (art. 32 de la CE).

La CE de 1978 posibilitó la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, también supuso una importante modificación del Derecho internacional privado español del matrimonio, plasmándose ésta en la nueva redacción que la misma confirió al art. 107 del CC y la DA 1.ª de la Ley de 7 de julio de 1981, destacando la civilística la ruptura que éstos supusieron respecto a las solucio-

nes anteriormente vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, y en las que no vamos a entrar por rebasar ampliamente las dimensiones marcadas para el presente trabajo.

II. LA COMPETENCIA CIVIL INTERNACIONAL DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO MATRIMONIALES

Señala la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de mayo de 2000 (FJ 7.º), que: *"... no se puede perder de vista, a los efectos del reconocimiento, que en la verificación de la concurrencia de los foros de competencia judicial internacional subyace la finalidad de admitir dicha competencia —siempre a los fines de la homologación pretendida— en función de un criterio de proximidad con el objeto del proceso, que permita tanto garantizar los derechos y garantías procesales, evitando litigios ante órganos jurisdiccionales que por su desconexión con la materia litigiosa sitúan en posición de indefensión a la parte demandada, como impedir el éxito de actuaciones fraudulentas de las partes, buscando interesadamente foros de favor o conveniencia que les aseguren la aplicación de normas materiales más favorables o ventajosas..."*.

La novedad que, la ya citada Disposición Adicional 1.ª de la Ley 30/1981 supuso en nuestro ordenamiento jurídico, consistía en establecer las "conexiones" que habría de presentar con España un caso de nulidad, separación o divorcio matrimoniales para que los órganos jurisdiccionales españoles pudieran conocer del proceso, y que se concretaban en las siguientes: *"1.º Cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española. 2.º Cuando sean residentes en España. 3.º Cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, cualquiera que sea la nacionalidad y la residencia del demandado. 4.º Cuando el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, sea residente en España."*

Como sabemos, la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su art. 22 dispuso las reglas de competencia judicial civil internacional para nuestros juzgados para los supuestos de nulidad, separación y divorcio matrimoniales, derogando tácitamente las reglas contenidas en la DA 1.ª de la Ley 30/1981 (1).

(1) A pesar de dicha derogación, algunas resoluciones judiciales han seguido aplicando en los últimos tiempos la DA 1.ª de la Ley 30/1981 para fijar la competencia judicial internacional de nuestros tribunales. Cabe destacar la Sentencia de la AP de Vizcaya de 24 de mayo de 1993 y el Auto de la AP de Barcelona de 18 de marzo de 1994.

En los supuestos internacionales de separación judicial y divorcio, nuestros órganos jurisdiccionales pueden conocer si concurren los foros que al efecto establece el art. 22 de la LOPJ.

Los criterios de conexión para determinar la competencia judicial internacional contenida en el art. 22 de la LOPJ son los siguientes:

Con carácter general: *"2.º Cuando el demandado tenga su domicilio en España"*.

En su defecto: *"3.º Cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro."*

La doctrina patria sistematizó los supuestos en los que nuestros tribunales podían conocer de litigios relativos a demandas de nulidad matrimonial, separación y divorcio en los siguientes casos:

1.º Cuando concurra sumisión expresa o tácita de las partes.

2.º Cuando el demandado tenga su domicilio en España.

3.º Cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda.

4.º Cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España.

5.º Cuando los cónyuges tengan nacionalidad española sea cual sea su residencia, siempre que se promueva la petición de mutuo acuerdo o por uno con consentimiento del otro.

Aunque el art. 22 de la LOPJ no ha sido formalmente derogado, sí que encontramos dificultades de operatividad del mismo tras la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo, de la Unión Europea, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes [(2)], puesto que aquél cederá ante éste siempre y cuando resulten de aplicación los criterios de determinación de la competencia judicial en éste establecidos, y que se contienen en sus arts. 2.º y siguientes.

---

(2) En vigor para España desde el 1 de marzo de 2001.

Este Reglamento constituye una pieza más en el complejo engranaje comunitario, y su *leitmotiv* no es otro que el de ser una pieza eficaz más para construir el denominado "espacio judicial europeo". Esta finalidad se aprecia nítidamente en la propia exposición de motivos del Reglamento, cuando, textualmente, se dice que se deben establecer medidas coherentes y uniformes que permitan que la circulación de personas sea tan amplia como resulte posible, y que se concreta, incluso resultando de aplicación "a los nacionales de terceros países con vínculos suficientemente profundos con el territorio de uno de los Estados miembros, según los criterios atributivos de competencia previstos en el presente Reglamento".

Cooperación judicial que se asienta en los siguientes motivos [3]:

1.º La necesidad de normas uniformes sobre competencia en materia matrimonial en el marco de la Comunidad Europea y facilitar entre los Estados miembros el reconocimiento de las resoluciones matrimoniales y su ejecución.

2.º La necesidad de normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de nulidad, separación y divorcio, con un procedimiento uniforme.

3.º Evitar procedimientos paralelos sobre cuestiones matrimoniales en diferentes Estados miembros.

4.º Disponer de reglas de competencia en relación a la responsabilidad parental.

Pues bien, ¿cuándo tendrá lugar esta aplicación prioritaria del Reglamento comunitario? Tiene que concurrir al menos una de las conexiones que se establecen en el art. 2 para que el juez del Estado donde se interponga la demanda se declare competente [4].

En virtud de la nueva normativa comunitaria, los órganos jurisdiccionales españoles son competentes (art 2.º del Reglamento) en los siguientes supuestos:

a) Cuando se encuentre en **territorio español**:

— La residencia habitual de los cónyuges.

---

[3] José María ILLÁN FERNÁNDEZ, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* 2.ª edición, Pamplona, 2002, págs. 111 y 112.

[4] José Antonio TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, "Ante la anunciada reforma del artículo 107 del Código Civil", *Revista Actualidad Civil,* núm. 3/2003.

— La última residencia habitual de los cónyuges cuando uno de ellos todavía resida *en España.*

— La residencia habitual del demandado.

— En caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o la residencia habitual del demandante si ha residido en España desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o la residencia habitual del demandante, si ha residido *en España* al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y es nacional español.

b) Cuando ambos cónyuges sean de **nacionalidad española**.

Por su parte, el art. 8.1 del Reglamento CE establece lo que denomina *"competencias residuales"*, y en virtud de lo cual, para el caso de España, si conforme al art. 2.º del Reglamento no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de España, la competencia se determinará con arreglo a la ley española, es decir, por medio de las reglas contenidas en el art. 22 de la LOPJ, supuestos estos, que a decir de José María ILLÁN FERNÁNDEZ podrían ser aquellos en los que la demanda se presenta en España cuando el demandante es español y tiene su residencia en España, y los casos de sumisión expresa o tácita a que se refiere el apartado 2.º del art. 22 de la LOPJ. En cambio, por nuestra parte, compartimos la opinión mostrada por otros autores. Así para José Antonio TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, aunque el Reglamento comunitario no deroga los preceptos de la LOPJ *"... pero como quiera que todos los criterios de conexión del art. 22 de ésta, antes señalados, están contenidos en los del art. 2 del Reglamento resulta evidente que los de la LOPJ quedan convertidos en impracticables, pues nunca se podrá dar un supuesto previsto en la LOPJ distinto de los previstos en el art. 2 del Reglamento, que establece los criterios con mayor amplitud que la LOPJ..."*, por lo que, las únicas reglas de competencia judicial civil internacional con posibilidad de aplicación, para los procesos de nulidad, separación y divorcio, son las contenidas en el art. 2.º del Reglamento 1347/2000.

Las razones que se pueden argüir para llegar a estas conclusiones son las que expone el citado profesor TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, y que sistematizamos de forma sucinta:

— Respecto a la residencia habitual, el criterio contenido en el art. 22.3 de la LOPJ "queda al mismo nivel que el del Reglamento", por cuanto la *lex fori* —ley española—, concreta la misma por la permanencia en territorio español de más de 183 días, durante el año natural, pero lo que sí especifica el Reglamento es el tiempo previo de residencia habitual, y para el caso de que el

demandante sea *español* requiere seis meses. Tal concepto —a decir de la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, de 14 de mayo de 2001 (Ponente: Sr. Fernández Martínez)— es el fundamental para fijar la competencia, no pudiendo estarse al de residencia habitual del demandante en supuestos como el presente, en que, sin solución de continuidad, se interrumpe la vida conyugal para instar un procedimiento de separación, buscando el lugar que se reputa más beneficioso o en el que se confía conseguir una resolución más favorable.

— La LOPJ limita los supuestos de demanda conjunta por ambos cónyuges de *nacionalidad española,* cualquiera que sea su lugar de residencia, a los casos de que la promuevan de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, mientras que el Reglamento es más amplio: basta que ambos cónyuges sean de nacionalidad española sin más condiciones.

Recapitulemos. La **jurisdicción** constituye una cuestión de soberanía, siendo competentes los Tribunales españoles de los litigios que se susciten en territorio español incluso entre extranjeros, con arreglo a lo establecido en la LOPJ y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

El art. 117.3 de la Constitución Española expresa que la potestad jurisdiccional se ejerce por el conjunto de Juzgados y Tribunales españoles "en todo tipo de procesos", es decir, tanto en los derivados del tráfico externo como en los surgidos de supuestos sin ningún elemento o factor de extranjería.

Ello es recordado, por un lado, en el artículo 21.1 de la LOPJ cuando dice: "Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte" y, de otro lado, por el art. 51 de la LEC de 1881 cuando decía que *"La jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros"*.

De conformidad con lo que establece el art. 769.1 de la LEC de 2000, en relación con el art. 22.3 de la LOPJ, la residencia común de los litigantes en España al tiempo de la interposición de la demanda de separación matrimonial determina la competencia de los tribunales españoles, así como la aplicación de las normas que regulan el procedimiento, de eficacia territorial (cfr. Sentencia de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de febrero de 2002).

Por lo que respecta a la cuestión relativa a la aplicabilidad o no de los criterios contenidos en el art. 22 de la LOPJ **es bien discutible**, decantándonos por su inaplicación, cediendo los mismos frente a los contenidos en el art. 2.º del Reglamento de Bruselas 1347/20007/CE, de 29 de mayo.

III. LA LEY APLICABLE: LA "NORMA DE CONFLICTO"

El párrafo I del art. 107 del Código Civil, en virtud de la modificación experimentada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, establece qué ley es aplicable a la separación y el divorcio en el que intervienen elementos de extranjería. Es ésta una disposición sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que la anterior Ley de 2 de marzo de 1932 carecía de normas de Derecho internacional privado (5).

Pues bien, la regla de conflicto contenida en el art. 107 del Código Civil es la siguiente: *"La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio, y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes. Las sentencias de separación y divorcio dictadas por tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la LEC."*

Como afirma Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (6), el ámbito de aplicación objetivo del precepto es "la separación y el divorcio", por lo que se extiende a si procede o no la separación y el divorcio, a sus causas y a los efectos que provoca (7). Dicho principio general tiene una serie de **excepciones** en las que la *lex divortii*/*lex separationis* no resultan aplicables, pudiéndolas concretar en las siguientes:

1.º **Los efectos de la separación y el divorcio sobre las relaciones paterno-filiales.** Nos referimos, entre otras, a cuestiones como la guarda y custodia de los hijos y el régimen de visitas en casos internacionales. Éstas se rigen, según doctrina mayoritaria por lo dispuesto en el art. 9.4 del CC. Éste, al menos, y en ausencia de pronunciamientos claros del Tribunal Supremo, ha sido el criterio mantenido por la Sentencia de la AP de Las Palmas, de 31 de mayo de 1993 (8), según la cual: *"... por lo que a la guarda y custodia de los hijos se refiere, se rige por la ley personal de los hijos..."*.

---

(5) Así se expresa el profesor Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ.

(6) "Comentario al artículo 107 del Código Civil", en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil*, coordinada por Rodrigo BERCOVITZ, Aranzadi, 2001, pág. 219.

(7) Igualmente, se aplica esta ley a las medidas provisionales que pueden adoptarse antes de la presentación de la demanda o tras la admisión de ésta (MARÍN LÓPEZ).

(8) *Aranzadi Civil,* 1993/1131.

2.º **Los efectos en materia de pensiones y prestaciones de la Seguridad Social no se rigen por el art. 107.I**, resultando aplicable la ley estatal que proceda conforme a los criterios de aplicación de las leyes nacionales sobre régimen de la SS, o lo previsto en ciertos Convenios Internacionales.

3.º **La liquidación del régimen económico matrimonial se rige por el art. 9.3 del CC**.

4.º **La nulidad del matrimonio,** de cuya posibilidad guarda absoluto silencio el art. 107.I del CC, debiéndose estar a la ley rectora del matrimonio para determinar las consecuencias del incumplimiento. Dicha omisión suscita para algunos autores la necesidad de una modificación legal que prevea expresamente para tales supuestos una norma de conflicto, que tendrá que tener en cuenta el hecho inequívoco de que "la nulidad constituye una sanción legal al incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos para la validez del matrimonio" (9).

Expuestas las anteriores excepciones, hay que decir que los tres criterios de conexión establecidos en el art. 107.I del CC son **jerárquicos o subsidiarios**. Efectivamente, el art. 107.I establece una serie de puntos de conexión "en cascada" (CARRASCOSA), pudiéndose distinguir diversas situaciones a las que les resultarán de aplicación una Ley diferente.

1.º **"Nacionalidad común de los cónyuges"**; es decir, cuando los cónyuges ostentan la misma nacionalidad, con independencia de otros criterios. Es ésta, como afirma la doctrina, la conexión tradicional de Derecho internacional privado en materias de Derecho de familia y "estatuto personal". En estos supuestos la aplicación de dicha Ley es preceptiva. Esta solución ya fue puesta de manifiesto por la Sentencia de la Sala 1.ª del TS de 6 de abril de 1979 para un supuesto de cónyuges de nacionalidad italiana, aplicando, por tanto, el derecho italiano. Esta doctrina ha calado en la de las distintas Audiencias Provinciales, pudiendo destacar entre las más recientes la de la Sentencia de la AP de Asturias, de 12 diciembre de 1994, que aplicó el Derecho portugués en un supuesto en que ambos cónyuges eran de dicha nacionalidad, residentes uno en España y otro en Portugal.

Más reciente resulta la Sentencia de la Sección 12.ª de la AP de Barcelona, de 13 de febrero de 2002, en la que ambos litigantes tenían la nacionalidad

---

(9) La doctrina de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, en sus reconocidas Sentencias de 10 de julio de 1916, 12 de mayo de 1944, 29 de mayo de 1962, 7 de marzo de 1972 y de 27 de octubre de 1977, se inclina por mantener que la ley aplicable a la validez del matrimonio, que presuntamente haya sido infringida, es la que establece si existe o no eficacia en el matrimonio contraído, las modalidades de ésta.

paquistaní, habiendo contraído matrimonio en Damasco (Siria), residiendo en Barcelona desde agosto de 1993 de forma ininterrumpida, con todos sus hijos, (de los cuales los dos últimos nacieron en España), se encuentran escolarizados y atendidos por los servicios sociales del Ayuntamiento de Barcelona, y se encuentran confiados a la custodia de la madre, aplicando esta resolución, por lo que respecta al derecho material aplicable, al tener ambos cónyuges la nacionalidad común paquistaní, la ley reguladora del matrimonio de la República del Pakistán.

Concluyente nos parece la Sentencia de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de septiembre de 1998 (Ponente: Sr. Ortuño Muñoz), en la que como cuestión previa la de analizar y concretar la legislación aplicable al objeto del litigio, habida cuenta de que, en el caso concreto, había sido invocada por la parte demandante, y aplicada por el Juzgador de instancia, la legislación española sobre estado civil, cuando de las circunstancias aportadas por las propias partes, se deduce que ambos litigantes cuentan con la nacionalidad marroquí común. La Sala determinó lo siguiente: *"... si bien es cierto que, para la atribución de la competencia, la norma de conflicto aplicable es la española, tal como establece el artículo 12.1 del CC, y el ordenamiento español en el artículo 22.3.º de la LOPJ atribuye la competencia para los litigios de separación y divorcio a los juzgados españoles, siempre que la residencia habitual de los litigantes sea en nuestro país, como ocurre en el caso de autos, en los litigios sobre estado civil entre personas extranjeras la ley material aplicable, tanto en lo que se refiere a las causas de la separación o divorcio, como a sus efectos, cuando la nacionalidad de los esposos sea común, es la ley de la nacionalidad de los mismos, por imperativo de lo que establece el artículo 107 del Código Civil.*

En consecuencia con lo anterior, la invocación por la parte actora, y la aplicación por el juez de instancia de la ley española, violan los principios y normas de Derecho internacional privado vigentes en España, ya que debió alegarse y probarse por la parte demandante el derecho vigente sobre la materia en el Reino de Marruecos, sin cuyo requisito el enjuiciamiento de la acción ejercitada no resulta posible, puesto que la elección de la ley aplicable constituye materia de orden público, y no puede renunciarse por las partes a la misma, ni ser subsanada por el tribunal español su falta de alegación mediante el mecanismo de la aplicación de la ley española, toda vez que, en tal caso, la sentencia que se dictase carecería de efectos jurídicos en el país en el que consta inscrito el matrimonio de los litigantes..."

En definitiva, por aplicación de los arts. 9.2 y 107 del CC, principio del estatuto personal, para resolver los conflictos de Leyes en el espacio, con la consiguiente y recíproca aplicación en España de las normas extrañas cuando de extranjeros se trate y siempre que no sean contrarias al orden público y a las

buenas costumbres, por lo que la Sentencia de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, de 14 de enero de 2002 (Ponente: Sra. Álvarez Llaneza) estimó *"... aplicable al presente divorcio dada la nacionalidad común de ambos esposos residentes en España, la Ley núm. 84-11 de 9 de junio de 1984 Código de familia vigente en la República de Argelia..."*.

2.º **Cónyuges que poseen distinta nacionalidad**, pero sí tienen su residencia habitual en el mismo país: se aplicará la ley de dicho país. En este sentido, la Sentencia de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, de 13 de marzo de 2000 (Ponente: Sr. Alcalá Navarro), aplicó el Derecho español en un supuesto de matrimonio en el que la actora era de nacionalidad rusa y el demandado suizo y que tenían su residencia estable en Málaga. Como afirma, textualmente, la referida resolución: *"... en ausencia de nacionalidad común de los cónyuges, como igualmente sucede en este caso en el que la actora es rusa y el demandado suizo, el artículo 107 del CC contempla la posibilidad fijando como ley aplicable la de dicha residencia habitual del matrimonio, que no es otra que la española..."*.

3.º **Cónyuges que ostentan distinta nacionalidad y poseen,** además, **su residencia en países diferentes:** se podrá aplicar la ley española. El recurso a la ley española como *lex civilis fori*, en defecto de una común nacionalidad o residencia habitual de los cónyuges, constituye una solución como cláusula de cierre que posee una justificación objetiva en el marco de las soluciones jerarquizadas del art. 107, párrafo 1.º, del Código Civil, pues si no existe ni nacionalidad común ni residencia habitual común de los cónyuges ningún otro ordenamiento jurídico posee mejor título que el español para ser aplicado, y son los Tribunales españoles los que conocen del litigio por acuerdo de las partes o a instancia de una de ellas.

Buen ejemplo de su uso lo hallamos en la Sentencia de la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de julio de 2001 (Ponente: Sr. Correas González): *"... sabemos por el estudio de las actuaciones que al momento de la presentación de la demanda las partes no tienen una nacionalidad común, Don ... es de nacionalidad cubana y Doña ... es de nacionalidad norteamericana (USA); no hay residencia habitual del matrimonio y las partes (separadas legalmente) tienen residencia en diferentes estados, por ello ya si procede decretar el divorcio entre las partes del presente proceso, entre Doña ... y Don ... en virtud de lo dispuesto en el art. 86.2 del CC de cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año desde la interposición de la demanda de separación..."*.

Hemos de terminar nuestra exposición destacando una serie de cuestiones, comunes a los anteriores puntos y que resultan de la mayor importancia práctica, a saber, los siguientes:

1.º Respecto al **momento** para determinar la ley aplicable, éste no es otro que el de la presentación de la demanda, de modo que un cambio posterior en la nacionalidad o residencia de los cónyuges no tiene efectos sobre la ley aplicable [10].

2.º La **residencia habitual** común de los cónyuges es una noción de hecho que constituye una circunstancia objetiva que determina el lugar donde los consortes poseen su centro de vida familiar o donde residen intencionadamente y echan raíces familiares y económicas. Entendemos que, junto con la prueba directa, cabe su apreciación a través de la prueba indiciaria o de presunciones concurrentes en el caso. A este respecto, resulta especialmente interesante la Sentencia de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 21 de julio de 2000 (Ponente: Sr. García Van Isshot), ante un supuesto de un matrimonio que tras casarse en Inglaterra, se cuestiona el hecho de si establecieron su residencia en Gran Canaria (en concreto el marido negaba este extremo, afirmando residir en Sutton, Inglaterra). Figuraban en los autos determinados datos que suponían indicios serios de residencia en España (certificaciones de empadronamiento, poder público general para pleitos otorgado ante un Notario de Gran Canaria, datos fiscales que ponían de relieve su condición de contribuyente...), añadiendo la presunción legal, contenida en el art. 69 del CC, de que los cónyuges viven juntos.

3.º La **prueba del Derecho extranjero.** La doctrina legal emanada de nuestro Tribunal Supremo (entre otras, S. 5 de noviembre de 1971), en aplicación de lo dispuesto en el art. 12 *in fine* del Código Civil, disponía que la alegación del Derecho extranjero era una cuestión de hecho que tenía que ser acreditada por las partes interesadas de modo pleno e indubitado, no sólo por lo que se refiere al texto legal completo sino también en cuanto a su sentido, alcance e interpretación asignadas por los Tribunales del respectivo país, porque al aplicar la Ley extranjera el juez patrio viene obligado a su observancia como si lo fuera del país de que se trate, exigiendo a estos efectos el dictamen conforme de dos jurisconsultos de aquél debidamente legalizados (Sentencias de 25 de febrero de 1926, 30 de marzo de 1928, 12 de diciembre de 1935, 30 de junio de 1962 y 9 de junio de 1969).

En este sentido, como señaló el TS en su Sentencia de 25-1-1999, la regla judicial reflejada en el art. 12.6 exigía que quien invocara el derecho extranjero debía de acreditar en juicio:

1.º La existencia de la legislación de que se trate.
2.º La vigencia de la misma.
3.º Su aplicación al supuesto de debate.

---

[10] Así se muestra José María MARÍN LÓPEZ.

Como dijo la Sentencia 9 de febrero de 1999, el derecho extranjero aplicable había que concretarlo, facilitárselo al Tribunal pues no le alcanza el *iura novit curia* y cumplir con el art. 12.6 del CC, conforme al cual la persona que invoque el derecho extranjero debía acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la Ley española.

Buen ejemplo de esta doctrina era la Sentencia de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de noviembre de 1999 (Ponente: Sr. López-Carrasco Morales), la cual, entendió *acreditado suficientemente*, **como uno de los hechos que incumbe probar a la parte actora, la vigencia y contenido del Derecho extranjero** (inglés): *"... En esta materia el Tribunal Supremo ha sentado la doctrina de que no puede aplicarse de oficio la Ley extranjera cuando no se alega de forma suficiente y nadie se acoge a ella, no bastando el simple informe hecho a instancia de parte, sino que es preciso se refiera expresamente al litigio (...), con aportación del texto literal a los preceptos aplicables (SSTS de 13 de abril y 23 de octubre de 1992, y 4 de mayo de 1995), yendo más lejos las Sentencias de 30 de junio de 1962 y 7 de noviembre de 1971, al exigir dictamen conforme de dos jurisconsultos del país a que pertenezca la Ley cuya aplicación se pide (...), con la debida traducción y legalización de sus textos, y sin perjuicio de que el Juez pueda colaborar con la parte en la investigación de la norma extranjera tanto para determinar su existencia como su sentido interpretativo. En aras de tal doctrina no puede la Sala acoger el reproche que hace el recurrente, de no haber sido aportado el Derecho inglés con todos los requisitos exigidos en la expresada doctrina jurisprudencial, pues constan en autos las Colecciones Oficiales de los Textos «Matrimonial Causa Act de 1973», el «Matrimonial and Family Proceedings, de 1984», el Texto «Children Act de 1989» y la «Law of Preoperty Act de 1925», con su correspondiente interpretación de dos juristas pertenecientes al The Law Society (equivalentes al Colegio de Abogados) (...)"*.

Por lo tanto, el Juzgador podía valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios para la acreditación del contenido y vigencia [(11)]. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en base al art. 24 de nuestra Carta Magna, habla de "la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial de que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del Derecho extranjero resulta debida por imposición del propio ordenamiento jurídico español", para añadir que "la acreditación del Derecho extranjero y la intervención del órgano judicial en su prueba puede trascender de la mera valoración de la prueba de un

---

(11) En estos términos se pronuncia la doctrina de las Audiencias Provinciales. Así, v. gr., Sentencia de la sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de septiembre de 1998.

hecho alegado por la parte en apoyo de sus pretensiones...” (STC de 17 de enero de 2000). Por su parte, ya el Tribunal Supremo proclamaba que “si el Juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable” (Sentencia de 3 de marzo de 1997).

La situación ha variado con la entrada en vigor de la LEC de 2000. La Disposición Derogatoria Única. 2. 1.º de dicho cuerpo normativo, deroga expresamente el párrafo segundo del apartado sexto del art. 12 del Código Civil, hallándose la regulación actual de la cuestión en el art. 281.2.º de la LEC, y cuyo tenor es el siguiente: *“... El Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”*. Por lo tanto, el Juzgador ya no sólo *“... podrá valerse además...”*, sino que, como bien pone de manifiesto la doctrina procesalista, el legislador de la LEC consagra la posibilidad de que el juez haga uso de los medios de averiguación que estime idóneos de cara al conocimiento de la norma extranjera aplicable, con independencia de la actividad probatoria de las partes, lo cual no se deducía del art. 12.6 del CC. Como afirma Regina GARCIMARTÍN MONTERO, del tenor de este último precepto se desprendía que la iniciativa probatoria del juez era complementaria de la de los litigantes. Ahora, en cambio, el juez tiene total libertad.

Cuestión distinta es la que se suscita cuando a los Tribunales españoles no les resulta posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero. Así, nuestro TS ha preferido la aplicación de la ley material española (SSTS de 13 de febrero de 1974, 13 de marzo de 1970, 29 de septiembre de 1961...); aunque cierto sector de las Audiencias Provinciales opta por desestimar la demanda, no aplicando ni el Derecho extranjero ni el Derecho español. Tal es el caso de la Sentencia de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, de 17 de mayo de 2000 (Ponente: Sr. Trujillo Crehuet) que trató de un supuesto en el que la ley aplicable era la inglesa, al tratarse de dos súbditos de nacionalidad inglesa, residentes en España, declarando, respecto a la prueba de la misma que: *“... de la misma manera en la demanda se manifiesta la existencia de una sociedad de gananciales, y ello no parece acreditado, al no ser de aplicación la presunción que la ley española establece, ni si se dan los requisitos para la concesión de la pensión compensatoria, ni siquiera si tal derecho existe. En consecuencia, al vulnerarse preceptos imperativos, de orden público, como es el hecho de que la legislación aplicable es la inglesa, lo procedente es de conformidad con el precepto esgrimido, así como por el art. 9, párrafos 1.º y 2.º, del CC, es revocar la sentencia, sin entrar a conocer del fondo del asunto...”*.

4.º La **sujeción de la norma extranjera al orden público**. Por último trataremos esta importante cuestión. Declara el Tribunal Constitucional, en Sen-

tencia de 15 de abril de 1986, que el concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, pues aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la misma garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución.

Por lo tanto, la legislación de otro país puede y debe ser excluida si confronta con los principios básicos consagrados en nuestra Constitución. La consecuencia lógica de esta situación no puede ser otra que la de dar respuesta judicial conforme a la legislación española.

Así lo decidió la Sentencia de la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de septiembre de 2000 (Ponente: Sr. Hijas Fernández), al conocer de un supuesto en el que la legislación iraní —ambos cónyuges eran de dicha nacionalidad—, resulta, en el ámbito de divorcio, notablemente discriminatoria para la mujer. Textualmente dicha resolución se pronunció en los siguientes términos: *"La legalidad iraní en materia de divorcio viene a establecer unas normas que vulneran, en perjuicio de la mujer casada, el irrenunciable, a tenor de nuestra legalidad, principio de igualdad. Así, conforme a aquélla, el esposo ostenta el derecho absoluto a rescindir el contrato matrimonial unilateralmente, sin aportar motivo alguno para el divorcio. En cambio la mujer no puede obtener el divorcio sin el consentimiento del esposo, a menos que recabe la misma la intervención del Juzgado. Es cierto que las reformas introducidas en la Ley de Protección de la Familia en Irán exigen preceptivamente la incorporación al contrato matrimonial de unas estipulaciones por las que se conceda a la mujer el derecho a divorciarse. Y así acaece en el supuesto hoy analizado, en el que el contrato matrimonial suscrito por los esposos litigantes contenía el poder irrevocable del esposo a favor de la esposa para que, en determinados supuestos que enumeraba, pudiera acudir al Juzgado y obtener la autorización requerida para divorciarse, y entre los cuales se contemplaba el abandono por el esposo de la vida matrimonial, en el que podría tener cierto encaje la relación fáctica que sirve de sustento al escrito rector del procedimiento. Con ello, sin embargo, no acaba por superarse la inadmisible discriminación en perjuicio de la mujer, que llega a su culminación, en la referida legalidad, cuando se consagra el derecho del esposo para revocar el divorcio y continuar el matrimonio sin celebrar nuevo contrato matrimonial, no precisando al respecto el consentimiento de la esposa, a la que se deniega todo derecho a tal revocación..."*.

ANÁLISIS JURÍDICO DEL ABANDONO DEL HOGAR COMO CAUSA DE SEPARACIÓN CONYUGAL

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA
Abogada

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA
II. EL ABANDONO DEL HOGAR COMO CAUSA DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL: CONCEPTO Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA
III. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL A LA CAUSAL DE ABANDONO INJUSTIFICADO DEL HOGAR

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

El artículo 82.1 del Código Civil establece que es causa de separación matrimonial, entre otras, "el abandono injustificado del hogar".

Desde el punto de vista histórico, hay que reseñar que el abandono del hogar figuraba ya como "causa legítima" de separación en el derogado artículo 105 del Código Civil, si bien el texto actualmente en vigor añade una especificación o concreción que no estaba incluida en la causa 2.ª del artículo 105, y que es, precisamente, que dicho abandono ha de ser "injustificado". La no concreción de esa injustificación en el texto derogado no ha causado perplejidad en la doctrina española, considerando, simplemente, que este requisito o exigencia se daba por entendido, pues, de lo contrario, cualquier abandono del domicilio conyugal podría constituirse en causa de separación, cuando, en realidad, esto no es así, como ya tendré ocasión de poner de manifiesto en estas páginas.

II. EL ABANDONO DEL HOGAR COMO CAUSA DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL: CONCEPTO Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA

Lo primero que hay que resaltar es que se denomina separación matrimonial a la cesación efectiva del deber de convivencia que la Ley civil impone a los cónyuges. Por tanto, cesación del deber de convivencia y abandono del hogar, con la consiguiente cesación de la convivencia, no son sinónimos.

La noción o concepto de "abandono" —siempre desde el punto de vista civil, único que voy a tratar en este epígrafe— viene referida al cónyuge que, de manera voluntaria, libremente, se aleja del hogar familiar, estando en su intención —o *animus*— poner fin a la convivencia, romper dicha convivencia.

Fuera de nuestro país, hay autores que han elaborado teorías sobre el concepto de "abandono" y que merece la pena destacarlas, al menos alguna de ellas.

Para Carlos María ENTRENA KLETT (1), el abandono del hogar es un concepto más amplio que el abandono de familia —refiriéndose este autor a la legislación anterior—, aunque el Tribunal Supremo ha identificado, sin embargo, abandono de hogar con abandono de familia en una Sentencia, muy conocida, de 18 de noviembre de 1974. No obstante, este jurista defiende su postura personal, afirmando que el abandono del hogar es el rechazo del deber de convivencia, al paso que el abandono de familia se traduce en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, a la tutela o al matrimonio.

Según expresan Manuel PONS GONZÁLEZ y Miguel Ángel DEL ARCO TORRES (2), el simple hecho material del alejamiento, ausencia o separación no basta para constituir abandono como causal de la separación, sino que se requiere, como, por otra parte, ocurre con todas las causales, el factor moral de la imputabilidad, que el Código Civil califica de injustificado.

El abandono injustificado, por tanto, excluye la hipótesis de separación privada convencional, y se circunscribe, en cambio, a la separación de hecho establecida por decisión unilateral de uno de los cónyuges.

No obstante, hay que seguir avanzando un poco más en el concepto establecido por el Código Civil, a efectos de evitar erróneas interpretaciones y valoraciones que conlleven ciertos prejuicios. En este sentido, hay que resaltar que el

---

(1) ENTRENA KLETT, C.M., *Matrimonio, separación y divorcio,* Pamplona, 1982.

(2) PONS GONZÁLEZ, M. y M.A. DEL ARCO TORRES, *Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial: Régimen Jurídico (Teoría, praxis judicial y formularios),* Comares, Granada, 1985.

abandono, para que sea injustificado y, en consecuencia, causal de separación matrimonial, ha de ser la cesación de la convivencia impuesta por uno de los esposos y por una causa que no sea imputable al otro. Se trata de delimitar perfectamente cuándo estamos ante un "abandono injustificado" del hogar, que se produce cuando se impone el fin de la convivencia marital. Es, al fin y al cabo, un incumplimiento de uno de los deberes conyugales, cual es el de vivir juntos los esposos, establecido por el Código Civil en su artículo 68.

La noción de "abandono" comprende al cónyuge que se aleja del hogar familiar voluntariamente, con el objetivo o la intención de romper la convivencia. El cónyuge incurso en esta conducta de abandono infringe el deber de cohabitación, tal como ha quedado expuesto anteriormente. Lógicamente, tal como ya expuse en otra ocasión (3), el abandono es involuntario si el sujeto está incurso en una perturbación psíquica o si ha sido impuesto por el otro cónyuge, por un tercero o por fuerza mayor. En este sentido, la Sentencia, ya citada, de 18 de noviembre de 1974 declaró que no se da abandono cuando consta que el marido tuvo que abandonar el hogar por mandato del Juez al ser decretadas las medidas previas al pleito de separación.

Según el artículo 87.2 del Código Civil, tampoco hay abandono cuando éste obedece a motivos laborales, profesionales o a cualquier otro de naturaleza análoga, porque entonces lo que sucede es que ese abandono —que, de hecho, existe o se produce— no es injustificado, requisito que, precisamente, exige nuestro Código Civil para fundamentar una demanda de separación conyugal por esta causa.

Parece oportuna la referencia ahora a la noción de "hogar", que está presente en el enunciado de esta causal de separación matrimonial. En efecto; hay que entender que la obligación de convivencia que tienen los cónyuges se cumple, regularmente, en el denominado "domicilio conyugal". Mientras no haya un punto de referencia común de la obligación de convivencia, ésta sólo puede exigirse por cada cónyuge en el sentido de mostrar su disposición a ir a vivir donde se encuentre el otro, pagando su parte de gastos, o de recibir al otro, y su contribución económica, en donde él se encuentra. Como expone LACRUZ BERDEJO (4), cualquier cónyuge, con arreglo a las posibilidades comunes, tiene obligación de acoger al otro o aceptar el establecimiento de ambos en un medio existencial razonablemente congruente con la inserción social, las aspiraciones y el modo de vida de su consorte. El hogar común es un elemento

---

(3) ROMERO COLOMA, A.M., *El matrimonio y sus crisis jurídicas. Problemática civil y procesal,* Serlipost, Barcelona, 1990.

(4) LACRUZ BERDEJO, J.L. y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil,* IV, Derecho de Familia, Barcelona, 1982.

natural, normal en un matrimonio. La cuestión de la convivencia no parece un asunto disponible por las partes, de modo que los cónyuges pueden estar de acuerdo en no vivir juntos en absoluto, por tiempo definido o indefinido, pero no pueden pactarlo con eficacia sino, todo lo más, como un medio de concluir con el matrimonio, no para permanecer en él.

En nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil, hay una presunción de convivencia, salvo prueba en contrario, según el artículo 69 del Código Civil. Es una presunción *iuris tantum,* por lo que es obligado demostrar, precisamente, que se ha producido el cese o cesación de la convivencia conyugal a efectos de instar la separación. Esta presunción, no obstante, deja de existir una vez admitida la demanda de separación. Convivir no significa vivir permanentemente juntos, porque la convivencia puede interrumpirse y, sin embargo, ello no significa ni implica cesación efectiva de la misma, siempre y cuando esta cesación obedezca a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga, tal como establece el artículo 87.2 del citado corpus legal.

Naturalmente, el deber de convivencia queda en suspenso, para cada cónyuge, cuando el otro no cumple sus deberes matrimoniales, o le maltrata, o pretende que conviva en condiciones inadmisibles, o se niega a cooperar al sostenimiento de las necesidades del hogar común. En estos casos, si un cónyuge abandona el hogar, no estamos ante un abandono injustificado, sino justificado a todas luces.

En definitiva; para que el abandono del hogar de un cónyuge sea injustificado y, por tanto, encuadrable en el marco de la causa de separación que está siendo objeto de estudio, se requiere, básicamente, que el otro no esté incurso en alguna de las causales que contempla el citado artículo 82 del Código Civil.

En consecuencia, el abandono injustificado se ceñirá siempre a la separación de hecho establecida por decisión unilateral de uno de los esposos. Para FOSAR BENLLOCH [5], puede servir de noción de "hogar" cualquier residencia mínimamente estable, que no presupone ni residencia habitual ni domicilio establecido. En este sentido, para este autor, es abandono del hogar el del domicilio itinerante de una *roulotte* de circo, aunque él mismo reconoce que no constituye un domicilio en el sentido del artículo 70 del Código Civil, porque una es la realidad prevista como sede del matrimonio por el artículo 70 y otra la realidad existencial y no jurídica, que se abandona en el artículo 82.1 del mencionado corpus legal.

---

[5] FOSAR BENLLOCH, E., "La separación y el divorcio en el derecho español vigente", en *Estudios de Derecho de Familia,* Bosch, Barcelona, 1982.

Siempre que no exista una causa que induzca a uno de los cónyuges a romper el deber de vivir juntos —o deber de convivencia—, puede decirse que el abandono será injustificado.

En el Derecho Canónico, se hablaba, en este último supuesto, de "abandono malicioso", definiendo éste como "apartamiento, injusto y doloso, del cónyuge con intención de disolver las relaciones conyugales". Una Sentencia de la Rota, de 6 de diciembre de 1929, ofreció el concepto de abandono malicioso, declarando que "éste tiene lugar cuando uno de los cónyuges se aparta o expulsa de su lado al otro con ánimo de cancelar las obligaciones conyugales y sin justa causa".

Es evidente que todo abandono malicioso será un abandono injustificado y, por tanto, el cónyuge abandonado por el otro podrá instar demanda de separación matrimonial por esta causa.

José Antonio DORAL, que ha estudiado ampliamente esta problemática, estimaba que el abandono está justificado cuando se apoya en circunstancias que aportan una explicación legitimadora o exonerativa, mencionando las siguientes: desavenencias familiares, reyertas constantes y presencia de parientes incómodos o indeseables (6). Este autor, con esta enumeración, abre un amplio abanico de posibilidades, si bien hay que reconocer que el legislador civil, al emplear el término "injustificado", da pábulo a esta interpretación. Hay que entender que no sería "injustificado" el abandono de un cónyuge, por ejemplo, la mujer, a quien el marido no le proporciona los medios indispensables para subsistir. En este supuesto, como ya expuse (7), la justificación vendría de la mano del incumplimiento de los deberes impuestos en los artículos 67 y 68 del Código Civil, preceptos estos que corresponde examinar ahora, a modo de paréntesis o inciso.

El matrimonio, efectivamente, comporta una relación compleja en el aspecto personal —único que va a ser tratado ahora—, que determina la existencia de un conjunto de derechos y deberes de contenido y proyección económica. A este conjunto de derechos y deberes se denomina efectos personales del matrimonio, ya que tienen por objeto a las personas mismas de los casados, llamándosele al segundo efectos patrimoniales o económicos del matrimonio. A estos derechos y deberes es ineludible referirme ahora, pues sobre ellos, precisamente, pueden asentarse, a mi juicio, la causa de separación conyugal por abandono injustificado del hogar.

---

(6) DORAL, J.A., "El interés de la familia", *Documentación jurídica,* volumen I, enero-diciembre, 1982.

(7) ROMERO COLOMA, A.M., *El matrimonio y sus crisis jurídicas,* obra citada en nota 3.

El artículo 66 del Código Civil establece la igualdad de derechos y deberes de marido y mujer. Se trata de un precepto civil que va a condicionar, de alguna manera, la vida en común de los esposos, ya que sobre él han de asentarse las bases de la comunidad conyugal. Ya el artículo 32 de nuestra Constitución había consagrado, con anterioridad a la Reforma del Código Civil, la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, entre el marido y la esposa. También, de forma indirecta, el artículo 14 del propio Texto Constitucional, se había referido a la prohibición de discriminación por razón, entre otras cuestiones allí enumeradas, de sexo.

Como expone LACRUZ BERDEJO [8], la plena igualdad jurídica no significa simplemente que el derecho a contraer matrimonio sea igual en el varón y en la mujer, sino que el estatuto del estado matrimonial es idéntico para el uno y la otra. En otras palabras, la Ley no legitima modos de convivencia que discriminen a uno de los cónyuges, si bien cabría pactar, en virtud del principio de autonomía de la voluntad y en, a partir de sus iguales facultades, que sea uno de ellos quien administre los bienes del matrimonio.

El artículo 67 del Código Civil proclama que "el marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia". El precepto siguiente —el artículo 68— explicita que los cónyuges están obligados a vivir juntos, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente, precepto este último que reproduce en su integridad la dicción del antiguo y derogado artículo 56.

Un sector doctrinal ha puesto en tela de juicio la pertenencia de estos preceptos al ámbito propiamente jurídico, entendiendo que tanto la fidelidad como el socorro y el respeto mutuos constituyen virtudes incoercibles, pertenecientes al mundo de la ética o de la moral o, en todo caso, no impuestas por la Ley.

A mi juicio, esta tesis no es admisible en nuestro país, y basta con que nos detengamos un momento en estos preceptos del Código Civil para comprender que no nos encontramos ante supuestas "virtudes" o "cualidades", sino que son preceptos perfectamente coercibles, y que encuentran una sanción específica en caso de incumplimiento. No obstante, tal como hace algunos años puse de relieve [9], hay que matizar que estos deberes no aparecían tratados en un plano de absoluta igualdad. Así, por lo que respecta al deber de fidelidad, su infracción más grave constituía, hasta el año 1978, el delito de adulterio, que era tratado en el Código Penal con mayor severidad para la mujer que para el

---

[8] LACRUZ BERDEJO, J.L. y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil,* IV, citado en nota 4.

[9] ROMERO COLOMA, A.M.: *La separación matrimonial por causa de violación de los deberes conyugales y paternofiliales,* Dykinson, Madrid, 2001.

marido, en el que sólo castigaba el amancebamiento. En cuanto al deber de vivir juntos, es significativo remontarse en el tiempo para apreciar mejor las mutaciones sociales que se han ido produciendo. Así, una Sentencia, lejana en el tiempo, de 1927, obligó a la esposa a reintegrarse al hogar conducida por la fuerza pública. Inversamente, la doctrina considera que ese deber es incoercible y que no se puede coaccionar a la esposa para que permanezca en el domicilio conyugal, ya que ello supondría un secuestro que entraría en el marco del Derecho Penal.

El carácter ético de estos deberes —falsamente ético, desde mi punto de vista— aparece con cierta claridad en una Sentencia de 1959, en la que se afirma que tales deberes tienen un carácter marcadamente ético, porque se confía al sentimiento y a la conciencia íntima su cumplimiento. Y de aquí la consecuencia de que las normas reguladoras de esta relación, aun siendo jurídica, por haber sido acogidas en el Código Civil, acusen su origen en lo tenue de la sanción, que, con frecuencia, era sólo patrimonial, siendo indirecta y, por ello, poco eficaz. Estos deberes, desde ese punto de vista, aparecen como obligaciones, cuya observancia depende más de la conciencia que del precepto legal en sí mismo. Es evidente que, en la actualidad, si la mujer no quiere vivir con su marido, el Derecho no autoriza ningún medio de coerción física para facilitar el acceso a la vivienda común al cónyuge expulsado de ella, estando entonces dirigida la acción a poner a uno de los cónyuges en el disfrute de ciertos bienes y nunca, desde luego, a restablecer la convivencia entre ambos.

Con respecto al tema objeto de análisis, es evidente el carácter jurídico que tienen estos deberes. Pensemos en el deber de convivencia de los cónyuges. Si uno de ellos, marido o mujer, incumple este deber y no hay causa razonable legalmente prevista para ese incumplimiento, se produce un abandono injustificado del hogar, que tiene, como consecuencia, la posibilidad de que el esposo o esposa abandonado/a pueda instar la separación matrimonial en función de este abandono. La consecuencia, sin duda, no es poco eficaz, como algún sector doctrinal ha expuesto, y, desde luego, confirma el carácter plenamente jurídico de estos deberes que aparecen enunciados en el Código Civil. Además, si fueran deberes éticos, ¿qué sentido tendría incluirlos en los preceptos del Código Civil?

Hay que tener en cuenta, asimismo, una cuestión importante: cualquier transgresión o violación de los deberes conyugales enunciados en los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil puede dar lugar a que uno de los cónyuges abandone el domicilio u hogar de ambos y, en este supuesto, sí estaría justificado dicho abandono. En otras palabras, la injustificación del abandono —en definitiva, la injustificación de la transgresión del deber de convivencia conyugal— será tal siempre que no exista una causa razonable, legalmente prevista, para la cesación de esa convivencia conyugal. Si un esposo incumple, por ejemplo, el deber

de fidelidad para con el otro y éste abandona el hogar conyugal, ya no será injustificado ese abandono. Igualmente ocurrirá cuando uno de los esposos infrinja el deber de respeto para con el otro, o el deber de socorro mutuo, o el deber de ayuda mutua, así como el de actuar en interés de la familia.

Como puede comprenderse, todos los deberes mencionados en los correspondientes preceptos del Código Civil —artículos 66, 67 y 68— son jurídicos y, aunque tengan una cierta conexión con la Ética, ello no desdice en absoluto su carácter plenamente jurídico.

También, según Mariano LÓPEZ ALARCÓN (10), está justificado el abandono cuando el otro cónyuge consiente o no se opone a que se establezca una separación de hecho; cuando el otro cónyuge hace intolerable con su conducta la vida conyugal, ya por sí solo o por la presencia de familiares o extraños; cuando el otro cónyuge incumple gravemente los deberes conyugales; cuando el marido no entrega a la mujer los medios indispensables para atender las necesidades de la familia —hay que plantearse si, en el supuesto de que ocurriera a la inversa, es decir, fuera la esposa la que no entregase al marido los medios indispensables para atender a dichas necesidades, habría lugar a la justificación del abandono por parte del esposo—, o cuando el otro cónyuge ha interpuesto demanda de separación.

Para FOSAR BENLLOCH (11), hay un supuesto que, con arreglo a la normativa anterior a la Reforma del Derecho de Familia, justifica el abandono, previsto en el derogado artículo 105 del Código Civil: no incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y, en el plazo de treinta días, presenta la demanda o solicitud a que se refieren los preceptos anteriores.

El deber de vivir juntos tiene carácter instrumental, ya que es un medio para cumplir mejor los demás deberes —deber de fidelidad, de socorrerse y ayudarse mutuamente, deber de respeto, etc.—, aunque cabrá el pacto de vivir separados siempre y cuando el resto de los deberes que exige la vida matrimonial se cumplan efectivamente. Esta separación pactada, no obedeciendo a discrepancias familiares, sino a motivos laborales o de otra índole, no es causa para pedir la separación, según el artículo 87.2 del Código Civil.

---

(10) LÓPEZ ALARCÓN, M., "La separación judicial por culpa y su conexión con el divorcio", *La Ley,* número 350, 9 de febrero de 1982.

(11) FOSAR BENLLOCH, E.: "La separación y el divorcio en el Derecho español vigente", citado en nota 5.

III. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL A LA CAUSAL DE ABANDONO INJUSTIFICADO DEL HOGAR

Como ha podido constatarse, el abandono injustificado del hogar se produce cuando uno de los esposos, sin la existencia, previa, de una causa razonable y legalmente prevista, abandona el domicilio común. En este supuesto, es el otro cónyuge, es decir, el que ha sido abandonado, el que puede instar —y está legitimado, en consecuencia, para ello— la demanda de separación por esta causa. Será, por tanto, cualquiera de las causas enunciadas en el artículo 82 del Código Civil que aparecen como culposas o culpabilísticas: la infidelidad conyugal —concepto este más amplio que el de adulterio—, la conducta injuriosa o vejatoria, cualquier violación, grave o reiterada de los deberes conyugales —esta última causa deja un amplio margen que ha de ser interpretado y valorado doctrinal y jurisprudencialmente—, el alcoholismo, las perturbaciones psíquicas y la toxicomanía (siempre que el interés del otro cónyuge y/o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia).

Parece oportuno ahora hacer un recorrido sobre algunas de las Sentencias más interesantes que se han dictado en nuestro país sobre esta materia.

En relación a la normativa anterior a la Reforma del Derecho de Familia, que tuvo lugar en 1981, es interesante destacar una Sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Albacete el 25 de enero de 1988: "En lo referente a la petición del apelante de que se dé lugar a la separación conyugal por haber abandonado injustificadamente su esposa el hogar, ha de rechazarse confirmando la apreciación del Juez de Instancia sobre la inexistencia de dicha causa de separación, al estar justificada la salida del hogar por la esposa, ya que se encuentra comprendida en el caso del artículo 105 del Código Civil."

"El abandono injustificado, aisladamente considerado, conforme a la letra y al espíritu del artículo 105 del Código Civil, debe apreciarse siempre y en todo supuesto de residencia fuera del hogar familiar por tiempo superior al señalado en dicho precepto y que no obedezca a causas extramatrimoniales, como enfermedad, laborales o de fuerza mayor, ya que la interpretación del mismo exige, para no tener por incumplido el deber de convivencia, el salir del domicilio conyugal por una causa razonable matrimonial y presentar demanda o solicitud de (...) separación (...), o la adopción de medidas, en el plazo de treinta días" (Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 29 de abril de 1988).

"La Sentencia, hoy impugnada, decreta la separación del matrimonio de los litigantes, por hallarse la esposa incursa en la causa legal de separación de abandono injustificado del hogar, que recoge el apartado 1.º del artículo 82 del Código Civil. La expresada causa de separación se compone de dos elementos: a) El abandono material del hogar, consistente en la salida del mismo del cón-

yuge abandonante para instalarse a vivir en otro lugar, y b) la falta de justificación, es decir, de un motivo que haya hecho necesario o conveniente este abandono. La concurrencia de tal causa de separación, en el caso hoy enjuiciado, ha quedado ampliamente acreditada en autos, por el testimonio de las Diligencias Previas (...), a raíz de la denuncia por abandono de domicilio presentada por el hoy recurrente don C.A.R., ante la Comisaría de Policía, el día 13 de marzo de 1986. Tal afirmación no queda desvirtuada por el contenido de la carta de fecha 22 de marzo de 1986, dirigida por el señor R. a su esposa, de tono conciliador y en la que expresa su deseo de reanudar la convivencia en aras al bienestar de la hija, ya que ello no significa que el traslado de la esposa a París obedeciera a un acuerdo previo de las partes en tal sentido, como afirma la dirección letrada de la parte apelada, ni de su contenido se desprende dato alguno del que se pueda deducir la conveniencia o necesidad de dicho abandono por parte de la esposa, en el sentido anteriormente indicado" (Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, de 11 de mayo de 1988).

Una Sentencia, ya antigua, pero muy interesante, da una noción de lo que, en realidad, supone o implica el abandono, declarando que "no debe interpretarse como el abandono físico del domicilio familiar, sino que debe comprender al cónyuge que deja de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad y al matrimonio, aunque permanezca el marido en el domicilio familiar" (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1974).

Es, como vemos, un concepto amplísimo de abandono el que mantiene esta Sentencia últimamente citada, pero, en cualquier caso, está en armonía con los deberes que corresponde cumplir a los esposos, tanto en su condición de tales como en la de progenitores.

Efectivamente, una Sentencia de 21 de diciembre de 1981, dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, declaró, en este sentido, que "no puede interpretarse con raquitismo el motivo de abandono del hogar, pretendiendo que el mismo quede reducido a la ausencia voluntaria y maliciosa del domicilio conyugal por parte de uno de los cónyuges, lo cual habría de explicar que, como ocurre en el caso de autos, cuando existe un acuerdo previo de vivir separadamente, en modo alguno podría achacarse esta causa como legítima para provocar una Sentencia de separación y, asimismo, que el concepto de abandono del hogar habría de reducirse a la dejación material del mismo, prescindiendo de otros abandonos, como es el cuidado de los hijos encomendados, que pueden perfectamente entenderse ínsitos en el más amplio mencionado."

Tal como puede observarse, el concepto de abandono injustificado, tal como lo entiende ampliamente nuestra Jurisprudencia, a mi juicio, con un excelente sentido y pulcritud jurídicas, va referido no sólo al hecho material, en sí mismo, del abandono, es decir, a la lejanía o ausencia física del hogar conyugal por parte de uno de los esposos, sino que comprende también la dejación o el

abandono de los deberes asistenciales —recordemos, de nuevo, los preceptos del Código Civil que aluden a este tema, artículos 66, 67 y 68—, tanto de índole material, como espiritual y moral —auxilio, ayuda, respeto, etc.— que los esposos han de cumplir. Veamos, así, una interesante Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1983: "Que el *factum* de la Sentencia describe la conducta del marido y padre, diciendo que éste se marchó del hogar conyugal (...) dejando en él a su esposa y a un hijo de cuatro años, sin que les prestara desde entonces asistencia alguna; la esposa que (...) dio a luz un hijo, siguió viviendo con los dos hijos en el domicilio conyugal con sus padres (...) de quienes recibió asistencia (...) Como del hecho probado aparece con toda nitidez la falta de la más mínima asistencia, es obligada la aceptación de la tesis fiscal, que coincide también con la de las Sentencias de 14 de febrero de 1974, 17 de diciembre de 1975, 10 de marzo de 1958, 22 de noviembre de 1963, 23 de noviembre de 1977, 12 de noviembre de 1977."

Una cuestión importante, a este respecto, es la relación que existe entre el abandono injustificado del hogar y el concepto de abandono a efectos penales, que ya había sido definido en una antigua Sentencia de 27 de enero de 1944 como "omisión voluntaria o inmotivada, es decir, maliciosa, de aquellos deberes de asistencia familiar inherentes a la patria potestad, tutela o estado matrimonial preceptuados por las leyes". También fue definido como "ausencia voluntaria, prolongada e injustificada, del hogar familiar, por parte de cualquiera de los cónyuges", según dicción de la Sentencia de 22 de diciembre de 1980.

Según la Sentencia de la Audiencia Territorial de Baleares, de 4 de febrero de 1981, para que se produzca el abandono injustificado del hogar, bastan tres requisitos: "a) La iniciativa de un cónyuge; b) su carácter duradero y no lo que en la doctrina se denomina incompatibilidad momentánea de humor; y c) la ausencia de una causa justificativa grave que legitime ese hecho negativo (cesación de la convivencia), obviamente con carga probatoria a cargo de quien produce el primer eslabón del supuesto fáctico (la cesación de la convivencia) (...)"

El abandono del hogar conyugal, para que sea injustificado, precisamente, ha de llevarse a cabo con el objetivo o finalidad de disolver el consorcio conyugal, es decir —en otras palabras—, de poner fin al matrimonio. Este objetivo será realmente operante cuando exista, además, inobservancia de los deberes asistenciales inherentes a la patria potestad y al matrimonio. De este modo, de acuerdo con esta teoría, hay que entender que determinados abandonos del hogar no son injustificados, como ya quedó reseñado anteriormente. Así lo declaró, efectivamente, una Sentencia de 30 de noviembre de 1983, dictada por la Audiencia Territorial de Barcelona: "Que en lo referente al abandono del hogar también aducido por la esposa, aceptamos asimismo cuanto se motiva por el Juzgador *a quo* en el tercer considerando, para rechazar tal causa de separa-

ción, ya que de lo actuado sólo se infiere que en febrero de 1980 el esposo cesó en la vida de convivencia con su esposa con el beneplácito de ella, quien incluso lo acompañó a la consulta de un psicólogo con la esperanza de lograr un arreglo en sus discrepancias conyugales, sin que el referido esposo haya eludido el cumplimiento de sus deberes de asistencia económica ni en otros aspectos para su esposa e hijas..."

Con arreglo al artículo 87.2 del Código Civil, al que en páginas anteriores se hizo alusión, tampoco hay abandono injustificado del hogar en el siguiente supuesto resuelto por la Sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres, de 18 de julio de 1988: "(...) No hubo abandono injustificado del hogar por parte de la esposa (...), ya que ambos cónyuges estuvieron de acuerdo en que la mujer se trasladara a otro lugar, con el fin de conseguir una actividad laboral con la que contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio (...), con lo cual es de aplicación lo sustentado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1958, entre otras (...)"

La Audiencia Provincial de Cádiz resolvió, en similar sentido, un supuesto planteado en relación con la cesación de la convivencia conyugal durante un período de tiempo prolongado —doce años— declarando lo siguiente: "(...) Esta Sala no puede sino valorar negativamente la deducción del Juez *a quo* respecto a la causa primera de separación, ya que sí se reconoce por los esposos que la convivencia conyugal dejó de existir hace unos doce años sin que hasta la fecha de la demanda hubiera el más mínimo enfrentamiento, fricción o desacuerdo entre los cónyuges, es poco razonable entender que el esposo incurrió en abandono injustificado, máxime cuando, como reconoce la actora (...) 'la confesante y su esposo suspendieron la convivencia, sin que desde entonces se haya reanudado', sin que del resto de sus contestaciones se atisben —ni el Juzgador insistiera ni aclarara este punto— datos objetivos que permitan buscar un culpable de esta ruptura, máxime cuando no se ha practicado ningún tipo de pruebas al respecto y consta, por otro lado, que el marido ha dejado que la mujer y sus hijos sigan habitando en el domicilio conyugal y les ha sufragado mensualmente gastos (luz, agua y manutención familiar). En definitiva, es poco coherente después de doce años sin adoptar ninguna otra actitud alegar ahora abandono injustificado, lo que parece contrario a la realidad social y a la lógica de los hechos."

Una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 1 de marzo de 1991, intentó la distinción entre "abandono injustificado" y "abandono injustificable", declarando a este respecto que "puede tratarse de una salida justificable e incluso provocada por quien permanece en el domicilio. Pero es suficiente, para entender concurrente la causa de separación, la ausencia del domicilio que no va seguida de alguno de los comportamientos legalmente previstos, supuesto en el que, de forma expresa, la Ley faculta, a quien permanece en el

domicilio, para obtener de los Tribunales una sentencia de separación y la regulación de las consecuencias de la situación así creada. Ello, claro está, al margen de criterios culpabilísticos y valoraciones de reproche."

No hay que confundir el abandono injustificado del hogar (causa 1.ª del artículo 82 del Código Civil), con la causa enunciada en el ordinal 5.º del citado precepto: Cesación efectiva (cese, dice el Código Civil, si bien la expresión es desafortunada) de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentido. Una Sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de enero de 1995, puso de relieve, a este respecto, lo siguiente: "Alega el recurrente don M.E.M. que la marcha de Alpens (donde residía el matrimonio) de su mujer doña Carmen P.S. en marzo de 1992, constituyó abandono injustificable del hogar, lo que hacía incompatible esa causa de separación con el posterior supuesto de infidelidad conyugal del marido, según el artículo 81.1.º, párrafo 2.º del Código Civil. Tal causa de abandono de hogar no cabe apreciarla, ni confundirla con el cese de la convivencia del número 5 del art. 81, como pretende el recurrente y ello porque: a) Queda demostrado que el traslado de doña Carmen P.S. en marzo de 1992 a una fonda u hostal de Viladrau fue por motivos laborales, sin hacer dejación de los deberes inherentes de asistencia a los hijos (que permanecían en Vic, C/ (...), por motivos de estudio, como el propio recurrente reconoce en su demanda);

b) Tal hecho tuvo escasa duración de seis meses (hasta que se agotó el contrato temporal). Por tanto, no cabe hablar de abandono injustificado del hogar, pues tiene dicha numerosa jurisprudencia que esta causa de separación ha de ser apreciada discrecionalmente y según circunstancias por el juez, atendido que no sólo requiere el apartamiento del núcleo familiar, sino que sea injustificada, y no lo es cuando está presidida por la finalidad de proporcionar medios económicos a la familia (o por causa de asistencia o cuidados a familiares próximos enfermos, o por otros asuntos propios) que exigen la presencia de un cónyuge en otro lugar distinto, en cuyos casos falta la idea de ruptura o dejación definitiva del deber de convivencia, o tampoco cabe confundirla con la causa 5.ª del art. 82, que hace alusión a una causa más profunda, de motivación subjetiva, de poner fin, definitiva e irreversiblemente, a la comunidad de vida, o proyecto de vida en común, con otro cónyuge; y no obstante la prueba practicada ha puesto de relieve la reiteración de incumplimiento de deberes conyugales en uno y otro cónyuge que justifican la separación (...)"

Cuando se produce un incumplimiento o, incluso una conducta más grave, como es la violación de los deberes conyugales —deberes que, como ya ha quedado reseñado, aparecen enunciados en los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil—, por parte de uno de los cónyuges, el otro va a tener, de este modo, una justificación para abandonar el hogar común. Se exige, en todo caso, para que pueda hablarse de abandono de hogar, no sólo el abandono en sí mismo consi-

derado, sino que haya un verdadero hogar, y no un habitáculo más o menos estable.

A la violación grave de los deberes conyugales, como presupuesto del abandono del hogar, alude la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de octubre de 1998, cuyo Fundamento de Derecho Segundo declaró que "el matrimonio de los litigantes, en cuanto al domicilio familiar, en cuyo abandono injustificado fundamenta el actor su causa de separación, tenía unas peculiaridades significativas, por cuanto al ser el esposo director del hotel tenía una habitación asignada al mismo como tal en la que se desarrollaba la convivencia; es obvio que esa habitación, que ni siquiera el marido pagaba, no puede constituir nunca un domicilio familiar, al carecer de cualquier otro y tener incluso apilados en el trastero del hotel los regalos de boda. Es lógico que la esposa, al encontrarse en el trance que desencadenó la ruptura matrimonial, abandonase la dicha habitación aunque sólo fuera por una elemental dignidad que le impedía compartir la habitación con su esposo, que la tenía asignada como director del centro. Por su parte, la esposa imputa como causa de separación la infidelidad del marido, de indudable ardua probanza, pero no exenta de verosimilitud a la vista de la prueba testifical por ella propuesta y de la propia confesión del contrario que a la posición novena no niega, sino que responde con evasiva, justificando su actitud por la marcha de la esposa. Lo que resulta evidente es la ruptura irreparable de la convivencia entre los esposos, con violación recíproca de los deberes impuestos por el artículo 68 del Código Civil, lo que queda incardinado en la causa 1.ª del artículo 82 del mismo Texto Legal, causa imputable a ambos litigantes, actor y demandada reconviniente (...)"

En muchas ocasiones, se insta por uno de los cónyuges la separación, tomando como fundamento, precisamente, la causal de abandono injustificado del hogar, pero se rechaza ésta debido a determinadas profesiones de uno de los esposos, cuyas ocupaciones son problemáticas, al tener que pasar mucho tiempo fuera del domicilio familiar. Así lo entendió la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 23 de noviembre de 2000: "El Juzgado consideró como no probadas las causas de separación culpable alegadas por la esposa (abandono e infidelidad), y aplicó la vía alternativa de la separación-remedio del artículo 81.1 del Código Civil, conclusión con la que no está de acuerdo la esposa que apela este extremo insistiendo en su pretensión culpabilística, particularmente en lo tocante al abandono (...) En el presente caso, no resultan suficientes los argumentos esgrimidos a los fines pretendidos. La infidelidad no es probada. Y en cuanto al abandono, decir que la parte apelante lo vincula especial y casi inseparablemente a la infidelidad del marido con otra mujer, razón de no regresar a casa y convivir con ella en Motril entre sus viajes. (...) A ello habría que añadir la dificultad resultante del trabajo en rutas marítimas por parte del marido y los prolongados distanciamientos por esta causa. Todo lo dicho aconseja considerar no suficientemente probada la causa legal del aban-

dono del hogar, la cual requiere no sólo el hecho objetivo del alejamiento, sino también que haya sido injustificado, no bastando con ver quién fue el primero que materialmente dejó o no regresó al hogar. Lo dicho no supone establecer o presumir culpabilidad o reproche en la esposa (...)"

Una Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 11 de marzo de 2002 consideró que efectivamente se había producido abandono injustificado del hogar por parte, en este supuesto, de la esposa: "Se formula el presente recurso en base a diversos puntos que se contienen en la Sentencia de Primera Instancia, empezando por la propia causa de separación, ya que la juzgadora de instancia ha concedido la separación por existir causa de separación en la recurrente, consistente en el abandono injustificado del hogar familiar, siendo así que dicha recurrente sostiene que la causa de separación aplicable debe ser la existencia de malos tratos por parte de su marido hacia ella. Realiza la juzgadora un correcto planteamiento de la causa de abandono injustificado del hogar y lo que se somete al estudio de esta Sala es un problema de prueba, esto es, el de si concurre o no en el caso el abandono que se le imputa. Y de las propias declaraciones de la recurrente a través de sus escritos, de la exploración del menor y de la testifical practicada, se desprende, claramente, que el 28 de junio de 198 D.ª Lourdes se fue en compañía de su hijo del domicilio familiar sin dar explicación alguna, dirigiéndose a casa de una hermana en Barcelona, donde días después dejó a su hijo y se marchó a la ciudad de Tenerife, volviendo a los pocos meses al pueblo de Algodonales. No se ha acreditado causa alguna que justificara dicha conducta por parte de D.ª Lourdes y, desde luego, lo que en modo alguno ha sido probado en que obedeciera a la existencia de malos tratos, ya fueran de palabra o de obra, malos tratos de los que no existe rastro ni indicio alguno en las actuaciones, sin que sea prueba alguna las denuncias que ya en Tenerife formuló D.ª Lourdes, ni las interpuestas en Algodonales y fruto de las desavenencias surgidas en orden a las visitas al hijo del matrimonio. La denuncia formulada tiene todos los visos, por otro lado, de intentar reconstituir una prueba de manera artificial favorable a sus intereses, pero sin fondo real alguno (...) La salida de la vivienda familiar con destino a Barcelona, sin causa alguna para ello, evidencia una voluntad de querer desentenderse del cumplimiento de sus obligaciones conyugales que nos permitan hablar de un abandono físico y moral de la recurrente, en principio hacia su marido, y posteriormente hacia su hijo, cuando lo deja en Barcelona y se marcha a la ciudad de Tenerife, sin que en modo alguno se haya acreditado que ello se debiera por motivos laborales, pues consta que en aquella época D.ª Lourdes realizaba un trabajo en la venta 'E', sin que conste problema alguno en la misma. Por ello, procede desestimar el recurso en cuanto hace referencia a la causa de separación, confirmando en este punto la resolución de primera instancia."

Algunas Sentencias insisten en la problemática en torno a los motivos laborales como determinantes del abandono, por parte de uno de los cónyuges,

del domicilio familiar, abandono que, en estos supuestos, no puede estimarse como injustificado. Así, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, de 7 de noviembre de 2000: "...entrando a resolver sobre la causa de separación alegada por la parte demandante, hemos de decir que ninguna prueba se ha practicado en autos en orden a acreditar la concurrencia de dicha causa. Simplemente ha quedado probado que el demandado Don Manuel marchó del domicilio familiar por motivos laborales, si bien no podemos deducir sin más de la marcha por motivos laborales un abandono injustificado del hogar conyugal. Dicha causa de separación requiere, según reiterada jurisprudencia para su apreciación, no sólo la marcha o abandono físico del hogar por parte de un cónyuge, sino que además el cónyuge haga dejación y se desentienda total y absolutamente de los deberes inherentes al matrimonio (arts. 67 y 68 del Código Civil).

En el caso que nos ocupa, de la prueba practicada parece deducirse que entre ambos cónyuges surgieron discrepancias en relación a la fijación del domicilio conyugal que, al parecer, según el cónyuge debía establecerse fuera de Espera por motivos laborales, hecho al que se oponía la esposa. En consecuencia, puede concluirse que no ha quedado debidamente acreditada la causa de separación invocada por la demandante (...)"

Una Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 21 de octubre de 1999 expresa, de manera clara y contundente, cómo se configura esta causa de separación matrimonial: "...hay que resaltar que lo que constituye causa de separación matrimonial, a tenor del artículo 82.1.º del Código Civil, a los efectos ahora analizados, es el abandono injustificado del hogar, lo que no es inmediata y automáticamente trasladable a la ausencia del domicilio hasta entonces conyugal, sino que se precisa una conducta de incumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad o a la relación matrimonial. Es cierto que el artículo 68 del Código Civil impone a los cónyuges la obligación de vivir juntos, pero no toda interrupción de la convivencia puede entenderse, sin más, como constitutiva del abandono de hogar que la ley configura como causa de separación matrimonial. En el caso enjuiciado, es cierto que se ha probado que el Sr. Don Antonio salió del domicilio conyugal, más también hay constancia de que no dejó desasistida a su familia, ni dejó de prestarles auxilio, aunque en medida insuficiente, al decir de la Sra. D.ª Blanca, de modo que faltan apoyos probatorios para dar por acreditado un abandono injustificado del hogar (...)"

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional, Pleno, Auto de 18 de diciembre de 2003.

Mantenimiento de la suspensión del artículo 8 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, que permite que miembros de parejas estables puedan adoptar de forma conjunta, en base al interés de los terceros (adoptandos, padres por naturaleza y adoptantes).

ANÁLISIS DEL CASO

- Dispone el art. 8 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho que: "1. Los miembros de parejas formadas por dos personas del mismo sexo podrán adoptar de forma conjunta, con iguales derechos y deberes que las parejas formadas por dos personas de distinto sexo y las parejas unidas por matrimonio. 2. La hija o hijo adoptivo o biológico de una de las partes de la pareja tendrá derecho a ser adoptado por la otra parte."
- Mediante escrito registrado el día 4 de agosto de 2003 el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, presentó escrito de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el art. 8 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. En el mismo invocaba el art. 161.2 CE y suplicaba se declarase suspendida la vigencia del precepto legal impugnado.
- Por providencia de 7 de agosto de 2003 la Sección de vacaciones acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad, dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme al art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Parlamento y al Gobierno Vasco, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular alegaciones. Asimismo acordó tener por invocado por el Presidente del Gobierno el art. 161.2 de la Constitución, lo que, conforme a su tenor y al art. 30 LOTC, produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados, y publicar la incoación del recurso en el Boletín Oficial del Estado y en el del País Vasco.

- El 25 de septiembre de 2003 presenta sus alegaciones el Letrado del Parlamento Vasco en las que solicita se dicte en su día Sentencia por la que se desestime en su totalidad el recurso y se declare la constitucionalidad del art. 8 de la Ley reguladora de las parejas de hecho. En ellas no se hace referencia al problema de la suspensión de la norma cuestionada.
- El día 27 de septiembre de 2003 la Letrada del Gobierno Vasco presenta su escrito de alegaciones y solicita que, previos los trámites oportunos, el Tribunal dicte Sentencia desestimando el recurso de inconstitucionalidad. Mediante otrosí señala a continuación que, dado que el precepto de la Ley reguladora de las parejas de hecho impugnado por el Gobierno se halla en la actualidad suspendido, por aplicación automática de lo previsto en el art. 161.2 CE, interesa que por el Tribunal se proceda a dictar Resolución por la que se levante dicha suspensión.
- El 9 de octubre de 2003 tuvo entrada en el Registro del Tribunal el escrito de alegaciones de la representación procesal del Parlamento Vasco, en el que se adhiere a la solicitud de levantamiento de la suspensión formulada por la Letrada del Gobierno Vasco al considerar que el escrito del Abogado del Estado no contiene la menor justificación para el mantenimiento de la suspensión más allá del funcionamiento automático del art. 161.2 CE.
- El 3 de noviembre de 2003 presentó sus alegaciones la Letrada del Gobierno Vasco.
- El Tribunal Constitucional acordó mantener la suspensión del art. 8 de la Ley de Parejas de Hecho.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El objeto de la presente resolución es determinar si procede mantener o levantar la suspensión que afecta al art. 8 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, suspensión que fue acordada por este Tribunal en virtud de la invocación expresa del art. 161.2 CE que hizo el Abogado del Estado al formalizar el recurso de inconstitucionalidad.

El Abogado del Estado solicita que se mantenga la suspensión del precepto recurrido en razón a la importante lesión de los intereses públicos y privados que se produciría si, en caso contrario, la suspensión fuere levantada. Así, con carácter general, esto es, respecto de las prescripciones que se contienen en los dos apartados del artículo impugnado, señala que resultarían especialmente afectados los intereses del adoptando, pues se generarían toda una serie de obligaciones de guarda, alimentos, parentesco, apellidos, derechos sucesorios, nacionalidad, etc., conectadas todas ellas a las nuevas relaciones paternofiliales que quedarían en entredicho si el precepto fuera declarado inconstitucional en su día, con la consiguiente afectación al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Lo cual resultaría agravado por el hecho de que la adopción está regida por el principio de irrevocabilidad (art. 180.1 del Código

Civil). También desde una perspectiva general del precepto, se alega por parte del Abogado del Estado que el levantamiento de la suspensión generaría un menoscabo de las competencias del Juez, que perdería su función decisoria, sustituyéndola por una mera comprobación de los presupuestos configuradores del derecho.

De modo más específico, respecto del apartado 2 del art. 8, el Abogado del Estado aduce que la determinación de este precepto de que el hijo adoptado o biológico de una de las partes de la pareja tenga derecho a ser adoptado por la otra parte conllevaría, respecto de esta última, si se levantara la suspensión, que resultaran gravemente afectados importantes principios superiores de nuestro Ordenamiento, como son el de libertad y el del libre desarrollo de la personalidad (arts. 1 y 10 de la Constitución), pues se produciría un cambio forzoso del estado civil de la persona emparejada con el padre o la madre del adoptando, generándole un deber de asistencia (art. 39.3 del texto constitucional), además de la extinción de la relación paternofilial por naturaleza.

Por su parte la Letrada del Gobierno vasco solicita el levantamiento de la suspensión del artículo recurrido con apoyo en tres argumentos. En primer lugar señala que, estando recurrido de inconstitucionalidad el art. 8 de la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, cuyo contenido es absolutamente similar al que ahora cumple examinar, y no estando suspendido en su vigencia y aplicación dicho precepto, no se justificaría que la ponderación de los intereses generales y de terceros, propia de este incidente, se realizara de modo distinto en uno y otro supuesto, incluso aunque en el caso del precepto navarro éste no haya sido recurrido por el Gobierno de la Nación sino por más de cincuenta Diputados, no compadeciéndose con el interés general que igual determinación normativa rija en una parte del territorio nacional y no en otra.

En segundo lugar la Letrada del Gobierno de la Comunidad Autónoma vasca aduce que la Disposición adicional 3.ª de la Ley 21/1987, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconoce la capacidad de adoptar, además de a los cónyuges, al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal, lo que deja sin cobertura al argumento de que padecería la protección del menor si, al levantarse la suspensión del precepto, pudieran adoptar las parejas reguladas en el mismo. Por último alega que los efectos relativos a la paternidad forzosa, el cambio forzoso de estado civil y la pérdida de las competencias decisorias del juez, consecuencias todas ellas que el Abogado del Estado liga al levantamiento de la suspensión, en modo alguno habrían de producirse, pues difícilmente se cohonestarían, respectivamente, con el consentimiento que debe prestar la persona emparejada con el padre y la madre del adoptando y con las funciones decisorias del juez que, en ambos casos, reconoce la legislación vigente.

Debemos ponderar, pues, a partir de los alegatos de las partes, los efectos sobre los distintos intereses públicos y privados en juego, así como los perjuicios de imposible o difícil reparación, que se producirían como consecuencia de que adoptemos la decisión de mantener o levantar la suspensión del precepto impugnado.

En este sentido, debemos, en primer lugar, descartar algunos planteamientos realizados tanto por el Abogado del Estado como por la Letrada del Gobierno Vasco, en razón a su improcedencia para la resolución de este incidente.

Así no cabe aceptar el criterio del Abogado del Estado de que el levantamiento de la suspensión del apartado 2 del art. 8 supondría que quedaran gravemente afectados importantes principios de nuestro ordenamiento constitucional, como son el principio de libertad y el del libre desarrollo de la personalidad (arts. 1 y 10 CE), en relación con la persona emparejada con el padre o la madre del adoptando. Y ello por dos razones. Ante

todo porque el Abogado del Estado no justifica la inevitabilidad de la producción de dichos efectos, sino que, simplemente, los enuncia, sin considerar que, como opone la Letrada del Parlamento Vasco, la quiebra de tales principios de libertad no se compadecen con la intervención y el consentimiento de ambos adoptantes, previstos en el art. 177.1 del Código Civil.

Se trata, pues, de un perjuicio que resulta meramente hipotético, y que, por ello, no resulta relevante para la resolución que adoptemos.

Lo propio ocurre respecto a los perjuicios que, según el Abogado del Estado, se generarían a la función decisoria del Juez si las personas a que se refiere el precepto impugnado pudieran efectivamente adoptar, ya que, en todo caso, el art. 176 del Código Civil atribuye al Juez la ponderación necesaria para autorizar la adopción, ponderación que debe realizarse atendiendo al interés del adoptando y a la idoneidad de los adoptantes.

Tampoco cabe aceptar la relevancia a los efectos de este trámite procesal del hecho, puesto de relieve por la Letrada del Gobierno Vasco, de que una norma similar, el art. 8 de la Ley foral 6/2000, que también ha sido recurrida ante este Tribunal, se encuentre en pleno vigor, es decir, no suspendida. Esta última situación no es sino consecuencia de la naturaleza específica del proceso constitucional en que la norma foral se enjuicia, que es la del recurso de inconstitucionalidad promovido, no por el Presidente del Gobierno, sino por un sujeto legitimado diferente, constituido por más de cincuenta Diputados —art. 162.1 a) CE—, el cual no tiene atribuida la posibilidad de invocar el art. 161.2 CE y obtener con ello la suspensión automática de la norma impugnada.

Nos encontramos, pues, ante supuestos diferentes, con incidencias procesales asimismo distintas y que son indisponibles para este Tribunal, según dispone taxativamente el art. 30 LOTC, que distingue, a los efectos suspensivos que aquí interesan, entre el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno, de un lado, y el recurso de inconstitucionalidad planteado por otros sujetos legitimados y la cuestión de inconstitucionalidad, de otro.

En conclusión, en este trámite sólo procede examinar los efectos que para los intereses públicos y de terceros se producirían si se mantiene o levanta la suspensión de la norma recurrida, ponderando los perjuicios que de una u otra opción se deriven.

Una vez descartados los argumentos de una y otra parte que, de acuerdo con lo expuesto en el anterior fundamento jurídico, carecen de relevancia o de entidad suficiente para la ponderación aquí exigida, nos encontramos ante el contraste entre la presunción de legitimidad de la Ley autonómica y el interés general que se vincula a su aplicación, de un lado, y el interés de los adoptandos, adoptantes y padres por naturaleza, interés que se vincula estrechamente a una tupida red de efectos y consecuencias jurídicas conectados al negocio jurídico familiar de la adopción y a la extinción de la primitiva relación paternofilial.

Pues bien, dado que la adopción produce por regla general la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptando y su anterior familia y que es irrevocable salvo extinción de la misma acordada por el Juez (arts. 178.1 y 180 del Código Civil), es obvio que quienes fueren adoptados de acuerdo con el precepto recurrido experimentarían perjuicios de muy difícil, y acaso imposible, reparación si el precepto recurrido fuera en su día considerado inconstitucional y nulo, perjuicios extensibles también a la familia por naturaleza y a los adoptantes, con vulneración de las exigencias del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Por ello, en el necesario contraste entre el interés general vinculado a la aplicación del precepto autonómico y el interés de los terceros (adoptandos, padres por naturaleza y adoptantes), deben prevalecer los de estos últimos en razón a los perjuicios que podrían producirse si el precepto se aplicara y en su día mereciera un juicio de inconstitu-

cionalidad. No enerva esta conclusión el argumento aducido por la Letrada del Gobierno vasco de que en la actualidad se haya abierto la posibilidad de que parejas de hecho heterosexuales puedan participar del instituto de la adopción, lo que contrastaría con el presente supuesto desde la perspectiva del principio de igualdad (art. 14 CE), pues no es esta una perspectiva que puede tener acogida en este trámite, sino, en su caso, con ocasión del enjuiciamiento de fondo, de manera que ahora sólo procede examinar la esfera concreta de intereses afectados y sin prejuzgar el fondo del asunto.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 1/2004, de 14 de enero. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

Nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado y la posterior de la Audiencia Provincial al no haberse practicado la prueba pericial psicológica propuesta por la madre y admitida, siendo la causa de su no práctica la no comparecencia del padre ante los profesionales del Equipo Técnico.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Bilbao se tramitó juicio de divorcio con el número 177/97 en el que figuraba como demandada doña María Luisa. Doña María Luisa reconvino respecto de las medidas acordadas inicialmente en la separación del matrimonio, concretamente en lo referente al régimen de visitas fijado respecto de la hija común del matrimonio, solicitando que se dejase sin efecto y se suprimieran las mismas o, en otro caso, subsidiariamente, se acordase que fuera el progenitor el que se desplazase vía aérea a la localidad de domicilio de la menor y no a la inversa como había sido fijado inicialmente en la Sentencia de separación. En la contestación a la demanda, D.ª M.ª Luisa solicitaba en el suplico, entre otros extremos «que mientras dure el tratamiento psicológico que la menor está recibiendo y dado su delicado estado emocional sea el padre el que se traslade a la localidad en donde reside la madre (Basauri-Vizcaya), a efectos de realizar la citada visita en la mencionada localidad».
- En apoyo de tal pretensión reconvencional, solicitó la actora la prueba pericial consistente en que por el equipo de psicólogos del Juzgado se examinase a ambos progenitores y a la menor con objeto de determinar la conveniencia de adoptar tales medidas al tiempo que por otros medios de prueba intentaba acreditar la pertenencia del padre a una secta religiosa que podría tener influencia negativa en la menor. Por Auto de 16 de julio de 1997 se acordó prueba pericial consistente en entrevista con el psicólogo del Juzga-

do de los padres y la menor señalándose para tal acto el día 17 de septiembre de 1997. Sin embargo, llegado tal día, el acto hubo de suspenderse por incomparecencia del padre de la menor.

- El día 19 de septiembre de 1997, se dicta providencia por el Juzgado en la que, de un lado, se señala el juicio para vista el día 25 de ese mes, y de otro, en un segundo párrafo, se dice «estése a la celebración de la vista pública solicitada por ambas partes —donde el incomparecido, a través de su representación, deberá justificar el motivo de su falta de presencia— y para mejor proveer se acordará lo que se considere conveniente».
- El día 30 de septiembre de 1997, sin haberse practicado la prueba, se dicta Sentencia acogiendo parcialmente la demanda (divorcio de los cónyuges) y desestimando la petición de la demandada en orden a la supresión o modificación del régimen de visitas. En uno de los apartados de su Fundamento Jurídico segundo se dice que «con relación al régimen de comunicación padre-hija y estancias de ésta con su progenitor, no se ha acreditado por ninguna de las partes alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en su día», refiriéndose acto seguido al pleito que, sobre modificación de medidas, había quedado resuelto por Sentencia de la Audiencia Provincial de 11 de julio de 1997. La Sentencia que resuelve el divorcio en la instancia no prevé modificación de las medidas de separación en orden a las visitas.
- La Sentencia de divorcio fue apelada por la Sra. Rosero, solicitando a la Audiencia Provincial la práctica de la prueba pericial psicológica, la cual fue acordada por Auto de 12 de febrero de 1998, remitiéndose para su práctica al Juzgado de Primera Instancia núm. 5, que señaló el día 29 de mayo de 1998. Tal día no acudió al acto el padre, por lo que no pudo realizarse la prueba.
- Por providencia de 25 de junio de 1998, la Audiencia Provincial señala fecha para la vista, sin perjuicio de la facultad que, para mejor proveer, le otorga la ley.
- La Audiencia Provincial de Vizcaya dicta Sentencia el 16 de septiembre de 1998 en la que confirma la de instancia, haciendo expresa alusión a que corresponde a la parte (en este supuesto la actual quejosa en amparo) que solicita la modificación de las medidas inicialmente acordadas acreditar el cambio de circunstancias sobrevenidas que eventualmente se hubiese producido y, en este caso, no se ha acreditado su concurrencia. Señala efectivamente en su Fundamento Jurídico primero lo siguiente: «Primero.—Plantea la parte recurrente una modificación del régimen de visitas consistente en que en vez de viajar la hija (11 años) que viaje el padre al domicilio de la hija, mientras dure el tratamiento psicológico que está recibiendo la menor. Esta Sala analizando las pruebas practicadas en autos, considera que no se ha aportado ninguna prueba que acredite que la relación con el padre pueda

ser perjudicial o nociva para el pleno desarrollo de la personalidad de su hija. Por otra parte, aunque es un tema muy delicado, la cuestión de los viajes de la menor (una vez al mes) a visitar a su padre, tampoco existe ninguna causa o impedimento para que se pueda realizar tal viaje, ya que no se ha acreditado que el realizar tales viajes pueda ser perjudicial para la menor —y tal hecho le corresponde acreditarlo a la parte solicitante—. Por todo lo anterior procede confirmar la Sentencia en todos sus pronunciamientos.»

- D.ª M.ª Luisa interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que acordó anular tanto las sentencias del Juzgado como la de la Audiencia Provincial.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

D.ª M.ª Luisa aduce vulneración en ambas instancias del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y, por reflejo del mismo, también del derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 CE). Entiende que, admitida la prueba pericial que propuso en ambas instancias y no practicada finalmente en ninguna de ellas, se ha lesionado el derecho a utilizar tal medio de prueba declarado previamente como pertinente y se le ha generado indefensión por la declaración expresa que se contiene en la Sentencia de apelación respecto de la insuficiencia de prueba de los hechos que fundamentaban su pretensión reconvencional.

El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 29 de marzo siguiente, interesando la estimación del amparo. Tras resumir los antecedentes de hecho y la doctrina de este Tribunal en materia de derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (SSTC 149/1987, 21/1990, 233/1992, 131/1995 y 1/1996) sostiene que su aplicación al presente caso permite afirmar que se ha producido la violación de los derechos alegados por la demandante en amparo. Señala que en el pleito de divorcio formaba contenido esencial no sólo el régimen de visitas que se pretendía alterar por el padre-demandante sino la forma en que deberían ser llevadas a cabo. La temática requería un informe psicológico que fue interesado por la madre y acordado por el Juzgado y luego por la Audiencia Provincial. Sin embargo, ambas pruebas resultaron fallidas por incomparecencia del padre. La Sentencia del Juzgado, en el apartado relativo a la comunicación entre el padre y la hija (Fundamento Jurídico segundo, párrafo 5), carga en las partes la no acreditación del cambio de circunstancias. Igual ocurre con la Sentencia de la Audiencia Provincial que es aún más terminante. Así pues, los órganos judiciales consideraron pertinente la tan repetida prueba psicológica, la prueba no se llevó a cabo por culpa ajena a su promotora, la ahora quejosa en amparo, la prueba era relevante y los órganos judiciales, después de no proveer lo necesario para su práctica, señalan que la responsabilidad debe recaer en la parte proponente por no acreditar el extremo conflictivo. De todo ello resulta la lesión del derecho fundamental alegado, pues el dictamen del psicólogo aunque no vinculante, podía haber llevado a modificar el fallo en ambas instancias. Por consiguiente, se ha de otorgar el amparo.

La presente demanda de amparo se dirige contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Bilbao de 30 de septiembre de 1997 y contra la Sentencia de la

Audiencia Provincial de Vizcaya de 16 de septiembre de 1998, confirmatoria de la anterior, a las que se imputa vulneración del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y del derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 CE). Entiende la quejosa que, admitida la prueba pericial que propuso en ambas instancias y no practicada finalmente en ninguna de ellas, se ha lesionado el derecho a utilizar tal medio de prueba declarado previamente pertinente y se le ha generado indefensión por la declaración expresa que se contiene en la Sentencia de apelación respecto de la insuficiencia de prueba de los hechos que fundamentaban su pretensión reconvencional.

De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, sintetizada recientemente en la STC 43/2003, de 3 de marzo, FJ 2, para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la prueba se exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos.

El punto de partida en el examen de la vulneración del derecho a la prueba ha de ser el reconocimiento de que el art. 24.2 CE establece el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, lo que implica, como hemos reiterado, que este derecho garantiza a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses (por todas, SSTC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3, y 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). Ahora bien, el alcance de esta garantía se encuentra delimitado por tres órdenes de consideraciones: en primer lugar, el propio tenor literal del art. 24.2 CE; en segundo lugar, su carácter de derecho constitucional de configuración legal; y, por último, su carácter de derecho procedimental.

En cuanto al primer aspecto, la propia formulación del art. 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba «pertinentes», implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi* [por todas, SSTC 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 5; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2 a); y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2], ya que, como señaló muy tempranamente este Tribunal, la opinión contraria no sólo iría contra el tenor literal del art. 24.2 CE, sino que conduciría a que, a través de propuestas de pruebas numerosas e inútiles, se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad (AATC 96/1981, de 30 de septiembre, FJ 2; 460/1983, de 13 de octubre, FJ 6; y 569/1983, de 23 de noviembre, FJ 6), vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en el art. 24.2 CE (STC 17/1984, 7 de febrero, FJ 4).

En segundo término, tratándose de un derecho de configuración legal la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido en el Ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio (SSTC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3, y 167/1988, de 27 de septiembre, FJ 2). En tal sentido, es preciso, por un lado, desde la perspectiva de las partes procesales, que hayan solicitado la prueba

en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento (por todas SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2); y, por otro, desde la perspectiva de los órganos judiciales, que es a quienes compete la interpretación de las normas legales aplicables sobre la admisión y práctica de los medios de prueba, que se pronuncien sobre su admisibilidad motivadamente sin incurrir en incongruencia, irrazonabilidad o arbitrariedad y que, en su caso, la falta de práctica de los medios de prueba admitidos no les sea imputable (por todas, SSTC 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 3; 70/2002, de 3 de abril, FJ 5; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; y 78/2001, de 26 de marzo, FJ 3). Igualmente el rechazo motivado de los medios de prueba ha de producirse en el momento procesal oportuno (SSTC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 3; 164/1996, de 28 de octubre, FJ 2; y 89/1995, de 6 de junio, FJ 6), ya que la denegación tardía, aunque razonada, de la prueba se ha considerado que, *prima facie,* podría afectar al derecho en la medida en que existe el riesgo de «perjudicar dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos objeto del proceso —con la consiguiente subversión del juicio de pertinencia— o, incluso, de un prejuicio acerca de la cuestión de fondo en virtud de la denegación inmotivada de la actividad probatoria» (STC 96/2000, de 10 de abril, FJ 2).

Por último, el alcance de esta garantía constitucional exige que, para apreciar su vulneración, quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante [por todas, STC 157/2000, de 12 de junio, FJ 2 c)]; ello se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa (STC 147/2002, de 15 de julio, FJ 4), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 5), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (STC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3). Teniendo en cuenta que la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo, corresponde al recurrente alegar y fundamentar adecuadamente que la prueba en cuestión resulta determinante en términos de defensa sin que la verificación de tal extremo pueda ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (por todas, SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 147/2002, de 15 de julio, FJ 4; 79/2002, de 8 de abril, FJ 3; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 5). De ese modo, el recurrente ha de razonar en esta sede en un doble sentido. Por un lado, respecto de la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; de otro, argumentando que la resolución final del proceso judicial podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien, por este motivo, busca amparo (por todas, SSTC 147/2002, de 15 de julio, FJ 4; 79/2002, de 8 de abril, FJ 3; y 165/2001, de 16 de julio, FJ 2).

Aplicando esta doctrina al presente caso, ha de concluirse que se vulneró el derecho de la recurrente a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE). Efectivamente, en el pleito de divorcio se controvertía no sólo el régimen de visitas que se pretendía alterar por el padre-demandante sino la forma en que deberían ser llevadas a cabo, constituyendo objeto del debate si la hija debía desplazarse o no a la localidad de residencia del padre en Córdoba. Así resulta del escrito de contestación a la demanda de la ahora quejosa en amparo, en el que se solicita que las visitas se lleven a cabo en Basauri.

La temática requería un informe psicológico que fue interesado por la madre y acordado por el Juzgado y luego por la Audiencia Provincial, lo que resulta del Auto de 16 de julio de 1997 de aquél, y de 12 de febrero de 1998 de la Audiencia Provincial. Sin embargo, ambas pruebas resultaron fallidas por incomparecencia del padre, cuya entrevista con el psicólogo debió considerarse imprescindible por éste. Aún es más, tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial hacen alusión en sus resoluciones a sus facultades para llevar a cabo la prueba como diligencia para mejor proveer como previa al dictado de la Sentencia. Sin embargo, a la postre, la prueba no se practicó.

Examinadas cada una de las resoluciones recaídas, resulta que la Sentencia del Juzgado, en el apartado relativo a la comunicación entre el padre y la hija (Fundamento Jurídico segundo, párrafo 5), atribuye a las partes la no acreditación del cambio de circunstancias y entiende superado el debate por el hecho de que se hayan dictado sendas Sentencias (primera instancia y apelación) en unos autos incidentales que no parecían contemplar el objeto procesal atinente al lugar de comunicación padre-hija.

Igual ocurre con la Sentencia de la Audiencia Provincial que es aún más terminante cuando al final de su Fundamento Jurídico 1 señala que «no se ha acreditado que realizar tales viajes pueda ser perjudicial para la menor, y tal hecho le corresponde acreditarlo a la parte solicitante. Por todo lo anterior, procede confirmar la Sentencia en todos sus pronunciamientos».

De lo hasta aquí dicho se deduce: primero, que los órganos judiciales consideraron pertinente la tan repetida prueba psicológica hasta el punto de acordarla y de reservarse el llevarla a cabo de oficio como diligencia para mejor proveer; segundo, que la prueba no se llevó a cabo por culpa ajena a su promotora, la ahora quejosa en amparo; tercero, que la prueba era relevante hasta el punto de incidir en cuestión tan trascendente como el lugar de comunicación entre el padre y la hija, y que incidía en el fallo; y cuarto, que los órganos judiciales, después de no proveer lo necesario para su práctica, señalan que la responsabilidad debe recaer en la parte proponente por no acreditar el extremo conflictivo.

De todo ello resulta la lesión del derecho fundamental alegado, es decir el de utilización de los medios pertinentes de prueba para la defensa, toda vez que la indefensión viene ligada a aquella omisión. Efectivamente, el dictamen del psicólogo podía haber conducido a modificar el fallo en ambas instancias en relación a la realización de visitas. Se trata pues, de una indefensión material consistente en la merma sustancial del derecho de defensa a través de la prueba no llevada a cabo que podía ser determinante del signo del pleito.

Por consiguiente, se ha de otorgar el amparo con retroacción del procedimiento hasta la primera instancia para llevar a cabo la prueba no practicada.

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

1. *Caducidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial al haberse ejercitado después del plazo de un año establecido en el art. 136 del CC.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de junio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Jesús Carlos interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª Juana, como representante legal de su hija Dolores, solicitando se dictase sentencia en la que se estime pertinente la impugnación de la paternidad de mi mandante con respecto a la demandada, así como que se proceda a la rectificación de la inscripción registral, respecto a la paternidad del Registro Civil de Málaga.
- Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada D.ª Juana, como representante legal de Dolores, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: "...dictar en definitiva sentencia por la que, con estimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por mi parte formulada, y sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto, se declare no haber lugar a la demanda, absolviendo de ella a mi mandante; y subsidiariamente, se declare no haber lugar a estimar

la demanda de impugnación de paternidad planteada por ser el demandante el padre de Dolores, o alternativamente, el demandante carecería de acción al haber caducado la misma. Todo ello con expresa condena en costas a la actora, en cualquiera de los supuestos."

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Torremolinos dictó sentencia el 30 de junio de 1995 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Málaga dictó sentencia el 10 de abril de 1997 desestimando el recurso interpuesto por D. Jesús Carlos.
- D. Jesús Carlos interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del actual recurso de casación lo formula la parte recurrente con base en la infracción de los artículos 138 y 141 del Código Civil y en la aplicación indebida del artículo 136 de dicho cuerpo legal.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo. En efecto, es doctrina constante emanada de modernas sentencias de esta Sala, la que determina la exigencia de que el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación, se haga en el plazo que marca el artículo 136 del Código Civil, en íntima vinculación con el artículo 116 de dicho cuerpo legal y la presunción que en el mismo se establece (SS de 22 de diciembre de 1993, 20 de junio de 1996, y por todas la de 30 de septiembre de 2000).

Por ello, en relación a la presunta infracción que proclama la parte recurrente de los artículos 138 y 141 del Código Civil, conviene tener presente que el artículo 138 distingue dos supuestos impugnatorios de la paternidad, uno, el derivado del reconocimiento realizado con vicios en el consentimiento, y otro, el derivado de otras causas, lo que implica la remisión a los supuestos prevenidos en los artículos 117, 118, 119 y 120.1.º, a cuya acción de impugnación del reconocimiento se refiere el artículo 141. Ahora bien esta acción difiere de la, asimismo, impugnatoria regulada en el artículo 136, la cual se encuentra íntimamente vinculada a la presunción legal establecida en el artículo 116 por la que 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.

Las precedentes consideraciones llevan a concluir que en la sentencia recurrida no se produjo ninguna interpretación errónea acerca de los artículos 136, 138 y 141 del Código Civil, ni, tampoco, una inaplicación del apartado 3 del artículo 6 del mismo texto legal, en cuanto que la inscripción registral de la filiación, amparada en una presunción legal, como es la del artículo 116, es plenamente válida y eficaz en tanto no se accione contra ella por la vía impugnatoria prevenida en el artículo 136, acción esta que se encuentra condicionada a su ejercicio dentro del plazo señalado en dicho precepto —un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil— plazo que es de caducidad por razones obvias de seguridad jurídica en las relaciones paternofiliales, y es por eso, por lo que en la meritada sentencia se estimó sobradamente transcurrido el plazo en cuestión al momento de entablarse la demanda, debido a que el hijo menor te-

nía ya cinco años y dieciséis el mayor, habiendo sido inscritos desde su nacimiento.

Por lo que concierne a las pruebas biológicas en los juicios de filiación, es cierta la constancia en autos de que la demandada se negó a la práctica de tales pruebas, pero ello no permite extraer las consecuencias pretendidas por el recurrente, ni dichas consecuencias encuentran soporte incondicional en la doctrina jurisprudencial declarada por la Sala, dado que el sentido prácticamente unánime de la misma se pronuncia por la imposibilidad de suponer una *ficta confessio* en los supuestos de negativa en punto a su realización pues sólo representa un indicio valioso que, conjuntamente con otros elementos probatorios, que en el presente caso no han existido, pues las situaciones de infidelidad no se han comprobado, lo que en caso contrario permitiría llegar a la existencia de la paternidad, particular que no ocurre aquí en el caso de que se trata, ya que no median de manera concluyente otras pruebas que pudieran avalar las pretensiones del recurrente, pero es que, además, no es posible olvidar que el plazo del ejercicio de la acción de impugnación había ya caducado, lo que, impediría, en todo caso, cualquier otro planteamiento, y esto así, descarta las alegadas infracciones acerca de una interpretación errónea del artículo 127 del Código Civil, en relación con los constitucionales artículos 39-2 y 53-3, y de una inaplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la negativa al sometimiento de pruebas biológicas.

2. *La madre de la menor respecto a la que se solicita la determinación de la paternidad extramatrimonial tiene legitimación para interponer la demanda, sin que la circunstancia de que no haya indicado expresamente que obra «en nombre y representación del hijo» sea obstáculo para ello.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de junio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Teresa interpuso demanda en reclamación de filiación contra D. Benedicto y alegando los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se reconozca la paternidad del demandado.
- D. Benedicto contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se desestime la demanda, absolviendo libremente a mi representado, todo ello con expresa imposición de costas causadas a la parte actora por su evidente temeridad y mala fe.

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Murcia dictó sentencia el 19 de junio de 1996 estimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Murcia dictó sentencia el 2 de junio de 1997 desestimando el recurso interpuesto por D. Benedicto.
- D. Benedicto interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Considera el recurrente que se ha infringido el artículo 133 del Código Civil oponiendo la falta de legitimación activa de la demandante, por cuanto no expresa que actúa en nombre y representación legal del hijo menor de edad, siendo así que sólo éste tiene legitimación activa, tal como dispone la citada norma del Código Civil.

El motivo se desestima por cuanto la madre, demandante, ejercita la acción claramente en interés de su hijo menor de edad, (como dice el Juez de 1.ª Instancia en la comparecencia previa del menor cuantía, rechazando así la excepción planteada), de quien es representante legal. En la demanda, ninguna petición hace para sí, sino que la acción es relativa, exclusivamente, al hijo, en la investigación de la paternidad que proclama como principio rector el artículo 39.1 último inciso, de la Constitución Española. Un órgano jurisdiccional no podría llegar al exagerado, *ad absurdum,* formalismo, de rechazar la legitimación activa por no haber empleado la madre demandante la fórmula sacramental de decir explícitamente que obra "en nombre y representación del hijo".

Esta cuestión se planteó años ha y fue resuelta, en este mismo sentido, por la Sentencia de 21 de abril de 1988 que dice, a mayor abundamiento: "si a la madre no casada se le negase el derecho a que se reconozca la paternidad de un hijo por motivos de extremado formalismo, se quebrantaría el artículo 24.1 de la Constitución..."

En otro motivo alega la infracción de los artículos 506 y 597 de la misma ley, al haberse admitido una serie de documentos a la parte demandante en el período de prueba.

El motivo se desestima, porque la doctrina de esta Sala es reiterada en este tema, al considerar que los documentos que son simplemente complementarios, cuya aportación se admite fuera de la demanda, no produce indefensión y no da lugar a una sanción tan fuerte como es la casación de la sentencia. En este sentido, las Sentencias de 16 de noviembre de 2001 y 6 de febrero de 2003, dicen: "La jurisprudencia de esta Sala viene distinguiendo entre documentos básicos de la pretensión y que fundamentan la causa de pedir y aquellos otros complementarios, que tienen la finalidad de integrar el proceso probatorio, incluso también cabe comprender aquellos que subsanan, completan y aclaran un documento aportado con la demanda y que tienen existencia real. Sólo respecto a los primeros es de aplicación el rigorismo de los artículos 503, 504 y 506 de la Ley Procesal Civil. Para los segundos, según doctrina jurisprudencial reiterada, rige el principio de que procede su aportación posterior, durante la tramitación del pleito (Sentencias de 16-7-1991, 24-7-1996, 14-12-1998 y 5-2-2001)."

Por último, en cuanto al fondo del asunto sostiene que la acción de investigación de la paternidad ha sido estimada en virtud de las pruebas indiciarias practicadas y de la negativa del demandado a practicar, sin causa que lo justifique, la prueba biológica. En este motivo se alega, simplemente, infracción de la jurisprudencia, al amparo del n.º 4.º del

art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en el desarrollo del motivo se combate, sencillamente, la valoración de la prueba y de la negativa a practicar la biológica.

El motivo se desestima porque la jurisprudencia precisamente ha mantenido lo contrario de lo que se expresa en el motivo. Basta, para ello, con reproducir lo que dice la sentencia de 20 de septiembre de 2002, que resume la doctrina constitucional y la de esta Sala: "La doctrina del Tribunal Constitucional viene plasmada, esencialmente, en dos Sentencias: 7/1994, de 17 de enero y 95/1999, de 31 de mayo; la primera otorgó el amparo frente a una sentencia que había desestimado la demanda de reclamación de la filiación extramatrimonial y la segunda lo denegó frente a la sentencia que sí había estimado la demanda; en ambos casos, el demandado se había negado a la práctica de la prueba biológica. En ambas se mantiene la misma doctrina: la prueba biológica no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona; no atenta a los derechos a la intimidad, ni a la integridad física, con excepciones que pueden darse en un sujeto concreto; por el contrario, las partes —en este caso, el demandado— tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas acordadas por la autoridad judicial. Es definitiva la frase que se halla literalmente en la primera de las sentencias y cuya idea se mantiene en la segunda: "no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 de la Constitución Española, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial". En la jurisprudencia de esta Sala se recoge, esencialmente y como sentencias más recientes, en las de 22 de mayo de 2000 y 22 de noviembre de 2000, que afirman que la negativa a la prueba biológica, "puesta en relación con las demás pruebas aunque no sean más que indiciarias e insuficientes para apreciar probada por sí solas la paternidad, permite la declaración de la misma" y transcriben y hacen suya la doctrina que plasmó la indicada Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero. Lo cual es reiterado en la sentencia de 24 de mayo de 2001 que, a mayor abundamiento, destaca "la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 de la Constitución Española) y '...los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 de la Constitución Española, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas', cuya negativa, 'coloca al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 de la Constitución Española'. Por último, las de 3 de noviembre de 2001 y 27 de diciembre de 2002 reiteran la misma doctrina y, ante la negativa del demandado de someterse a la prueba biológica, estiman la demanda y declaran la paternidad del mismo."

3. *Declaración de la paternidad al haberse aportado con la demanda unas fotografías que se probó habían sido tomadas en el dormitorio de la casa de la madre y una carta de ésta dirigida al demandado animándole a que reconociera a su hijo y que fue rehusada, uniendo a todo ello la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de julio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Frida interpuso demanda de menor cuantía contra D. Víctor solicitando se dictara sentencia por la que se declarase que "el demandado es el verdadero padre del hijo de mi representada, Plácido, quedando así determinada su filiación respecto de aquél, ordenando su inscripción en el Registro Civil, y todo lo demás que en Derecho proceda, y con expresa imposición de las costas al demandado".
- El demandado compareció y contestó a la demanda proponiendo la excepción de su falta de legitimación pasiva y oponiéndose a continuación en el fondo para que se dictara sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda por las excepciones de forma y fondo alegadas, con imposición de costas a la actora. Por su parte, el Ministerio Fiscal interesó la desestimación de la demanda si no se acreditaban los hechos alegados en la misma.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de La Bañeza dictó sentencia el día 18 de septiembre de 1996 estimando la demanda y declarando acreditada la filiación paterna de D. Víctor respecto del menor Plácido, ordenando la inscripción de la misma en el Registro Civil correspondiente y aplazando a la fase de ejecución de sentencia la fijación de la pensión alimenticia.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de León, dictó sentencia el 3 de julio de 1997 desestimando el recurso de apelación interpuesto por el demandado.
- D. Víctor interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia de Primera Instancia, dando por probado que la madre del niño y el demandado se conocían, en virtud de unas fotografías y de una carta rehusada en su día por el demandado, valoró muy especialmente aquella negativa como medio de

prueba suficiente para declarar su paternidad; y el tribunal de apelación desestimó el recurso interpuesto por el demandado destacando que las referidas fotografías habían sido tomadas en el domicilio de la madre y precisamente en el dormitorio, lo que denotaba una cierta familiaridad o confianza difícilmente conciliable con la explicación del demandado de haber estado allí solamente una vez, por lo que su pertinaz negativa a someterse a las pruebas biológicas de investigación de la paternidad suponía una falta absoluta de colaboración con la justicia que, a la postre, no podía favorecerle por constituir un ejercicio antisocial del derecho de defensa con el significado procesal de indicio vehemente y muy cualificado que, en unión de otras pruebas, permitía formar la convicción del juzgador de quedar demostrada la paternidad reclamada.

Todos los motivos del recurso giran en torno a la misma cuestión de la insuficiencia o inconsistencia de las pruebas aportadas con la demanda, determinante según el recurrente de que su resistencia a someterse a las pruebas biológicas no pueda tener la trascendencia que le atribuye la sentencia impugnada, y por ello, señala el Tribunal Supremo, bueno será recordar que tras su conocida Sentencia de 17 de enero de 1994 (n.º 7/1994) el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 31 de mayo de 1999 (n.º 95/1999), hizo la siguiente síntesis de su doctrina: "Este Tribunal ha declarado la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura legal en el art. 127 del Código Civil, que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del art. 39.2 CE, según el cual 'La ley posibilitara la investigación de la paternidad', autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación, mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen 'la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación' (art. 39.2 CE), y la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE). Por ello, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) del afectado (STC 7/1994, Fundamento Jurídico 3.º). Hemos declarado igualmente que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el art. 39 CE, 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, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al art. 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 CE (STC 7/19941 Fundamento Jurídico 6.º y las resoluciones en ella citadas). Por tales razo-

nes, este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores 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 art. 135, *in fine,* el Código Civil, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (AATC 103/1990, 221/1990)."

En cuanto a la jurisprudencia de esta Sala, la Sentencia de 28 de marzo de 2000 (recurso n.º 1391/95) destacó cómo su doctrina más reciente se decantaba por aumentar cada vez más el valor probatorio de la negativa injustificada del demandado a colaborar en la práctica de la prueba biológica, citando al efecto las Sentencias de 17 de noviembre de 1997 y 3 de octubre de 1998. En esta misma línea ha profundizado la Sentencia de 20 de septiembre de 2002 (recurso n.º 506/97), subrayando la obligación de las partes de facilitar la prueba biológica acordada por el órgano jurisdiccional porque de no hacerlo vulnerarían los artículos 24.1, 14, 39 y 118 de la Constitución al causar indefensión a la parte demandante, provocar una inadmisible discriminación por razón de la filiación, quebrantar la protección integral de los hijos y negar una colaboración requerida por el órgano judicial. Y como colofón de su razonamiento esta misma sentencia concluye del siguiente modo: "Así, en definitiva: si hay prueba suficiente, se declara la filiación, pese a una negativa a la prueba biológica; si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio, que, unido a los indicios, permite declarar la filiación; si la prueba es más endeble, el demandado que se ha negado a suministrar la prueba decisiva, sufre la carga de soportar la falta de la misma, sin que deba recaer en quien reclama filiación."

De proyectar todo lo antedicho sobre los cuatro motivos del recurso examinado no puede resultar más que su desestimación, porque aportándose con la demanda unas fotografías que se probó habían sido tomadas en el dormitorio de la casa de la madre y una carta de ésta dirigida al demandado animándole a que conociera a su hijo y que fue rehusada, ninguna duda cabe de que, acordada la práctica de la prueba biológica tanto en primera como en segunda instancia, el hoy recurrente tenía que haber colaborado en su práctica y, al no haberlo hecho, tiene que soportar la falta de la prueba decisiva o determinante.

Así, el motivo primero, fundado en infracción del art. 135 CC, tergiversa los razonamientos de la sentencia impugnada, porque no es cierto que ésta atribuya un valor determinante a las fotografías aportadas con la demanda sino que, considerándolas demostrativas de una cierta confianza o familiaridad entre la madre y el demandado, apreciación que en modo alguno cabe tachar de ilógica, entiende que justificaban suficientemente la admisión de la prueba biológica por el órgano judicial y la consiguiente colaboración del demandado en su práctica; el motivo segundo, fundado en infracción del art. 1253 CC, insiste en la insignificancia probatoria de esas mismas fotografías, y a partir de ahí minimiza la importancia de la negativa del hoy recurrente a colaborar en la práctica de la prueba biológica; el motivo tercero, fundado en infracción del art. 127 CC en relación con el artículo 39.2 de la Constitución, insiste en un planteamiento similar, alegando que dicha negativa no pasaría de "constituir un simple indicio"; y el motivo cuarto, en fin, fundado en infracción de la jurisprudencia de esta Sala, invoca una doctrina ya superada y como exponente de la cual cita incluso la Sentencia de 30 de abril de 1992, que precisamente fue la anulada por la STC 7/1994.

En definitiva, la sentencia recurrida, lejos de infringir norma ni jurisprudencia alguna, se ajustó plenamente a los preceptos consti-

tucionales y del Código Civil pertinentes al caso, aplicándolos de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala.

4. *Estimación de la acción de reclamación de paternidad al haberse acreditado la posesión de estado dada por el padre al hijo, sin que pueda entenderse que el comportamiento de aquél obedeciera a motivos altruistas, generosos o lastimeros, pues malamente pueden ser entendidos como tales desde un pensamiento racional, pues según su esposa, una vez que tuvieron conocimiento del embarazo prescindieron de los servicios domésticos de la madre del menor.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª Sentencia de 3 de julio de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Alfredo formuló demanda contra D. Luis María solicitando que se dicte sentencia por la que se declare la paternidad de D. Luis María respecto de Don Alfredo, con expresa imposición de costas al demandado.
- Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada D. Luis María, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación: "...dicte sentencia por la que desestime la referida demanda, absolviendo a mi representado de las pretensiones contenidas en la misma, todo ello conforme a los Hechos y Fundamentos contenidos en el presente escrito, con expresa imposición de costas a la parte demandante."
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 9 de los de Madrid dictó sentencia el 25 de octubre de 1993 estimando la demanda y declarando que D. Alfredo es hijo no matrimonial de D. Luis María.
- Interpuesto recurso de apelación, por los herederos de D. Luis María, por fallecimiento de éste, contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a Derecho, la Sección 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia en el 1 de julio de 1997 desestimando el recurso.
- Los herederos de D. Luis María interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del actual recurso de casación lo fundamenta en la violación de los artículos 1214 y 1225 del Código Civil en relación al artículo 135 de dicho cuerpo legal, así como la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo. Efectivamente, la parte recurrente pretende hacer una nueva valoración de la prueba, degradando con ello el recurso de casación al actuar como si se tratara de una tercera instancia; y ello desde el instante mismo en que intenta alegar una infracción del artículo 1214 del Código Civil en un caso como el actual en el que el Tribunal *a quo* no ha invertido en su fallo el principio de distribución de carga de la prueba. Por otra parte tratar de valorar de distinta manera la prueba documental privada unida a los autos, a como lo ha realizado la Audiencia Provincial, es asimismo, inmiscuirse en un terreno que le es vedado desde un punto de vista casacional, sobre todo cuando como en el presente caso, no ha sido impugnada por la parte ahora recurrente en el momento procesal oportuno, e incluso ha sido admitida, lo cual es lógico, ya que simplemente se trataba de unas copias de actuaciones obrantes en una causa penal.

Todo lo anterior es un paso previo al núcleo del actual motivo, en el que se trata esencialmente de atacar la prueba indirecta de una paternidad a través de la figura de la posesión de estado.

En el presente caso la Sala *a quo* ha realizado una labor hermenéutica concienzuda para constatar una perfecta situación de posesión de estado para conectar el nexo paterno-filial cuestionado, y para ello ha tenido en cuenta la prueba de confesión y la documental no impugnada que proporciona como datos ciertos que F. del P.B. trabajaba como empleada doméstica en casa de J.L.L.R. —demandado— cuando concibió a su hijo C. J. de P.B. —actor—; también se reconoce que una vez notorio el embarazo el demandado la llevó a otro domicilio perteneciente al mismo; igualmente reconoce que acompañó a la madre del actor al Hospital llegado el momento del parto, de igual forma reconoce que ayudaba económicamente a la madre del actor y que al demandado llegaron a aconsejarle los abogados que "metiera" (sic) al niño en un colegio; todo ello como acertadamente considera el Juez de instancia, además de ello existe como hechos reconocidos por el demandado conforme resulta de sus manifestaciones documentadas y aportadas en que reconoce que hasta ofreció pagar los gastos de estancia del niño en un colegio y hasta la adopción del niño si ello fuera posible; que pagó los gastos de estancia en maternidad, que acompañó a F. al bautizo del niño que visitaba a la madre e hijo por lo menos una vez al mes, y que los acompañó a consulta médica en dos ocasiones; y por último también está reconocido por el demandado que los ayudaba con ropa, alimentos y dinero.

Sin que tenga virtualidad, por inconsistencia, lo manifestado por el demandado que sus comportamientos obedecían a motivos altruistas, generosos o lastimeros, pues malamente pueden ser entendidos como tales desde un pensamiento racional, ya que según reconoce, su esposa y él rechazaron los servicios domésticos de F., una vez que tuvieron noticia y conocimiento de su embarazo.

Y estas pruebas indirectas o preventivas indican que ha habido una voluntad firme espontánea y resuelta por parte del demandado a reconocer el hecho de su paternidad ya que suponen un reconocimiento tácito de la filiación cuestionada.

Todo lo anterior hace inane el estudio del segundo motivo alegado por la parte recurrente, que tiene como base una interpretación incorrecta del artículo 124-1.º en relación a los artículos 1253 y 1215 todos del Código Civil, a través del cauce del artículo 1692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se dice lo anterior porque las presunciones judiciales como *ratio decidendi* no pueden ser tenidas como máximas de experiencia ni como *facta concludentia,* sino como unos datos-consecuencias surgidos de un hecho base. Y es esto, como ya se ha dicho, lo que se ha hecho en la sentencia recurrida, y que ha sido sostenido en absoluto en el estudio del primer motivo. Pero es más, llevar al área de las presunciones, como pretende la parte recurrente, y como dato base una incierta negativa a la práctica de la prueba biológica, no sirve para nada; ya que de una manera indirecta se ha llegado a proclamar la relación paterno-filial, siendo por lo tanto imperante el determinar quién es el responsable de que la prueba heredobiológica no pudiera ser llevada a cabo.

En materia de costas procesales y en esta clase de recursos, se seguirá la teoría del vencimiento a tenor de lo dispuesto en el artículo 1715-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por lo que las mismas en el presente caso se impondrán a la parte recurrente, que, a su vez, perderá el depósito constituido.

II. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

1. *Carácter ganancial de la base económica de la farmacia, que comprende el local del negocio en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físicos-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia, con independencia de que sólo sea el farmacéutico el propietario de la oficina de farmacia.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Andrea interpuso contra D. Pedro Jesús procedimiento de menor cuantía sobre liquidación de gananciales, solicitando que se dictase sentencia por la que declara que: a) Que todos los bienes relacionados en el activo del Hecho Cuarto de esta demanda tienen la condición de gananciales, incluido el importe del derecho de traspaso de la farmacia que montaron ambos cónyuges y de la que es titular el esposo oficialmente. b) Que así mismo tienen tal condición de gananciales los ingresos que se han motivado por tales bienes, y los que se motiven hasta el momento de la liquidación y

adjudicación que se produzca de dicha sociedad de gananciales. c) La obligación del Sr. Pedro Jesús de rendir cuentas de los ingresos y gastos de la farmacia. d) Que son de cargo y cuenta de la repetida sociedad de gananciales las cargas o débitos que resulten al día de practicarse la liquidación y adjudicación a cada cónyuge de los bienes correspondientes y corresponda afrontar a dichos esposos. e) Que como consecuencia de la anterior declaración en la que se determinan los bienes de carácter ganancial, y se concrete el valor de cada uno de tales bienes se declare así mismo haber lugar a la liquidación de la sociedad de gananciales de los cónyuges D.ª Andrea y D. Pedro Jesús, ordenando se lleve a efecto la adjudicación de los bienes y deudas de la misma en el trámite de ejecución de sentencia, redactando el cuaderno liquidatorio correspondiente una vez conocidos los bienes que constituyen el haber ganancial, determinados el activo y el pasivo, lo que permitirá realizar las adjudicaciones correspondientes. Y que se condene al demandado D. Pedro Jesús a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y al pago de las costas por su temeridad al provocar este procedimiento."

- Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada D. Pedro Jesús, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación: "...se dicte sentencia desestimando la demanda, y por la que se declare: A) Que el negocio de farmacia, y los ingresos de ésta con posterioridad a la separación conyugal, no son de carácter ganancial. B) Que el hipotético derecho de traspaso de la farmacia, no es de carácter ganancial. C) Que se declare disuelta la sociedad de gananciales con efectos al día de la separación de los cónyuges, procediendo a practicar la liquidación de la misma con efectos a esa fecha, incluyendo en el pasivo los pagos realizados por el esposo. D) Que se declare que las cargas o débitos se consideren gananciales hasta el día de la separación conyugal, por ministerio de la Ley. E) Que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales en ejecución de sentencia, excluyendo de la misma la titularidad de la farmacia y los ingresos con posterioridad a la separación conyugal de los litigantes, y previa valoración de los bienes gananciales, excluidos los señalados en el hecho cuarto de la demanda como octavo y noveno, e incluyendo en el pasivo los préstamos suscritos por ambos cónyuges, ante la CAM y Bancofar, S.A., no reflejados en la demanda así como los pagos realizados por cualquiera de los litigantes con respecto a los bienes que forman parte del activo de la sociedad de gananciales. F) Que se condene en costar a la actora por su evidente temeridad y mala fe."
- A su vez, el demandado formuló reconvención en la que terminaba suplicando: "...se dicte sentencia por la que se declare: A) Que la sociedad de gananciales de los litigantes está disuelta desde que judicialmente se decre-

tó la separación de los cónyuges. B) Que a tenor de la firmeza de la sentencia que decreta la separación de los cónyuges, procede la liquidación de la sociedad de gananciales. C) Que el activo y pasivo de la sociedad de gananciales de los litigantes está integrado por los bienes descritos en el hecho tercero de la precedente demanda reconvencional. D) Que se declare la procedencia de la correspondiente liquidación de la meritada sociedad de gananciales en ejecución de sentencia y previos los trámites legales oportunos se proceda a la adjudicación de los bienes gananciales resultantes. E) Que se condene a la demandada en la presente reconvención a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y a que su exclusivo cargo abone el importe impagado de su mitad del préstamo hipotecario que grava la vivienda y plaza de aparcamiento descrito en los apartados primero y segundo del activo, con expresa imposición de las costas procesales."

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Alicante dictó sentencia con fecha 2 de diciembre de 1996 estimando parcialmente la demanda interpuesta por D.ª Andrea contra D. Pedro Jesús, así como parcialmente la demanda reconvencional declarando que la extinta sociedad de gananciales del matrimonio hoy litigante, se configura por los siguientes bienes: Activo: Las viviendas y vehículos que constan en los autos y la farmacia que explota D. Pedro Jesús atendiendo a su valor de mercado actual. Hipoteca sobre los bienes descritos y préstamo con CAM. La liquidación del citado patrimonio se acomodará en ejecución de sentencia a las normas recogidas en nuestro ordenamiento para el Juicio Voluntario de Testamentaría. Caso de no existir acuerdo entre las partes sobre la propuesta de los contadores partidores, se decidirá por la autoridad judicial. No procede imposición de costas."
- En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Alicante dictó sentencia el 2 de junio de 1997 estimando en parte el recurso interpuesto por D. Pedro Jesús declarando que la oficina de Farmacia no tiene carácter de bien ganancial, debiendo excluirse del activo de la extinguida sociedad de gananciales; así mismo deberá incluirse el ajuar doméstico con exclusión de los muebles del comedor y dormitorio.
- D.ª Andrea interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en el sentido de que debía incluirse en el activo de la sociedad la farmacia que explota D. Pedro Jesús atendiendo a su valor de mercado actual.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del presente recurso de casación lo fundamenta la parte recurrente en el artículo 1692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia recurrida, según opinión de dicha parte, se han infringido los artículos 333, 1347-1-5 en rela-

ción al artículo 1346-8, todos ellos del Código Civil, así como la jurisprudencia sobre este tema —sólo cita sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo—.

Este motivo es estimado por el Tribunal Supremo. En efecto, el núcleo de la presente contienda judicial, consiste en determinar si la Farmacia puede tener la naturaleza de bien ganancial. Sobre ello, es necesario determinar en primer lugar la naturaleza del determinado negocio de farmacia, y en este sentido hay que distinguir dos facetas.

La primera, viene determinada en el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, cuando en él se dice que la oficina de farmacia tiene unos elementos no patrimoniales respecto a los cuales el traspaso y autorización administrativa están regulados por dicho Decreto que desarrolla la Base decimosexta de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional. Pues bien, en dicho Real Decreto, se establece con carácter taxativo que "sólo los farmacéuticos, individual o asociados en las formas que se autoricen, podrán ser los propietarios de las oficinas de farmacia". Al igual que la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, que en su artículo 103, define las oficinas de farmacia abiertas al público como establecimientos sanitarios y prescribe en su párrafo cuarto que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público.

Todo ello aparece concretado en la Sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 1987, que dice que el Real Decreto 909/1978 es "una norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacia".

La segunda faceta está constituida por la denominada base económica de la farmacia, que comprende el local del negocio en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físico-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia.

Pues bien, esta segunda faceta es la que perfectamente puede ser considerada con posibilidad de constituir un bien ganancial, siempre que se den los requisitos para ser enclavados en alguno de los tipos especificados en el artículo 1347 del Código Civil.

Centrando ya la cuestión, hay que decir, en contra de la tesis de la sentencia recurrida, que la farmacia en controvertida, en principio, puede ser estimada como bien ganancial, ya que constituye una empresa o establecimiento fundado durante la vigencia de la sociedad de gananciales que regía el aspecto patrimonial del matrimonio, cuyos elementos personales son ahora las partes procesales.

Y en el presente caso, no sólo se puede estimar tal farmacia como bien ganancial, sino que así debe ser considerado, ya que aparte de ser un dato incontrovertido la naturaleza de bien adquirido en constante matrimonio, el aspecto o faceta de base económica del negocio de dicha farmacia debe ser catalogado y enclavado como bien ganancial.

Todo lo anterior, y al tener que asumir esta Sala la instancia, hace que se deba recoger la tesis de la sentencia de la primera instancia.

2. *Embargada la vivienda familiar como consecuencia de las responsabilidades dimanantes de un delito de apropiación indebida y falsificación mercantil cometido por el esposo, si la esposa no hace uso del beneficio concedido en el art. 1373 del CC y solicita la sustitución del embargo del bien por la parte que pueda corresponderle al esposo en la liquidación de la sociedad de gananciales, no puede el tribunal de oficio aplicar dicha norma.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de junio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

ANÁLISIS DEL CASO

- En causa criminal seguida contra D. Luis Miguel se había ordenado el embargo de la vivienda que constituía el domicilio conyugal del procesado y esposa, D.ª Maite. Recaída sentencia condenatoria contra el primero por delitos continuados de falsificación de documento mercantil y de apropiación indebida, fijándose una indemnización de 16.792.104 pesetas a favor de Munat, se acordó la venta en pública subasta de la mencionada vivienda.
- D.ª Maite interpuso demanda de tercería de dominio contra la Compañía Mercantil Munat Seguros y Reaseguros, S.A. y contra su esposo D. Luis Miguel, solicitando se dicte sentencia por la que, declarando que la finca embargada pertenece en propiedad a la sociedad conyugal formada por la demandante, D.ª Maite, y el demandado D. Luis Miguel, se declare improcedente el embargo causado sobre la misma en el procedimiento penal, por ser las responsabilidades exigidas en el mismo ajenas a la sociedad conyugal, y ordenando, en definitiva, alzar el mencionado embargo, todo ello con expresa imposición de las costas procesales.
- Admitida la demanda y emplazada la demandada, se personó en autos la entidad codemandada que contestó a la misma solicitando su desestimación. No habiendo comparecido en autos el demandado D. Luis Miguel, fue declarado en rebeldía.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 55 de Madrid dictó sentencia el 10 de junio de 1994 desestimando la demanda de tercería de dominio.
- En grado de apelación, la Sec. 10.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 15 de marzo de 1997 estimando el recurso y acordando que en el embargo

trabado sobre la vivienda familiar se sustituya dicho bien (perteneciente a la sociedad de gananciales de la actora y del codemandado) por la parte que éste ostenta en la referida sociedad. Sin pronunciamiento especial en cuanto a las costas de la primera instancia.

- La entidad Munat interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en el sentido de confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sra. Maite formuló demanda de tercería de dominio contra su esposo y Munat interesando el alzamiento del embargo practicado. Con anterioridad al emplazamiento de los demandados, la actora presentó escrito al objeto de ampliar su demanda ejercitando, con carácter subsidiario oposición a la ejecución acordada del piso ganancial y solicitando la declaración de su nulidad.

El Juzgado de Primera Instancia entendió que ni la comunidad de gananciales ni el cónyuge demandante poseen la calidad de terceros en una ejecución que afecte a bienes gananciales, lo que determinaba la desestimación de la tercería promovida por la esposa. Por otra parte, tampoco consideró procedente la pretensión subsidiariamente ejercitada, por cuanto tendía al alzamiento total del embargo y no, como autoriza el artículo 1373 del Código Civil, a la sustitución en la traba de los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal. La desestimación de la demanda llevó consigo la imposición a la actora de las costas causadas.

En fase de apelación, la Audiencia Provincial acogió el recurso de la Sra. Maite y con parcial acogimiento de su demanda de tercería ordenó que el embargo trabado sobre la vivienda familiar de la promovente fuese sustituido por la parte que su esposo ostentaba en la sociedad de gananciales. No se hizo pronunciamiento respecto a las costas de ninguna de las instancias.

El recurso interpuesto por Munat se basa en que la sentencia de la AP ha incurrido en incongruencia generándole indefensión, denunciando igualmente la infracción del artículo 1373 del Código Civil por cuanto la tercerista ni en el mes de noviembre de 1988, cuando le fue notificado el embargo de la vivienda conyugal, ni al interponer su demanda y proceder a la ampliación objetiva de la misma, ha llegado a invocar el derecho de que el referido artículo le investía no solicitando la sustitución del objeto del embargo (que no obstante la Audiencia declara procedente) sino únicamente el alzamiento de éste.

Dada la estrecha relación existente entre los argumentos que se invocan en los tres motivos del recurso, se considera procedente llevar a cabo un estudio conjunto de los mismos, haciéndose imprescindible referirse al cuerpo de jurisprudencia pacífica y concorde formado por numerosas sentencias de esta Sala al que ya aludía la sentencia de 4 de marzo de 1994 según el cual durante el matrimonio el consorcio conyugal no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en el artículo 392 y siguientes del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, por lo que en tanto la sociedad conyugal no se disuelva y liquide a ninguno de los cónyuges corresponde la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, sino únicamente un derecho expectante que no le legitima para entablar la tercería de dominio, por no tener la cualidad de tercero, esencial para el ejercicio con éxito di-

cha clase de acción, lo cual no quiere decir que cuando uno de los cónyuges comete actos en contra de la ley o de los legítimos intereses de su consorte, carezca este último de otros procedimientos para resarcirse de las consecuencias originadas por dichos actos.

Esta doctrina, con la excepción que supone la Sentencia de 17 de julio de 1997 (recurso 2213/93) que en realidad obedecía al desconocimiento absoluto del cónyuge tercerista respecto a la existencia del embargo —lo que en el presente supuesto no sucede—, se mantiene en sentencias más recientes que recoge la de 8 de febrero de 2001 y a las que igualmente sigue la de 31 de mayo de 2002, en las que expresamente se menciona la facultad que otorga el artículo 1373 del Código Civil al cónyuge no ejecutado, como remedio a situaciones de la naturaleza de la que ha dado lugar a la interposición de la demanda de la que el presente recurso trae causa.

El recurso de casación que nos ocupa ha de ser, por tanto, acogido ya que, según ha alegado Munat, la Sra. Maite había tenido oportuno conocimiento del embargo de la vivienda familiar y no ejercitó ni entonces (en 1988) ni tampoco al acordarse la subasta de la misma, la facultad que le confería el precepto citado, limitándose a solicitar el alzamiento de la referida traba a través de su demanda de tercería de dominio. Pese a ello en la sentencia impugnada se concedió la sustitución prevista por aquel artículo, que no había sido expresamente interesada, con lo cual se privó a la ahora recurrente de establecer el necesario debate sobre el particular, generándose evidente indefensión.

3. *Desestimación de la acción de rescisión por lesión y de complemento a la adición al constar un documento privado de fecha posterior al convenio regulador donde se liquidó la sociedad de gananciales, en el que expresamente se establecían las bases correctas de la liquidación y en el que con claridad se incluía el bien que ahora se pretende adicionar.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Lucía promovió demanda de menor cuantía contra D. Valentín solicitando que se dictase sentencia por la que se declare: 1.º La total rescisión del Acto de Liquidación, División y Adjudicación, de los bienes de la Sociedad de Gananciales en litigio, por lesión en más de la cuarta parte en el lote concedido a la actora, conforme a lo manifestado por los aquí contendientes en el Acta de Manifestaciones de fecha 16 de noviembre de 1992 (documento n.º 2 de la Demanda), referida al Convenio Regulador de Divorcio de

fecha 31 de octubre de 1990, aprobado por Sentencia dictada el día 10 de abril de 1991, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de los de Getxo, en los autos, sobre Divorcio, n.º 36/91, condenando al demandado Sr. Valentín a estar y pasar por esta declaración y en su caso, líbrense los mandamientos y despachos a los Registros de la Propiedades correspondientes y demás oficinas públicas para la cancelación de las inscripciones verificadas si fuese preciso, así como la obligación de adicionar en dicha liquidación el negocio y su valor, de indiscutible carácter ganancial, y valores omitidos en los bienes incluidos en el inventario por los cónyuges, por ser inferiores a los reales, y que sean fijados en trámite de ejecución de sentencia. 2.º Que el demandado podrá optar a su elección entre indemnizar a la actora en cuantía que compense el daño sufrido por la misma en el lote que se le ha atribuido en numerario en la Partición y Liquidación de la Sociedad Consorcial objeto de esta Demanda, o se avenga a consentir una nueva Partición, lo que se efectuará en periodo de Ejecución de Sentencia, ajustándose a las bases que se establezcan en la sentencia y dentro del plazo que racionalmente le sea señalado al efecto por el Juzgado. 3.º O subsidiariamente, y para el caso de no darse lugar a la rescisión postulada, por estimar conveniente mantener las operaciones divisorias ya realizadas, se proceda a las operaciones complementarias que sean precisas y necesarias para incluir en el Acto de Liquidación, División y Adjudicación de los bienes gananciales en litigio, el negocio y su valor, de indiscutible carácter ganancial, y para llevar a efecto las rectificaciones necesarias en la valoración de los incluidos por ser inferiores a los reales, y que sean fijados en trámite de Ejecución de Sentencia. 4.º Condenando al pago de las costas de este Procedimiento al demandado."

- El demandado don Valentín se personó en el pleito y contestó a la demanda, a la que se opuso por medio de las alegaciones fácticas y jurídicas que aportó, para terminar suplicando: "Dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda, y en definitiva, absuelva a mi representado de los posteriores contenidos en la demanda promovida en su contra por Dña. Lucía, ello con imposición de costas al demandante por ser preceptivo y todo, dada su manifiesta temeridad y mala fe".
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Getxo dictó sentencia el 4 de septiembre de 1995 desestimando las excepciones de cosa juzgada y de falta de jurisdicción y competencia objetiva y funcional y estimando parcialmente la demanda presentada por D.ª Lucía, debo condenar y condeno a Don Valentín a practicar las operaciones complementarias precisas para incluir en el Acto de Liquidación, División y Adjudicación de los bienes gananciales en litigio, el negocio de Leioa-Bizkaia valorado 13.593.769 ptas., incluyéndolo en la liquidación, división y adjudicación de bienes gananciales de las

partes con ese valor; y sin hacer expresa imposición de las costas de este juicio a ninguna de las partes".

- En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Bilbao dictó sentencia el 2 de mayo de 1997 estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Valentín revocando la sentencia de instancia y absolviendo al demandado de los pedimentos contenidos en la demanda, con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas en la primera instancia, y sin especial imposición en cuanto a las devengadas en esta segunda instancia.
- D.ª Lucía interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

En el primero motivo del recurso, cita la recurrente la infracción de los artículos 359 y 372 de la LEC de 1881 y tacha de incongruente la sentencia, por carecer la misma de motivación expresa en cuanto que la recurrente, como parte actora del pleito, ejercitó, al amparo del artículo 1074 del Código Civil, la acción de lesión en más de la cuarta parte en las operaciones de liquidación, división y adjudicación de la sociedad ganancial constituida con su marido (demandado) y, subsidiariamente, la acción de complemento para inclusión del negocio sito en Leioa, por tener indudable consideración de bien ganancial. La sentencia del Juzgado no acogió la pretensión rescisoria y esta decisión resultó firme para la recurrente pues la acató al no haber planteado apelación y lo que se discutió fue si procedía la inclusión del negocio en el haber ganancial, al haber promovido recurso de apelación el ex cónyuge que actuó como parte apelante y no apelada como equivocadamente se dice, habiendo sido acogida dicha pretensión, por lo que el fallo resultó desestimatorio de las suplicaciones deducidas por la ex esposa, decretando la total absolución del demandado. No se puede tachar la sentencia de inmotivada, ya que, partiendo de la base fáctica que se declara probada y accede firme a la casación, contiene razonamientos suficientes y válidos que condujeron a la decisión adoptada de que el local de negocio referido había sido adjudicado correctamente al demandado por las voluntades expresadas documentalmente por los litigantes. No se probó vicio alguno en la voluntad de la recurrente que consintió tal adjudicación, respetándose el principio de libertad contractual que inspira los artículos 1254 y 1255 del Código Civil, en relación a la eficacia y vinculación de las relaciones contractuales válidas (artículo 1278). No cabe admitir que una sentencia carece de la motivación necesaria por no contener cita de doctrina jurisprudencial ni las de preceptos legales, cuando evidentemente son tenidos en cuenta implícitamente y se aplican en lo necesario (Sentencias de 30 de noviembre de 1990; 23 de junio de 2002 y 13 de julio de 2002, como aquí sucede). La motivación decisoria no precisa de razonamientos judiciales exhaustivos y pormenorizados, pues se consideran suficientemente motivadas aquellas resoluciones que se apoyen en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales y fundamentadores del fallo emitido (Sentencia de 22 de mayo de 1997, que cita las del Tribunal Constitucional de 5 de abril de 1990 y 28 de enero de 1991, así como la de 27 de marzo de 2000).

En el segundo motivo se denuncia la infracción del art. 1074, en relación al 1410 del Código Civil, planteando la cuestión de la viabilidad de la acción rescisoria por lesión en más de la cuarta parte, al haber declarado la sentencia recurrida que en la liquidación del régimen económico conyugal y en concreto en lo referente al negocio, no se había dado el presupuesto fáctico necesario para que la referida acción rescisoria pudiera ser estimada. Como ya se dijo la sentencia del Juzgado no acogió el pedimento principal del suplico que se refería a la petición rescisoria total de referencia y esta decisión la aceptó la recurrente ya que no promovió recurso de apelación y por tanto el demandado resultó absuelto de la misma en forma definitiva. Se trata de declaración judicial consentida que veda su reproducción en casación (artículos 1691 y 408 de la Ley Procesal Civil). El Tribunal de apelación proyecta su posición revisora a los extremos a los que el recurso se contrae, y las cuestiones no recurridas quedan firmes, lo que no excluye que el apelado pueda resultar perjudicado por el fallo de alzada, como aquí ocurre, en la cuestión del negocio (Sentencias de 21 de abril de 1993; 25 de marzo de 1995 y 19 de diciembre de 2002).

En el último motivo se alega la infracción del art. 1079 en relación al 1410 del Código Civil y jurisprudencia para defender la petición incorporada al suplico de la demanda como subsidiaria de no decretarse la rescisión y de inclusión en el haber ganancial del negocio de Leioa, ya que no fue tenido en cuenta en el Convenio Regulador de fecha 31 de octubre de 1990 y que resultó aprobado por la sentencia que decretó el divorcio de los litigantes, de 10 de abril de 1991, lo que efectivamente así sucedió. La Sala de apelación tuvo en cuenta tal circunstancia y en su función de apreciación de la prueba atendió a otras actuaciones posteriores relevantes de los litigantes consistentes en los documentos, que cabe considerar transcendentales, y así sucede con el suscrito, con anterioridad al Convenio Regulador, fechado el 26 de octubre de 1990, que se titula Acta de Depósito, y mediante el cual los cónyuges, con la intervención asesora de sus Letrados, acordaron atribuir a los bienes gananciales inventariados el valor global de 32.534.633 pesetas, correspondiendo como mitad a cada uno de los cónyuges 16.267.316,50 pesetas y para su pago se adjudicó a la recurrente el metálico inventariado por importe de 16.267.316,50 ptas. y al marido los bienes inmuebles descritos en la propuesta de Convenio Regulador, más el negocio de Leioa. A su vez por documento privado de 31 de octubre de 1990, de la misma fecha del Convenio Regulador, el matrimonio precisó de modo bien expreso "que, a pesar de lo establecido en el Convenio Regulador, en el Acuerdo de Liquidación del Régimen económico del matrimonio en el punto 1) del Activo como metálico —ascendente a la suma de 32.534.633 pesetas (no se demostró que existiera como tal), lo cierto es que, a efectos compensatorios formales, pues lo que se liquida realmente en la mitad, la suma de 16.267.316,50 pesetas, de acuerdo a como se establece en el Acta de Depósito".

Resulta decisiva el Acta notarial de Manifestaciones de fecha 16 de noviembre de 1990, posterior a la aprobación judicial del Convenio Regulador, mediante la cual los litigantes establecieron las bases de liquidación y adjudicación de los bienes inventariados como gananciales, atribuyendo a cada uno de ellos, como mitad, el importe cifrado en 16.267.316,50 pesetas, que la recurrente percibiría en metálico de su ex marido y éste el equivalente representado por los bienes inmuebles, "más el negocio que tiene instalado en la planta NUM001, escalera NUM003 del EDIFICIO000". No se trata propiamente de supuesto de omisión de bienes que faculta el artículo 1079 para ejercitar la acción de complemento, ya que el negocio fue tenido en cuenta y adjudicado al margen del Convenio Regulador, lo que resulta factible, al no haberse alegado ningún vicio en el consentimiento prestado

por la recurrente-otorgante, que conocía perfectamente la existencia del negocio y voluntariamente cedió su participación ganancial.

La no inclusión del negocio en el Convenio Regulador cabe ser subsanada en cuanto que los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial (Sentencia de 23 de diciembre de 1998), que es lo que aquí ha ocurrido, cuando las partes, por su autonomía decisoria, adoptaron la forma más conveniente a sus intereses para la liquidación y adjudicación del haber ganancial, razones que determinan que el motivo no pueda ser acogido.

4. *Eficacia de la venta de un bien ganancial realizada por el esposo al constar el consentimiento tácito de la esposa, procediendo en consecuencia la desestimación de la acción ejercitada por esta última.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de julio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Juan Carlos interpuso demanda de menor cuantía contra D. José Francisco y su esposa D.ª Teresa, solicitando se dictase sentencia por la que se condenase a los demandados a otorgar la correspondiente escritura pública respecto de la finca vendida a mi representado y alternativamente y subsidiariamente, pagar a mi mandante la suma de 2.000.000 de pesetas, correspondiente al duplo de la señal en su día entregada.
- Admitida a trámite la demanda, el demandado D. José Francisco, contestó alegando como hechos y fundamentos de Derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «... dictar sentencia por la que, desestimando la misma, se absuelva a mi representado de la pretensión actora en su doble vertiente y se impongan las costas a la misma».
- Con el núm. 474/1994 se siguió en el mismo Juzgado demanda formulada por D.ª Teresa contra D. Juan Carlos y contra su esposo D. José Francisco, instando la declaración de anulabilidad del referido contrato.
- El Juzgado de 1.ª Instancia de Villarrobledo (Albacete) dictó sentencia estimando la acción ejercitada por D.ª Teresa.
- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Albacete dictó sentencia con fecha 15 de enero de 1997, estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Juan Carlos y revocando la sentencia del juzgado y estimando la demanda interpuesta por D. Juan Carlos.
- D.ª Teresa interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el motivo de fondo del recurso se alega la infracción del art. 1376 del CC (En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes), pues la recurrente estima que no se ha acreditado de forma inequívoca el otorgamiento de su consentimiento al acto de disposición de un bien ganancial.

Es doctrina reiterada de esta Sala (SS 20 de febrero y 6 de octubre de 1988, 26 de junio de 1989, 7 de junio de 1990, 20 de junio y 25 de noviembre de 1991, 22 de diciembre de 1992, entre otras), la de que la venta de un bien inmueble ganancial (disposición a título oneroso), por uno de los cónyuges, sin el consentimiento del otro no es nula de pleno derecho, sino simplemente anulable a instancia del cónyuge que no concurrió a prestar el consentimiento o de sus herederos, no a instancia del que vendió, ni de la persona que con él contrató, por lo que si tal acción de anulabilidad no se ejercita, el contrato es plenamente válido y vinculante para los que lo concertaron.

Todo ello aparte de que el consentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentamiento como por su aquietamiento y conformidad a la actividad dispositiva materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades coincidentes de ambos (SS 10 de octubre de 1982, 28 de enero y 6 de diciembre de 1983, 5 de mayo de 1986 y 20 de junio de 1991, entre otras). Y es que según reiterada doctrina jurisprudencial (SS 16 de abril de 1985, 6 de octubre de y 6 de diciembre de 1986, 20 de junio de 1991 y 19 de junio de 1993) el consentimiento de la esposa puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también diferido de las circunstancias concurrentes, debiendo ponderarse la pasividad de la esposa y su no oposición a la enajenación conociendo la misma, así como la ausencia de fraude o perjuicio; incluso el silencio puede ser, en estos casos, revelador de consentimiento.

Esta doctrina jurisprudencial concuerda con la inexcusable de la propia Sala en el sentido de que la determinación del consentimiento tácitamente manifestado es cuestión de hecho que incumbe investigar a la Sala de instancia, cuya apreciación no ha sido eficazmente impugnada en este recurso. Lo que en el presente caso se refuerza con la apreciación que la sentencia recurrida hace de la producción de fraude procesal a cargo de la recurrente para intentar convencer de la falta de consentimiento a la enajenación, que lógicamente no puede darse por producido, pues por el contrario, lógicamente lo que se ha de estimar es el conocimiento y acatamiento de la recurrente a la enajenación en cuestión.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Admisibilidad del ejercicio de la acción de división de cosa común e incluso de la venta en pública subasta del inmueble, si bien dicha venta no afectará al derecho de uso y ocupación de la vivienda atribuido judicialmente a la ex esposa, que quedará debidamente garantizado, en tanto persistan los requisitos fijados en el art. 96.1 del CC y cualquiera que sea el resultado de la ejecución de la sentencia.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Clemente y D.ª Eugenia contrajeron matrimonio el 18 de noviembre de 1965, de cuya unión nacieron tres hijos. Durante la vigencia del matrimonio, en el año 1970, los cónyuges habían adquirido en común y por mitades indivisas la propiedad de una vivienda.
- La sentencia de 30 de mayo de 1985, del JPI de Sant Boi de Llobregat estableció la separación de los esposos, manteniendo y confirmando el auto de 25 de febrero de 1985 sobre medidas provisionales, que se elevan a definitivas y mediante el cual se adjudicó el uso de la vivienda familiar que se discute en el pleito a la esposa con la que convive un hijo del matrimonio.
- Por sentencia de 12 de mayo de 1993 se decretó el divorcio, que mantuvo la sentencia de la AP Barcelona (Secc. 14.ª), pronunciada el 16 junio 1994, que se remite a la sentencia de separación y con ello al mantenimiento del uso de la vivienda familiar por la esposa.
- D. Clemente interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª Eugenia solicitando que, previos los trámites legales pertinentes, en su día, se dicte sentencia "por la que se estime la demanda en todos sus pedimentos, acordando sacar a pública subasta, con admisión de licitadores extraños, la vivienda propiedad de Don Clemente y Doña Eugenia sita en Gavá, y ordenando se distribuya el producto de la misma por partes iguales, con expresa imposición de las costas del presente procedimiento a la demandada si se opusiere al mismo".
- La demandada doña Eugenia se personó en el pleito y contestó a la demanda, a la que se opuso por medio de las razones de hecho y de Derecho que

aportó, terminando por suplicar: "Que dando al pleito el curso correspondiente, dictar sentencia desestimando por completo la demanda condenando al actor al pago de una indemnización por daños y perjuicios causados por este juicio así como la condena en costas; y, subsidiariamente, en el caso de que fuera acordada la disolución de la comunidad de bienes se acuerde adjudicar la mitad de la finca que reclama el actor a la demandada, absolviendo a mi representada, con imposición de las costas causadas al actor, por su evidente temeridad y mala fe".

- El Juzgado de 1.ª Instancia de Gavá n.º 5 dictó sentencia el 10 de julio de 1995 estimando la demanda, y acordando la división de la vivienda mediante la venta y el reparto del precio entre los dos ex cónyuges y a falta de acuerdo en la adjudicación a uno de los copropietarios con indemnización al otro, se procederá a venderlo en pública subasta, todo ello sin perjuicio del derecho a su uso y ocupación de Sra. Eugenia.
- En grado de apelación, la Sec. 15.ª de la AP de Barcelona dictó sentencia el 17 de febrero de 1997 estimando el recurso interpuesto por D.ª Eugenia y revocando la sentencia de instancia, absolviendo a la recurrente de lo solicitado en el suplico de la demanda.
- D. Clemente interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en el sentido de estimar la demanda, acordar la división de la cosa común procediéndose a su venta y al reparto del precio entre los ex cónyuges por mitad, a falta de acuerdo en la adjudicación a uno de ellos con la correspondiente indemnización a favor del otro y tal cesación y venta no afectará al derecho de uso y ocupación de la vivienda que corresponde a la ex esposa, cuyo derecho quedará debidamente garantizado, en tanto persistan los requisitos fijados en el art. 96.1 del CC y cualquiera que sea el resultado de la ejecución de la sentencia recurrida.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el único motivo del recurso aduce infracción del art. 400 CC y jurisprudencia que lo interpreta, para sostener la procedencia de la disolución de la titularidad común que los litigantes ostentan sobre la vivienda litigiosa, a lo que no accedió la sentencia de apelación, que aportó un razonamiento que resulta sugerente, ya que se dice que lo que el demandante interesó fue la venta en pública subasta y de este modo trata de imponer a la ex cónyuge una enajenación forzosa, toda vez que no se ha producido autorización judicial ni consentimiento de la titular del uso.

Ha de partirse de que el bien común presenta condición de indivisible y la cesación de la comunidad que establece el art. 400 del CC —norma de condición imperativa (S 12 de julio de 1993)— ha de tener lugar por la vía del art. 404 que autoriza, a falta de acuerdo de los comuneros sobre adjudicación a uno de ellos, a su venta y reparto del precio.

Si bien se aporta como petición nuclear en el suplico de la demanda la venta pública

de la vivienda, también se interesó la distribución del precio por partes iguales entre los litigantes, lo que bien se expresa, y ello, en correspondencia con la fundamentación fáctica y jurídica de la demanda, permite llegar a la conclusión de que se instó el cese y la división de la comunidad, y así ha de ser tenido como bien entendido, pues la enajenación solicitada por vía de subasta pública opera como medio para finalizar en la indivisión del inmueble (SS 23 de septiembre de 1994 y 10 de febrero de 1997).

La acción de división es irrenunciable y asiste a cualquier copropietario como derecho indiscutible e incondicional, pues su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo que concurra pacto válido de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a cinco años (SS 5 de junio de 1989, 31 de mayo de 1991, 14 de abril de 1997) u otro impedimento legal.

El motivo ha de ser acogido y el recurso en forma parcial conforme se dirá, al asumir este Tribunal de Casación funciones judiciales de instancia, conforme autoriza el art. 1715.1.3 de la LEC, para resolver lo que corresponda respecto a la cuestión de fondo en los términos en los que ha sido planteado el debate procesal.

Ha de tenerse en cuenta y no se puede dejar de lado que la vivienda fue atribuida a la esposa por decisión judicial ratificada en la sentencia de divorcio. Se trata de situación de preexistencia por no haberse instado su modificación judicial, lo que autoriza la Disposición adicional 6.ª, ap. 8, de la L 7 de julio de 1981, sobre nulidad, separación y divorcio, ni tampoco concurrió mutuo acuerdo de los interesados (S 3 de mayo de 1999).

El mandato judicial atributivo del uso no puede dejarse de lado, ni tampoco actúa como prohibitivo de la cesación y división de la comunidad, y es la disposición de la vivienda la que resulta condicionada por el uso judicial, ya se considere el uso como derecho o carga real o dotado de proyección eficaz *erga omnes,* pues esta situación ha de mantenerse indemne en tanto subsistan los presupuestos que determinaron su atribución, en este caso al cónyuge cotitular.

La jurisprudencia de esta Sala así lo ha entendido (SS 22 de septiembre de 1988, 11 de diciembre de 1992, 20 de mayo de 1993, 16 de diciembre de 1995 y 16 de febrero de 1998). Se ha de distinguir el supuesto contemplado en el núm. 4.º del art. 96 CC, que refiere a vivienda ocupada por cónyuge no titular, del supuesto, que corresponde a este pleito, en el que la vivienda resulta de la propiedad común de los ex cónyuges, al que ha de aplicarse el art. 400 del CC, pero respetando la ocupación judicial decretada y mantenida.

Es significativa la S de 14 de julio de 1994 que resuelve el caso de vivienda de titularidad común de matrimonio separado legalmente y que fue adjudicada por vía judicial a la esposa para uso de vivienda familiar, declarando la coexistencia del derecho que otorga a todo propietario el art. 400 del CC con el uso judicial (art. 96). Se trata de derechos que no son contradictorios y cabe compaginar y de este modo el derecho divisorio que ejercitó el recurrente en su demanda, no elimina por completo la existencia de una situación jurídica perfectamente tutelada por una normativa específica consecuente del proceso de separación, aquí seguido de divorcio, y por ello, subsistiendo la situación establecida en la sentencia de divorcio, ha de mantenerse la indemnidad de la ocupación de la vivienda en tanto dure la temporalidad del disfrute.

En parecidos términos se pronuncia la Sentencia de 27 de diciembre de 1999, que decide la cuestión sobre si cabe ejercitar la *actio communi dividundo* cuando concurre la situación de que el otro condomino (ex cónyuge) resulta titular por atribución judicial de un derecho de uso exclusivo sobre la vivienda de propiedad común, procediendo el cese y división del bien, y la eventual venta del mismo debe respetar y garantizar la subsistencia del derecho de uso a la vivienda familiar, en tanto el mismo permanezca.

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA

1. *Revocación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que aumenta la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos cuando la madre no apeló la sentencia de instancia ni se adhirió a la apelación.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de mayo de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Yolanda interpuso demanda de menor cuantía contra D. Alfredo solicitando que se dictase sentencia por la que se declare que D. Alfredo es padre extramatrimonial de los menores Marco Antonio, Flor y José Daniel, practicándose en su día la correspondiente inscripción registral de la filiación y estableciendo en 40.000 pesetas por cada menor, como cantidad a satisfacer por el demandado en concepto de alimentos, incrementándose anualmente según el índice del coste de vida, y todo ello con expresa condena en costas al demandado.
- Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de Derecho que tuvo por convenientes para terminar suplicando se dictase sentencia "en la que se desestimase totalmente la demanda y la petición de alimentos que se contiene en el suplico de la misma, condenando a la actora al pago de las costas procesales".
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Valencia dictó sentencia el 20 de marzo de 1996 estimando la demanda y declarando la paternidad del demandado frente a los menores y a que satisfaga en beneficios de sus hijos una pensión en concepto de alimentos provisionales, por importe de 60.000 pesetas (sesenta mil pesetas) mensuales, desde la fecha de interposición de la presente demanda. Pensión que se devengará por meses anticipados y que se actualizará anualmente de conformidad a las fluctuaciones experimentadas por el coste de la vida. Y que se entenderá sin perjuicio de la que en definitiva pueda quedar señalada. Todo ello con imposición del pago de las costas procesales al demandado D. Alfredo.

- En grado de apelación, la Sec. 8.ª de la AP de Valencia dictó sentencia el 4 de junio de 1997 estimando en parte el recurso interpuesto por D. Alfredo, declarando que el mismo es padre no matrimonial de los menores, hijos de D.ª Yolanda, inscritos en el Registro Civil como Flor y José Daniel, nacidos el día 23 de julio de 1993, a quienes el Sr. Alfredo satisfará desde el día 12 de mayo de 1995 la suma de 30.000 ptas. mensuales a cada uno, con actualización según el Índice de Precios al Consumo, en concepto de alimentos por meses anticipados. Declaramos que no se ha acreditado la paternidad del demandado respecto al hijo de la actora inscrito en el Registro Civil como Marco Antonio, y de tal pretensión absolvemos al demandado.
- D. Alfredo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que redujo a 20.000 pesetas la pensión alimenticia que debía abonar a cada uno de los hijos.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Contra la sentencia de la Audiencia ha interpuesto recurso de casación D. Alfredo, solo y exclusivamente por la condena al pago de alimentos en la cuantía fijada en dicha sentencia. El recurrente alega la infracción del art. 359 de la LEC de 1881. Refiriéndose a la fijación de alimentos, dice su fundamentación que la sentencia recurrida aumenta la cantidad de 20.000 ptas. por cada menor a 30.000 ptas., sin que haya sido pedida por la parte actora, que ni apeló la sentencia de primera instancia (que concedía las 20.000 ptas.), ni se adhirió a la apelación interpuesta por el demandado; en suma, la consintió. Por otra parte, la sentencia de la Audiencia no ha motivado lo más mínimo en ninguno de sus fundamentos de Derecho su decisión. Entiende el recurrente que si en lugar de tres hijos, se declara su paternidad sólo de dos, la cantidad a pagar en concepto de alimentos debe ser menor. Y por los principios jurídicos de "congruencia", *reformatio in peius* y *extra petitum* no se puede respectivamente dar lo que no se ha pedido, y revocar una sentencia en perjuicio del que la apela, cuando la otra parte se ha conformado previamente con lo dado en primera instancia.

El motivo se estima por el Tribunal Supremo, porque existe una *reformatio in peius* de la que con toda razón se queja el recurrente, pues la sentencia ha agravado la condena de la de primera instancia al establecer en 30.000 ptas. la pensión para cada hijo cuya filiación se reconoce, cuando se fijó en 20.000 en dicha sentencia. Si se condenó al demandado, los recurrentes, al pago de 60.000 ptas. para los tres hijos, al declarar la Audiencia la filiación sólo de dos de ellos debía haber efectuado la correspondiente reducción de la cantidad debida por alimentos; no debía haber mantenido la misma cantidad de la primera instancia (60.000 ptas.) para tres, cuando sólo declaró la filiación de dos, y ello equivale a un aumento de la pensión para los mismos en diez mil pesetas, cuando la actora no apeló la sentencia de primera instancia ni se adhirió a la apelación.

V. PROCESAL

1. *Falta de legitimación activa de la madre para reclamar los alimentos impagados de hijos mayores de edad que ambos progenitores pactaron en un convenio extrajudicial, ya que su reclamación no se funda en una sentencia dictada en proceso matrimonial, ni es incardinable en el supuesto del art. 93.2 del CC.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Francisca interpuso demanda de menor cuantía contra Don Salvador solicitando que se dictase sentencia por la que se condena al demandado a: 1) Abonar a Doña Francisca la cantidad de 4.565.597 ptas. por pensiones alimenticias de los hijos convenidas, que es la diferencia entre la cantidad total que debió haber satisfecho el Sr. Salvador por dichas pensiones hasta el mes de mayo inclusive de 1993 y la cantidad total que realmente ha satisfecho por dicho concepto hasta el indicado mes. 2) Abonar a la misma la diferencia (a determinar en sentencia conforme a los debidos elementos probatorios, y en su caso, en fase de ejecución) resultante de las improcedentes deducciones aplicadas por el demandado (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) en las liquidaciones de su participación como gerente en la compañía C. 3) Abonar a la misma la cantidad de 4.000.000 ptas. por la improcedente retención de dicha cantidad, por parte del demandado, por supuesta retirada de la esposa de supuestos bienes del demandado. 4) Abonar a la misma la cantidad de 32.693.167 ptas. en concepto de la cuota correspondiente (25%) de los ingresos brutos cobrados directamente por el Sr. Salvador, relativos al ejercicio de 1992, ingresos en retribución de la gerencia y beneficios de las participaciones sociales de las que es titular nominal el Sr. Salvador en C. (sin perjuicio de la exacta cantidad que a la esposa corresponda, si los ingresos del demandado en dicho ejercicio resultaren ser distintos de los que constan en estos momentos a la actora). Todo ello con reserva expresa de la acción reivindicatoria de la propiedad de las participaciones. 5) Abonar a la misma la cantidad de 5.000.000 ptas. por

compromiso incumplido de pago de obras u otros gastos relativos a la instalación de la vivienda de Carlos Miguel. 6) A reconocer la propiedad de la mitad indivisa de los activos invertidos en deuda pública referidos en el hecho decimosexto de este escrito, y por consiguiente, a abonar a Doña Francisca la cantidad de 24.640.000 ptas., más los intereses que dicho capital haya generado hasta el día de hoy.

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 30 de Barcelona dictó sentencia el 9 de octubre de 1995 desestimando parcialmente la demanda interpuesta, condenó a D. Salvador a pagar a la actora la cantidad de 9.000.000 de pesetas más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de interposición de la demanda hasta su completo pago; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en juicio debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.
- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Barcelona, dictó sentencia el 23 de julio de 1997 desestimando el recurso interpuesto por D.ª Francisca.
- D.ª Francisca interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia impugnada, al confirmar la dictada en primera instancia, estimó la excepción de litispendencia en relación con el juicio de divorcio seguido por D. Salvador y D.ª Francisca y ello respecto a las pretensiones formuladas en los apdos. 1) y 4) del Suplico de la demanda, si bien en cuanto al 1) sólo parcialmente en cuanto a las pensiones alimenticias correspondientes a los meses de enero a mayo de 1993, y en lo referente al 4), sobre reclamación de 32.693.167 de ptas. en concepto de la cuota de los ingresos brutos cobrados directamente por el Sr. Salvador, en su totalidad.

Alega la recurrente, D.ª Francisca, que la situación de litispendencia no concurre "debido a que el objeto de este procedimiento y el objeto de aquel procedimiento son enteramente distintos a pesar de que la esposa (no el esposo) utilizara como referencia los pactos privados a fin de que el Juez que conoció del tema del divorcio los tuviera en cuenta para fijar la pensión reguladora y el resto de pronunciamientos obligatorios en aquella sede", argumentación que no resulta convincente porque desconoce la razón por la que se estimó la excepción, que no es otra sino que la Sra. Francisca, al contestar a la demanda de divorcio, solicitó la fijación de alimentos para sus hijos "con efectos de la presente contestación (mes de enero de 1993)" y lo propio respecto a la suma que debía abonar el Sr. Salvador con efectos "a partir del año 1993 inclusive"; siendo así, parece evidente que el pronunciamiento sobre estas cuestiones coincide con lo que pudiera decidirse en el juicio de divorcio, de donde se sigue el perecimiento del motivo examinado.

En el motivo segundo y al amparo del art. 1692.4.º LEC se acusa infracción de los arts. 90, 142, 1089, 1100, 1108, 1114, 1120, 1124, 1256, 1257, 1259, 1281, 1284 y 1288 del Código Civil. Este planteamiento sobre la base de mezclar preceptos y cuestiones heterogéneas es contrario a la técnica casa-

cional, según tiene declarado esta Sala en aplicación de lo dispuesto en el art. 1707 LEC (SS de 21 de febrero, 12 de marzo y 22 de mayo 2003, como más recientes).

En cualquier caso, el motivo se formula en tres apartados refiriendo el A) "a la acción de petición de las diferencias de 4.565.597 de pesetas en concepto de diferencias en las pensiones alimenticias hasta mayo de 1993", el B) "a la acción de petición de las diferencias por la improcedente deducción del IRPF en la participación de la esposa en los emolumentos del Sr. Salvador en Cosmética Barcelonesa, S.L." y el C) "a la acción de reclamación del 25% de los ingresos brutos del ejercicio 1992".

En cuanto a apdo. A), se invoca infracción de los arts. 1257, 142 y 1259 CC por cuanto la sentencia impugnada, además de apreciar parcialmente la litispendencia, "deniega las cantidades solicitadas únicamente por entender que existe una falta de legitimación activa".

Ya el Juzgado de primera instancia precisó que "la reclamación efectuada en los presentes autos deriva (...) de dos convenios extrajudiciales suscritos por los litigantes de fechas 7 de febrero de 1989 y 29 de enero de 1991 y en los referidos convenios (...) se establece la obligación de D. Salvador, en concepto de alimentos para sus hijos, hasta la edad de veinticinco años y hasta tanto no hayan terminado su formación universitaria y, en su caso, post-graduación o especialización, de ingresar mensualmente en la cuenta corriente núm. NUM000 de la Agencia 852 de Caja de Pensiones "La Caixa", sita en la calle Ganduxer n.º 5 de esta ciudad, las cantidades que se indican en dichos convenios", y argumentó que "de lo actuado no se puede concluir que la pensión alimenticia señalada en favor de los hijos comunes mayores de edad, deba ser administrada y, en su caso, reclamada por la Sra. Francisca, máxime cuando los hijos del matrimonio tenían plena disposición de dichas cantidades al ser titulares juntamente con su madre de la cuenta donde se ingresaba la pensión alimenticia señalada", concluyendo que "la legitimación para reclamar las referidas pensiones corresponde a los hijos".

La Audiencia, previa aceptación de los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, entendió que en el supuesto enjuiciado "lo reclamado no se funda en sentencia dictada en proceso matrimonial condenatoria al esposo a pagar a la esposa determinada cantidad de dinero en concepto de pensión de alimentos para los hijos, sino que se funda en un contrato suscrito por los cónyuges, en una fecha en que todos los hijos eran mayores de edad, por el que el esposo en concepto de alimentos para los hijos se compromete a ingresar en una cuenta corriente determinada cantidad de dinero por cada hijo" y concluyó definiendo "la obligación asumida por el padre como una estipulación en favor de terceros", de modo que de estimar los hijos que el padre hubiese incumplido en parte la obligación contraída estarían facultados para exigir su cumplimiento, "careciendo la madre de legitimación para efectuar la reclamación".

Los pactos celebrados por los cónyuges D. Salvador y D.ª Francisca que se configuran como consecuencia de su separación amistosa, distinguen con claridad las prestaciones en favor de la esposa de los acuerdos en beneficio de los hijos, todos ellos mayores de edad, que incluso se abonarían de diferente manera (ingreso en cuenta de titularidad conjunta) y puntualizan también las cantidades correspondientes a cada hijo, en tanto que los abonos a la esposa previenen su entrega a ella misma, todo lo cual permite sostener, como en la sentencia impugnada, que dichos pactos contienen determinadas estipulaciones en favor de terceros (los hijos), y dado que fueron aceptadas por éstos, se hallan facultados para exigir su cumplimiento (arts. 1257-2.º CC y SS de 31 de enero de 1986 y 23 de octubre de 1995). Ahora bien, aunque lo dicho no excluye absolutamente que la esposa estipulante conserve alguna acción frente al marido promitente, ésta no puede extenderse al percibo de las prestaciones en su propio nombre e interés, para lo que sólo se hallan legitimados los

hijos beneficiarios, sino que a lo más podría instar el cumplimiento, entendiendo por tal el abono de las cantidades a sus hijos, según lo estipulado, por lo que cuando en este proceso solicita el pago a ella misma, ha de concluirse que fue correctamente apreciada en la instancia su falta de legitimación, ya que la demandante no es titular del derecho a percibir las pensiones de que se trata, que sería la consecuencia jurídica de la tesis que mantiene. Por último, ha de advertirse también que la naturaleza de los pactos como negocio jurídico de Derecho de Familia, en el sentido de la Sentencia de 22 de abril de 1997, no desvirtúa lo dicho, pues no es efecto de aquella especial naturaleza alterar lo pactado, que tampoco puede equipararse al supuesto del art. 93-2.º del Código Civil.

Por lo que se refiere al apdo. B) sobre la deducción del IRPF en la participación de la Sra. Francisca en emolumentos del Sr. Salvador, ya la sentencia de primera instancia declaró que "la actora no ha acreditado en debida forma que dichas liquidaciones se realizaran indebidamente", y la Audiencia insiste en que la esposa "en ninguna de las liquidaciones mostró disconformidad con el modo de practicar las deducciones fiscales pactadas, sin que se aporte en fase declarativa prueba convincente de la existencia de error en las liquidaciones, conceptuación y cualificación del mismo". Ha de recordarse, en este punto, que en casación han de mantenerse las apreciaciones probatorias formuladas por el Tribunal *a quo* (SS de 28 de mayo de 2002, 24 de febrero y 12 de marzo de 2003, con cita de anteriores), y asimismo que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia cuyo criterio ha de prevalecer a menos que se demuestre ser ilógica o contraria a Derecho (SS de 13 de diciembre de 1999, 30 de enero de 2002 y 29 de abril de 2003, entre otras), lo que en absoluto acontece en el caso, pues la Audiencia examinó detalladamente la cuestión, cuya complejidad pone de manifiesto su referencia al informe obrante en autos y extrajo las lógicas consecuencias.

En el apdo. C), relativo a la cuota sobre los ingresos cobrados directamente por el Sr. Salvador (ejercicio 1992), se tiene que es una reiteración de lo alegado al oponerse a la estimación de la excepción de litispendencia y, por tanto, ya se ha tratado en el primer Fundamento de esta sentencia y no precisa nueva argumentación. Decae, por todo ello, el motivo.

2. *Al no constar acreditado en autos el último domicilio común —ya que no puede atenderse exclusivamente al dato del empadronamiento—, se declara la competencia del juzgado de residencia del menor, en el que también tuvo su domicilio el demandado, para conocer de la demanda de reclamación de guarda y custodia y alimentos.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 11 de junio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Nuria, vecina de Alzira, interpuso demanda de juicio verbal contra Don Hugo, vecino de Tarancón, en cuyo escrito se postulaba: 1) Que se

decretara que la guarda y custodia del menor, Jorge, la ostenta la madre y demandante. 2) Que se reconozca a favor del padre, demandado, un régimen de visitas que se señalaba. 3) Se fijara en concepto de pensión por alimentos al menor la cantidad de doscientos doce euros mensuales. 4) En concepto de pensión compensatoria por desequilibrio económico el Sr. Hugo satisfará ciento ochenta euros mensuales, adecuándose tal suma al Índice de Precios al Consumo. 5) El padre satisfará el cincuenta por ciento de los gastos extraordinarios que comporte el mantenimiento del menor.

- Por auto de 14 de mayo de 2002 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alzira se admitió a trámite la demanda y se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal y a la parte demandada y se ordenó llevar a efecto su emplazamiento, compareciendo por escrito de 5 de junio de 2002, pidiendo se le tuviera por personado, compareciendo el demandado y presentado el 1 de octubre de 2002, propuso declinatoria por falta de competencia territorial, señalando que el último domicilio ha estado en Alzira.
- El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alzira dictó auto en fecha de 31 de octubre de 2002 estimando la cuestión de competencia territorial por declinatoria y declaró la incompetencia territorial de dicho Juzgado para el conocimiento del juicio verbal planteado, inhibiéndose del conocimiento del mismo en favor del Juzgado de igual clase de Tarancón, remitiéndole los autos con emplazamiento de las partes. Habiendo comparecido ante el Juzgado de Tarancón el 19 de noviembre de 2002 la demandante y al día siguiente el demandado, quien contestó la demanda, oponiéndose a la misma y postulando la guarda y custodia al padre y estableciendo que el régimen de alimentos corresponde a ambos progenitores, recayendo auto del Juzgado de Tarancón de 26 de noviembre de 2002 que acordó devolver las actuaciones al Juzgado remitente.
- Dicha resolución fue apelada por la representación y defensa de don Hugo e impugnado de adverso, recayendo auto de la Audiencia Provincial de Cuenca de 3 de abril de 2003, que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto, sólo en el sentido de remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo para que decida cuál es el Juzgado competente en el asunto y con emplazamiento de las partes por diez días.
- El Tribunal Supremo declaró que la competencia correspondía al juzgado de Alzira.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Ha de partirse necesariamente para decidir la cuestión de competencia planteada por declinatoria del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alzira y la Audiencia Provincial de Cuenca, por apelación del auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de

Tarancón, de los hechos que constan acreditados en las actuaciones y así el propio Juzgado de Alzira reconoce paladinamente que no ha de atenderse a las consecuencias derivadas del domicilio exclusivamente al empadronamiento y, por otra parte, ambas resoluciones reconocen que la actora y su hijo estuvieron empadronados en Tarancón desde el 22 de septiembre de 2000, hasta el 10 de mayo de 2001, fecha en que se dieron de baja para trasladar su domicilio a Alzira.

Tratándose de un proceso que versa exclusivamente sobre guarda y custodia de un hijo menor y de alimentos reclamados por un progenitor contra el otro y, conforme a lo dispuesto en el art. 769,3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la competencia se atribuye al Juzgado de Primera Instancia del último domicilio común y al no constar éste acreditado en autos y residiendo los progenitores en diferentes partidos judiciales, es Tribunal Competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o residencia del menor y así, habiendo elegido la actora esta segunda posibilidad brindada por la Ley, lo que, por otra parte, también fue domicilio del demandado, con independencia de su empadronamiento, debe reputarse competente el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alzira.

3. *Competencia jurisdiccional de los tribunales españoles para conocer de una acción de división de comunidad de bienes existente entre dos personas de nacionalidad extranjera cuyo matrimonio y divorcio no ha sido reconocido en España, habida cuenta de que no resultan de aplicación las normas competenciales relativas a los efectos del matrimonio, sino a las que contemplan supuestos meramente patrimoniales.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª Sentencia de 11 de junio de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez Calcerrada-Gómez.

ANÁLISIS DEL CASO

- Que D.ª Fátima y D. Felipe contrajeron matrimonio civil en el estado de Nueva York el 29 de julio de 1977, obteniendo Sentencia de divorcio el 10 de agosto de 1982.
- Que dichos matrimonio y divorcio no fueron reconocidos legalmente en España.
- D. Felipe adquirió "constante matrimonio" en instrumentos públicos de compraventa de fecha 4 de enero de 1980, en los que se dice casado con la actora, D.ª Fátima, dos inmuebles (local comercial y vivienda ubicados en el edificio Virgen del Camino, en la calle de su mismo nombre en esta villa

de Muros), los cuales fueron inscritos en el Registro de la propiedad con el carácter de presuntivamente gananciales, presunción que no destruyó el demandado en ningún momento ulterior mediante la correspondiente rectificación de error.

- En documento privado suscrito por ambos contendientes en Muros el día 28 de julio de 1986, en el que la Sra. Alejandra reconoce de D.ª Fátima como dueña por mitad y proindiviso del terreno y edificio de bajo y tres plantas construido sobre el mismo, al haber sido adquirido y edificado constante matrimonio y con dinero procedente de las ganancias de ambos. En 15 de julio de 1986, otorga un poder notarial en la Ciudad de Santiago de Compostela, en el que el Notario da fe de que a su juicio tiene capacidad legal suficiente para realizar tal otorgamiento.
- D.ª Fatima interpuso demanda de menor cuantía contra D. Felipe, llamado a juicio en la persona de su tutora D.ª Alejandra, solicitando se dicte sentencia por la que se eleve a público un documento privado de fecha 28 de julio de 1986 y que se proceda a la declaración y división de la comunidad de bienes existente entre demandante y demandado con la condena de este último a estar y pasar por tales declaraciones y a que verifique su cumplimiento.
- 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: a) Estimando las excepciones alegadas, entre ellas, la excepción de incompetencia de jurisdicción por entender que la contienda versa sobre cuestiones patrimoniales derivadas de un matrimonio celebrado por extranjeros en país extranjero, al amparo del art. 22-3 de la LOPJ, se proceda a la desestimación de la demanda rectora de los presentes autos, sin entrar en el fondo del asunto e imponiendo las costas a la actora. b) Como subsidiaria de la anterior y para el supuesto de no prosperar las excepciones alegadas, se desestimen íntegramente las pretensiones contenidas en el escrito de demanda, con expresa imposición de costas a la actora.
- El Juzgado de 1.ª Instancia de Muros dictó sentencia el 15 de mayo de 1995 estimando la demanda y declarando: 1.º) La validez y eficacia en Derecho del contrato de reconocimiento de copropiedad otorgado entre la demandante y D. Felipe en Muros el día 28 de julio de 1986, procediendo su elevación a escritura pública. 2.º) Que las fincas descritas en los hechos segundo y tercero de la demanda rectora pertenecen por partes iguales, en comunidad y proindiviso a demandante y demandado. 3.º) Que procede la división de dichas fincas entre demandante y demandado, lo que habrá de efectuarse por las reglas establecidas para la división de cosa común. 4.º) Que el demandado habrá de rendir cuentas de las rentas por él percibidas

por los alquileres de las fincas dichas, en todo o en parte, de las que pertenece a la demandante la mitad líquida de las mismas. En consecuencia se condena a D. Felipe, a que pasando por el contenido de las anteriores declaraciones se avenga a darles cumplimiento y concurra a la Notaría del Distrito a elevar a público el contrato contenido en el documento privado de 28 de julio de 1986, bajo apercibimiento de que de no hacerlo en el plazo de ocho días a contar desde la firmeza de la presente resolución, se otorgaría de oficio y a su costa, que dicho demandado proceda con la actora a realizar ellos por sí o por árbitros, la división de las fincas y liquidación de las rentas, en el plazo de un mes, con el apercibimiento de que de no avenirse a ello se procederá a llevarlo a efecto judicialmente por las reglas concernientes a la división de la herencia; y a que entregue a la actora la mitad que a ella se adjudique en la partición que se efectúe de las fincas dichas y de las rentas percibidas; y todo ello con expresa imposición de costas."

- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de A Coruña dictó sentencia el 5 de marzo de 1997 estimando el recurso interpuesto por D. Felipe, revocando la sentencia de instancia y estimando la excepción de falta de jurisdicción opuesta, y sin entrar a resolver el fondo del asunto, debemos absolver y absolvemos al demandado de la demanda contra el mismo formulada, imponiendo a la parte actora las costas del juicio y sin hacer especial imposición sobre las costas de esta alzada.
- D.ª Fátima interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien declaró la competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda interpuesta, y entrando en el fondo, confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Audiencia Provincial razona en su FJ 2.º, la apreciación de incompetencia en virtud de lo dispuesto en el art. 22-3.º LOPJ, al tratarse de los interesados de extranjeros, y su matrimonio celebrado en el extranjero, si bien, al no reconocerse legalmente en España ha de asimilarse a la "unión de hecho", y por tanto tratarse con una normativa semejante, por lo que, en todo caso, la competencia radicaría en el Tribunal de EE.UU.

En el primer motivo del recurso, se denuncia al amparo del art. 1692.1 LEC, por defecto en el ejercicio de la jurisdicción al haberse declarado en la Sentencia recurrida la falta de jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles. El artículo 22.1 de la LOPJ establece en el orden civil, la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles: "Con carácter exclusivo, en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España, en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas". El artículo 22.2 establece la competencia "Con carácter general (...) cuando el demandado tenga su domicilio en España"; razonando que, el carácter exclusivo que el art. 22.1 de la LOPJ, otorga a la materia que enumera

implica que el legislador considera inaceptable que un Tribunal extranjero pueda conocer de dichos supuestos. Esto supone también que aunque un Tribunal extranjero llegase a conocer de esta materia, nunca se podría llevar a cabo la ejecución de aquella resolución, y que, la concurrencia o relación alternativa entre foros especiales por razón de la materia establecidos en el art. 22 (entre los del párrafo 1.º respecto a los de los párrafos 3.º, 4.º o 5.º) de la LOPJ es impracticable. La razón es que los foros, precisamente se excluyen entre sí, porque cada uno regula una materia particular de manera que es imposible que dos foros sean llamados a determinar la competencia judicial internacional en una misma materia.

El problema que se nos plantea en el caso que nos ocupa es a qué materia pertenece la acción que se ejercita, cómo calificar el foro, como materia incluida en el texto del párrafo 1.º, o del párrafo 3.º (relaciones patrimoniales entre cónyuges), alternativa esta última por la que opta el Tribunal de la Audiencia de La Coruña, y que, con la anterior elección hay que conjugar la aplicación del párrafo 2.º del art. 22 del mismo cuerpo legal. En el encabezamiento de la demanda —continúa el Motivo— se hace por la parte actora una tipificación de la demanda y se dice "versa la acción ejercitada sobre declaración de propiedad, división de cosa común y otros extremos". La cuestión es que aquel matrimonio que el demandado hizo valer en España no existía desde el punto de vista normativo porque nunca fue reconocido por nuestra legislación. Si nunca existió, no se pueden encuadrar las relaciones patrimoniales derivadas de las relaciones entre actora y demandado como pertenecientes al ámbito del matrimonio. La sentencia recurrida hace una equiparación en este sentido no ajustada a Derecho al decir que "se viene a pedir la liquidación de unos bienes que fueron adquiridos durante un matrimonio (o unión similar), lo que indudablemente constituyen las relaciones patrimoniales de un matrimonio" (FJ 1.º).

No es cierto —se continúa en el Motivo— que la petición sea de unos bienes adquiridos durante matrimonio. Confunden los Juzgadores las afirmaciones que se hacen en el contenido fáctico de la demanda con el *petitum,* porque, cuando se dice en los hechos que las adquisiciones de los bienes inmuebles se hicieron constante matrimonio, se están reflejando dos realidades: una es la existencia del matrimonio como tal en EE.UU., que es apoyo o germen de la convivencia *more uxorio* en España y otra realidad reflejada es la que aparece en los documentos de adquisición otorgados en este país (hecho segundo párrafo segundo "en la misma fecha ante el mismo notario y de la misma entidad adquirió el demandado, diciéndose asimismo casado"). Que no es lo mismo un matrimonio que una unión similar, y las relaciones patrimoniales que se derivan de una unión de hecho no son ni constituyen relaciones patrimoniales de un matrimonio, ni desde el punto de vista legal, ni desde una óptica jurisprudencial, que admite en caso de uniones de hecho y cuando se acredite la existencia de *afectio societatis* la aplicación de las normas de la comunidad de bienes (S de 24 de noviembre de 1994 entre otras). Estaríamos, pues, ante cuestiones patrimoniales o lo que es lo mismo ante materia de derechos reales de inmuebles sitos en España, que es un foro de competencia exclusiva de los Tribunales españoles. Y, por último, se agrega que, la disposición contenida en el art. 62.3 de la LEC, atribuye la competencia de los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles al Juez del lugar en que se encuentre la cosa litigiosa. No cabe lugar a duda de que al estar situados los bienes sobre los que se discute la propiedad en el territorio del partido judicial de Muros, la competencia de la Juzgadora de Primera Instancia es correcta.

En el Motivo, pues, se discrepa de esa incompetencia, ya que, en razón al *petitum* de la acción que deviene relevante —según lo transcrito— y, en armonía con que en el propio encabezamiento de la demanda se di-

ce que "versa la acción ejercitada sobre declaración de propiedad división de cosa común y otros extremos", es claro que inexiste esa conexión con los efectos económicos de un matrimonio, por lo demás, no reconocido en España, por lo que, huelga esa equiparación a lo que es una unión de hecho, y, por tanto es aplicable el art. 22-1 y 2; el Motivo, por tanto, se acoge, porque, en efecto, el *petitum* es esclarecedor de que la materia litigiosa tiene un indiscutible contenido patrimonial como se deriva de la existencia de una comunidad civil entre los interesados, cuya división se postula, así como la correspondiente rendición de cuentas, aparte del cumplimiento de lo pactado en el contrato de 28 de julio de 1986 entre los interesados, de evidente, asimismo, contenido patrimonial, al referirse al reconocimiento de titularidades dominicales sobre los objetos reseñados, todo lo que aparta por completo el engarce o subsanación de la materia litigiosa, con el instituto del matrimonio y, con independencia de que, en origen, cuando acontecen esas adquisiciones de bienes, los interesados estuvieran unidos por un vínculo consorcial, por lo demás, no reconocido legalmente en nuestro país, por lo que no es posible que, en ese concreto particular, quepa la extensión en la institución matrimonial a que se refiere el citado art. 22-3, —en su calificación legal en España— emparejamiento *de facto* de los contendientes. La aplicación, pues, del art. 22 en sus párrafos 1 y 2 (y no el aplicado erróneamente núm. 3, se insiste, que contempla relaciones derivadas del matrimonio) fundamenta la competencia que deviene indiscutible, y por ello, habiendo de descalificar la incompetencia declarada y, actuando a tenor del art. 1715 LEC extinta, procede examinar el fondo del litigio, por lo que, asumiendo este Tribunal la competencia rechazada en la instancia, considera correcta la argumentación sobre la materia que efectuó el Juzgado de instancia, ya que, la procedencia de la acción en lo atinente a su respectivo postulado, proviene del contenido de aquel pacto de 28 de julio de 1986, sin que, por último, sea atendible la carencia de su capacidad que sostiene el propio demandado, porque, es claro que, al no existir la declaración judicial *ad hoc* (ineludible según el art. 199 CC, para sostener cualquier suerte restrictiva de la capacidad de una persona) su capacidad se presume completa, según se razona en el FJ 4.º de la Sentencia del Juzgado.

VI. MENORES

1. *Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del menor ya que las entrevistas que se le realizan al mismo y que posteriormente se difunden por televisión, se hacen en presencia y con consentimiento de la madre, representante legal del menor.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

ANÁLISIS DEL CASO

- El Fiscal de menores, en representación del menor Jorge, interpuso demanda de juicio de protección a la intimidad personal y familiar y a la propia

imagen, contra la Sociedad Mercantil "G., S.A.", D. Pedro, D. Julián, y D. Valerio, y alegando los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dicte sentencia por la que se declare que la sociedad de televisión privada "G., S.A.", la persona o personas responsables del programa "Misterios sin resolver", D. Valerio director de "G., S.A.", D. Pedro, como director del mismo, así como a D. Julián, han llevado a cabo una intromisión ilegítima en la imagen e intimidad del menor Jorge, condenando a la citada sociedad y a la persona o personas responsables a dar publicidad a la sentencia condenatoria que se pretende, en el mismo programa y en las mismas condiciones en que se llevó a cabo la intromisión ilegítima. Así como a que indemnicen al menor Jorge a la suma de ocho millones de pesetas por perjuicios causados.

- La sociedad de televisión privada G., S.A., D. Valerio, D. Julián y D. Pedro, contestaron a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y alegando la excepción de falta de legitimación pasiva de "Periódico A.", terminó suplicando al Juzgado dicte en su día sentencia en la que: 1.º) Con admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva de D. Valerio, absuelva libremente a éste de cuanto se le exige en la presente litis, con expresa imposición en costas a la parte actora. 2.º) Y respecto de los demás demandados, desestime íntegramente las pretensiones que la demanda formula frente a ellos, por los motivos de fondo que han quedado desarrollados en el cuerpo del presente escrito, condenando igualmente en costas al actor.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Madrid dictó sentencia el 24 de enero de 1953 estimando esencialmente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal en representación del menor Jorge y declarando que en el programa "Misterios sin resolver" emitido el 14 de octubre de 1993 se cometió una intromisión ilegítima en los derechos de la intimidad personal y de la propia imagen del menor Jorge, de las que son responsables de forma solidaria "G., S.A.", D. Valerio, D. Julián y D. Pedro, condenando a dichos demandados a que abonen en concepto de daños y perjuicios al citado menor de forma solidaria la cantidad de 4.000.000 de pesetas cantidad que se ingresará en una cuenta bancaria a nombre del citado menor hasta su mayoría de edad, condenándose igualmente a los demandados a que la sentencia se divulgue en el mismo programa u otro semejante la sentencia una vez firme la misma. Todo ello con imposición de las costas a los demandados.
- En grado de apelación, la Sec. 8.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 23 de mayo de 1997 estimando en parte el recurso en el sentido de absolver de la demanda a D. Valerio.

- La sociedad de televisión privada "G., S.A." y D. Pedro interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en el sentido de desestimar íntegramente la demanda inicial presentada por el Fiscal de Menores.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se ha ejercitado la acción de protección a los derechos de intimidad e imagen reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Española y regulados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La demanda la ha interpuesto el Ministerio Fiscal en defensa del menor de edad Jorge, por un programa emitido por televisión y la ha dirigido contra el presentador del mismo D. Julián, el director del programa titulado "Misterios sin resolver" D. Pedro y contra la sociedad titular del canal de televisión "G., S.A.".

Los hechos se reducen a una entrevista al menor de 14 de años de edad, cuyo entrevistador no aparece, en el "Hospital D." de Madrid, donde se halla en la cama y cuenta cómo fue agredido por otros jóvenes, que le golpearon y le asestaron varios navajazos, de cuyas heridas se restablece en dicho Hospital; cuenta también que su madre le pegaba con la mano y que se marchó de casa y fue llevado a un centro de menores; a continuación, el mencionado presentador entrevista a la madre, que manifiesta que su hijo es muy agresivo, que un familiar la indujo a actuar contra la madre, que la denunció por malos tratos, que se escapaba e iba por la calle vendiendo pañuelos y que se junta con malos amigos. La sentencia objeto del recurso de casación, de la Audiencia Provincial, Sección 8.ª, de Madrid, de 23 de mayo de 1997, estimó la demanda y condenó a los tres codemandados (absolvió a un cuarto, director de la cadena de televisión, revocando en este extremo la dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia) al abono de cuatro millones de pesetas y a la divulgación de la sentencia. La idea esencial de ésta se resume en una conclusión que expone tras la explicación de los hechos y que es del siguiente tenor literal: "...serie de datos pertenecen a la esfera familiar y privada y las tensiones entre el niño y la familia y sus consecuencias han sido dadas a la publicidad, con un resultado evidentemente negativo para él, cuya imagen en la pantalla queda asociada a este conjunto de circunstancias influyentes desfavorablemente en quien está afectado por las mismas, cuya notoriedad y publicación por la cadena televisiva necesariamente agrava el mal, por lo que se incurre en las conductas previstas en el artículo 7-3-5 de la Ley Orgánica 1/1982".

Frente a esta sentencia han interpuesto sendos recursos de casación, tanto la sociedad y el director del programa, en un único motivo, como el presentador del mismo, en cuatro motivos.

Se presenta una vez más, en el presente caso, la colisión del derecho a la información, que proclama como derecho fundamental, el artículo 20.1 d) de la Constitución Española y los derechos a la intimidad y a la imagen, derechos de la personalidad que los recoge también como fundamentales el artículo 18 de la misma. La libertad de información, como la de expresión, es uno de los pilares del sistema democrático, básico para que éste se mantenga; lo cual se ha dicho innumerables veces en sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional; se considera como un indiscutible punto de partida en los frecuentes temas de la aludida colisión; se parte por ello de que tiene una posición prevalente, que no preferente, sobre los demás derechos, que no son absolutos, co-

mo no lo es ningún derecho y como tampoco es absoluta aquella libertad. A su vez, el derecho de la intimidad es expresión de la dignidad del ser humano y alcanza el círculo íntimo que tiene cada persona de sí mismo y de su familia; concepto un tanto etéreo, pues no es posible precisar con detalle el contenido del "círculo íntimo". El derecho a la imagen tiene un concepto más exacto al referirse a la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible y comprender el aspecto negativo, de impedir su reproducción y el positivo de disponer del mismo. La relación entre aquella libertad —o derecho— de información y estos derechos de intimidad e imagen, por más que haya una abundante doctrina jurisprudencial, no puede tratarse dogmáticamente ni puede fijarse *a priori.* Es imprescindible ir al casuismo y contemplar el caso concreto, a conciencia de que no hay dos casos iguales. Por tanto, no pueden hacerse aquí generalizaciones sobre reportajes en que aparecen menores de edad y dar conceptos abstractos sobre si atenta a su intimidad y a su imagen; se debe analizar este caso, ver el contenido, su alcance y comprobar si queda bajo la libertad de información, una vez bien delimitado el derecho a la intimidad y ver el consentimiento del menor y de su madre, indudable y claramente expresado, para aquel contenido de la intimidad y la aparición en televisión de la imagen. Cuya intimidad e imagen se presentan aquí confundidos y unidos inseparablemente, pues los datos que pueden ser del círculo íntimo, se expresan al tiempo de aparición de la imagen del menor. También en la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2002, en un caso bien distinto, se entremezclaban los derechos de intimidad e imagen.

En cuanto al contenido, debe partirse del evidente interés público de los hechos expuestos, no sólo relativos a la persona del menor y a la angustia de la madre, sino también referentes a la vida de menores, en general, en situación de precariedad económica, familiar y social y a la relación con el centro de menores, donde se hallaba cuando, al salir con unos compañeros, sufrió la agresión. Con la noticia de interés público, que se explica en la doble entrevista, quedan inmersos unos aspectos de la vida del menor, que antes se han detallado: los cuales, estima esta Sala, no atentan a la intimidad del menor; es decir, el contenido de la doble entrevista no alcanza a ser considerada una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad; entender otra cosa significaría dar un sentido amplísimo al concepto de "círculo íntimo".

Lo anterior debe relacionarse con el consentimiento que alcanza a lo manifestado en la entrevista relativo a la supuesta intimidad y a la imagen. Tanto lo que se dice, como la imagen que aparece, se hace en presencia y con consentimiento de la madre, representante legal del menor; es cierto que debería haber otorgado el consentimiento por escrito y haberlo puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal, tal como obliga el artículo 3.2 de la Ley de Protección del derecho al honor, intimidad e imagen, cuyo incumplimiento le afecta a ella, no a los demandados. Además, a mayor abundamiento, el artículo 3.1 dispone que el consentimiento lo preste el menor si sus condiciones de madurez lo permiten, lo que coincide con el artículo 162, segundo párrafo, 1.º, del Código Civil. No está claro si reunía las condiciones de madurez: la sentencia de instancia dice que "sufría un ligero retraso mental" pero no especifica y lo cierto es que ni estaba incapacitado ni el retraso era notorio; la sentencia de instancia deduce —no lo declara como hecho probado— que "no había tal madurez" de la situación de limitación por haber recibido dos días antes cinco puñaladas, pero tal deducción no puede aceptarse, partiendo de que se presume una capacidad normal, mientras no se acredite una incapacidad, y el joven de 14 años, de una vida —como el mismo relata— desgraciada y agitada, no permite negar unas claras condiciones de madurez, para consentir una entrevista por televisión.

De lo expuesto hasta ahora se desprende que deben ser estimados ambos recursos de

casación, pues en los dos se mantiene la prevalencia del derecho de información, la falta de intromisión ilegítima en la intimidad del menor y el consentimiento en la divulgación de hechos personales y de la aparición de la imagen del menor en la televisión. Todo ello es cierto y así se declara. El recurso que ha interpuesto "G., S.A." y D. Pedro tiene un único motivo, que se estima, pues se considera que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido el artículo 20.1.d) de la Constitución Española, relativo al derecho de información y los artículos 2.2 y 3.1 de la ley de protección civil del derecho al honor, intimidad e imagen, relativo al consentimiento, tal como se ha expuesto. Lo cual coincide con el motivo primero del recurso interpuesto por D. Julián, que alega la infracción del artículo 20 de la Constitución Española, que ciertamente y como se ha dicho, sí se ha producido: por lo cual debe estimarse este motivo, careciendo de interés entrar en el análisis de los restantes. Al ser estimados motivos de infracción comprendidos en el ordinal 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal como dice el artículo 1715.1.3 de la misma ley, la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate. Es evidente, tras lo que se ha expuesto, que la resolución no puede ser otra que la desestimación de la demanda que ha interpuesto el Ministerio Fiscal.

2. *La atribución de la guarda y custodia a la madre no supone infracción del art. 14 de la Constitución no solamente porque falta el necesario juicio de comparación con otras situaciones idénticas sino porque el artículo 92 del Código Civil es norma que habilita al Juez para, en función de la situación de hecho que resulte probada, decidir sobre la atribución de la guarda y cuidado al progenitor que se encuentre en mejor situación para cumplir con el deber propio de la patria potestad.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de junio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Irene interpuso demanda de menor cuantía contra Don Julián en la que solicitaba que se dictara sentencia en la que se dispusiera la atribución a Doña Irene de la guarda y custodia de la niña Fátima sin perjuicio de que la patria potestad siga siendo compartida por ambos progenitores y estableciendo en favor del padre un régimen de visitas.
- Admitida a trámite la demanda el demandado contestó alegando como hechos y fundamentos de Derecho los que estimó oportunos y terminó supli-

cando al Juzgado se dictara sentencia desestimando la demanda y concediendo la guarda y custodia de la niña Fátima a su padre. El Ministerio Fiscal suplicó al Juzgado se dictara sentencia desestimando la demanda y absolviendo al demandado, en tanto no se probaran los hechos alegados.

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Sevilla dictó sentencia el 6 de julio de 1998, estimando la demanda y declarando como pronunciamientos consecuentes a la crisis y ruptura de la relación estable extramatrimonial que demandante y demandado sostenían, los siguientes: a) El cese efectivo de la convivencia entre ambos y por tanto la separación de hecho entre los mismos con efectos ello en relación a la escasa normativa que contempla la realidad de las parejas *more uxorio.* b) La disolución de la comunidad de bienes que pudieran constituir, revocando los poderes expresos o tácitos que pudieran tener en cuanto a la administración de los bienes en común de la pareja. c) La hija habida de la relación quedará bajo la guarda y custodia de la madre que compartirá con el padre la patria potestad. d) El padre podrá visitar y permanecer con su hija los martes y jueves. Asimismo el padre podrá tener consigo a la hija durante los fines de semanas alternos desde las 10,00 horas del sábado a las 20,00 horas del domingo, la mitad de las vacaciones de verano (meses de julio y agosto), Navidad, Feria y Semana Santa, correspondiendo la elección dentro de dichos períodos, en los años pares a la madre y en los impares al padre. Por último no cabe imponer las costas del juicio a ninguna de las partes litigantes."
- En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Sevilla dictó sentencia con fecha 8 de julio de 2000 desestimando el recurso interpuesto por D. Julián.
- D. Julián interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado los motivos de estricta técnica casacional, el objeto del recurso se centra en la infracción del artículo 14 de la Constitución Española, en concreto prohíbe las discriminaciones por razón de sexo y, asimismo, la infracción del artículo 92 del Código Civil.

Señala el Tribunal Supremo que en este punto debe compartirse el criterio del Ministerio Fiscal que rechaza el motivo porque no solamente falta el necesario juicio de comparación con otras situaciones idénticas sino porque el artículo 92 del Código Civil, citado sin expresión del párrafo pertinente, es norma que habilita al Juez para, en función de la situación de hecho que resulte probada, decidir sobre la atribución de la guarda y cuidado al progenitor que se encuentre en mejor situación para cumplir con el deber propio de la patria potestad respecto de los hijos, arbitrio judicial no revisable en casación salvo que aparezca manifiestamente carente de fundamento, o se muestre como absurdo e ilógico, extremos sobre los

que el recurso no ha razonado convincentemente.

La sentencia de instancia que se impugna razona, sin embargo, acerca del resultado de la prueba practicada especialmente del contenido del informe emitido por el Dr. M. y de la prueba testifical, deduciendo que la niña tiene un desarrollo y evolución normales y que la madre se ha ocupado siempre de ella con el cuidado y diligencias exigibles. Entiende, finalmente, que la niña a quien necesita a su lado es a su madre debido su corta edad, sin perjuicio de que se fije un amplio marco de visitas, estancias y comunicaciones para mantener habituales relaciones con su padre y sus abuelos. En definitiva, el motivo perece.

3. *Vulneración del derecho a la intimidad de una menor por la publicación en una revista de un reportaje que divulga datos relativos a su salud y que contienen constantes alusiones a su vida privada y familiar, difundiendo que ha sido portadora de anticuerpos del SIDA.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª Sentencia de 27 de junio de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

ANÁLISIS DEL CASO

- El Ministerio Fiscal interpuso demanda incidental respecto a la menor Cecilia, en la que, tras exponer Hechos y Fundamentos de Derecho, suplicó que dicte sentencia por la que se declara que la Sociedad S., D. Iván, D. Jesús Miguel, D. Carlos y D. Blas, padre de la menor que relata las circunstancias de su hija, han llevado a cabo una intromisión ilegítima en la intimidad y han utilizado, también ilegítimamente, la imagen de la menor Cecilia, condenando a la sociedad y personas citadas, solidariamente, a dar publicidad a la sentencia condenatoria que se pretende, a su costa, en la revista donde se llevó a cabo la intromisión ilegítima con la misma amplitud con que se produjo ésta. Asimismo, deberán indemnizar solidariamente a la menor Cecilia, en la suma de diez millones de pesetas como resarcimiento de los perjuicios causados, cantidad esta que será administrada, en interés del desarrollo personal y social de la menor, por la administración judicial que se designe por el Juzgado, y siempre en las condiciones que establece el art. 167 del Código Civil.
- Los demandados, entidad S. y don Iván, se personaron en el pleito y contestaron a la demanda para oponerse a la misma con las alegaciones fácticas y jurídicas que aportaron y terminaron por suplicar: “Dictar en su día senten-

cia, por la que se rechace la pretensión ejercitada por el Ministerio Público, declarando la libre absolución de mis representados, con los demás pronunciamientos inherentes".

- El codemandado don Jesús Miguel llevó a cabo personamiento en las actuaciones y contestación opositora a la demanda, en la que vino a suplicar: "Dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda y se declare, en consecuencia, no haber lugar a declarar ilegítima la actuación de mi representado declarando según el pedimento que se solicita, y en definitiva absuelva a mi representado de la responsabilidad que se le imputa, con expresa imposición de costas según ley".
- El también demandado don Carlos se personó en el proceso y no llevó a cabo contestación a la demanda.
- Por providencia de 6 de abril de 1995 fue declarado rebelde procesal don Blas.
- La Comunidad de Madrid se personó en el pleito como parte coadyuvante para suplicar: "Se dicte en su día sentencia que estime lo solicitado por el Ministerio Fiscal".
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 61 de Madrid dictó sentencia el 14 de febrero de 1996 estimando la demanda declarando que los codemandados han llevado a cabo una intromisión ilegítima en la intimidad y han utilizado, también ilegítimamente la imagen de la menor Cecilia, al tiempo que debo condenar y condeno a los codemandados a que, solidariamente, den publicidad a la presente sentencia, a su costa, en la revista S. sin que dicha publicación pueda ir acompañada de la publicación de imágenes de la menor Cecilia. Asimismo, deberán indemnizar solidariamente a la menor Cecilia en la suma de 10.000.000 de pesetas, si bien los codemandados D. Carlos, D. Jesus Miguel y D. Blas, sólo vendrán obligados solidariamente con los otros dos codemandados, la entidad mercantil S. y D. Iván hasta la cantidad de 8.000.000 de pesetas. La cantidad a que vienen condenados los codemandados deberá ser consignada en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado y, en trámite de ejecución de Sentencia, será entregada al Administrador Judicial que se nombre al efecto para que la administre en interés del desarrollo personal y social de la menor, siempre en las condiciones que establece el artículo 167 del Código Civil. Procede imponer las costas causadas en este procedimiento a todos los codemandados."
- En grado de apelación, la Sec. 19.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 7 de julio de 1997 estimando parcialmente los recursos de apelación.
- Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por las respectivas representaciones procesales de la entidad S. y de Don Iván, de Don Carlos y la de Don Jesus Miguel, revocando parcialmente dicha sentencia, y desestimando la demanda en cuanto postula condena para los aho-

ra apelantes y para Don Blas por intromisión ilegítima en la intimidad de la menor Cecilia, procediendo absolver a dichos demandados de tal pedimento, y confirmar como confirmamos dicha sentencia en cuanto condena a dichos demandados por utilización ilegítima de la imagen de la referida menor, condenando a dichos demandados a indemnizar con carácter solidario a la menor Cecilia en la suma de un millón de pesetas, cantidad a entregar una vez firme esta sentencia al Administrador Judicial que se nombre al efecto para que la administre en interés del desarrollo personal y social de la referida menor, en las condiciones que establece el art. 167 del Código Civil, todo ello sin haber lugar a los demás pedimentos de la demanda, y sin hacer expresa imposición de las costas de la primera instancia, así como tampoco de las de esta alzada.

- El Ministerio Fiscal formalizó recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia del Juez de la Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados por llevar a cabo actuaciones representativas de intromisión ilegítima en la intimidad y, a su vez, por haber utilizado y publicado ilegalmente imágenes de la menor Cecilia, por la que actúa el Ministerio Fiscal, al estar tutelada por el Instituto Madrileño de Atención a la Infancia de la Comunidad de Madrid.

En el motivo único se denuncia infracción del artículo 7 números 3.º, 4.º y 5.º de la Ley Orgánica de 1/1982 de 5 de mayo y doctrina jurisprudencial para combatir la sentencia de apelación, toda vez que, al revocar en parte la del Juzgado, decretó la absolución por la intromisión ilegítima en la intimidad de la menor de referencia y mantuvo la condena por la utilización ilegal de su imagen, rebajando de diez millones de pesetas a un millón de pesetas la indemnización solidaria que establece.

Interesa el Ministerio Público la casación y por ello la anulación de la sentencia que recurre en cuanto a que, si bien ha existido utilización ilegítima de la imagen de la menor al insertar fotografías suyas, carentes de todo consentimiento en los reportajes publicados por la revista S. (número 2851, de fecha 5 de octubre de 1994 y número 2856, de 9 de noviembre de dicho año) y así lo declaró la sentencia de apelación, también se han producido actuaciones imputables a los demandados constitutivas de intromisión en la intimidad de la pequeña Cecilia, que han de calificarse como ilegítimas.

El Tribunal de Apelación basó la resolución decretada en que otras publicaciones ya habían difundido que la niña era portadora de anticuerpos del SIDA y los reportajes publicados por S. no eran sino continuación de los precedentes y precisamente para neutralizar sus efectos negativos, cual si se tratara de una rectificación, pues en el reportaje que publicó la Revista y que contenía las declaraciones en exclusiva del codemandado don Blas —padre de la menor— explica que se negativizó los anticuerpos, apoyándose en un informe médico de la doctora que cita, la que había asistido a la niña y no prestó autorización alguna al respecto.

No es de recibo casacional la eficacia del pretendido derecho de neutralización y de rectificación de publicaciones ajenas que establece la sentencia recurrida, pues a lo que ha de atenderse es a la divulgación que efectivamente llevó a cabo la revista S. y concurre en el caso de autos, ya que también publicó reportaje consistente en una entrevista con la madre (fallecida) en el número 2851 (octubre de 1994), y que sirvió para difundir y propagar en recuadro bien visible, que Cecilia, tras unos análisis, resultó era portadora del virus del SIDA y hubo de permanecer en la incubadora.

Ha de atenderse a lo que se deja dicho y concierne a la salud de la niña y actúa como la noticia estrella de los reportajes, así como las divulgaciones por S. que se declaran probadas, consistentes en constante alusión a la vida privada y familiar de la menor, con reproducción reiterada de su imagen y tales como las manifestaciones del padre de que debió de ser dada en adopción, a su estancia en un centro de menores, su tutela por la Comisión de Tutela del Menor del Instituto Madrileño de Atención a la Infancia, dependiente de la Comunidad de Madrid y otras.

Evidentemente se ha utilizado la intimidad de Cecilia en los números referidos de S. con afanes divulgatorios y fines de provecho comercial, sin respetar su vida íntima, con relevante infracción del artículo 18-1 de la Constitución, que si bien no dice en qué consiste la intimidad, indudablemente hay que relacionarla con la dignidad de la persona y derecho a la privacidad, como patrimonio personal y familiar propio, vivencial y existencial.

Se lesiona este derecho a la intimidad cuando, como aquí ocurre, se impone soportar una difusión periodística de datos reales o supuestos de su vida privada (Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1992) que afectan a su reputación, y resultan hasta triviales para el interés público y lo mismo cuando la divulgación es de aspectos de la vida propia, que aquí se maneja de forma arbitraria, abusiva y acomodada al interés morboso de ciertos lectores, indudablemente lesivos para la niña Cecilia, sobre todo por la intensidad de la noticia en lo que podía afectar a su enfermedad (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida), dado el desconocimiento de las gentes, que, en la mayoría de los casos sobre esta enfermedad les resulta difícil de aceptar, al asociarse inmediatamente a conductas licenciosas, por lo que desgraciadamente genera marginación y rechazo, cuando esto no debía ser así, de existir efectiva y activa solidaridad humana.

Se ha de proteger la propia intimidad de todas las personas, otorgando el amparo judicial cuando proceda, y con mayor razón si se trata de la infancia, siempre más desvalida y por ello más vulnerable y que goza del respaldo constitucional (artículo 39-4) e internacional (artículo 25-2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, Declaración de Derechos del Niño de 1959 y Convención sobre los Derechos del Niño de 1989).

La Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, sobre Protección Jurídica del Menor, dedica el artículo 4 al derecho al honor, intimidad y propia imagen, y considera intromisión ilegítima en estos derechos, cuando tiene lugar cualquier utilización de la imagen de menores o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo a su honra o reputación o que sean contrarios a sus intereses, incluso si se cuenta con el consentimiento de sus representantes legales y la intromisión en el derecho a la intimidad que nos apreciamos concurrente resulta así del todo ilegítima, pues tampoco medió consentimiento de la niña, que no podía prestarlo ya que contaba al tiempo de las publicaciones tres años de edad, como tampoco se recabó del centro tutelador, en conformidad al artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982 que exige el control a cargo del Ministerio Fiscal, y con mayor razón, cuando,

como aquí sucede, la información publicada representa un ataque gratuito a los derechos de la menor, presentándose como irrelevante para formar la opinión pública.

Los artículos que el motivo aporta efectivamente han sido infringidos y procede su acogida, lo que impone a esta Sala de Casación Civil resolver el debate casacional asumiendo funciones de instancia y dentro de los términos en los que aparece planteado (artículo 1715-1-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que conduce a la decisión de que la sentencia de apelación ha de ser casada y anulada y en sustitución de lo resuelto en la misma, procede confirmar íntegramente la que pronunció el Juez de la Instancia, sin declaración expresa de las costas de casación ni respecto a las de las dos instancias.

4. *Atribución de la guarda y custodia al padre habida cuenta de que no se justifican los retrasos reiterados en el inicio de la jornada escolar, que han provocado aviso del centro por tener una incidencia negativa en la evolución educacional de la niña, habiéndosela requerido en diferentes ocasiones a la madre para que enmendase esta conducta.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª Sentencia de 9 de julio de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Manuel interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª Gabriela en la que, tras exponer hechos y fundamentos de Derecho, vino a suplicar: "Dictar en su día Sentencia, en virtud de la cual, admitiendo íntegramente la presente Demanda, se establezcan las siguientes medidas: 1. Decretar la Separación de mi Representado y la Demandada, con todos los efectos inherentes a dicha Separación. 2. Condenar a la Demandada a la privación de la Patria Potestad sobre la hija común, Constanza. 3. Atribuir a mi Representado la guarda y custodia de Constanza, estableciendo la obligación de alimentos para el padre, dado que convivirá con ella. 4. Atribuir a mi Representado el uso de la vivienda en que actualmente reside con su hija, sita en Torrejón de Ardoz, debiendo decretarse, consiguientemente, la salida de dicha vivienda de la Demandada. 5. Señalar como Régimen de Comunicación, Estancia y Visitas de la madre a la hija común el siguiente: a) Estar con Constanza dos sábados al mes, alternos, desde la 10'00 horas de la mañana hasta las 20'00 horas de la noche de cada sábado, devolviendo a dicha hora a la niña al hogar paterno. b) Tener a Constanza en su compañía la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y quince (15) días durante las

vacaciones escolares de verano, correspondiendo elegir las fechas de estancia al padre los años pares, y a la madre, los años impares, y siempre en atención al interés y mínimo perjuicio para Constanza. 6. Que se declare, en todo caso, la obligación de la Demandada de cumplir y pasar por dicha declaración judicial. Y todo ello con expresa imposición a la demandada de las costas que se causen en la tramitación de los presentes Autos."

- La demandada doña Gabriela se personó en el pleito y contestó a la demanda a la que se opuso y, al tiempo, formuló reconvención, por todo lo cual suplicó: "En su día dictar sentencia desestimando por completo la demanda, absolviendo de la misma a mi representada, y en su lugar estimar todo cuanto se manifiesta en esta contestación, dictando una sentencia en el sentido de: 1. La hija menor continuará bajo la patria potestad de ambos progenitores quienes la ejercerán en común en beneficio de la menor; tomarán de mutuo acuerdo las decisiones de transcendencia que afecten a la hija. 2. La atribución de la guarda y custodia de la menor Constanza, en favor de Doña Gabriela. 3. El uso y disfrute de la vivienda que actualmente ocupa sita en Torrejón de Ardoz. 4. Que el demandante contribuya al sostenimiento de las cargas familiares, en una cuantía de 100.000 pesetas mensuales pagaderas en doce mensualidades al año, dentro de los cinco primeros días de cada mes, actualizándose esta cantidad anualmente de acuerdo al alza que experimente el costo de la vida y que fije el Instituto Nacional de Estadística a la Institución del Estado que en futuro pueda desempeñar sus funciones. Esta pensión será de acuerdo a los artículos 93.2 y 142 del Código Civil. 5. Se establezca el siguiente régimen de visitas en favor del padre: El padre tendrá a su hija menor los fines de semana alternos empezando el sábado a las 9 horas y culminando el domingo a las 20 horas; de la misma forma gozará de la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, quien elegirá los períodos vacacionales en los años impares y la madre en los pares. Cada progenitor deberá comunicar al otro el período vacacional elegido antes del día uno de junio, para las vacaciones de verano y con al menos quince días de antelación para las vacaciones de Navidad de Semana Santa", a lo que contestó el actor para suplicar: "Que tras los trámites necesarios, dictar en su día sentencia estimatoria de nuestra demanda y de todos los pedimentos en ella instados".
- El Juzgado de Primera Instancia dos de Torrejón de Ardoz dictó sentencia el 11 de noviembre de 1996, acordando las siguientes medidas: Uno. La patria potestad sobre la menor Constanza, se ejercerá por ambos progenitores. Dos. Fijo la guardia y custodia de la menor Constanza en favor de Doña Gabriela. Tres. Fijo el uso y disfrute de la vivienda en favor de Doña Gabriela y de la menor Constanza . Cuatro. Fijo como cantidad, en favor de la menor, por el concepto de alimentos la cantidad de 50.000 ptas. mensuales, pagaderas en once mensualidades anuales, que deberán ser satisfechas por

Don Manuel a Doña Gabriela, los cinco primeros días de cada mes, esta cantidad se revisará anualmente según el Índice de Precios al Consumo. Fijo como sostenimiento de las cargas familiares, para mantenimiento de la vivienda la cantidad de 10.000 ptas. que deberá de abonar Don Manuel a Doña Gabriela, en doce mensualidades anuales. Cinco. Fijo como régimen de visitar en favor de Don Manuel todos los días de 16:00 h. a 19:00, los fines de semana alternos pudiendo recoger a la menor el viernes a las 19:00 h. y devolviendo a la misma en el domicilio familiar el domingo a las 19:00. Igualmente deberá de gozar de la menor una semana en las vacaciones de Navidad, y para el caso de que no se consiga acuerdo, los años pares elegirá la madre y los impares el padre, el día 6 de enero, estará la menor, hasta las 14:00 h. con el padre que estuviese el día anterior, y desde las 14:00 h. digo 14:00 h. hasta las 20:00 h. con el progenitor que no hubiese estado el día anterior. En cuanto a las vacaciones escolares y de Semana Santa, se fijan tres días para uno de los cónyuges, los mismos se pactarán de mutuo acuerdo, y para el caso de desacuerdo, los años impares elegirá el padre y los años pares la madre. En cuanto a la Semana Escolar, que suele existir en el mes de febrero, llevará, la situación de que los años pares elegirá la madre y los impares el padre. En cuanto a las vacaciones de verano, se fija el período de un mes en favor de cada progenitor, que se establecerá de mutuo acuerdo, y para el caso de desacuerdo los años pares elegirá la madre y los impares el padre, cada progenitor deberá comunicar al menos con dos días en el caso de las vacaciones de Navidad, febrero y Semana Santa, y en el caso de verano con un mes de anticipación, como mínimo. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguno de los litigantes."

- En grado de apelación la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 26 de diciembre de 1998, atribuyendo la custodia de la menor al padre, pasando a residir en el domicilio de éste, se deja sin efecto la pensión alimenticia señalada a cargo del padre, el régimen de comunicaciones y visitas entre la madre y su hija será el mismo que hasta la fecha venía establecido para la hija y el padre. Se mantienen el resto de los pronunciamientos. Sin expresa imposición de costas".
- D.ª Gabriela interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El único motivo que integra el recurso acusa infracción de los artículos 92 y 159 del Código Civil. La demandada combate la sentencia que recurre en cuanto otorgó la custodia de la menor Constanza a su padre (recurrido), la que es hija de los litigantes, fruto de la convivencia extramatrimonial que habían mantenido.

El artículo 159 no ha sido infringido en cuanto a la necesidad de haber sido oída la menor en el proceso, ya que el precepto lo impone cuando fueran mayores de doce años, lo que aquí no ocurre pues la niña nació el 22 de febrero de 1990.

Sienta la sentencia impugnada que la prueba practicada revela que la recurrente por su situación laboral y emocional no es la más apropiada para ocuparse de su hija, así como que no responde adecuadamente para cumplir la función que la custodia de la menor supone y no se justifican los retrasos reiterados en el inicio de la jornada escolar, que han provocado aviso del centro por tener una incidencia negativa en la evolución educacional de la niña, habiéndosela requerido en diferentes ocasiones para que enmendase esta conducta.

Aun reconociendo las dificultades que puedan presentarse en la adaptación de la niña a convivir y ser custodiada por el padre, el Tribunal de Instancia así lo decidió, lo que nos compartimos, por tener de esta manera cubiertas en mayor medida, las necesidades, tanto físicas, materiales, como de índole moral, sin que ello suponga que se proceda a cortar radicalmente el contacto con la madre, que indudablemente complementará y contribuirá al mayor equilibrio emotivo y sentimental de la menor, pues una madre es difícil de suplantar y siempre está y debe estar en las proximidades del vivir existencial de los hijos, aunque no convivan juntos y sin perjuicio de que en el futuro, cuando a la menor le asista la capacidad legal necesaria, pueda decidir con quién de los progenitores quiere convivir.

En estos supuestos a lo que ha de atenderse es al mayor beneficio del menor, al que, en los casos de crisis y separación de sus padres, se les coloca en una posición difícil de optar por uno u otro, por lo que, a falta de acuerdo común, la Ley traspasa al Juez la siempre difícil solución de decidir cuál de los progenitores ha de asumir el cuidado y custodia (artículo 159).

En este caso la decisión del Tribunal de Instancia resulta la correcta, y conforme al *factum* declarado probado y demás circunstancias concurrentes, ya que el *favor filis,* es el que tiene que presidir las relaciones con los padres y como dice la sentencia de 27 de marzo de 2001, es el interés de los hijos el que debe prevalecer, incluso por encima del de sus progenitores.

No corresponde a la recurrente el análisis de las pruebas, concretamente la pericial psicológica, que el Tribunal de Instancia tuvo en cuenta para fijar los hechos más relevantes que determinaron la decisión adoptada.

Consecuentemente, al no haberse infringido los preceptos citados, el motivo perece, pues la jurisprudencia que cita es de Audiencias Provinciales, que no resulta atendible en el recurso de casación.

VII. UNIONES DE HECHO

1. *Fallecido el conviviente de hecho sin disposición testamentaria se atribuye a la conviviente la cuarta parte de todos los bienes de los que era propietario sin incluir los que adquirió aquél por sucesión hereditaria, atribuyéndose igualmente a la conviviente la cantidad de cuatro millones que ya tiene percibida, el derecho de propiedad sobre la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común con excepción de los objetos artísticos o históricos y los bienes de procedencia familiar del conviviente y el derecho, en todo caso, a la utilización vitalicia de la vivienda familiar. Todo ello en aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto a fin de no causar perjuicio a la conviviente que durante 53 años se dedicó al cuidado y atención del hogar y de la pareja.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª Sentencia de 17 de junio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

ANÁLISIS DEL CASO

- Dña. Camila nacida el 18 de septiembre de 1921 estuvo casada con D. Juan Ramón, el cual desapareció con ocasión de la Guerra Civil —año 1938—, teniendo un hijo del matrimonio. En el año 1940 la Sra. Camila inició una relación estable de convivencia con D. Inocencio, nacido el 10 de diciembre de 1911, sin que pudiera entonces contraerse matrimonio so pena de delito de bigamia. Desde entonces la pareja vino manteniendo una relación ininterrumpida con apariencia, incluso pública, de matrimonio, hasta que el 23 de agosto de 1993 falleció el Sr. Inocencio.
- Al morir sin testamento D. Inocencio, ni acto alguno de último voluntad, le correspondió heredar a la única hermana del fallecido Dña. Angelina, la cual fue declarada universal sucesora abintestato por Auto de 8 de abril de 1994.
- Durante la vida en común, el Sr. Inocencio ejerció su título de médico como Director de los Servicios de Medicina de Empresa de SEAT y tenía en propiedad una oficina de farmacia en Barcelona, llegando a formar un im-

portante patrimonio, aunque una buena parte corresponde a bienes inmuebles sitos en la provincia de Palencia procedentes de herencia familiar, en tanto que la Sra. Camila se dedicó al cuidado y atención del hogar y de la pareja, no teniendo ninguna otra ocupación, de tal modo que al fallecer su compañero se le terminó la vida familiar acomodada que había llevado, quedando en una situación de grave deterioro económico.

- D.ª Camila interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra D.ª Angelina solicitando se dicte sentencia "en la que se condene a la demandada a estar y pasar por la siguiente declaración: Primero. El derecho de Doña Camila, a percibir en concepto de daños y perjuicios por los cincuenta años de convivencia, una indemnización consistente en la totalidad del haber hereditario, que aparece relacionado en el cuerpo de la demanda. Segundo. Alternativa y subsidiariamente, se le condene a la demandada a satisfacer a mi mandante, en concepto de pensión compensatoria, por aplicación analógica del art. 97 del Código Civil, consistente en una cantidad suficiente para permitirle el mismo nivel de vida de que gozaba en vida del causante, y la adjudicación en propiedad de la vivienda que sirvió de domicilio conyugal, durante los años de convivencia. Tercero. En todo caso, se condene en costas a la demandada."
- D.ª Angelina contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que se desestime totalmente la demanda, interpuesta contra la demandada, con expresa imposición de las costas causadas a la actora, y en caso de que el Juzgado lo estime, recoger la concesión del derecho de uso de habitación a favor de la actora, que se realiza en el cuerpo del escrito de contestación a la demanda, a los efectos de que pueda inscribirse tal derecho en el Registro de la Propiedad."
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 50 de Barcelona dictó sentencia el 7 de marzo de 1996 estimando la demanda y declarando el derecho de la actora Doña Camila a percibir en concepto de indemnización un porcentaje del 75% de todos los bienes de que era propietaria el fallecido Don Inocencio, con excepción de los Bienes Inmuebles ubicados en la localidad de Guardo (Palencia), en la forma que se determinará en ejecución de sentencia condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a abonarle las costas del presente procedimiento."
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Barcelona dictó revocando la dictada por el Juzgado y absolviendo a la demandada de todos los pedimentos de la actora, con preceptiva imposición de las costas de la primera instancia a la actora, en su totalidad vista la temeridad manifestada en la inconsistencia de su *petitum* y sin haber lugar a ningún pronunciamiento en cuanto a las de la presente alzada por imperativo legal.

- D.ª Camila interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo declarando el derecho de la misma a percibir en concepto de indemnización una cantidad equivalente al veinticinco por ciento de todos los bienes de que era propietario el fallecido Don Inocencio, con excepción de los bienes inmuebles sitos en la provincia de Palencia, a concretar en ejecución de sentencia, así como a hacer suya la ropa, mobiliario y enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común con excepción de los objetos artísticos o históricos y los bienes de procedencia familiar, y el derecho, en todo caso, a la utilización vitalicia de la vivienda familiar, y condenamos a la demandada a estar y pasar por dicha declaración. Durante la tramitación de la casación falleció la recurrida Dña. Angelina, y compareció su heredera Dña. Olga, habiendo sido aprobada la sucesión procesal por causa de muerte por resolución de 27 de marzo pasado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El hecho básico en que se fundamenta la demanda consiste en la unión extramatrimonial de Dña. Camila con D. Inocencio de forma estable e ininterrumpida durante un periodo de 53 años —desde el año 1940 hasta el fallecimiento del mencionado el 3 de agosto de 1993—. La Sra. Camila era casada, habiendo desaparecido su marido con ocasión de la Guerra Civil; D. Inocencio falleció intestado; y fue declarada heredera universal su hermana. La demanda aduce como fundamentación jurídica la correspondiente a los arts. 1902 CC y 104 CP; 7.1 y 7.2 CC; Sentencia 13 junio 1986; art. 1901 CC; arts. 96 y 97 CC por analogía; y la doctrina del enriquecimiento injusto.

El supuesto litigioso gira en torno a las consecuencias económicas negativas que se producen para uno de los miembros de la pareja como consecuencia de la extinción de una unión *more uxorio* (también denominada extramatrimonial, paramatrimonial, o unión de hecho), con la particularidad en el caso de tener lugar la extinción por fallecimiento, y que la sobreviviente dedicó su vida al cuidado de su compañero, cuya herencia es recibida abintestato por un pariente colateral.

Las uniones *more uxorio,* cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos —constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial— han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos. La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, y entre ellos el de la extinción. La relevancia de la problemática se ha dejado sentir en la actuación de los Tribunales (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, y restantes de la organización judicial) y también ha incidido en el campo legislativo, muy puntualmente en lo que hace referencia a la legislación estatal, y con mayor intensidad, aunque condicionada por las respectivas posibilidades legislativas, en la legislación autonómica, que ha realizado un destacado esfuerzo por acomodar el ordena-

miento jurídico a la realidad social. Y en este sentido procede citar la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Catalunya sobre Uniones Estables de Pareja; la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Aragón sobre Parejas Estables no casadas; la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables; la Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana por la que se regulan las Uniones de Hecho; la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Les Illes Balears, de Parejas Estables; la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, sobre Uniones de Hecho; la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Asturias, de Parejas Estables; la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Andalucía, de Parejas de Hecho; la Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias, de Parejas de Hecho; y la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Extremadura, sobre Parejas de Hecho. Es de significar que algunas de estas Leyes reconocen derechos para el caso de extinción de la unión por muerte de uno de los miembros de la pareja, e incluso (como en el caso de las Leyes de Navarra y de las Islas Baleares) se atribuyen derechos sucesorios con equiparación al cónyuge viudo, siendo también de resaltar la aplicación que realiza la Ley extremeña (art. 7) de la doctrina del enriquecimiento injusto previendo la posibilidad de una compensación económica en favor del conviviente perjudicado que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente.

La falta de una normativa positiva concreta para los casos de extinción de la unión *more uxorio* ha dado lugar a una jurisprudencia disímil, salvo en la admisibilidad general de los pactos expresos, o tácitos (*falta concludentia*), con acogimiento de soluciones de comunidad de bienes (*ad ex*. Sentencia 4 junio 1998) o de sociedad irregular (*ad ex.* Sentencias 18 mayo 1992, 18 febrero 1993, 18 marzo 1995), que ha efectuado un notorio esfuerzo para proporcionar remedio jurídico a las peculiariadades casuísticas, lo que ha dado lugar a diversas soluciones, no necesariamente reñidas entre sí. Y en tal sentido, dejando a un lado admisiones hipotéticas (Sentencias 27 mayo, 20 octubre y 24 noviembre 1994), son de destacar las Sentencias de 13 de junio de 1986, que aplica el principio de la buena y la sanción del abuso del derecho en sintonía con una interpretación acorde con la realidad social; 11 de diciembre de 1992, que aplicó la doctrina del enriquecimiento injusto; 16 de diciembre de 1996, indemnización de daños y perjuicios del art. 1902 CC en atención a que hubo promesa de matrimonio; y aplicación analógica del art. 96 en relación con el 4.º.1 ambos del Código Civil por lo que respecta al uso de la vivienda familiar; 10 de marzo de 1998, principio de protección del conviviente más débil, que también se menciona en la de 27 de marzo de 2001, y se ratifica en la de 17 de enero de 2003; 27 de marzo de 2001, que alude a las doctrinas del enriquecimiento injusto, aplicación analógica de pensión compensatoria del art. 97 CC y principio de protección del conviviente perjudicado; y 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2001, sobre aplicación analógica del art. 97 CC.

De los diversos planteamientos jurídicos del recurso, que se corresponden con la mayor parte de los suscitados en la demanda, deben rechazarse de plano los de los motivos segundo y tercero porque obviamente no se dan los requisitos de la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual o aquiliana, al ser preciso un hecho ilícito como generante del daño que en el caso no concurre, por lo que no se está ante un supuesto normativo del art. 1902 CC, ni tampoco confluyen los antecedentes precisos para la aplicación analógica de la pensión compensatoria del art. 97 CC que sólo cabe contemplar en situaciones de ruptura unilateral de la unión en parangón con el divorcio o separación matrimonial.

Otra cosa ocurre en cambio con el motivo primero del recurso en el que se denuncia la inaplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto.

Las circunstancias específicas del supuesto de autos revelan que Dña. Camila durante los cincuenta y tres años de convivencia con D. Inocencio se dedicó en exclusiva a la atención del mismo y del hogar familiar prestándole total ayuda moral y material, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquél, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no sólo no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio. La sentencia de instancia niega la existencia de base adecuada para sentar la concurrencia de una comunidad de bienes o de una sociedad irregular, y tal conclusión es aceptada por la parte recurrente y deviene incólume para este Tribunal, pero, por el contrario a lo que en dicha resolución se razona, no cabe negar que de la composición fáctica expresada se desprenda una situación de enriquecimiento injusto. Esta situación tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa (base) que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido *(in quantum locupletiores sunt)*. El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no sólo cuando hay un aumento del patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans)*. El empobrecimiento no tiene porqué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en el sentido de "razón" o "base" suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa —como sostiene un importante sector doctrinal— que un concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado. Una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos concretos y a concretos intereses, otorgando en favor de un sujeto concreto una acción de restitución constituye un postulado de justicia insoslayable. La comunidad de vida, o el haber gozado de una consideración social y material equiparada a la de su compañero (a que se hace referencia en la resolución de la instancia), no constituyen justificación del desequilibrio patrimonial producido en virtud de las respectivas actividades y circunstancias específicas del caso, sumamente significativas. Bueno es apuntar finalmente que se está haciendo referencia a un enriquecimiento producido en el patrimonio del Sr. Inocencio, que genera una obligación resarcitoria ya nacida en vida del mismo, y en absoluto compensada. No se hace referencia a ningún derecho sucesorio, ni se toma en cuenta el enriquecimiento de la demandada.

Dadas las circunstancias concurrentes resulta natural que no haya datos exactos para fijar la cuantía del enriquecimiento producido, pero ello no puede obstar a la aplicación de la doctrina, principio general del Derecho (art. 1.1 CC), mediante una apreciación ponderada de aquéllas por el Tribunal.

Por consiguiente procede estimar el primer motivo del recurso y casar la Sentencia recurrida asumiendo la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 1715.1.3.º LEC.

La Sentencia de primera instancia fija la indemnización a percibir por la actora en un porcentaje del 75% de todos los bienes de que era propietario el fallecido D. Inocencio, con excepción de los Bienes Inmuebles ubicados en la localidad de Guardo (Palen-

cia). Este Tribunal en funciones de instancia entiende que tal solución rebasa los términos reales del supuesto enjuiciado, por lo que, aun teniendo en cuenta la duración de la dedicación —cincuenta y tres años—, modulando la ventaja producida y la afectación sufrida, se considera que la indemnización debe ser fijada en la cuarta parte de todos los bienes de que era propietario el Sr. Inocencio, sin incluir los bienes inmuebles sitos en la provincia de Palencia. Se atribuye además a la actora la cantidad de cuatro millones que ya tiene percibida, el derecho de propiedad sobre la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común con excepción de los objetos artísticos o históricos y los bienes de procedencia familiar de D. Inocencio, y el derecho, en todo caso, a la utilización vitalicia de la vivienda familiar.

VIII. CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

1. *La acción de anulabilidad por dolo de un contrato de cesión de bienes a cambio de una renta vitalicia puede ejercitarse dentro del plazo de cuatro años desde la consumación del contrato, esto es, desde el momento en que están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, y en este caso, ejercitada la acción en vida de la beneficiaria de las rentas, no existe prescripción. Entrando en el fondo de la cuestión, la demanda se desestima al no acreditar la actora el vicio del consentimiento.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de junio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Constanza interpuso demanda de menor cuantía contra su hijo D. Paulino solicitando que se dictase sentencia "por la que se declare la nulidad de los contratos, en escritura pública de cesión a renta vitalicia, de fechas 18 de enero de 1989 y 21 de febrero de 1989, relatados en el cuerpo de esta demanda, por tratarse de negocios jurídicos con el consentimiento prestado por intimidación y dolo en perjuicio de mi mandante; decretándose asimismo la cancelación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones y anotaciones producidas por los referidos contratos; y todo ello con expresa imposición de costas al demandado".
- Admitida la demanda y emplazada la demandada, se personó en autos D. Paulino, 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, absolviendo a mi representado de todas las peticiones de la misma, con expresa imposición de costas al actor".

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de La Bisbal dictó sentencia el 26 de enero de 1996 desestimando íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Gerona, dictó sentencia el 18 de julio de 1997 desestimando el recurso interpuesto por D.ª Constanza.
- D. José Francisco, heredero de D.ª Constanza interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Denuncia el recurrente la infracción del art. 1301 del Código Civil, por aplicación errónea, y del art. 1969 del mismo texto legal por su no aplicación. Se argumenta en el motivo que, ejercitada la acción de anulabilidad de los contratos por dolo, el plazo de prescripción de la acción comienza a contarse desde la consumación del contrato y no desde la fecha de su celebración como entiende la sentencia recurrida.

Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr 'desde la consumación del contrato'. Este momento de la 'consumación' no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que

establece el art. 1301 del Código Civil. Entender que la acción sólo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato, concretamente, en un contrato de renta vitalicia como son los traídos a debate, hasta el fallecimiento de la beneficiaria de la renta. Ejercitada, por tanto, la acción en vida de la beneficiaria de las rentas pactadas, estaba viva la acción en el momento de su ejercicio al no haberse consumado aún los contratos. Por todo ello procede la estimación del motivo.

Ahora bien, la estimación de este motivo no conduce a la casación y anulación de la sentencia recurrida, por las siguientes razones, en cuanto al examen de la acción de anulabilidad por dolo ejercitada en la demanda, ha de partirse de la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en la sentencia de 11 de mayo de 1993 según la cual "definido el dolo en el art. 1269 del Código Civil como vicio del consentimiento contractual, comprensivo no sólo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea de otro contratante sino también de la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, tal concepto legal exige la concurrencia de dos requisitos: el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir tanto en una acción positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado, y en este sentido se pronuncia unánime la jurisprudencia de esta Sala cuya sentencia de 22 de enero de 1988 afirma que "partiendo de que el dolo no se presume y que debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por nuevas conjeturas o deducciones, y aunque el Código Civil no dice qué se entiende por él ni cuáles son las características de la conducta dolosa, toda vez que limita a definir el que vicia el contrato señalando algunas formas de manifestación dolosa, los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son los siguientes: a) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas; b) que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia; d) que sea grave si se trata de anular el contrato; y e) que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes"; la conducta dolosa ha de ser probada inequívocamente, sin que basten nuevas conjeturas o indicios (sentencias de 13 de mayo de 1991 y 23 de junio y 29 de marzo de 1994); el dolo principal o causante no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alega —sentencias de 22 de febrero de 1961 y 28 de febrero de 1969—, no bastando al efecto nuevas conjeturas —sentencia de 25 de mayo de 1945— (sentencia de 21 de junio de 1978).

En su escrito de demanda, la actora, causante del recurrente en casación, establece un relato fáctico común para las dos causas de anulabilidad de los contratos, la existencia de intimidación y de dolo, causantes de la emisión de un consentimiento viciado, afirmando en el Hecho Cuarto, que "la intimidación a que se ha visto sometida doña Constanza, con el fin de que cediera la propiedad de sus bienes, ha venido complementada con una actuación claramente dolosa por parte del demandado: incita a su madre a una falsa representación de las cosas, propiciando un falso estado de necesidad para comunicarla a contratar como única salida a la situación por él provocada". En autos no existe prueba alguna que acredite que la actora celebró los contratos bajo la creencia de un supuesto estado de necesidad; es de destacar que el propio informe psicológico aportado con la demanda, realizado seis años después de la fecha de los

contratos y cuando la actora contaba 82 años de edad afirma que "las capacidades de consciencia, memoria, orientación y lenguaje aparecen sin ninguna alteración patológica que dificultan el proceso de razonamiento de la explorada"; asimismo resulta acreditado que la actora percibía dos pensiones de la Seguridad Social, de lo que tenía pleno conocimiento y, como recoge la sentencia de primera instancia, la prueba testifical acredita que entre el demandado y su madre existía una perfecta convivencia y había buenas relaciones, prestándosele a aquélla cuidados médicos a petición de su hijo y nuera, todo lo cual contradice la existencia de esa pretendida conducta insidiosa por parte del demandado dirigida a conducir la voluntad de su madre al otorgamiento de los contratos. Los posteriores impagos de las rentas pactadas no integran la conducta dolosa invalidante del contrato pues como dijo la sentencia de 26 de abril de 1940 "los actos posteriores determinados por razones o causas también posteriores no pueden ser demostrativos de la existencia de un dolo que sólo puede apreciarse con referencia al tiempo de la celebración del contrato para que produzca la nulidad de éste".

En su escrito de conclusiones, examinando la prueba pericial practicada sobre el valor de las fincas objeto del contrato y comparando ese valor con el importe de las ventas pactadas, hace hincapié en la desproporción entre las contraprestaciones de ambas partes.

De acuerdo con el art. 1802 del Código Civil, el de renta vitalicia es un contrato aleatorio, siendo incierto el tiempo durante el cual habrá de pagarse la renta; si en virtud de la desproporción existente entre las prestaciones de las partes, desaparece para una de ellas ese requisito de la aleatoriedad podrá llegarse a la declaración de nulidad del contrato, pero no por la existencia de dolo, sino por la inexistencia de causa, y siempre que no conste la existencia de un *animus donandi;* al no fundarse las acciones de anulabilidad ejercitada en la falta de causa, esa pretendida desproporción de las prestaciones, no puede ser considerada como integrante del dolo alegado.

Por todo ello no procede apreciar la existencia de dolo como vicio de los contratos litigiosos y si la confirmación de la sentencia de primera instancia, si bien por estos distintos razonamientos.

2. *Desestimación de la demanda que pretendía la resolución de un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos al haberse acreditado que fueron los padres los que voluntariamente abandonaron el domicilio de los hijos, no habiéndose acreditado por otro lado la existencia de malos tratos o vejaciones.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de julio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 10 de agosto de 1992, los cónyuges D. Eloy y D.ª María Cristina, de una parte, y los también esposos D. Juan Miguel y D.ª Antonia, de otra, otorga-

ron escritura pública con el enunciado "obligación de alimentar por cesión de bienes".

- En dicha escritura pública constan, entre otras, las siguientes estipulaciones: 1) Don Juan Miguel y doña Antonia adquieren la obligación de prestar alimentos a don Eloy y doña María Cristina, con la extensión que determinan los artículos 142 y siguientes del Código Civil por toda la vida de los alimentistas, los que habrán de ser considerados como personas integrantes del hogar de aquellos cónyuges; y, cualesquiera que sean los años que don Eloy y doña María Cristina vivan, la obligación adquirida por los cónyuges nombrados se mantendrá en toda su extensión aunque por una larga longevidad sea desproporcionada con el valor de las fincas que adquieren. 2) Como contraprestación de esta obligación alimenticia, don Eloy y doña María Cristina transmiten a la sociedad conyugal formada por don Juan Miguel y doña Antonia, las fincas descritas, dejando esta transmisión sujeta a la condición resolutoria de que éstos cumplan la obligación de alimentarlos contraída en la cláusula anterior, sin que en caso de resolución puedan repetir contra aquéllos por los alimentos ya recibidos. 3) Si transcurridos tres meses del fallecimiento de don Eloy y doña María Cristina, no constare en el Registro de la Propiedad anotación judicial preventiva sobre las fincas objeto de este contrato por haber ejercitado acción contra los cónyuges don Juan Miguel, y doña Antonia, o contra cualquiera de ellos, sobre el cumplimiento de las obligaciones contraídas, se entenderá: a) cumplida la obligación de alimentar; y b) facultados cualquiera de dichos adquirentes para solicitar se extienda en el Registro nota marginal acreditativa del cumplimiento de la obligación de alimentar y por ello, la cancelación de la condición resolutoria. 4) A efectos fiscales valoran los bienes transmitidos en siete millones quinientas mil pesetas y los alimentos en cinco millones seiscientas mil pesetas.
- Don Eloy falleció en el mes de abril de 1995 y el 30 de mayo de 1995, doña María Cristina abandonó el domicilio de los alimentantes.
- D.ª M.ª Cristina promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Juan Miguel y doña Antonia, basándose, en síntesis, en que la actora y su esposo coaccionados por su hijo, el demandado, y su esposa, suscribieron un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, contrato por el que los demandados se comprometían a dar a la actora y a su esposo alimentos a cambio de la cesión de los bienes que describe en la demanda; que en el contrato se pactó la condición resolutoria para el caso de que no se cumpliera con la obligación de alimentos; que los demandados incumplieron su obligación, por lo que solicita se declare resuelto el contrato; tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado que, teniendo por presentada esta de-

manda con los documentos que se acompañan, se sirva admitirla y previos los trámites legales oportunos se dicte sentencia por la que se declare resuelto el convenio de cesión de bienes pactado con los demandados, condenando a éstos a estar y pasar por esta declaración y a devolver los bienes que fueron cedidos en virtud del contrato junto con los frutos y rentas que hayan producido para lo que se otorgarán los documentos precisos, haciendo expresa condena en las costas a la parte demandada.

- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, los demandados se personaron en autos oponiéndose a la misma y suplicando al Juzgado que, teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo y se dicte sentencia por la que se desestime la demanda y se condene en las costas al demandante.
- El Juzgado de 1.ª Instancia de Haro dictó sentencia el 8 de mayo de 1996 desestimando íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de la Rioja, dictó sentencia el 31 de julio de 1997 estimando parcialmente el recurso interpuesto por D.ª M.ª Cristina y revocando la sentencia de instancia debiendo estimarse parcialmente la demanda interpuesta por la actora contra don Juan Miguel y doña Antonia, declarando resuelto, a petición de la demandante, el contrato suscrito en fecha de diez de agosto de 1992, con devolución de la totalidad de los alimentos percibidos hasta el treinta de mayo de 1995, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración, restituyendo los bienes que les fueron cedidos en virtud de dicho convenio, con los frutos y rentas obtenidos.
- D. Juan Miguel y D.ª Antonia interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del juzgado de 1.ª Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alegan los recurrentes en el primer motivo la infracción de los artículos 1256, 1115, 1119 y 1124 del Código Civil, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada considera que, si bien los demandados no incumplieron la prestación alimenticia y la actora dejó voluntariamente el hogar familiar, la última puede resolver unilateralmente el contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, pues basta que abandone la casa de su hijo y nuera, sin causa que lo justifique, para la resolución del contrato y el rescate de las fincas transmitidas, pero la condición resolutoria aplicada en dicha resolución supondría una obligación, la de la demandante que se obligó a transmitir unas fincas a cambio de alimentos, con una condición resolutoria dependiente exclusivamente de quién se obliga, con clara transgresión de lo dispuesto en el citado artículo 1115, se estima por las razones que se dicen seguidamente.

El contrato objeto del debate es el denominado de vitalicio, respecto al que, en sentencia de 23 de mayo de 1965, esta Sala ha

declarado que no es una modalidad de renta vitalicia, regulada en los artículos 1802 y 1805 del Código Civil, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones incorporadas al mismo en cuanto no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público —artículo 1255 del Código Civil—, y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones.

La STS de 9 de julio de 2002 recordaba que se trata de un contrato conocido en otros países, así: el arrendamiento *a nourriture* (de manutención), que tiene lugar en zonas rústicas de Francia entre padres ancianos y sus hijos, sometido al Derecho Común y no a las normas relativas a la renta vitalicia; el derecho de *altenteil* ("parte de viejo") en el Derecho alemán, concerniente al conjunto de prestaciones debidas al viejo labrador que se retira y cede su hacienda agrícola a otro, quien se obliga a concederle habitación, manutención y dinero para los gastos corrientes, el cual, según la doctrina científica germana, no cabe calificarlo como renta vitalicia; la *zádruga* en la antigua Yugoslavia, por la que una comunidad acoge con todos sus derechos de miembro a los ancianos sin hijos o que no puedan administrar sus bienes, cuyo patrimonio será explotado por la familia hospitalaria, y que será cedido a ésta durante la vida de aquél o a título de legado después de su muerte; el contrato *d' entretien viager,* por el que una persona se obliga a transferir determinados bienes a otra y ésta a proporcionarle manutención y asistencia durante su vida, que, en el Código Civil de Obligaciones de Suiza, se distingue también de la renta vitalicia.

Otras similitudes se encuentran en la "dación personal", institución consuetudinaria del Alto Aragón, mencionada en el artículo 33 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (Ley 15/1967, de 8 de abril, modificada por Ley 31/1985, de 21 de mayo, y por Ley 4/1995, de 29 de marzo), por la que un célibe o viudo sin hijos u otros descendientes se asocia con todos sus bienes a una casa o familia, y se obliga a trabajar en la medida de sus aptitudes en beneficio de la misma, y la instituye heredero universal al fin de sus días a cambio de ser mantenido y asistido, sano y enfermo, con lo necesario, así como vestido y calzado según su clase, y de que, a su fallecimiento, se costeen el entierro, funeral, misas y sufragios de costumbre en la parroquia; en la "pensión alimenticia" de Cataluña —ajena a los censales, violarios y vitalicios regulados en su Derecho escrito—, en virtud de cuyo contrato una persona se obliga a prestar alimentos en su domicilio en compensación de la cesión de bienes, generalmente inmuebles, que le hace el alimentado, por durante la vida de éste, con la particularidad de que si surgen desavenencias y viene la separación, los alimentos se sustituyen por una pensión en efectivo; y en el artículo 95 de la Ley 4/1995, de Derecho Civil de Galicia, el cual dispone que por el contrato de vitalicio una o varias personas se obligan, respecto de otra u otras, a prestar alimentos con la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión o entrega de bienes por el alimentista, y que, en todo caso, la prestación alimenticia comprenderá el sustento, la habitación, la vestimenta y la asistencia médica del alimentista, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, ajustados a las circunstancias de las partes, con la precisión, en su artículo 99, de que el alimentista podrá rescindir el contrato en los siguientes casos: a) conducta gravemente injuriosa o vejatoria del obligado a prestar alimentos; b) incumplimiento total o parcial de la prestación alimenticia, siempre que no sea imputable a su perceptor; c) cuando el cesionario no cuidase o no atendiese en lo necesario al cedente, según la posición social o económica de las partes y en todo cuanto haga posible el capital cedido, en la procura del mantenimiento de su calidad de vida.

La sentencia de la Audiencia ha argumentado que no parece plantearse por la demandante el incumplimiento de las obligaciones definidas en el artículo 142 del Código Civil, a cuya observancia se obligaban

los alimentantes, sino que denuncia expresamente la existencia de malos tratos y vejaciones, que no se consideraron probados en la sentencia del Juzgado, lo que es compartido en la resolución recurrida, ni se manifiesta rigurosamente asumible que ambos ancianos estuvieran en situación de encierro, aunque relacionado con este particular, sí que parece haber existido una inexplicable falta o restricción en las comunicaciones y relación entre la demandante y sus otros hijos, y, tras analizar la existencia de un transfondo moral en el compromiso, pues lo buscado por ambos ancianos era, como se expresa en el contrato, la integración en el hogar familiar, con todo lo que de atención, compañía, cariño y otras vivencias y sentimientos conlleva, admite que trataran de compensar por esas atenciones, en el sentido más amplio indicado, a aquél de sus hijos y esposa, que habían de pasar en su compañía los últimos años de su vida; y, a continuación, dicha resolución razona literalmente lo siguiente: "prestando atención al contenido de la obligación pactada, en la forma anteriormente expuesta, consistente al menos en un compromiso de prestación de alimentos, con convivencia en el hogar, en la forma que también se pactaba en los supuestos de hecho que dieron lugar a las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1965 y 2 de julio de 1992, y concretamente en la primera de ellas, aun referida a un supuesto contractual en el que expresamente se preveían las consecuencias de un eventual rescate de los bienes, con referencia a este tipo de convenios, teniendo en cuenta su naturaleza especial y compleja, se resuelve que cuando se prestan en régimen de convivencia entre alimentista y alimentantes, ha de aceptarse que como consecuencia de las fricciones posibles humanas pueda hacerse imposible o de difícil cumplimiento lo acordado, frustrando el fin lógico y natural consustancial a estas convenciones, justificándose la posibilidad de apartamiento unilateral del contrato, con revocación de la cesión de bienes producida, si bien con la obligación de restituir los alimentos percibidos, puesto que no se trata en sentido estricto de un supuesto de incumplimiento, que conforme a lo anteriormente expuesto no ha quedado debidamente probado"; y, en definitiva, la sentencia de apelación ha acordado la resolución del contrato.

El Tribunal Supremo no acepta la fundamentación de la sentencia de instancia. Aunque el contrato de que se trata, de naturaleza sinalagmática, está sometido a condición resolutoria, no se advierte aquí incumplimiento de la prestación imputable a los alimentistas, que mantienen su voluntad de observar las obligaciones a su cargo; por el contrario, es la actora quien, sin duda, vulnera el desarrollo de la convivencia alimenticia pactada al mantener una conducta obstativa a la efectividad de la misma, por lo que decae la petición concerniente a la resolución del contrato.

Es evidente que, en estas circunstancias, no es posible la permanencia del sistema alimenticio convenido en los estrictos términos pactados, pues no se puede obligar a quien no quiere en una relación contractual como la que nos ocupa, donde, por encima de lo establecido, de ámbito económico o patrimonial, incide el necesario ajuste de dos o más personas en caracteres, costumbres y aficiones para lograr la convivencia, es decir, en lo que se denomina "congeniar".

Así, en un supuesto similar al de este juicio, esta Sala dispuso el establecimiento del abono de una cantidad mensual para cubrir las necesidades de la actora, que era una de las peticiones del escrito inicial en aquel caso, y, aunque no estaba recogida en el contrato, constituía la respuesta a la problemática, mediante la aplicación analógica del artículo 149 del Código Civil, pero esta solución no cabe para este litigio, en virtud del contenido del suplico de la demanda y en aras del respeto al principio de congruencia de las sentencias.

La estimación del motivo primero del recurso determina la casación de la sentencia recurrida, y hace innecesario el examen de

los restantes; y asumidas por la Sala las funciones de la instancia, procede "desestimar la demanda interpuesta por D.ª María Cristina, contra don Juan Miguel y doña Antonia, absolviendo a estos últimos de las peticiones obradas en el escrito inicial y, en su consecuencia, se ratifica la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Haro en fecha de 8 de mayo de 1996, excepto en el pronunciamiento relativo a las costas. No hacemos expresa condena en las costas causadas en la primera instancia, toda vez del parentesco existente entre los litigantes, la elevada edad de la actora, el fallecimiento de ésta durante la tramitación del recurso de casación, y la sucesión en el proceso de determinados hijos de la demandante cuando el asunto se hallaba pendiente de la resolución de este recurso, después de haber obtenido sentencia estimatoria de la demanda en el de apelación".

IX. SUCESIONES

1. *La repudiación afecta a la totalidad del caudal hereditario, sea o no conocido por el que repudia la herencia, no pudiendo realizarse de forma parcial, respecto de unos bienes sí y de otros no, renunciándose a la condición de heredero y no a la titularidad de todos o cada uno de los bienes que integran el caudal hereditario. Por tanto, quien renunció a la herencia no puede posteriormente instar una adición a la partición de bienes no incluidos inicialmente en ella al carecer de legitimación "ad causam" para el ejercicio de la acción.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 23 de mayo de 1981, D.ª Josefa N. V. y su madre, D.ª Teresa V. P., y sus hermanas uterinas, D.ª María Carmen y D.ª María Dolores J. V. otorgaron escritura pública de manifestación y aceptación de herencia del causante D. José María, quien en testamento otorgado en 23 julio 1958 legaba a su esposa D.ª Teresa V. P. el usufructo vitalicio de sus bienes e instituía herederas a partes iguales a sus hijas María Dolores y María del Carmen J. V. y la hija de su esposa, D.ª Josefa N. V.; en la escritura se formalizaba el inventario del caudal relicto, constituido por las fincas registrales A y B.

- En esta escritura pública de de 23 de mayo de 1981, D.ª Josefa N. V. renuncia pura, simple y gratuitamente en favor de sus coherederas a sus derechos sobre la herencia del causante D. José M.ª; las coherederas y la usufructuaria aceptaron la herencia.
- En el siguiente día 24 de mayo de 1981, D.ª Teresa y sus tres hijas suscribieron un documento privado, en el que después de referirse a la precedente escritura pública y a la renuncia a sus derechos hereditarios por D.ª Josefina N., se manifiesta «que no obstante las otras contratantes madre y hermanas la han convencido de que no debía llevar a cabo tal renuncia y que debe tener, tal como dispuso el causante, su parte correspondiente en la herencia. Y puestas ya de acuerdo definitivamente las aquí contratantes, es por lo que suscriben el presente, que regulará al efecto sus recíprocos derechos y obligaciones, con sujeción a las siguientes: Cláusulas. 1.ª Ratificación. Por acuerdo unánime de las aquí contratantes se ratifica la escritura de inventario autorizada con fecha de ayer por el Notario de Llansá, D. Ramón Coll Figa. 2.ª Reconocimiento de derechos. D.ª María Dolores y D.ª María del Carmen J. V. se comprometen y obligan a otorgar en favor de su hermana D.ª Josefina N. V., dentro del plazo máximo de seis meses a contar de esta fecha, escritura pública de compraventa de una tercera parte indivisa de todo lo que ha constituido el inventario de la herencia relicta por el causante D. José M.ª y por tanto de todos los bienes que se detallan en la escritura pública autorizada por el Notario Sr. Coll Figa incluyendo, naturalmente, los inmuebles. De esa manera, tal como quieren todos los aquí recurridos, se rectifica la escritura de inventario en la que renunciaba D.ª Josefina N. V. a la tercera parte del caudal relicto que la corresponde como heredera, según el calendado testamento del causante. 3.ª Escritura pública. (...). 4.ª Consentimiento de D.ª Teresa V. P. (...). 5.ª Complemento. Este contrato rectifica y en lo menester complementa el instrumento público autorizado en el día de ayer por el Notario de Llansá D. Ramón Coll Figa. 6.ª Solución definitiva. De esta forma las partes han solucionado definitivamente la cuestión testamentaria y resuelto sus diferencias en forma definitiva.»
- El 5 de diciembre de 1987, D.ª María Dolores y D.ª María del Carmen J. V. otorgaron a favor de D.ª Josefina N. V. escritura de compraventa de nuda propiedad, de una tercera parte indivisa de cada una de las fincas que figuran en el inventario incluido en la escritura pública de 23 mayo 1981.
- D.ª Josefina N. V. formuló demanda de menor cuantía frente a su madre, D.ª Teresa V. P., y sus hermanas uterinas, D.ª María Carmen y D.ª María Dolores J. V. solicitando se dicte en su día sentencia por la que se declare haber lugar a lo solicitado y que se obligue judicialmente a los demandados a formalizar la correspondiente Escritura de Adición de Inventario y por ende la correspondiente Aceptación de Herencia y División de la cosa común

objeto de inventario de bienes relictos del causante. Se aporta con la demanda copia de una minuta de escritura de adición de inventario que dice redactada por la notaría cuyo titular autorizó la escritura de 23 de mayo de 1981, en la que se dice «que involuntariamente fue omitida la relación de los bienes, que acto seguido se describirán, como parte integrante de la herencia relicta del causante»; tales bienes son aquellos a que se contrae el suplico de su demanda. La actora dice haber recibido esa copia en 28 de febrero de 1994.

- Admitida la demanda y emplazadas las demandadas se personaron en autos oponiéndose a la estimación de la demanda y formulando asimismo reconvención y tras invocar los hechos y fundamentos de Derecho que consideraron pertinentes, terminaron suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que: "estimando la demanda reconvencional se declare que el negocio 'Hotel T.' y sus edificaciones y anexos son de propiedad exclusiva, en cuanto al usufructo, de D.ª Teresa y la nuda propiedad de sus hijas D.ª Dolores y D.ª Carmen; condenando a la actora D.ª Josefina a estar y pasar por las indicadas declaraciones y al pago de las costas tanto del asunto principal como de la reconvención."
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de La Bisbal dictó sentencia el 30 de mayo de 1996 estimando íntegramente la demanda, desestimando la reconvención y condenando a las demandadas a formalizar escritura de adición de Inventario y Aceptación de Herencia del causante D. José así como a proceder a su partición, en los términos a que se refiere la demanda, condenándolas también al pago de las costas procesales.
- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Girona, dictó sentencia el 5 de marzo de 1997 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.
- D.ª Teresa y D.ª Carmen y D.ª Dolores interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que desestimó la demanda inicial y estimó la reconvención.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dice la sentencia de 17 de octubre de 1975 que «los ordenamientos legislativos y la doctrina científica de nuestra Patria, admiten varios casos de obligaciones creadas por la voluntad unilateral, citándose por los autores, como ejemplo de ello, los arts. 1330 y 1887 del CC, los arts. 587 y 589 del CCom., las denuncias de los contratos y las obligaciones incorporadas a los títulos de crédito, a los que podemos añadir la aceptación y repudiación de herencia, que la doctrina califica como declaraciones de voluntad no recepticia, y cuya eficacia obligacional proclama nuestro Código en el art. 997, y ha sancionado la jurisprudencia en multitud de sentencias entre las cuales cabe citar

las de 25 de abril de 1928, 6 de marzo de 1944, 23 de mayo de 1955 y 18 de septiembre de 1975»; y, de acuerdo con el citado art. 997, «la aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de alguno de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido»; impugnación que, en el presente caso, no se ha llevado a cabo por la heredera repudiante. La jurisprudencia de esta Sala, en doctrina inveterada y aplicable por igual a la aceptación y a la repudiación de la herencia, ha destacado el carácter irrevocable de estos negocios jurídicos; refiriéndose a la aceptación de la herencia (pero su doctrina es aplicable, se repite, a la repudiación) dice la S 23 de mayo de 1955 que «el art. 997, inspirado en la máxima de Derecho romano *semel eres, semper eres,* mantenida en nuestro Derecho tradicional por la Ley 18 en relación con la 11, título 6.º, de la Partida, declara irrevocable la aceptación de la herencia, de tal suerte que una vez realizado el acto de la aceptación en alguna de las formas autorizadas por los arts. 998 y 999, será ineficaz la posterior renuncia, y esto es así porque la ley no consiente que de modo temporal se asuma la cualidad de heredero», y la S 15 noviembre 1985 afirma, con rotundidad, que «la aceptación de la herencia, al igual que ocurre con la repudiación, una vez realizada es irrevocable», y a la finalidad de evitar situaciones de temporalidad en los herederos que inspira el art. 997 se refiere la S de 4 de febrero de 1994.

La norma de irrevocabilidad de la aceptación y de la repudiación de la herencia es una norma imperativa cuya aplicación no puede ser eludida por la parte una vez emitida la declaración de voluntad en que consiste, ni puede ser dejada sin efecto por actos o declaraciones de voluntad en contrario, cualquiera que sea la proximidad en el tiempo entre estos actos o declaraciones de voluntad y la repudiación de la herencia, y que el art. 997 no establece distinción alguna a este respecto; de acuerdo con el texto legal, la eficacia de la repudiación de la herencia sólo se ve alterada por la impugnación fundada en la existencia de algún vicio del consentimiento o en la aparición de un testamento desconocido, ineficacia que ha de hacerse valer mediante el ejercicio de la correspondiente acción que aquí no ha sido utilizada.

Repudiada la herencia por D.ª Josefina N. en la escritura pública de 23 de mayo de 1981, no llegó en ningún momento a adquirir la herencia, por virtud del efecto retroactivo de la aceptación y de la repudiación; aceptada en referida escritura notarial la herencia por las demás herederas, éstas adquirieron la misma desde el momento de la muerte del causante [arts. 661 y 898 (sic) del CC] y en virtud del derecho de acrecer por la repudiación de la coheredera (art. 982.2 del CC). Tal efecto no se destruye por la declaración contenida en el documento privado de 24 de mayo de 1981, cualquiera que sea el motivo o la causa en que se funda el otorgamiento del mismo.

De lo dicho se desprende que al no tener D.ª Josefina N. V. la condición de heredera de D. José María, por consecuencia de su repudiación de la herencia en la citada escritura pública de 23 de mayo de 1981, carece de legitimación *ad causam* respecto al ejercicio de acciones relativas a la herencia de D. José María; en consecuencia procede la desestimación de la demanda.

Lo argumentado en el anterior fundamento de esta resolución conduce a la estimación de la demanda reconvencional al ser las demandas reconvinientes quienes, en su condición de únicas herederas, adquirieron las edificaciones e instalaciones del Hotel La Torre, ejercitando las facultades que se reconocieron al causante en la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de fecha 4 de octubre de 1977. A ello no se opone el hecho de que el acuerdo a que llegaron las demandadas ahora recurrentes con D. Guillermo, lo fuese en 20 de mayo de 1981, tres días antes de que se realizase la repudiación de la herencia por D.ª Josefina N.; la repu-

diación afecta a la totalidad del caudal hereditario, sea o no conocido por el que repudia la herencia; no se puede realizar de forma parcial, respecto de unos bienes sí y de otros no; a lo que se renuncia es a la condición de heredero, no a la titularidad de todos o cada uno de los bienes que integran el caudal hereditario.

2. *Habiendo donado los padres a la hija la propiedad de unos inmuebles dos meses antes de que se llevase a cabo el embargo de dichos inmuebles para el pago de una deuda de los padres, se estima la tercería de dominio interpuesta por la hija, al no ser posible, dentro del procedimiento de tercería de dominio, ejercitar por vía de reconvención, como así hizo la entidad acreedora, una acción rescisoria o pauliana.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Nieves interpuso demanda de tercería de dominio contra D.ª Paz, "C., S.L." y D. Elías solicitando que se dictara sentencia declarando el dominio exclusivo y excluyente sobre la plaza de garaje n.º 6 de la calle A. de esta ciudad, y sobre la vivienda distinguida con la letra "B" de la planta segunda del mismo edificio, ordenando el alzamiento del embargo efectuado sobre los mismos a favor de "C., S.L." en ejecución de sentencia dictada en el juicio de Menor Cuantía seguido en el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Vitoria por el que se condenó a los demandados padres de la tercerista al pago de 9.889.228 ptas. habiéndose embargado en el apremio los bienes descritos anteriormente, en los que vivía la tercerista y sus padres contra los que se seguía la ejecución. Igualmente solicitó la cancelación de la correspondiente inscripción, expidiendo al efecto los oportunos mandamientos para el Registro de la Propiedad núm. 3 de Vitoria, condenando en costas a las partes demandadas que se opusieran a esta demanda.
- La entidad C. S.L. contestó a la demanda solicitando su desestimando y formulando al mismo tiempo reconvención para que se dicte sentencia por la que, estimando la presente demanda, se declare la rescisión de la donación efectuada en fecha 11 de enero de 1995, al haber sido realizada en fraude de acreedores, así como la cancelación de su inscripción, expidiendo al efecto los oportunos mandamientos para el Registro de la Propiedad núm.

3 de Vitoria, todo ello con expresa imposición de costas a los demandados reconvenidos.

- Por providencia de fecha 26 de julio de 1996, y al no haberse personado en autos D. Elías ni D.ª Paz, se tuvo por contestada la demanda respecto a los mismos.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de los de Vitoria se dictó sentencia el 16 de enero de 1997 desestimando tanto la demanda principal como la reconvencional.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Álava dictó sentencia el 22 de abril de 1007 desestimando el recurso interpuesto por D.ª Nieves.
- D.ª Nieves interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que estimó la demanda de tercería de dominio.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Contra la resolución recurrida, para su casación alega la recurrente tres motivos, en el primero de los cuales, al amparo del núm. 3 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sostiene que la sentencia recurrida vulnera el art. 359 de la misma Ley, ya que tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, como la de la Audiencia Provincial que la confirma, a la vista de la prueba documental y de la confesión judicial, resultan completamente incongruentes, al no ser lógico el fallo en el que devienen, existiendo numerosas contradicciones, para poder llegar a la conclusión en la forma que lo hacen, por lo que no son claras ni precisas, ni se corresponden con las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, máxime cuando se ha desestimado totalmente la demanda reconvencional promovida por el demandado compareciente en el juicio de tercería con el fin de privar de validez a la donación, y sin embargo, y subsistiendo la validez del título de la tercerista incongruentemente se desestima la demanda de tercería. La sentencia recurrida que es de conformidad con la de primera instancia, se ha basado, para desestimar tanto la demanda de tercería como la demanda reconvencional, en la específica naturaleza del juicio de tercería de dominio, que como incidente de un procedimiento de apremio, surgido ante la eventualidad de haberse embargado algún bien que no pertenezca a los ejecutados, tiene por finalidad el levantamiento del embargo producido en esa vía ejecutiva, y por consiguiente excluirlo del procedimiento de apremio, cuando el bien trabado no pertenezca a los ejecutados, sin que debido a esta finalidad del juicio de tercería, puede decirse que la resolución que recaiga en el mismo tenga efectos de cosa juzgada, sin que pueda darse más alcance que el de la propia declaración absolutoria; por consiguiente y atendiendo a estas características se ha venido discutiendo la posibilidad de admitir a los demandados en esta clase de juicios el ejercicio de acciones reconvencionales, pronunciándose la jurisprudencia a favor de la improcedencia de su admisión en este procedimiento incidental, y si se ha hecho en algunos casos, como ha sido en supuestos tales, como la discusión de la validez de la escritura de donación (S de 7 de junio de 1981), o la validez de un contrato de cesión hecha en fraude de acreedores (S de 16 de mayo de 1989), o las más recientes de 13 de noviembre de 2000, 9 de mayo de 2001 y 21 de noviembre de 2001 sobre nulidad del título por simulación, así como la de 16 de abril de 2002 y la de 14 de noviembre de

2002; si se ha admitido la reconvención, se ha hecho en atención al fin limitado de este procedimiento, a los solos efectos atribuidos a una excepción perentoria (son significativas las sentencias citadas de 27 de abril de 1998 y 16 de abril de 2002), con la finalidad sí próspera, de evitar que el título presentado como acreditación de dominio, no produzca el efecto de levantar el embargo constituido sobre el bien trabado que constituye el tema de debate del juicio de tercería, como es el supuesto de entender que el título es nulo y por consiguiente carece de efectos (acción de nulidad). Consideración distinta merece la acción rescisoria o pauliana que parte del reconocimiento de un negocio inicialmente válido, que se pide se deje sin efecto, porque se ha producido en fraude de los acreedores, y éstos, carecen de otros medios para el cobro de sus créditos, acción esta que de acuerdo con la doctrina señalada más arriba no cabe ejercitarse reconvencionalmente en los juicios de tercería, en atención a su carácter accesorio de otro pleito principal, del que es un incidente, cuya pretensión de dejar sin efecto el negocio jurídico en forma alguna puede encuadrarse dentro de las excepciones perentorias.

El motivo es estimado por el Tribunal Supremo, pues es clara la contradicción que se da en el fallo de la resolución recurrida, en el que se desestiman al mismo tiempo tanto la demanda de tercería como la acción reconvencional, promovida precisamente por la representación de la entidad demandada en ese juicio y ejecutante en el principal, para desvirtuar los efectos de la donación, y por consiguiente, al no haber conseguido su pretensión reconvencional resulta contradictorio desestimar también la demanda de tercería como se ha hecho en la sentencia impugnada, al subsistir la donación que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 609 párrafo segundo del Código Civil, que la entiende como uno de los modos de adquirir el dominio, por lo que procede casar la sentencia y conforme al núm. 3.º de núm. 1 del art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que entrar a resolver lo que proceda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate.

Por lo expuesto más arriba y en atención a que la donación, consignada en escritura pública de fecha 11 de enero de 1995, en la que la tercerista basa su demanda de tercería y por consiguiente el dominio de la vivienda y plaza de garaje de la calle A. de Vitoria, que acompaña a la demanda representa un negocio válido para adquirir la propiedad, y contra la escritura pública nada se ha cuestionado en lo referente a su autenticidad y legalidad, siendo por consiguiente título válido y suficiente para conseguir el fin que pretende la tercerista recurrente, cual es, librar los bienes embargados de la traba a que se ha sometido, título que no ha sido declarado nulo en instancia, ni se ha dejado sin efecto el negocio jurídico que representa, al haberse desestimado la reconvención de la entidad demandada ejecutante, con cuyo pronunciamiento se conformó y no recurrió en su día en apelación el demandado en el incidente y recurrido en el presente recurso, es por lo que procede dictar sentencia estimando la tercería con desestimación de la reconvención de la entidad demandada ejecutante en el pleito principal. A mayor abundamiento de acuerdo a la doctrina jurisprudencial imperante expuesta en el fundamento de Derecho segundo de la presente resolución, en la tercería de dominio no cabe reconvenir en la forma que lo ha hecho la representación de la mercantil “C., S.L.”.

3. *Revocación de la donación efectuada por la madre a favor de la hija sobre un inmueble embargado por la administración tributaria, ya que al haber sido una transmisión gratuita de acuerdo al párrafo primero del art. 1297, se presume que se ha hecho en fraude de los acreedores; presunción esta, que entiende la jurisprudencia es de aquellas que se conocen como de "iuris et de iure", esto es, que no admite prueba en contrario.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de abril de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 16 de agosto de 1994, en escritura pública, D.ª Pilar, otorgó a favor de su hija menor de edad Natalia escritura de donación de la vivienda sita en Logroño, cuando años antes de esta fecha se le seguía a la donante un expediente administrativo de apremio por la Unidad de Recaudación de la Delegación de La Rioja, de la Agencia Estatal de la Administración Tributaría, por el Impuesto sobre la Renta de las Persona Físicas (IRPF), correspondiente al año 1989, situación conocida por la hija Natalia al menos desde el 21 de junio de 1994.
- El embargo de la finca tuvo lugar el 7 de febrero de 1995, y el 10 de marzo interpone reclamación económico administrativa resolviendo el Tribunal, anulando la providencia de embargo. La liquidación provisional de la deuda tributaria fue aprobada por un total de 19.137.149 ptas., que aunque reducida por el Tribunal Económico Administrativo Regional de La Rioja, en un 60%, la cantidad correspondiente al importe de multa, quedaron íntegras la correspondiente a la cuota y la de los intereses por demora, sin que conste la existencia de otros bienes, no sólo de la donante sino de su hija.
- La Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Delegación Especial de La Rioja, y en su representación el Sr. Abogado del Estado interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª Pilar y su hija D.ª Natalia solicitando que se dictase sentencia declarando revocada la donación celebrada entre D.ª Pilar y D.ª Natalia, por la que la primera transmitía a la segunda el inmueble sito en la calle…, por haberse realizado aquélla en fraude del derecho de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.
- Admitida a trámite la demanda, por la representación de la parte demandada se contestó a la misma, en base a cuantos hechos y fundamentos de Derecho

estimó de aplicación, alegando falta de personalidad de la actora, para terminar con la súplica que sigue: "... previo el recibimiento del juicio a prueba, dicte resolución declarando no haber lugar a la demanda, absolviendo a las demandadas de las peticiones de la demanda y condenando a la actora al pago de todas las costas del juicio, apreciando su temeridad".

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Logroño dictó sentencia el 24 de mayo de 1996 estimando la demanda y declarando rescindida la donación por haberse realizado en fraude del derecho de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, imponiendo a las demandadas las costas causadas.
- En grado de apelación, la AP de La Rioja, dictó sentencia el 2 de julio de 1997, desestimando el recurso interpuesto por D.ª Pilar y por su hija menor Natalia.
- D.ª Pilar y D.ª Natalia interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Las sentencias de instancia entendieron que la donación se había hecho en fraude de los acreedores de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1291.3 y 1297 del Código Civil, y decretaron como se había pedido la rescisión de la donación.

Aunque en ambas instancias se había discutido como cuestión previa la falta de legitimación del Abogado del Estado para promover el procedimiento en nombre y representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria Delegación Especial de La Rioja, la casación la ha limitado la parte recurrente, en dos motivos a la cuestión de fondo, esto es, a negar que concurran en el caso de autos las condiciones necesarias para la prosperabilidad de la acción revocatoria de la donación, por estar hecha en fraude de los acreedores.

En el primero de los motivos se ha alegado por la parte recurrente la infracción del art. 1297 en relación con el art. 643 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que los interpreta, al entender que el núm. 3 del art. 1291 del referido cuerpo legal exige que se acredite que la enajenación haya sido hecha en fraude de los acreedores, y que éstos no puedan cobrar de otro modo del deudor.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, pues como bien se dice en la sentencia de instancia, en las transmisiones gratuitas de acuerdo al párrafo primero del art. 1297, se presume se ha hecho en fraude de los acreedores; presunción esta que entiende la jurisprudencia es de aquellas que se conocen como de *iuris et de iure,* esto es, que no admite prueba en contrario, como se expone en las sentencias de 18 de enero de 1991 y 16 de febrero de 1993, y sin que, por otra parte, suponga infracción al art. 1294 del repetido texto legal, que establece que, la acción de rescisión es subsidiaria en el sentido de que no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, en cuanto que está acreditado, que tanto la donante como la donataria carecen de otros bienes distintos a la vivienda referida, por lo que en el supuesto de que hubiese ejercitado la acción solidaria contra la hija de la donante y deudora como componente de la misma unidad familiar, de acuerdo con lo

dispuesto en el art. 31 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas en la redacción que le dio la Ley 20/1989, para los ejercicios de 1988 y 1989 (el supuesto de autos se refiere al 1989), en el caso que los sujetos pasivos integrantes de una unidad familiar que no hubiese optado por la tributación individual en el referido impuesto, como es el supuesto de las codemandadas, madre e hija, quedaran solidariamente obligadas frente a la Hacienda pública al pago de la deuda tributaria que corresponda, obligación esta, que no se ha exigido originaria por la Agencia Tributaria hasta ahora, la cuestión sería intranscendente y carecería de efectos positivos, ya que esa acción solidaria que se pudiera ejercitar contra la hija donataria, conduciría al mismo resultado, de ligar al pago de la deuda al único bien conocido de los demandados, el bien donado, contra cuyo embargo se recurrió en su día ante el Tribunal Económico Administrativo por la donante.

Por las mismas consideraciones que las contenidas más arriba, procede desestimar el segundo motivo que se base en infracción de los preceptos ya invocados a lo largo del motivo anterior los arts. 1291, núm. 3.º y 1294 del Código Civil, y en la consideración a que el actor no utilizó el medio que tiene a su disposición de conformidad con lo dispuesto en la Ley de IRPF, la posibilidad de ejercitar la acción contra la hija de la demandada como componente de la misma unidad familiar, al quedar solidariamente obligada como componente de esa unidad, cuando la declaración del impuesto se hubiera hecho de forma conjunta, pues como se ha dicho más arriba y al ser el único bien de la referida unidad familiar el bien donado la vivienda, conduciría al mismo resultado, esto es la posibilidad de ejercitar el procedimiento de apremio sobre el mismo.

X. INCAPACIDAD

1. *A pesar de que la actora en su demanda interesó la práctica de una prueba pericial psiquiátrica para apreciar la capacidad de la demandada y que el juzgado acordó que la misma se llevase a efecto por el médico forense, resulta irrelevante que este profesional carezca de la especialización en psiquiatría, ya que posee los conocimientos necesarios para detectar cualquier anomalía psíquica que hubiese podido presentar la demandada y aconsejar, en tal caso, que fuese reconocida por un especialista.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Clara interpuso demanda de menor cuantía a fin de que se declarase la incapacidad civil de D.ª Lourdes, acordando el sometimiento de dicha señora a tutela o curatela.

- Admitida la demanda y emplazados los demandados, el Ministerio Fiscal emitió informe, alegando los hechos y fundamentos de Derecho que constan en autos y terminó suplicando en su día se dicte sentencia declarando no haber lugar a lo solicitado por la parte actora". Por su parte D.ª Lourdes 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: "... desestime la demanda con expresa imposición de costas a la parte demandante".
- El Juzgado de 1.ª Instancia de Aoiz dictó sentencia el 2 de octubre 1996 desestimando la demanda y condenando a la actora al abono de las costas.
- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Navarra dictó sentencia el 23 de junio de 1997 desestimando el recurso interpuesto por D.ª Clara.
- D.ª Clara interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primero de los motivos se denuncia la infracción de los arts. 567 y 862.2 LEC y del art. 24.2 y de la CE, por cuanto —se alega— la Audiencia Provincial ha denegado la práctica de prueba pericial a realizar por Médico Psiquiatra, que había sido propuesta por la hoy recurrente y admitida por el Juzgado de Primera Instancia, sin que hubiera llegado a llevarse a cabo por causa no imputable a la promovente.

Se añade que cuando se le notificó la admisión de la prueba mencionada, con las adiciones propuestas por la demandada, acordándose que debería ser realizada por un solo perito, la recurrente no formuló reparo alguno por entender que se trataría de un Médico Forense Psiquiatra, lo que no sucedió así pues el designado carecía de dicha especialidad.

No obtuvieron éxito ni la solicitud de que la prueba pericial psiquiátrica fuese acordada para mejor proveer, ni la reproducción de esta petición en segunda instancia, ni tampoco el recurso de súplica interpuesto contra la denegación de la misma.

Para decidir acerca de esta alegación de la recurrente ha de tenerse en cuenta que tanto en la sentencia del Juzgado, cuya fundamentación ha sido expresamente aceptada por la Audiencia Provincial, como en la de apelación, se parte de la idea de que la capacidad de una persona mayor de edad se presume, por lo que la demostración de su incapacidad ha de ser acreditada mediante una actividad probatoria adecuada, sobre todo de carácter médico, mostrándose extrañeza ante la circunstancia de que en el supuesto de autos la demanda no se ha basado en algún informe de aquella naturaleza.

Ya en cuanto se refiere a la sustitución de la pericial psiquiátrica que había propuesto la ahora recurrente por el reconocimiento de la demandada por parte del Médico Forense adscrito al Juzgado, el cual se llevó a cabo en presencia del juez titular, se argumenta con acierto por la Audiencia que aunque dicho Médico carezca de una especialización en psiquiatría ello no significa que no posea los conocimientos necesarios para detectar cualquier anomalía psíquica que hubiese podido presentar la interesada y aconsejar, en tal caso, que fuese reconocida por un especialista.

A ello ha de añadirse el informe emitido por el médico titular del partido, que ha venido atendiendo a la demandada desde el año 1975, y la apreciación del propio juez, que, tras el examen de ésta, hace constar que a su parecer se halla en condiciones de administrar por sí misma su persona y bienes, ya que conoce el valor del dinero y lleva unos nueve años viviendo sola, atendiendo al gobierno de su casa.

Finalmente se resalta que la parte demandante no opuso objeción alguna al nombramiento del perito que efectuó el Juzgado y ni siquiera asistió al acto de emisión del correspondiente informe.

Todas las razones mencionadas inclinan a esta Sala a restar importancia a la diferencia de cualificación existente entre el médico propuesto y el designado, habida cuenta tanto de las amplias facultades que en materia probatoria atribuía el derogado art. 208 CC al juez del proceso, como del hecho evidente que son precisamente los Médicos forenses quienes vienen emitiendo informe en la mayoría de los procesos de incapacitación, muy especialmente en aquellos supuestos, como el de autos, en que los limitados medios económicos de las partes aconsejan abstenerse de requerir —salvo que la índole de la enfermedad de la presunta incapaz lo requiera— el concurso de la Medicina Privada. El motivo, por ello, ha de ser desestimado.

En el segundo motivo se alega la infracción de los arts. 566 y 862 LEC, por cuanto en la sentencia recurrida se afirmó que la prueba pericial psiquiátrica era innecesaria e impertinente, siendo así que el momento procesal oportuno para tal declaración es el que establecen los citados preceptos, y que la procedencia de que la prueba solicitada la realice un psiquiatra o un psicólogo resulta de lo dispuesto en la OM de 8 de marzo de 1984, conforme a la cual la deficiencia mental de una persona, a efectos de la declaración de su minusvalía, ha de determinarse en base a su coeficiente intelectual, utilizando las técnicas, métodos y tests que sean adecuados a juicio de aquellos especialistas.

El motivo ha de ser rechazado, tanto por las razones ya expuestas en el anterior Fundamento de Derecho, que han de tenerse aquí por reproducidas, como porque la Audiencia Provincial se ha limitado a exponer los motivos que justificaban la improcedencia de requerir un informe psiquiátrico que no había sido recomendado ni por el Médico Forense ni por el facultativo que había venido atendiendo a la demandada desde hacía muchos años, ni se presentaba como necesario a la vista de las declaraciones de una hermana de la demandada y de las otras cuatro personas que habían comparecido como testigos a instancia de la misma.

Finalmente, resulta por demás evidente que la Orden Ministerial que se invoca en el recurso no vincula en modo alguno al juez que conoce en un juicio sobre incapacidad.

XI. PENAL

1. *Condena por un delito de alzamiento de bienes a una madre y su hija por la cesión que la primera hizo a la segunda de una serie de bienes en pago de alimentos, cuando aquélla era deudora frente a terceros.*

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 30 de abril de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Rosa, actuando como administradora única en representación de D.S.A. concertó el día 15 de enero de 1993 un contrato de arrendamiento financiero-leasing con Financo Leasing, Entidad de Arrendamiento Financiero S.A., después transformada en Gestión de Recobros Activos, S.A. (Gercasa), para la adquisición de dos camiones Nissan y una elevadora Hyster por el precio total de 16.608.960 ptas. En el contrato también intervenía su hija D.ª Pilar en concepto de fiadora.
- El posterior impago de las cuotas originó una deuda de 11.072.642 ptas. que dio lugar a reclamaciones verbales y a la reclamación extrajudicial por medio de carta con aviso de recibo remitida a D.ª Rosa el 4 de julio de 1996, previa a la demanda ejecutiva presentada el 13 de noviembre.
- En esa situación D.ª Rosa otorgó el 23 de julio del mismo año 1996 escritura pública de cesión de bienes en pago de alimentos a favor de su hija D.ª Pilar, mayor de edad, por la que le cedía a ésta la nuda propiedad de cuatro fincas de carácter privativo sitas en Cangas.
- La Sociedad y D.ª Rosa habían tenido que hacer frente a otras deudas, incluso con reclamaciones judiciales, por lo que en esa fecha la Sociedad ya no disponía de más bienes y D.ª Rosa sólo de aquellas cuatro fincas, de modo que Gercasa no pudo proceder a su ejecución en el juicio ejecutivo promovido.
- El Juzgado de Instrucción número 2 de Cangas instruyó Procedimiento Abreviado con el número 56/98, y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Pontevedra que, con fecha 20 de diciembre de 2000, dictó sentencia condenando a las acusadas Rosa y Pilar como autoras de un

delito de alzamiento de bienes, ya definido, sin concurrencia de circunstancias, a cada una de ellas a las penas de prisión de un año y multa de doce meses con una cuota diaria de doscientas pesetas, incluidas las de la acusación particular. Igualmente declaró la nulidad de la escritura pública de cesión de bienes en pago de alimentos otorgada entre las acusadas el día 23 de julio de 1996 en la Notaría de Cangas, con el número 1002 de 1996."

- Notificada la sentencia a las partes, por D.ª Rosa y D.ª Pilar se preparó recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de Forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.
- El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La base del recurso contiene dos afirmaciones: a) de una parte, la de que no se ha analizado suficientemente, por el Tribunal de instancia, la posible solvencia de la Sociedad contratante del *leasing* que dio origen a la deuda impagada, ni la de otras personas que figuraban como cofiadoras de ese negocio;y b) por otro lado, el que tampoco se ha acreditado, con la necesaria certeza, la existencia de perjuicio para la entidad Gercasa, ni de dolo de parte de las recurrentes.

Pero tales vulneraciones, señala el Tribunal Supremo, en absoluto se han producido, toda vez que:

A) En cuanto a la posible solvencia de la Empresa contratante como arrendataria financiera, la misma pretende sostenerse sobre la base de la existencia, en poder de la deudora, de los camiones y la elevadora que fueron precisamente objeto de la operación de *leasing* de la que se deriva el posterior impago. Argumento de todo punto rechazable pues, aunque esos bienes figuren dados de alta en los registros correspondientes como de titularidad de Distribuciones Sotelo S.A., según se acredita con la oportuna documental, no sólo ya fueron tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia que expresamente los menciona en su relato de Hechos Probados, sino que aparece como evidente que, constituyendo los mismos el objeto del *leasing* cuyas obligaciones resultaron incumplidas por esta compañía, la transmisión patrimonial no ha podido llegar a producirse, como de otro lado expresamente se establece en la Cláusula Primera del contrato de arrendamiento financiero, pudiendo llegar a surtir efectos, por tanto, aquellas inscripciones registrales, derivadas del propio uso pactado, tan sólo frente a terceros, pero nunca entre las propias partes que mantienen esa concreta relación contractual y menos aún para justificar una solvencia que responda del abono de las deudas de referencia.

Y otro tanto ha de decirse, a propósito de la pretendida solvencia de distintos cofiadores pues, como sabemos, según viene configurado legalmente y jurisprudencialmente interpretado el tipo objeto de aplicación en este caso (art. 257.1 1 CP), resulta irrelevante la existencia y capacidad económica de otros posibles obligados al pago para la comisión del alzamiento por parte de quien también lo estaba. Máxime cuando ello supone, en definitiva, una indudable puesta en riesgo de los legítimos derechos crediticios

del acreedor y, además, se lleva a cabo, como en este caso acontece, con un evidente ánimo de generar insolvencia, al haberse efectuado la enajenación patrimonial, conociendo ya la deudora la reclamación extrajudicial del pago, formalmente practicada, pocos días antes, por la arrendadora, que, con posterioridad, hubo de interponer la correspondiente demanda ejecutiva.

B) A la vista de lo anterior, es evidente el perjuicio causado, consistente precisamente en la causación de ese riesgo frente a la adecuada satisfacción de los derechos de la acreedora, pues nos hallamos ante un delito de mera actividad que no precisa concretarse de otra forma, ya que, como nos recuerda la STS de 27 de abril de 2000, resumiendo reiterada doctrina en el mismo sentido: "La expresión 'en perjuicio de sus acreedores' que utiliza el mencionado art. 257.1 1 ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores."

En tanto que el dolo inspirador de la conducta infractora se revela, en esta ocasión, como evidente, a la vista de la ya mencionada relación temporal entre el requerimiento de pago, obviamente conocido por las deudoras, y los actos de disposición patrimonial, así como por los efectos derivados de éstos que realmente supusieron la descapitalización de la obligada al pago. Todo ello unido a la ausencia de verdadera obligación como causa de las enajenaciones llevadas a cabo.

A tenor de lo anterior y puesto que, según lo ya referido, no existió infracción alguna de los derechos fundamentales mencionados, los motivos en los que pretende basarse, en primer y segundo lugar, el Recurso, no merecen otro destino que el de su desestimación.

El motivo Tercero, relativo tan sólo a la condena de Pilar, la hija de la otra acusada, que actuó como receptora de los bienes que su madre, obligada al cumplimiento de la obligación, dispuso en su favor, en concepto de alimentos, también alude, con mención de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 24.2 de la Constitución Española, a la ausencia de prueba bastante para la condena de Pilar, como cooperadora necesaria en el ilícito cometido por su madre, y, por consiguiente, por la infracción que ello supone del derecho de ésta a la presunción de inocencia.

Esa vulneración, sin embargo, tampoco se ha producido, a la vista de la concisa, pero atinada, motivación que, al respecto, nos ofrece el Fundamento Jurídico Tercero de la Resolución recurrida, consignando las razones en que apoyan los Jueces *a quibus* su convicción condenatoria y que no son otras que:

a) La necesidad de la intervención de Pilar, para que su madre pudiera llevar a cabo los actos dispositivos integrantes del alzamiento, como se comprueba con la existencia de los contratos correspondientes, en los que ambas intervienen.

b) El indudable conocimiento, por parte de la hija, de la situación económica de su madre, por la estrecha relación existente entre ambas.

c) El propio conocimiento de la situación económica de la entidad, de carácter familiar, incluso habiendo constituido ella misma una nueva compañía de distribución, sucesora de la anterior.

Extremos todos ellos suficientemente acreditados a través del material probatorio disponible y a los que podría añadirse también el dato, antes ya mencionado, de la ausencia de justificación de la necesidad para la cesión de bienes, en concepto de pago de alimentos, de la madre a la hija, para concluir en la existencia de argumentos y prue-

bas suficientes también para la condena de esta segunda recurrente, con enervamiento bastante del derecho a la presunción de inocencia que, inicialmente, le amparaba.

Por consiguiente, el obvio destino desestimatorio del tercer y último motivo del Recurso, acarrea también lógicamente la desestimación de éste en su integridad.

2. *A pesar de que la madre ha sido condenada por un delito de lesiones causadas a su hijo menor al suministrarle un biberón con sustancias estupefacientes, no existiendo una previsión específica para este tipo de delitos, no puede acordarse automáticamente la privación de la patria potestad.*

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 20 de julio de 1999 María Paz, mayor de edad y ejecutoriamente condenada en S de 15 de abril de 1994 por delito contra la salud pública a pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor, administró a su hijo de cinco meses de edad, Pedro R. de los S., en el biberón de leche una mezcla de sustancias estupefacientes. A consecuencia de ello el niño sufrió un estado de coma neurológico que hizo necesario su ingreso en el hospital. A su llegada al centro hospitalario el niño presentaba un mal estado general, aspecto de enfermedad neurológica con hipotonia, hiporefexia pupilas nióticas, escasa respuesta a estímulos dolorosos y táctiles y taquicardia. El diagnóstico clínico de sospecha a su ingreso fue de coma neurológico y sospecha de intoxicación.
- Practicados los correspondientes análisis de orina y sangre, el primero de ellos dio negativo a opiáceos y drogas. El análisis de la sangre extraída el mismo día 20 de julio de 1999 y practicado por la Cátedra de Farmacología del Hospital de Puerto Real arrojó resultado positivo a anfetaminas, benzodiacepinas, cocaína y tetrahidrocannbinol, con niveles de concentración de cada una de estas sustancias de cuatro cruces.
- Ante la divergencia de los resultados de las analíticas practicadas, el Sr. Juez de Instrucción ordenó la práctica de un contraanálisis de sangre, que fue enviado para su realización al Instituto de Toxicología de Sevilla, el cual arrojó un resultado negativo. Para este segundo análisis sanguíneo se realizó el día 23 de julio de 1999.

- El menor fue sometido al oportuno tratamiento médico, consistente en tratamiento para forzar la diuresis mediante la implantación de suero por gotero y lavado gástrico. Tras una hora de estancia hospitalaria el menor recuperó el estado de conciencia y la reactividad a estímulos, las pupilas se hicieron normo-reactivas, y se normalizó la frecuencia cardiaca y la tensión arterial, pasando a planta de pediatría y siendo dado de alta en U.C.I. a las 4 horas de su ingreso. La evolución posterior fue favorable, presentando un examen neurológico normal excepto una marcada irritabilidad y excitabilidad motora a las 24 horas, que posteriormente desapareció.
- El día 23 de julio de 1999 el menor fue dado de alta, dado que la exploración física y neurológica eran normales, siendo trasladado al Centro de Acogida de menores de Puerto Real en virtud de lo acordado en auto dictado por el Iltmo. Sr. Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Jerez de la Frontera de fecha 23 de julio de 1999. En la citada resolución judicial se acordó atribuir la guarda del menor Pedro R. de los S. a la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía y suspendiendo la guarda que hasta ahora ejercían los padres titulares de la patria potestad. A su vez este organismo, por resolución de 27 de julio de 1999, ha procedido a declarar al menor en situación legal de desamparo.
- Una vez conocidos los resultados de la analítica practicada al menor Pedro R., por A 23 de julio de 1999 se acordó la entrada y registro en el domicilio de Pedro R. M. y María Paz de los S. M., padres del menor, sito en Barriada Santo Tomás de Aquino de esta ciudad. En dicha diligencia se intervinieron productos y utensilios propios de la alimentación del bebé, entre ellos una tetina de caucho de un biberón, en la que, una vez analizada por el Instituto de Toxicología, se detectó la presencia de trazas de cocaína.
- El día que ocurrieron los hechos, los padres del menor, Pedro R. M. y María Paz de los S. M., decidieron llevar a su hijo al hospital ante el estado de decaimiento que éste presentaba, pues no les pareció normal, si bien y pese a las recomendaciones de los médicos de que permaneciera ingresado para proseguir el tratamiento prescrito, el padre, Pedro R. M., renunció de forma voluntaria al tratamiento médico aconsejado para su hijo. Ello se produjo a la hora de haber sido ingresado en el hospital.
- Seguidamente los facultativos pusieron este hecho en conocimiento del Iltmo. Sr. Magistrado-juez de Guardia, quien ordenó el ingreso del menor en el Centro Hospitalario por auto de fecha de 20 de julio de 1999, para evitar cualquier riesgo para la salud del menor.
- María Paz de los S. M., madre del menor, era la persona encargada de la alimentación de éste, la que preparaba sus biberones, si bien de forma accidental éstos, una vez preparados, eran suministrados por una de las hijas

mayores. El procesado Pedro R. M. no participaba en las tareas de preparación, elaboración y suministro de la alimentación al menor. El día de los hechos, 20 de julio de 1999, Pedro R. M. no se encontraba en el domicilio familiar, pues estaba cuidando a su padre, que se encontraba enfermo. Ambos procesados son toxicómanos.

- El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Jerez de la Frontera instruyó sumario contra M.ª Paz de los S. M. y otro, por delito de lesiones, y una vez concluso lo remitió a la AP Cádiz, que con fecha 27 de junio de 2001 dictó sentencia condenando a M.ª Paz como autora criminalmente responsable de un delito de lesiones ya definido a la pena de cuatro años y seis meses de prisión con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco, pena de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y con imposición de la mitad de las costas procesales. No ha lugar a privar a M.ª Paz ni a Pedro de la patria potestad sobre su hijo. Absolvemos a Pedro de los delitos contra la salud pública y lesiones de los que se le ha acusado y asimismo absolvemos a M.ª Paz del delito contra la salud pública.
- El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación con la finalidad de que se imponga la pena de privación de la patria potestad como pena accesoria al delito de lesiones por el que se ha sido condenada la acusada, siendo desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Ministerio fiscal formaliza un único motivo en el que denuncia el error de derecho por la inaplicación del art. 56 del CP. En la impugnación pretende que se imponga la pena de privación de la patria potestad como pena accesoria al delito de lesiones por el que ha sido condenada la acusada en aplicación del art. 56 CP. A juicio de la acusación pública procede la pena instada en el escrito de acusación al tratarse de un delito grave, el de lesiones agravadas por la utilización de medios peligrosos, y tener relación directa con los deberes de protección dimanantes de la patria potestad. Recuerda el relato fáctico, madre que en el biberón que prepara a su hijo de cinco meses de edad introduce una concentración de sustancias tóxicas determinantes de las lesiones que se declaran probadas. Afirma que la reciente jurisprudencia de esta Sala, que interpreta el art. 56 en el sentido de no otorgarle un carácter automático a la privación de la patria potestad, «está referida a supuestos en los hechos tenían como sujeto pasivo a uno de los progenitores y eran realizados por el otro, y no es de aplicación cuando el sujeto pasivo de los hechos es el mismo hijo menor, pues aquí hay una relación directa con los deberes de protección dimanantes de la patria potestad. Carecería de sentido que cupiera la privación de la patria potestad cuando se abandona o se agrede sexualmente al menor y no cuando se le intenta matar o se le lesiona.»

El argumento del Ministerio Fiscal resulta sumamente atractivo, pero debe ser puntualizado. Ciertamente parece un contrasentido que la Ley penal prevea, de manera ex-

presa, para los delitos contra la libertad sexual y los de abandono de familia la pena de privación de la patria potestad y no exista una previsión penal similar para los delitos de homicidio y los de lesiones, por lo que, afirma la acusación pública, es preciso acudir a la posibilidad del art. 56 del CP, la pena accesoria, e incluir la privación de la patria potestad en aquellos casos en que la pena guarda una relación directa con el delito.

El motivo no puede ser estimado. Es, precisamente, en esa previsión específica donde radica la singularidad. En efecto, en los delitos contra la libertad sexual y en los delitos contra las relaciones familiares, el CP prevé, expresamente, la posibilidad de imponer la pena de privación de la patria potestad, «si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor», art. 233, y «podrá imponer razonadamente la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad», art. 192, en los delitos contra la libertad sexual. Es decir, la específica previsión legal referida a la privación de los derechos de patria potestad, se expresa con carácter potestativo para el tribunal atendiendo a las circunstancias del menor, en los términos del Código, o en los más apropiados de la LO 1/96, al superior interés del menor. La ausencia de una previsión específica para los delitos contra la vida o la integridad física no nos puede llevar a su imposición automática, como se pretende por la acusación, en aplicación del art. 56 del CP haciendo que la norma genérica del art. 56 se aplique automáticamente y, sin embargo, la previsión específica esté sujeta a condicionamientos expresos para su imposición. En otras palabras, si la previsión específica, para los delitos contra la libertad sexual cometidos por los parientes y contra la relaciones familiares, de la privación de la patria potestad, aparece redactada en términos de imposición facultativa para el juez, con exigencia de un razonamiento expreso que atienda a las circunstancias del menor, la previsión genérica del art. 56, la inhabilitación como pena accesoria, no puede tener el automatismo que se pretende por la acusación recurrente. Desde esta perspectiva el contrasentido al que se refiere el Ministerio fiscal en su impugnación no se produce, sino que el legislador ha delimitado, consciente de la gravedad de la pena de inhabilitación, su alcance, y allí donde la prevé de forma expresa la sujeta a unas especiales exigencias de motivación y dispone su imposición con carácter facultativo, de lo que se deduce que la pena privativa de la patria potestad si bien ha de ir referenciada, como toda pena a la gravedad del hecho, sobre todo ha de referenciarse al superior interés del menor, lo que comporta la realización de estudios psicosociales y familiares precisos para acertar con la medida procedente.

El criterio expuesto por el tribunal de instancia para no imponer la pena de privación de la patria potestad como accesoria al delito de lesiones no es acertado, por cuanto refiere la no imposición de la pena a la existencia de mayores garantías en el proceso civil que en el proceso penal. Las garantías que previene el ordenamiento procesal penal son las ajustadas a las prevenciones constitucionales para la privación de derechos fundamentales y, en todo caso, el juez penal puede, y debe, acudir a las normas del ordenamiento civil y al protector de la infancia para complementar el ordenamiento en aquellos aspectos expresamente regulados por ese ordenamiento.

El ordenamiento jurídico español se ha dotado recientemente de nuevas regulaciones específicas de protección a los menores y ha dispuesto la creación de instituciones de protección específica, y de órganos jurisdiccionales especializados en la materia, a tenor de los que dispensar una protección global del menor, lo que ha permitido superar la consideración del niño como objeto de propiedad de los progenitores que es sustituida por su consideración como titular de derechos, merecedor de una protección especial por parte del Estado e instituciones. La posibilidad de imponer la pena de privación de la patria potestad, ya como pena específica o genérica, ha de referenciarse, co-

mo antes se dijo, al superior interés del menor, en los términos de los arts. 192 y 233 CP, y no tanto a la gravedad del hecho, pues esa referencia que se pretende por la acusación todavía conserva parte de la consideración patrimonialista de la descendencia, en la medida en que un delito contra ellos, como se solicita, debe comportar la privación automática del derecho a la patria potestad como castigo al ascendiente por el delito cometido, sin atender a los intereses del menor de singular relevancia y necesaria protección. Esa situación queda evidenciada, en este caso, cuando la pena accesoria podría ser impuesta sólo al culpable del delito sin atender la situación del progenitor no culpable del hecho punible, aunque sí de la situación de riesgo del menor que la jurisdicción especializada puede tener en cuenta.

No basta con disponer la privación de la patria potestad, sino que es preciso adoptar las prevenciones especiales de guarda, tutela, acogimiento que las leyes reguladoras previenen, para las que es preciso un conocimiento cabal de la situación del menor que sólo desde un previo estudio psicosocial y familiar puede y debe ser adoptada.

El Acuerdo del Pleno de esta Sala de 26 de mayo de 2000 es expresivo de lo anteriormente relacionado. La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad es una pena recogida en el catálogo punitivo contenido en los arts. 39 b) y 46 del CP y expresamente prevista en los delitos contra la libertad sexual, contra las relaciones familiares, dispuesta, como vimos con carácter facultativo y con exigencia de motivación expresa. También, con carácter genérico, es posible su imposición como pena accesoria a tenor de lo dispuesto en el art. 56 del CP, pero, como se señala en la sentencia impugnada, su imposición no puede tener un carácter automático, pues el automatismo aparece rechazado cuando el Código la prevé con carácter expreso, luego con mayor razón cuando su imposición procede de forma accesoria a una pena privativa de libertad inferior a 10 años.

Pero, sobre todo, hemos de tener en cuenta que el ordenamiento jurídico español, como antes señalamos, ha sido especialmente desarrollado en el ámbito protector de la infancia y adolescencia previendo la declaración de situaciones de desamparo de menores y de medidas correspondientes a esa situación con intervención de organismos e instituciones especializadas en su protección, entre ellas, y de manera relevante en las causas penales, el Ministerio fiscal, quien deberá actuar las medidas de protección necesarias.

En el hecho probado se declara, en este sentido, que el juzgado acordó la suspensión de la guarda que tenían los padres y la atribuyó al organismo competente de la Comunidad Autónoma, declarando, días después, la situación legal de desamparo a partir de la que procederá la adopción de cuantas medidas de protección procedan, entre ellas la privación de la patria potestad, que será acordada en el proceso civil que se tramita en el que intervienen cuantas instituciones están preordenadas para asegurar el interés del menor, que es el prioritario. Consecuentemente, el motivo se desestima.

3. *Condena por un delito de coacciones al padre que no devolvió las hijas a su madre siendo absuelto por el delito de desobediencia y amenazas.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de junio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 3 de enero de 1986 D. Walid, de nacionalidad libanesa y española contrajo matrimonio con D.ª M.ª Jesús, también con dicha nacionalidad y originariamente española, habiendo tenido una hija de nombre Layla en 1987. Tras convivir la pareja durante diversos períodos de tiempo tanto en España como en El Líbano, para cuya entrada D.ª M.ª Jesús obtuvo visados el 2-1-1989, 16-6-1989, 7-11-1989 y 13-1-1990, la esposa formuló en fecha 7 de junio de 1990 demanda de divorcio designando como domicilio del esposo, que se encontraba residiendo en Líbano, el domicilio conyugal, sito en Madrid, y con posterioridad el de una tía del esposo que cuando se intentó el emplazamiento manifestó que su sobrino se encontraba fuera de nuestro país y concretamente, en Líbano, desconociendo cuándo volvería a España. Por tales motivos, el emplazamiento y sentencia de divorcio, de 20-12-1991, fueron notificadas al esposo mediante publicación en el B.O.C.A.M., quedando la hija bajo la guarda y custodia de la madre, y sin que exista constancia documental de que el esposo fuera notificado personalmente de la misma.
- Tras diversas vicisitudes entre ambos reanudaron la convivencia, y D.ª M.ª Jesús obtuvo visado de entrada en El Líbano el 19-9-1991, 1-4-1993 y 4-11-1993, así como autorización de residencia en el país el 20-2-1992 hasta el 19-2-1993, en que le fue concedida la nacionalidad libanesa. Fruto de esa convivencia fue el nacimiento de su hija Eva el 8-12-1993 en El Líbano. Desde el verano de 1995, M.ª Jesús se traslada a Madrid con sus hijas, recibiendo periódicas visitas de Walid, que se aloja en su domicilio, abona mensualmente una cantidad de dinero y en el verano de 1997 se traslada con sus dos hijas a Líbano, con consentimiento de D.ª M.ª Jesús, a quien pretende convencer de que se vaya de nuevo a vivir allí. Telefónicamente comunicó a M.ª Jesús que no regresaría con las dos menores y que era ella la que debería irse a vivir al Líbano, por lo que M.ª Jesús denunció

el hecho y telefónicamente le dice que legalmente están divorciados, por lo que Walid denuncia en Beirut a M.ª Jesús por abandono del domicilio conyugal, obteniendo la custodia de sus hijas, con derecho de la madre a visitarles y prohibición expresa de que se las lleve del país, sin que conste que M.ª Jesús fuera citada o notificada del procedimiento.

- Con fecha 29-10-1997, M.ª Jesús insta la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio y recae sentencia también del Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Madrid, que modifica la recaída en los autos 560/90 de divorcio y que atribuye la patria potestad sobre las dos hijas menores exclusivamente a la madre, así como la guarda y custodia. Esta segunda sentencia fue notificada el 22-1-1998 en Beirut a Walid por la Embajada de España, como el 8-1-1998 le habían dado traslado de la cédula de emplazamiento de esta demanda, sin que conste que se le requiriera expresamente para el reintegro de las menores.
- Durante el tiempo en que se mantuvo esta situación, M.ª Jesús viajó en diversas ocasiones al Líbano, permaneciendo la última de ellas en dicho país desde el 8-11-98 al 23-12-98, asistiendo a la Primera Comunión de su hija Layla. También en este lapso de tiempo se produjeron una serie de llamadas telefónicas de M.ª Jesús a Walid, en el transcurso de las cuales éste manifestó a la madre de las menores que no podía verles hasta que dejara denunciarle o volviera con él, fuera una persona "normal", retirara las denuncias o dejara de hacer la folklórica. Asimismo profirió la frase "atrévete, atrévete a pisar suelo libanés".
- En fecha 21 de octubre de 1999 se cursó por el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Madrid orden de detención internacional contra el acusado procediéndose a la misma en Estados Unidos, lo que culminó en que —tras una serie de avatares— las niñas fueran reintegradas a su madre.
- El Juzgado de Instrucción núm. 13 de Madrid incoó procedimiento abreviado contra Manuel y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, que con fecha 8 de junio de 2001 dictó sentencia condenando a Walid como autor responsable de una falta de desobediencia, de una falta de coacciones y de una falta de amenazas a las penas de multa de dos meses con una cuota diaria de 50.000 ptas. por la de desobediencia, y por las faltas de amenazas y coacciones multa de veinte días por cada una de ellas con una cuota diaria de 50.000 ptas. por día. El acusado abonará las costas procesales correspondientes a juicio de faltas e indemnizará a M.ª Jesús en la cantidad de 500.000 ptas. por los daños morales sufridos.
- Tanto M.ª Jesús como Walid interpusieron recursos de casación, estimándose por el Tribunal Supremo el interpuesto por Walid, en el sentido de absolverle de los delitos de amenazas y desobediencia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Tanto el acusado como la acusación particular combaten la calificación de los hechos como falta de desobediencia que la Sala de instancia subsume en el art. 622 CP, abogando el primero por la atipicidad y sosteniendo el segundo su calificación como delito tipificado en el art. 556 CP. El fragmento del relato histórico que se constituye en el presupuesto fáctico de la infracción penal es aquel que dice: «Con fecha 29 octubre 1997, María Jesús insta la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio y recae sentencia también del JPI núm. 22 de Madrid, que modifica la recaída en los autos 560/90 de divorcio y que atribuye la patria potestad sobre las dos hijas menores exclusivamente a la madre, así como la guarda y custodia. Esta segunda sentencia fue notificada el 22 enero 1998 en Beirut a Walid C. por la Embajada de España, como el 8 enero 1998 le habían dado traslado de la cédula de emplazamiento de esta demanda, sin que conste que se le requiriera expresamente para el reintegro de las menores.»

Sobre esta base fáctica, la sentencia recurrida aplica el art. 622 CP, argumentando que el acusado ha desobedecido única y exclusivamente la sentencia de modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio de 1991, pero no esta última «porque no existe prueba suficiente de que el acusado tuviera conocimiento de la sentencia de divorcio de fecha 20 diciembre 1991...» ya que «es totalmente posible, pues, que el acusado (...) ignorara la resolución judicial reseñada...». Por otra parte, la mencionada calificación como falta de desobediencia la cimenta el Tribunal sentenciador en el argumento según el cual «sólo puede entenderse, pues, que ha desobedecido una sentencia, respecto de la cual no consta, sin embargo, que fuera requerido expresamente para su cumplimiento, esto es, para el reintegro de las menores».

Así las cosas, cabe significar que el delito de desobediencia requiere: a) un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la Autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias; b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido; c) la resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde, obstinada y recalcitrante.

Es patente que en el caso examinado no se dan estas exigencias, a la vista de los hechos probados transcritos que constituyen el presupuesto material de la infracción como figura delictiva que postula la acusación particular, lo que sería suficiente para rechazar tal pretensión. Acaso consciente de ello, dicho recurrente pretende fundamentar su reclamación casacional en base a dos elementos: que el acusado también desobedeció la sentencia de divorcio de 1991, de la que —afirma— había sido notificado, y que sí se le requirió para que cumplimentara la de 28 julio 1998 modificativa de las medidas adoptadas en aquélla después de haber sido notificado de tal resolución. Vano intento, puesto que dichas alegaciones no se compadecen en absoluto con la resultancia de Hechos probados ya que —como se ha dicho— la sentencia declara como no probados uno y otro dato.

Si la conducta del acusado no constituye el delito de desobediencia, entiende esta Sala de casación que tampoco cabe considerarla integrada en la falta del art. 622 CP, toda vez que no cabe incardinar en el ilícito de desobediencia —como delito o como falta— cuando la resolución judicial no contiene un mandato concreto, expreso y terminante de reintegrar a las niñas a la madre, no indicando siquiera al notificado que esa re-

solución fuera firme (el mismo acusador particular expone que podía ser objeto de recurso), y cuando, como subraya el Tribunal *a quo,* no consta que el acusado fuera requerido para el inmediato cumplimiento de reintegrar a las menores, siendo así que dicho reintegro no figuraba en la sentencia notificada al acusado. Por lo demás, resulta sumamente importante el hecho probado de que con anterioridad a la notificación al acusado de la resolución judicial que venimos analizando, aquél había denunciado en los Tribunales de Líbano en Beirut a M.ª Jesús por abandono del domicilio conyugal «obteniendo la custodia de sus hijas...» de las autoridades judiciales libanesas, cuya nacionalidad tenían ambos cónyuges junto a la española, por lo que no cabe excluir que aquél se considerara amparado por una resolución judicial que contradecía la que, sobre la misma materia, había dictado el JPI núm. 22 de Madrid.

En definitiva, si no existe mandato expreso de una concreta acción u omisión; si no existe un requerimiento o conminación estricta a observar una específica conducta; si la resolución judicial no especifica la ejecutividad y ejecutoriedad de la misma; y si el interesado se encuentra protegido por otra resolución judicial válida y legítima de contenido opuesto, es claro que no se dan tampoco los requisitos que configuran el ilícito de desobediencia como infracción punible menor al no apreciarse la actitud de rebeldía y franca oposición del agente.

Consecuencia de cuanto ha quedado expuesto es la estimación del motivo formulado por el acusado y la declaración de que los Hechos Probados no constituyen la falta de desobediencia del art. 622 CP por la que aquél fue condenado.

La misma reacción impugnativa se repite en relación a la calificación de la conducta del acusado descrito en el *factum* de la sentencia que describe cómo aquél, en el transcurso de una conversación telefónica con su esposa, pronuncia la frase «atrévete, atrévete a pisar suelo libanés», que la Audiencia califica constitutiva de una falta de amenazas del art. 620.2.º CP y que los recurrentes —siempre al amparo del art. 849.1.º LECrim.— consideran incorrectamente calificada, sosteniendo la acusación particular que tal conducta debe integrar el delito de amenazas del art. 169 en tanto que el acusado reclama la completa atipicidad del hecho.

Desde luego, la pretensión de la acusación particular debe ser desestimada partiendo de la base, elemental y primaria, de que el tipo delictivo en el que se pretende subsumir la acción exige, como requisito fundamental inexcusable que la amenaza consista en causar un mal que constituya uno de los delitos que se especifican en el precepto, y es patente que la frase en cuestión no reúne las exigencias de la acción delictiva típica, porque con la transcrita expresión no se está anunciando la comisión de ninguno de los delitos enumerados en la norma, y así lo entienden también tanto el Ministerio Fiscal como el propio Tribunal sentenciador.

Ocurre, por otra parte que las infracciones criminales tipificadas en el art. 169 (delito) y 620 (falta), tienen idéntica denominación y participan de la misma estructura jurídica, diferenciándose tan sólo por la gravedad de la amenaza, y esta gravedad ha de valorarse en función de la ocasión en que se profiere, de las personas intervinientes y actos anteriores, posteriores y simultáneos, dado que se trata de una figura eminentemente circunstancial.

Pues bien, si la falta de amenazas conserva la misma estructura que el delito del art. 169, deben señalarse las notas características que configuran esta figura típica, a saber: 1. El bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida; 2. Es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo; 3. El contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio en hechos o expresiones, de causar a otro un mal que constituya delito de los

enumerados; anuncio de mal que de ser serio, real y perseverante, de tal forma que ocasione una repulsa social indudable; 4. El mal anunciado ha de ser futuro, injusto, determinado y posible que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo y produce la natural intimidación en el amenazado; 5. Este delito es eminentemente circunstancial, debiendo valorarse la ocasión en que se profiera, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y sobre todo posteriores al hecho material de la amenaza; 6. El dolo específico consiste en ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin; 7. La penalidad varía según se exija cantidad o se impongan condiciones al amenazado y según se consigan tanto la cantidad o la condición —de ahí su verdadera naturaleza de chantaje— o no se hubieran conseguido.

En el caso presente, la expresión objeto de la polémica procesal es una frase concreta que se extrae de toda una conversación telefónica mantenida por dos cónyuges que disputan sobre la situación matrimonial y las consecuencias y efectos de la ruptura, no siendo baladí el hecho de que dicha conversación fue grabada por la esposa del acusado y utilizada posteriormente contra el mismo. En este escenario, la expresión proferida debería ser analizada desde la perspectiva del Derecho penal en el contexto en que fue pronunciada, esto es, en el ámbito de una conversación cuyo contenido y forma de producirse se ignora, pero cabe destacar que, en todo caso, la tan repetida expresión se manifiesta tan etérea y cargada de ambigüedad que no sólo no exterioriza la amenaza de un mal determinado, sino que, en las circunstancias en que se producen los hechos, se hace verdaderamente difícil aceptar que estamos ante la conminación de un —supuesto y difuso— mal con sólida apariencia de seriedad y firmeza. Pero, si además, tanto en el delito como en la falta, el mal que se anuncia debe en todo caso ser injusto, no puede excluirse en perjuicio del reo que la frase cuestionada se refiriera a las consecuencias legales que para la esposa pudieran derivarse de la denuncia de que ésta había sido objeto en Beirut por el acusado por abandono del domicilio conyugal que consigna el Hecho Probado, lo que privaría de tal característica a la acción.

En definitiva, considera esta Sala que se ha criminalizado indebidamente una concreta expresión que, por las circunstancias en que se produjo y por la ausencia de las notas que caracterizan el ilícito, carece de relevancia en el ámbito de las infracciones tipificadas en el CP y, por ello, el motivo del acusado debe ser estimado.

En relación al hecho probado de que durante el tiempo en que las hijas del acusado y M.ª Jesús permanecieron en el Líbano con su padre se produjeron una serie de llamadas telefónicas de la madre al acusado, en el curso de las cuales éste manifestó a la madre de las menores que «no podía verles hasta que dejara de denunciarle o volviera con él, fuera una persona "normal", retirara las denuncias o dejara de hacer la folklórica», que la sentencia califica como falta de coacciones del art. 620.2 CP, el acusado acepta este pronunciamiento, y la única impugnación procede de la acusación particular que denuncia —también al amparo del art. 849.1 LECrim.— infracción de ley por indebida aplicación del art. 172 CP que tipifica las coacciones como delito.

Tiene declarado esta Sala que la falta de coacciones es una infracción contra la libertad, que supone un constreñimiento antijurídico, y que requiere la concurrencia de los siguientes elementos: 1. Una actuación o conducta violenta de contenido material, vis física, o intimidatoria, vis compulsiva, ejercida contra el sujeto pasivo, bien directamente o bien indirectamente a través de terceras personas, 2. Un resultado al que se orienta dicho *modus operandi,* que es el de impedir a alguien a hacer lo que la ley no prohíbe u obligarle a efectuar lo que no quiera; 3. Un *animus* tendencial consistente en la voluntad de restringir de algún modo la libertad ajena para someterla a los deseos

o criterios propios; 4. La ilicitud de la acción, contemplada desde la perspectiva de la falta de cobertura legal para poder imponer dicha conducta; 5. Una menor intensidad, que no permite encuadrar las coacciones en el ámbito delictivo (STS de 3 de octubre de 1997, entre otras).

En relación con este último punto, la STS de 17 de noviembre de 1997 precisa que la conducta violenta, física o psíquica del autor en el ámbito del delito, ha de revestir una gravedad de intensidad importante para distinguirla de las coacciones leves del art. 622 CP que configura la infracción como falta.

En el supuesto examinado, el Tribunal de instancia razona la calificación como falta «fundamentalmente» (es decir, no sólo por lo que seguidamente expresa, lo que permite percibir que implícitamente se alude a falta de una grave intensidad en la intimidación) por lo que viene denominando la jurisprudencia «características del resultado» en esta clase de infracciones, consignando que «lo cierto es que la denunciante, como ya se ha dicho, pudo viajar a Líbano y estar en reiteradas ocasiones con sus hijas sin que ello supusiera la paralización del proceso penal —como es evidente— o volviera con el acusado».

En este sentido resulta particularmente acertada la invocación que, para oponerse al motivo, hace el Ministerio Fiscal a la sentencia de esta Sala de 18 julio 2002 en la que aborda la cuestión sobre la diferencia entre el delito y la falta de coacciones y establece que la diferencia se afirma desde la valoración de la gravedad de la acción coactiva y la idoneidad de los medios empleados para la imposición violenta teniendo en cuenta la personalidad de los sujetos activo y pasivo de la casación, sus capacidades intelectivas y todos los factores concurrentes, ambientales, educacionales y circunstanciales en los que se desenvuelve la acción. En términos de nuestra reciente jurisprudencia, debemos valorar la entidad cuantitativa de la fuerza empleada o de la violencia ejercida y atender a la realidad circunstancial concurrente (STS 3908/1999, de 18 mayo).

En nuestro caso, las especiales y significativas circunstancias precedentes y coetáneas a los hechos que singularizan notoriamente los sucesos y, en particular, la inocuidad del resultado, permiten considerar que, existiendo realmente una objetiva acción intimidatoria, o vis compulsiva ejercida contra el sujeto pasivo, la entidad de la violencia no alcanza la intensidad y gravedad de la requerida para el tipo delictivo, pero sí para la falta. El motivo debe ser desestimado.

Es ahora el acusado quien formula otro motivo casacional por infracción de ley del art. 849.1 LECrim., por inaplicación del art. 50.5 CP y violación del art. 24.1 CE, alegando como fundamento de las censuras que en la fijación de 50.000 ptas. como cuota diaria de las penas de multa impuestas se revela una insuficiente motivación y, por otro lado, al establecer esa cuantía el Tribunal no ha valorado los criterios que, a tales efectos, establece el art. 50.5 CP, postulando finalmente una cuota diaria de 500 ptas.

Tiene razón el recurrente cuando aduce que si bien el art. 638 CP permite que «en la aplicación de las penas de este Libro (Faltas y sus penas) procederán los jueces y Tribunales según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los arts. 61 a 72 de este Código», a pesar de ello esta libertad de criterio no rige para la fijación del importe de las cuotas a satisfacer por el condenado, según advierte la STS de 24 de enero de 2000, al precisar que «el libre arbitrio que el art. 638 del CP concede al Juzgador para individualizar las penas establecidas para las faltas, sin sujeción a las reglas prevenidas en los arts. 61 a 72 del CP de 1995, no se extiende a la determinación de la cuota de la multa, que deberá fijarse en atención a las circunstancias económicas del penado», es decir, «teniendo en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo» (art. 50.5 del CP).

Lo cierto es que la sentencia impugnada no contiene ninguna referencia a los criterios establecidos en el art. 50.5 para la deter-

minación de la cuota de la multa, limitándose a consignar como fundamento de su decisión de imponer la cuota más elevada legalmente permitida «el nivel económico de que dispone el acusado, según se desprende de sus propias manifestaciones» (FJ 3.º). Es patente, pues, que ni se ha aplicado el art. 50.5 CP, ni la motivación en la individualización de la pena de multa respeta las exigencias mínimas de tal obligación que el art. 120.3 CE impone a los Tribunales de razonar sus decisiones y ofrecer al acusado el porqué de éstas.

Pero también es cierto que en ocasiones, el Tribunal se encuentra con un vacío de datos en las actuaciones respecto a los mencionados criterios fijados en el repetido art. 50.5, lo que, de hecho, impide su aplicación, que es lo que acaece en el caso actual. En estas situaciones, lo que a los Tribunales incumbe es tomar en consideración aquellos otros datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse (SSTS de 12 de febrero y 11 de julio de 2001), eso sí, consignándolos en la sentencia y valorándolos expresamente para que se entienda respetada la exigencia de la motivación.

Pues bien, en nuestro caso la Sala de instancia no hace referencia al patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares del acusado para establecer «las circunstancias económicas del penado» como base fáctica para fijar la cuantía de la cuota, por la falta en las actuaciones de datos suficientes al respecto. Y, como se dice, establece dicha cuota con la simple alusión sumamente abstracta e imprecisa del nivel económico del acusado deducido de sus manifestaciones, pero que ni se consignan cuáles sean éstas ni se evalúan ni se analiza en absoluto.

En este trance, consideramos que tan irracional y arbitrario sería fijar la cuota en su mínima cuantía de 200 ptas. diarias, como mantenerla en 50.000, dado que si aquélla se reserva para supuestos de auténtica indigencia del penado (STS de 13 de julio de 2001), ésa debe quedar limitada a los casos de acusados de situación económica privilegiada.

Para dilucidar la cuestión (y evitar los considerables perjuicios que supondría la devolución al Tribunal *a quo* para que concrete y explicite su decisión completando las lagunas de su motivación), las deficiencias en la motivación pueden subsanarse en este estadio casacional examinando las declaraciones del acusado que ilustran sobre su situación económica, a las que se refiere la sentencia. Pues bien, en el Acta del Juicio Oral se recogen las manifestaciones del acusado referentes a disposiciones dinerarias de distinto tipo e inversiones de negocios en notables cuantías que reflejan una saneada situación económica que le permitieron adquirir una casa y una clínica «para lo cual tenía medios económicos», hacer entregas a su mujer de 50.000 ó 60.000 dólares mensuales voluntariamente y «no obligado por una sentencia», y una transferencia de siete millones de pesetas junto a «muchas otras de 21.000 dólares...». Todo lo cual configura una base suficiente para —ante la inexistencia de datos que permitan aplicar los criterios establecidos en el art. 50 CP— fijar como razonablemente proporcionada la cuota diaria de la pena de multa por la falta de desobediencia (única que pervive a tenor de las consideraciones precedentes) en 20.000 ptas., que entendemos ponderada, a la solvencia económica del acusado. Por ello, el motivo debe estimarse parcialmente en los términos antedichos.

En la segunda sentencia dictada por el Tribunal Supremo, se condena al acusado Walid, como autor responsable de una falta de coacciones, ya definida a la pena de multa de veinte días con una cuota diaria de 20.000 ptas., debiendo indemnizar en concepto de responsabilidades civiles por daños morales a M.ª Jesús E. M. en la cantidad de 500.000 ptas. Asimismo se le imponen un tercio de las costas procesales correspondientes al juicio de faltas. Absolviendo al mencionado acusado del resto de los delitos y faltas que le venían siendo imputados.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

1. *A pesar de que se reconoce la posibilidad de fijar limitación temporal a la pensión compensatoria, en el presente caso, teniendo en cuenta que el matrimonio ha durado veinticinco años y que la beneficiaria tiene problemas de salud y una edad crítica para acceder al mundo laboral, se acuerda establecerla sin limitación temporal alguna.*

TSJ de CATALUÑA, Sentencia de 5 de mayo de 2003.
Ponente: Ilma. Sra. D.ª Nuria Bassols Muntada.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª María interpuso demanda de separación contra D. José Luis, solicitando la adopción de una serie de medidas.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º de Lérida dictó sentencia el 31 de julio de 2002 decretando la separación del matrimonio con todos los efectos legales inherentes a tal separación y, en particular, el siguiente: "Se fija en 350 euros la suma que en concepto de pensión compensatoria deberá abonar el Sr. José Luis a su esposa. Dicha suma se abonará por meses anticipados, los cinco primeros días de cada mes en la cuenta designada por la esposa y será actualizada anualmente con efectos desde el día 1 de agosto de 2003, con arreglo al índice de precios al consumo que fije el INE y organismo que lo sustituya."
- En grado de apelación la Sec. 1.ª de la AP de Lérida dictó sentencia el 13 de diciembre de 2002 admitiendo en parte el recurso de apelación interpuesto por José Luis y desestimando la impugnación formulada por María, revocó la sentencia del juzgado en el único extremo de fijar en dos años la duración

máxima de la pensión compensatoria fijada a favor del cónyuge, confirmando el resto de pronunciamientos de la mencionada sentencia y sin que proceda especial condena a las costas de esta segunda instancia.

- D.ª María interpuso recurso de casación que fue estimado por el TSJ de Cataluña que eliminó la limitación temporal de la pensión compensatoria.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Amparándose en el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aduce la recurrente que la sentencia dictada por la Audiencia presenta interés casacional, por el hecho de que sobre la necesidad de fijar un plazo en relación a la pensión compensatoria regulada en el artículo 84 del Código de Familia no se ha forjado doctrina jurisprudencial de este Tribunal Superior de Justicia, por el hecho de que, en el momento en que se presentó el mencionado recurso de casación, este Tribunal se había pronunciado en relación al *Thema decidendi* únicamente en la sentencia de 4 de marzo de 2002.

En el cuerpo del recurso de casación la parte recurrente muestra su más radical disconformidad con la sentencia que impugna, y que, como ya se ha avanzado, fija un plazo de dos años para la pensión compensatoria en cuantía de 350 euros mensuales que la sentencia de Primera Instancia había otorgado a favor de la señora María a tenor de lo que dispone el mencionado artículo 84 del Código de Familia.

En el recurso de casación se menciona que, en opinión de la recurrente no concurre ninguna razón ni teleológica ni sistemática que lleve a considerar que los órganos judiciales, al determinar la pensión compensatoria del artículo 84 del Código de Familia forzosamente deban fijar de forma apriorística la duración temporal de la pensión antedicha.

También se insiste en el recurso en la circunstancia de que, la necesidad ineludible de fijar *a priori* un plazo para la pensión compensatoria regulada en el artículo 84 del Código de Familia exigiría a los Jueces y Tribunales una labor de mera elucubración circunscrita al futuro económico de la persona favorecida por la pensión compensatoria.

El recurso pone de relieve que esta misma Sala en la sentencia que se acaba de mencionar de 4-3-2002 destacaba: «no se atisba razón social alguna que conduzca a la inexorabilidad de un plazo a fijar para la pensión compensatoria, plazo que, además, obligaría a adivinar, ante la cesación de la situación de desequilibrio, cuando la ley ofrece, como veremos, mecanismos suficientes para modular una situación que se fija *rebus sic standibus*».

Finalmente la parte recurrente afirma que la hipotética posibilidad de establecer *a priori* un plazo para la pensión compensatoria que se trata dependerá de las circunstancias que concurran en el caso concreto y, en consecuencia, procede a abordar dichas circunstancias y, destaca: que se trata de un matrimonio con una duración de veinticinco años, que la esposa que debe percibir la pensión compensatoria tiene cincuenta años y está afectada por un síndrome depresivo, que ha seguido unos cursos de reflexoterapia y que tiene unos ingresos de 480,69 euros mensuales.

El recurso alude al hecho de que el esposo percibe una remuneración de unos 2.217,49 euros al mes, en virtud de su trabajo que de forma estable desarrolla en la entidad bancaria Ibercaja.

Con los anteriores precedentes procede ahora determinar cuál es el substrato fáctico del que parte la Audiencia y en el que justifica la limitación a únicamente un período de dos años de pensión compensatoria a favor

de la esposa que la sentencia de primera instancia había fijado de forma indefinida: "el hecho de que el que fuera domicilio conyugal ha sido atribuido a la esposa, y que ésta es propietaria, ya desde antes de casarse, de otro piso en Lérida, por el cual percibe un alquiler mensual de 401,18 euros, además de que en la misma sentencia se fija a favor de la hija común del matrimonio una pensión alimenticia de 250 euros, parece que permite considerar esta cifra como la cuantía adecuada para compensar (...) Sin embargo, por lo que respecta a la duración de la misma, la Sala debe valorar las siguientes circunstancias: a) la esposa cuenta únicamente cincuenta años de edad, y a pesar de que parece sufrir un proceso depresivo, como también lo sufrió en su momento el marido, no consta que el mismo le impida, con carácter total y permanente, desarrollar una tarea por cuenta propia o por cuenta ajena económicamente productiva; b) la esposa, que cesó por interés particular en el trabajo que entonces ejercía (en aquella fecha su única hija tenía cuatro años de edad y por tanto ya podía ser escolarizada) dispone de cualificación profesional suficiente (entonces era secretaria de dirección en la Fira de Lleida) lo cual puede permitirle, aunque probablemente después de un reciclaje, obtener algún trabajo de tipo administrativo; c) durante el tiempo que ha dedicado a las tareas domésticas ha cursado estudios de reflexología que nada le impide ejercer por cuenta propia o ajena; d) la hija común, estudiante de medicina y que también desarrolla trabajos en sus días libres, es su única carga familiar, razón por la que dispone de tiempo suficiente para trabajar aunque sea a tiempo parcial; e) los ingresos del marido, según la declaración de la renta correspondiente al año 2000, única que se puede valorar como prueba en el presente juicio, vienen a ser de unos 1900 euros mensuales líquidos por todos los conceptos."

Esta Sala no puede mantener el criterio de la Audiencia por varias y poderosas circunstancias:

a) Carece de interés, a los efectos de fijar la pensión compensatoria que se analiza, el hecho de que en la sentencia que se recurre se haya fijado una pensión alimenticia a favor de la hija del matrimonio en cuantía de 250 euros, ya que, en cualquier caso, esta cantidad debe destinarse a la hija, y en ningún caso es lícito deducir que se trate de una suma de dinero muy elevada (dado el nivel de vida de la familia, la edad de la hija, el hecho de que cursa estudios universitarios...) que permita a la hija disponer de un sobrante para ayudar a la madre.

b) La edad de cincuenta años y el hecho de sufrir una depresión, no ha de facilitar a la señora María la reincorporación al mercado laboral, después de más de quince años de desarrollar únicamente labores domésticas...

c) La circunstancia de que la esposa cesara en el desarrollo de trabajo por cuenta ajena cuando la hija del matrimonio contaba sólo cuatro años no puede considerarse provocada "por el interés particular" de la esposa, cuando queda probado que ésta dedicó su tiempo al cuidado de la casa y de la familia. Es un hecho notorio que una hija de cuatro años, aunque esté escolarizada, tal y como es obligatorio, requiere tiempo para su educación y atención personal.

d) También es incuestionable que un trabajo que se dejó hace más de quince años difícilmente permite ser recuperado aunque se efectúe una labor de reciclaje.

Las anteriores consideraciones ponen de relieve que la Sala considera difícil la nueva incorporación de la esposa al mercado laboral, circunstancia que obviamente debe pesar en el momento de decidir en relación a la temporalidad de la pensión del artículo 84 del CF.

Resulta interesante efectuar ahora un breve análisis de la naturaleza de la pensión compensatoria regulada en el artículo 84 del Código de Familia, y a dichos efectos procede efectuar referencia expresa a la sentencia

de esta Sala de 4 de marzo de 2002 en la que se sustenta el recurso de casación.

Como ya se ha dicho, la mencionada decisión decía: "no se atisba razón social alguna que conduzca a la inexorabilidad de un plazo que deba fijarse para la pensión compensatoria, plazo que además, obligaría a adivinar *ex ante* la cesación de la situación de desequilibrio, cuando la ley ofrece, como veremos, mecanismos suficientes para modular una situación que se fija *rebus sic standibus"*.

Una lectura cuidadosa del artículo 84 del Código de Familia permite afirmar que la pensión compensatoria que acoge, tiene una naturaleza muy similar a la regulada en el artículo 97 del Código Civil, pero procede poner de relieve algunas particularidades en que se incide en el Código de Familia:

a) Dicho artículo dice que la pensión no debe exceder el nivel de vida de que gozaba el cónyuge durante el matrimonio.

b) La autoridad judicial, a fin de fijarla, debe tener en cuenta la situación económica resultante para los cónyuges como consecuencia de la nulidad, divorcio o separación judicial y las perspectivas económicas previsibles de ambos.

c) El artículo 86 del CF dice que la pensión compensatoria se extingue por el transcurso del plazo para el que se estableció.

En la opinión de esta Sala la determinación *ex ante,* o sea en el momento de ordenar el pago de la pensión compensatoria, del plazo de duración de la misma, si bien es algo potestativo, no se trata, en ningún caso, de un imperativo legal. La fijación del plazo discutido será recomendable en casos en que la persona beneficiaria de la pensión se halle en una edad en la que la incorporación al mundo laboral no vaya a ser difícil, tenga una preparación académica o profesional cualificada, el matrimonio haya tenido una duración corta .... Pero en casos como el que aquí se debate, en que el matrimonio ha durado aproximadamente veinticinco años, en que la beneficiaria tiene una edad crítica para acceder al mundo laboral, su salud tampoco facilita ese acceso... Es aconsejable no determinar *a priori* la duración de la pensión del artículo 84 del CF.

La afirmación anterior se deriva del hecho de que las predicciones que debería hacer el Tribunal a fin de determinar la temporalidad deberían asentarse en circunstancias futuras que fácilmente podrían convertirse en previsiones erróneas, lo cual comportaría unas consecuencias muy perjudiciales para la beneficiaria.

Contrariamente a la argumentación expresada, resulta mucho más aconsejable dejar la pensión sin fijar plazo final, con la garantía de que, en caso de "mejora de la situación económica del cónyuge acreedor, que deje de justificarla, o por empeoramiento de la situación económica del cónyuge obligado al pago que justifique la extinción", el artículo 86 del Código de Familia autoriza al obligado al pago a acudir a los órganos judiciales para, si procede, reducir o suprimir la pensión compensatoria.

Corolario de cuanto antecede es la necesidad de admitir el recurso de casación y dejar sin efecto la limitación temporal impuesta por la Audiencia con expresa ratificación de lo decidido en Primera Instancia.

2. *Habiéndose construido por los cónyuges la vivienda familiar elevando unas plantas del inmueble propiedad del padre de la esposa, ejercitada por éste una acción para obtener la posesión, la entrega de la misma queda condicionada a que previamente el padre abone a los cónyuges el importe de las obras.*

TSJ de CATALUÑA, Sentencia de 8 de mayo de 2003.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Lluis Puig i Ferriol.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Jesús es propietario es propietario de una casa que se halla en la población de Vilanova de Bellpuig, que inicialmente estaba formada por una planta baja y una planta primera, que constituía la vivienda de su propietario, esposa e hija del matrimonio.
- Durante el año 1977 la hija del propietario y su futuro esposo, con autorización del padre, levantaron a sus expensas, sobre el edificio, una segunda planta y más buhardillas y reforzaron adecuadamente la estructura del edificio. Esta segunda planta ha sido y es en la actualidad la vivienda familiar de la hija, su marido y los hijos del matrimonio.
- En el año 1998 la Sra. María interpuso demanda de separación contra su marido el Sr. Jesús, que originó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cervera de fecha 29 de julio de 1999, que fue confirmada en grado de apelación por sentencia dictada el día 23 de diciembre del mismo año, que decretaba la separación judicial de los cónyuges y la atribución a la esposa de la planta primera del edificio que hasta ese momento había sido la vivienda conyugal que, como se acaba de mencionar, es propiedad del marido.
- En el mes de febrero de 1999 el Sr. Jesús interpuso una demanda según el procedimiento del artículo 41 de la Ley hipotecaria contra su hija, la Sra. Sofía y contra su marido el Sr. Pedro, en el cual interesaba se decretara el desalojo de los demandados de la planta segunda del edificio, propiedad del demandante que ocupaban sin ningún título que legitimara su situación posesoria. En su escrito de demanda de contradicción, los demandados alegaron que se hallaban en posesión de la segunda planta de la casa propiedad de su padre en base al derecho de retención que establece el artículo 278 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña.

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Cervera dictó sentencia el día 7 de diciembre de 1999, estimando la demanda de contradicción y desestimando la demanda inicial. Dicha resolución fue confirmada por la sentencia que dictó la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lérida el día 22 de mayo de 2000.
- El mes de septiembre de 2000 D. Pedro y D.ª Sofía interpusieron una demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra el Sr. Jesús, en la que interesaban que en su día se dictara sentencia que reconociera a los demandantes el derecho de retención que prevé el artículo 278 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña sobre la planta segunda de la casa propiedad del demandado, hasta que éste les abone la cantidad de 23.971.880 pesetas con sus intereses legales o, en su caso, la que resulte de las pruebas practicadas; con carácter subsidiario que se reconociera el derecho de retención mencionado únicamente a favor de la Sra. Sofía; y también con carácter subsidiario, se declarara que los demandantes son propietarios de la segunda planta de la casa y que se fijara en período de ejecución de sentencia las cuotas y el régimen de propiedad horizontal. El demandando interesó la desestimación de la demanda y formuló a la vez demanda reconvencional, en la que se interesaba que se declarara que el demandante es propietario de la finca que ha originado el litigio, que se determine la cantidad que en concepto de gastos correspondientes a materiales y mano de obra han pagado los demandantes a fin de cuantificar la indemnización garantizada por el derecho de retención y, una vez consignada ésta, se condene a los demandantes a desalojar la planta segunda del edificio. En su escrito de respuesta a la reconvención, los demandantes se avinieron a la petición del demandante de desalojar la planta segunda del edificio una vez se hubiera consignado la cantidad que reclamaban.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Cervera dictó sentencia el día 9 de diciembre de 2001, que estimaba parcialmente la demanda y la reconvención y declaraba que el demandado y demandante reconvencional es propietario de la finca que ha originado el litigio, que los demandantes tienen un derecho de retención sobre la planta segunda del edificio por un importe de 12.495.000 pesetas y que mediante la consignación de esta cantidad o mediante el pago de la misma, el demandante reconvencional podrá extinguir el derecho de retención mencionado.
- Ambas partes litigantes interpusieron recurso de apelación contra la resolución mencionada que resolvió la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lérida mediante sentencia de 21 de octubre de 2002, que desestimaba ambos recursos de apelación.
- El Sr. Jesús ha interpuesto recurso de casación que fue desestimado por el TSJ de Cataluña.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del recurso de casación se fundamenta en la infracción del artículo 278 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña que reconoce a la persona que con buena fe ha edificado en suelo de terceros, la facultad de retener la edificación, hasta que el propietario reintegre o consigne judicialmente el precio de los materiales y de los jornales de los operarios. Alega, inicialmente, la parte que recurre que el derecho de retención de un bien inmueble tiene como única finalidad que el propietario privado de la posesión material de la finca, indemnice el crédito del tercero, con la consecuencia de que no puede entenderse un derecho de retención al margen del derecho de crédito del que lleva *porta causa;* y añade, la misma parte recurrente, que el derecho de retención no implica la posibilidad de uso de la cosa retenida, según resulta del artículo 5.2 de la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble, criterio que debe aplicarse igualmente al derecho de retención cuando recae sobre bienes inmuebles y, en el caso del litigio, los demandantes se han beneficiado del uso de la planta segunda del edificio propiedad del demandado sin pagar ningún tipo de contraprestación durante más de veinte años, lo cual implica ir más allá de las facultades que el derecho de retención otorga a su titular.

En relación con este apartado del recurso, debemos precisar que la correlación entre el derecho de retención que han ejercitado los demandantes y el derecho de crédito de que lleva causa, existe de forma clara, como resulta del escrito de demanda, concretamente del apartado a) de su *petita,* y resulta también de la *petita* del escrito de reconvención de la parte aquí recurrente en el que interesa se determine el importe de los materiales y mano de obra que los demandantes han invertido en la construcción de la planta segunda del edificio, a fin de cuantificar el máximo de indemnización garantizado por el derecho de retención que pueda serles reconocido a los demandantes; por tanto, la parte recurrente no puede alegar ahora, sin contravenir el principio general de ir contra sus propios actos, poner en duda en el trámite de casación la correlación que existe entre el crédito a favor de los demandantes derivado de la construcción en finca ajena y el derecho de retención que ejercitan en garantía de su crédito.

Alega también la parte recurrente en este mismo apartado de su recurso, que el derecho de retención únicamente faculta a su titular a la retención de la cosa, pero no a hacer uso de la misma, y en el caso que ahora debe resolverse, los demandantes siguen disfrutando de la planta segunda del edificio después de haber ejercido el derecho de retención sin abonar ningún tipo de contraprestación, hecho que según la parte demandante origina un manifiesto abuso de derecho, que proscribe el artículo 7.2 del Código Civil. Dicha alegación debe ser igualmente desestimada. En primer lugar porque se trata de una cuestión nueva que se introduce en el trámite de casación y es doctrina jurisprudencial reiterada que las cuestiones nuevas no pueden tener acceso a la casación a fin de no causar indefensión a la parte adversa (sentencias de esta Sala de 12 de noviembre y 3 de diciembre de 1998, que recogen la doctrina establecida sobre este punto por el Tribunal Supremo). Y en segundo lugar porque la misma parte aquí recurrente, en la *petita* de su escrito de demanda reconvencional interesa se condene a los demandantes a desalojar la planta segunda del edificio "previa la consignación judicial de dicha cantidad" por la parte que ahora recurre, que una vez más va contra sus propios actos cuando califica de abusiva la conducta de los demandantes, que siguen ocupando la vivienda en virtud del derecho de retención, que la misma parte recurrente admite como legítima mientras no consigne la cantidad garantizada por el derecho de retención.

En el apartado segundo del motivo de casación que ahora se examina, la parte recurrente alega que en la demanda inicial los demandantes ejercitan una acción declarativa del derecho de retención desvinculada de una potencial reclamación de la cantidad derivada del artículo 278 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, ya que nunca ejercitaron acción de reclamación de cantidad respecto del valor de los jornales y materiales, y que hasta ahora no se ha efectuado ningún tipo de reclamación extrajudicial.

También este apartado del recurso de casación deber ser desestimado. No olvidemos que nos encontramos ante una situación litigiosa que se ha originado entre personas unidas por estrechos vínculos de parentesco, como son un padre y su hija, y que la construcción de la planta segunda de la finca para la hija y su marido se hizo con la autorización expresa del propietario de la finca, con la consecuencia de que debe calificarse como construcción efectuada de buena fe sobre finca ajena, que origina el derecho de retención según el artículo 278 del texto compilado catalán.

También se debe precisar que como resultado del escrito de reconvención la parte ahora recurrente, después de haber caído en crisis las relaciones que tenía con su familia, y después de tener que desalojar la primera planta del edificio como consecuencia de la sentencia de separación matrimonial que atribuía el uso de la vivienda familiar a la esposa, requirió a los demandantes, mediante carta certificada con acuse de recibo, que desalojaran la planta segunda del edificio, y después lo intentó por la vía del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, aunque con resultado adverso. Pero como la sentencia recaída en este procedimiento no produce excepción de cosa juzgada (según resultaba del apartado último del precepto) y el propietario ya había manifestado su voluntad de recuperar la posesión de la segunda planta del edificio, los constructores interponen demanda, que ha originado el recurso que ahora se debe resolver, en la cual interesan que se declare la existencia a su favor del derecho de retención, en garantía del pago de las cantidades que habían pagado para la construcción de la segunda planta del edificio, que incluso cuantifican provisionalmente. La posición de los demandantes debe calificarse de correcta, ya que el derecho de retención debe calificarse jurídicamente de excepción que limita la pretensión de la parte adversa, en el sentido y en relación con la materia objeto del recurso, que el propietario sólo puede recuperar la posesión de la finca después de haber pagado o consignado el crédito a favor del titular del derecho de retención y, por lo tanto, si el titular del derecho de retención quiere que el organismo jurisdiccional considere su excepción, debe alegarla en el proceso, aunque sea como parte demandante, ya que se trata de una excepción de carácter material y no procesal. Por lo tanto debemos entender que mediante la alegación en el escrito de demanda de la excepción material del derecho de retención, la parte demandante manifiesta su voluntad de reclamar las cantidades garantizadas por el derecho de retención, y así lo entendió la parte demandada, cuando en la *petita* de su escrito de reconvención interesa que se decrete la extinción del derecho de retención y desalojo de los demandantes de la planta segunda del edificio, después de haber consignado las cantidades garantizadas por el derecho de retención, posición de la parte reconveniente, que no tiene otro sentido que admitir que en la demanda se ejercitaba la acción de reclamación de las cantidades que los demandantes invirtieron en la construcción de la planta segunda del edificio.

Todos estos razonamientos determinan, pues, la desestimación del motivo primero del recurso de casación y la subsiguiente confirmación de la sentencia recurrida, es decir, la procedencia del derecho de retención a favor de los demandantes hasta que la parte que ahora recurre en casación pague o consigne judicialmente la cantidad que establece la sentencia de instancia, que determi-

nará que los demandantes deban desalojar la planta segunda del edificio y dejarla a disposición de su propietario, como, por otra parte, ya había interesado la parte ahora recurrente en su escrito de reconvención y la parte demandante en el hecho tercero del escrito de respuesta a la reconvención.

3. *El importe de los gastos de la implantación de una prótesis en la intervención quirúrgica de un aneurisma de aorta que finalmente provocó el fallecimiento del esposo, deben hacerse efectivos por la viuda al estar comprendidos dentro del art. 4.1.c) del Código de Familia.*

TSJ de CATALUÑA, Sentencia de 15 de mayo de 2003.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Lluis Puig i Ferriol.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Matías ingresó en urgencias en el Hospital General de Catalunya el día 21 de diciembre de 1998 con sospecha de disección aórtica, al día siguiente se decidió la conveniencia de intervenir quirúrgicamente al paciente e implantarle una prótesis vascular, con la circunstancia de que el paciente murió en el transcurso de la operación.
- Los días 21 y 22 de diciembre de 1998 el señor Matías firmó unos documentos en los que autorizaba al Hospital General de Catalunya para que procediera al tratamiento de su enfermedad, según hicieran aconsejable las circunstancias.
- El día 21 de junio de 2000, el Hospital General de Catalunya S.A. interpuso demanda de juicio de cognición contra la señora Sonia, en su condición de viuda de D. Matías, en la que reclamaba la cantidad de 799.825 pesetas, importe de la prótesis vascular que se implantó al paciente y que fundamentaba en los artículos 4 y 5 del Código de Familia sobre gastos familiares y contribución a los gastos de mantenimiento familiar.
- D.ª Sara contestó a la demanda planteando la excepción dilatoria de falta de personalidad o de legitimación activa del demandante por falta de las cualidades necesarias para comparecer en juicio (artículo 533,2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ya que el Hospital General de Catalunya se hallaba en situación de quiebra voluntaria; y alegaba, asimismo, que la entidad demandante no estaba legitimada para reclamar la cantidad objeto de la

demanda a la viuda del paciente, ya que los hechos que determinaron la intervención quirúrgica no pueden ser calificados de gastos necesarios para el mantenimiento de la familia, y falta de acción de la entidad demandante ante la viuda del paciente, ya que la obligación de abonar las cantidades que reclama el Hospital General de Catalunya S.A. correspondería, en todo caso, a la entidad aseguradora Mapfre Vida, con la que el difunto había concertado una póliza de seguro que garantizaba el "reembolso de gastos médicos completos" o también a la Seguridad Social, ya que el difunto estaba afiliado a ella.

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Rubí dictó sentencia el día 30 de julio de 2001 desestimando la demanda, ya que daba lugar a la excepción de falta de personalidad o de legitimación activa del demandante para presentar la demanda en su nombre por hallarse en situación de quiebra.
- En grado de apelación, la Sec. 12.ª de la AP de Barcelona dictó sentencia el 7 de mayo de 2002 condenó a D.ª Sara a abonar a la actora la cantidad de 799.825 ptas., equivalentes a 4.807,05 euros, los intereses legales desde la interposición de la demandada, y abono de costas de primera instancia, sin hacer condena de las causadas en la alzada procedimental en que cada parte abonará las suyas y las comunes por mitad.
- D.ª Sonia interpuso recurso de casación ante el TSJ de Cataluña que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el motivo primero del recurso de casación, la parte recurrente alega su disconformidad con la interpretación que da la sentencia recurrida a la expresión "las atenciones de previsión, médicas y sanitarias" que establece el artículo 4.1,c) del Código de Familia como una de las manifestaciones del concepto "gastos familiares para el mantenimiento de la familia", ya que según la misma parte recurrente, el precepto mencionado se refiere a los gastos de carácter ordinario que se concretan en los derivados de pólizas de seguro médico, gastos farmacéuticos por enfermedades habituales y otros parecidos, mientras que los gastos extraordinarios y no previsibles, como lo es la implantación de una prótesis a consecuencia de la intervención quirúrgica de un aneurisma de aorta, no pueden ser incluidos en el concepto de gastos familiares del artículo 4.1.c) del Código de Familia por su carácter de gasto imprevisible y extraordinario.

Se puede estar de acuerdo con la parte recurrente en que el artículo 4.1.c) del Código de Familia, como su precedente, el artículo 8.1,2 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña según redacción derivada de la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, considera gastos familiares los que se derivan del pago de pólizas de seguro médico y gastos farmacéuticos derivados de enfermedades habituales, pero la Sala discrepa de la tesis del recurrente, según la cual únicamente estos gastos y otros parecidos son los que regula el artículo 4.1,c) del Código de Familia. El precepto trata en primer lugar de "atenciones de previsión", que serían las derivadas de primas de seguro personales, por ejemplo de un se-

guro de vida, y también las primas de seguros sobre los bienes de uso familiar, con inclusión de la responsabilidad que pueda derivarse de su uso. El precepto se refiere también a los gastos derivados de atenciones "médicas y sanitarias", sin distinguir entre los gastos que podemos denominar ordinarios y los extraordinarios o imprevisibles, circunstancia que de una forma u otra pone de relieve que no está en la voluntad del legislador diferenciar el régimen jurídico de unos y otros gastos, posición que debe considerarse correcta, ya que con frecuencia la distinción entre enfermedades ordinarias y extraordinarias o, si se quiere, gastos médicos de carácter ordinario o extraordinario, es difícil de establecer, especialmente si se tiene en cuenta que todos los gastos derivados de enfermedades son en parte extraordinarios, ya que casi siempre suponen un gasto añadido a los ordinarios del mantenimiento de la familia.

Se puede añadir además que hay que relacionar el artículo 4.1,c) del Código de Familia con su apartado 1,c), que atribuye la condición de gastos familiares a "los originados en concepto de alimentos en su sentido más amplio, según la definición que de ellos se hace en este Código", remisión que nos lleva a su artículo 259, que establece como contenido posible de los alimentos "la asistencia médica del alimentado". Y si según el artículo 4.1,a) debe entenderse el concepto de alimentos en su sentido más amplio, debemos concluir que los gastos que reclama la entidad demandante y que han originado el litigio, se incluyen en el concepto de gastos familiares para asistencia médica, puesto que se trata de unos gastos necesarios para la recuperación de la salud o, en cualquier caso, para mejorar sus condiciones de salud y calidad de vida y para permitir el libre desenvolvimiento del enfermo. Y si a estas consideraciones le añadimos que en ningún momento se ha acreditado que los gastos médicos que reclama la entidad demandante no eran los adecuados a los usos y al nivel de vida familiar, tal y como exige el artículo 4.1 del Código de Familia, sin necesidad de más argumentaciones, debe desestimarse el motivo primero del recurso de casación.

El motivo segundo del recurso de casación alega infracción del artículo 8.º del Código de Familia, que establece la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges por razón de los gastos familiares adecuados a los usos y al nivel de vida de la familia. En este motivo segundo de su recurso insiste la parte recurrente en que el artículo 4.1 del Código de Familia no incluye las atenciones médicas y extraordinarias de carácter extraordinario, tesis que ya se ha rechazado en el fundamento de Derecho anterior y, por tanto, no cabe insistir aquí sobre la cuestión. Y añade también que cuando se presentó la demanda la recurrente no tenía la condición de esposa del enfermo, sino la condición de viuda por haber fallecido su marido a consecuencia de la intervención quirúrgica que ha originado los gastos que se reclaman en el litigio, con la consecuencia —según la misma parte recurrente— de que estos gastos no se hayan sometido al régimen de responsabilidad solidaria de los cónyuges por razón de gastos familiares. Argumentación igualmente desestimable, ya que el crédito que reclama la entidad demandante, y aquí parte recurrida, nació mientras estaban vivos ambos cónyuges, que responden solidariamente de su pago según el artículo 8 del Código de Familia por su condición de gasto familiar; circunstancia de la que se deriva la legitimación de la entidad demandante para reclamarlo en su totalidad frente a la esposa por su condición de codeudora solidaria, según resulta de los artículos 1137 y 1144 del Código Civil.

Los razonamientos anteriores determinan la desestimación total del recurso de casación y la imposición de costas a la parte recurrente, según estipulan los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. *Estimación de la demanda de reclamación de paternidad a pesar de que en los años 1971 y 1974 se dictaron sentencias en las que se desestimó la acción ejercitada por la madre del menor que, siendo ya mayor de edad y con base en la nueva legislación catalana, ejercitó de nuevo la acción.*

TSJ de CATALUÑA, Sentencia de 14 de julio de 2003. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Nuria Bassols Muntada.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Manuel nació el 24 de agosto de 1970.
- El 27 de noviembre de 1971, D.ª Susana, madre de D. Manuel, presentó una demanda contra el Sr. Juan en la que solicitaba que se condenara al demandado a reconocer como hijo suyo a Manuel que en aquellos momentos hacía poco que había nacido. Aquella acción primigenia se basó en el redactado del artículo 135 del Código Civil (derogado en la actualidad por la ley 1/2000 de 1 de enero), y en concreto en el hecho que Manuel ostentaba en relación al Sr. Juan una situación de «posesión de estado».
- Con fecha 7 de octubre de 1972, el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de Barcelona dictó sentencia que en su parte dispositiva decidía condenar al demandado a reconocer como su hijo natural a Manuel. Esta resolución fue confirmada por sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Barcelona de 6 de junio de 1973. Finalmente el Tribunal Supremo, con fecha 17 de mayo de 1974, dictó nueva decisión que estimaba el recurso de casación interpuesto por el Sr. Juan, y revocó la sentencia de la Audiencia Territorial al considerar que no había quedado probado que Manuel hubiera disfrutado de la «posesión de estado de hijo natural» del demandado.
- La madre del Sr. Manuel con fecha de 3 de julio de 1974 presentó nuevamente demanda en juicio declarativo en calidad de representante legal de su hijo menor, en la cual se ejercía la acción de reclamación de paternidad del hijo respecto del demandado, Sr. Juan; la demanda fue rechazada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 8 de Barcelona al estimar en la resolución dictada que concurría la excepción de cosa juzgada a causa del anterior litigio a que se ha aludido.
- El 6 de marzo de 1992, el Sr. Manuel, que ya había alcanzado la mayoría de edad, presentó nuevamente demanda de juicio declarativo de menor cuantía, reclamando filiación, contra el Sr. Juan, en virtud de la cual se dictó sentencia estimatoria de la petición planteada. La sentencia fue confirmada mediante nueva decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona dictada el 14 de octubre de 1996. Pero esta resolución, fue revocada por la sentencia

dictada por este mismo Tribunal Superior de Justicia que, con fecha de 22 de junio de 1998 decidió que concurría la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y eludió entrar en el fondo del asunto, dejando, por tanto, la acción sin juzgar.

- D. Manuel interpuso demanda de menor cuantía contra D. Juan solicitando que se dicte sentencia en virtud de la cual se declararse que el demandado es el padre del actor con las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento. La demanda se ha planteado al amparo de los artículos 93, 94, 98, 99 y 104 del Código de Familia de Cataluña y de los artículos 24 y 39 de la Constitución Española.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 17 de Barcelona dictó sentencia el 29 de noviembre de 2001 estimando la demanda y declarando haber lugar a la reclamación de la filiación paterna no matrimonial formulada por D. Manuel contra D. Juan y D.ª Susana, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, imponiéndose las costas de este procedimiento a D. Juan.
- En grado de apelación, la Sección 14.ª de la AP de Barcelona dictó sentencia el 12 de noviembre de 2002 desestimando el recurso interpuesto por D. Juan.
- D. Juan interpuso recurso de casación que fue desestimado por el TSJ de Cataluña.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Cuestiones procesales.

Como primer motivo de casación, la parte recurrente aduce infracción del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero y manifiesta su disconformidad con la sentencia dictada por la Audiencia por el hecho de que, en ésta se razona que la norma aplicable al debate es la LEC derogada y no la LEC de 2000, en virtud de lo que prevé la Disposición transitoria segunda de esta última norma.

La parte recurrente disiente de la conclusión de la Audiencia porque, según dice, no hace distinción expresa entre normas de naturaleza «procesal, sustantiva o mixta», e invoca el carácter sustantivo del artículo 1252 del Código Civil, derogado en la actualidad.

Con esta alegación, la recurrente olvida que una de las pretensiones de la LEC 2000 es precisamente conseguir un cuerpo de normas procesales completo e íntegro, de forma que aborda una fuerte vis atractiva que provoca que las normas procesales contenidas en distintos cuerpos legales resulten derogados y acogidos en la Ley mencionada, y por otra parte rechaza la regulación de aquello que no tenga esta naturaleza.

Pero es que la consideración anterior enlaza directamente con el ámbito del recurso de casación. Este Tribunal Superior de Justicia ha tenido la oportunidad de declarar, en autos reiterados, lo cual exime su cita, que el ámbito de la casación queda circunscrito a la función nomofiláctica que afecta únicamente a cuestiones de carácter sustantivo, y que las infracciones de índole procesal quedan fuera de la casación y deben enmarcarse dentro del recurso de infracción procesal.

La afirmación anterior se deriva de una lectura del articulado de la LEC 2000 y también del apartado XIV de la Exposición de Motivos de la Ley antes mencionada que señala explícitamente que: «las infracciones de leyes procesales quedan fuera de la casación».

Corolario de las anteriores consideraciones es la imposibilidad de que prospere el primer motivo de casación, y de igual forma, el segundo, por el hecho que se aduce en el mismo: infracción del artículo 1252 del Código Civil.

2. ¿Existencia de cosa juzgada?

Debe reconocerse, sin embargo, que algunas de las argumentaciones esgrimidas al amparo de los motivos analizados se hallan íntimamente ligadas a las desgranadas en el tercer motivo de casación, en el que se invoca infracción de la disposición transitoria tercera del Código de Familia de Cataluña de 1998, y, consiguientemente la Sala tiene la oportunidad de abordar lo que constituye el núcleo del recurso planteado y que gira al entorno de decidir si, después de los tres litigios que se han seguido anteriormente sobre el tema controvertido, es legítimo plantearse nuevamente el debate en este cuarto procedimiento.

Como se argumentará, las alegaciones de la parte recurrente encaminadas a denunciar la interpretación errónea por parte de la Audiencia de la disposición mencionada no pueden ser admitidas por el hecho que la Audiencia razona cuidadosamente:

«En el mismo sentido la Disposición transitoria tercera de la Ley de Filiaciones de 1991 y la Disposición transitoria tercera del Código de Familia aprobado por ley de 15 de julio 1998, que son las aplicables al caso, establecen que las sentencias firmes sobre filiaciones dictadas al amparo de la legislación anterior a la presente Ley no impedirán que se pueda ejercer de nuevo la acción, fundamentada en una norma, un hecho o una prueba solamente establecidos por la presente Ley o admisibles a su amparo.

Sostiene el recurrente que como quiera que en el Derecho civil catalán tradicional venía reconocida ya desde tiempo inmemorial la libre investigación de la paternidad y también la posibilidad de toda clase de pruebas incluidas las biológicas, debe entenderse que ya se ejercitaron las anteriores acciones al amparo de los mismos principios inspiradores lo que, en definitiva, implica la concurrencia de la excepción aducida.

Pues bien, sentado como dice la sentencia dictada en primera instancia ni los artículos 93, 94, 98, 99 y 104 del Código de Familia se hallaban en vigor en los años 1971 a 1974 en que se substanciaron los dos pleitos anteriores, únicos que deben ser considerados pues el tercero del año 1992 dejó imprejuzgadas todas las acciones al apreciarse la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, tampoco lo estaba el art. 5 de la Ley de Filiaciones el cual presume la filiación del hombre cuando se acredita la existencia de relaciones sexuales con la madre al tiempo de la concepción.

Si como viene a sostener el recurrente nada nuevo incorpora la nueva regulación de la Ley de Filiaciones y el Código de Familia, no se advierte la razón de ser de la Disposición transitoria tercera que en ambos casos se incluyen, máxime cuando la propia exposición de motivos de la Ley de 1991 ya comenzaba diciendo que la —filiación, dada la regulación realizada en el Derecho civil catalán histórico, por una parte, distinta de la realizada en el Derecho castellano, y el Código Civil, por otra parte, y dado que tiene pendientes de resolver cuestiones importantes, merece y exige un desarrollo legislativo que le confiera dentro del ordenamiento jurídico catalán una regulación autónoma y autosuficiente que hoy no posee. La filiación no se puede conformar con los dos artículos que le dedica la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, que en algunos casos la hace dependiente del Código Civil, si bien de una forma menos traumática y problemática que con anterioridad a 1981, aunque sigue creando problemas importantes de integración—».

Ante las correctas y detalladas argumentaciones de la sentencia de la Audiencia, transcritas en parte, el recurrente invoca principios de seguridad jurídica y de confianza en la administración de Justicia por el hecho de que, según dice, es la cuarta vez que se debate el mismo tema litigioso.

Por otra parte hace referencia expresa a la segunda sentencia de 13 de marzo de 1975 en la que se admitió la excepción de cosa juzgada; y, al respecto aduce que las acciones enmarcan la misma pretensión de fondo y por tanto no puede quedar desnaturalizada la *causa petendi* por el cambio del *nomen iuris* de la acción.

Con las alegaciones mencionadas, el recurrente distorsiona lo que constituye el centro del debate y que no es tanto la concurrencia de los requisitos que comporta la cosa juzgada material que, por otro lado, ya se ha dicho que queda fuera del marco casacional, sino el alcance de la Disposición transitoria tercera, apartado tres del Código de Familia, que es muy parecido a la Disposición transitoria tercera de la Ley de Filiaciones de 27 de abril de 1991.

Con gran acierto, la Audiencia circunscribe la cosa juzgada aducida por el demandado a lo largo de todo el procedimiento, a los dos litigios seguidos en los años 1971 y 1974 dado que el tercer litigio seguido acerca del tema que nos ocupa dejó sin juzgar la acción, al estimar el litisconsorcio pasivo necesario.

La sentencia que ahora se impugna, al efectuar la exégesis de la Disposición transitoria tercera de la Ley de filiaciones catalana (de 27 de abril de 1991) en consonancia con la Disposición transitoria tercera, apartado tercero del Código de Familia llega a la conclusión de que el litigio que ahora se analiza se basa en una norma novedosa respecto a los seguidos con anterioridad, y en unas pruebas que tampoco eran susceptibles de proposición y/o práctica en los mismos.

A fin de impugnar las consideraciones de la sentencia impugnada, la parte recurrente dice que no puede razonarse que el segundo litigio que se presentó al amparo del artículo cuarto de la Compilación catalana, supusiera una acción esgrimida al amparo de una norma de naturaleza distinta a la que fundamenta la acción en el presente debate, a saber, los artículos 94 y siguientes del Código de Familia.

Como argumento de soporte se dice en el recurso que la filiación en Cataluña, a diferencia de lo que sucedía en el resto del Estado, se basaba en la libre investigación de la paternidad, cosa que ha comportado que la tradición catalana se haya recogido en las leyes que regulan en la actualidad la filiación, y, consiguientemente, no puede hablarse de normas innovadoras. Por otra parte, en el recurso se pone de relieve que lo importante no es la acción ejercida en la demanda que habría producido la cosa juzgada, sino la posibilidad de ejercer una acción de naturaleza idéntica a las que en la actualidad concede el Código de Familia.

La lectura de la sentencia que se impugna hace decaer las expectativas de la parte recurrente, pues sólo procede repasar la exposición de motivos de la Ley de Filiaciones de 27 de abril de 1991 para deducir que nos encontramos ante una normativa de carácter innovador, que se alza ante la escasez reguladora de la Compilación en lo referente a la materia de la filiación, a la que sólo dedicaba dos artículos.

En la mencionada exposición de motivos se habla de una regulación autónoma y actualizada de la filiación en el Derecho catalán, lo cual supone el reconocimiento (que de forma expresa contiene la exposición de motivos) de que la regulación hasta ese momento no era autosuficiente. Esta circunstancia unida al reconocimiento del principio fundamental del *favor filii,* ya demuestra el carácter innovador de la norma, a la que también de forma expresa alude la ley al hablar de «nuevo régimen». Por tanto, la exposición de motivos que otorga al intérprete la posibilidad de una lectura auténtica conduce sin dudas a proclamar la naturaleza distinta de la normativa recogida en la Ley de Filiaciones (muy parecida a la del Código de Fa-

milia) en contraposición a la vigente hasta el momento.

Esta circunstancia no impide, sin embargo, reconocer que en materia de filiación, en Cataluña, no ha sido necesario efectuar una fractura temporal en la normativa vigente, de forma que no es distinguible un antes y un después de la Constitución, cosa que sí ha sucedido en el derecho regulador de la filiación del Código Civil.

Pero si las consideraciones anteriores no fueran suficientes (que lo son en opinión de esta Sala) la Audiencia menciona aún el hecho de que en la época en que se siguieron los juicios que hoy podrían producir cosa juzgada no existía la prueba biológica con las características de que ahora se dispone, dado que, es sabido que los avances tecnológicos permiten que la determinación de la paternidad por medio de estas pruebas sea prácticamente irrefutable. Y esta afirmación, la enlaza la Audiencia con «la prueba admisible únicamente al amparo de la nueva ley» a que se refiere la mencionada Disposición transitoria del Código de Familia.

Esta Sala debe compartir también este último razonamiento de la Audiencia, pero además procede añadir, de forma sintética, lo siguiente:

a) El primer litigio que se siguió contra el Sr. Juan, se basó en la posesión de estado en favor del menor (en aquella época) Manuel, por el hecho de que el Código Civil vigente en aquellos momentos, en el artículo 135 tenía un redactado absolutamente contrario a la libre investigación de la paternidad; procede recordar el redactado de aquel precepto anterior a la Constitución Española: «el padre está obligado a reconocer el hijo natural en los casos siguientes: 1. Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad. 2. Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. En los casos de violación, estupro o rapto se estará a lo dispuesto en el Código Penal en cuanto al reconocimiento de la prole.» Sería totalmente falto de acierto afirmar que la norma en que ahora se ampara la petición de paternidad no es absolutamente innovadora en relación a la que amparó la primera demanda presentada contra el recurrente.

b) En cuanto al segundo litigio presentado contra el Sr. Juan, la resolución dictada estimó la cosa juzgada, por tanto, no entró en el fondo del litigio y en consecuencia, en este segundo debate la cuestión de la supuesta paternidad quedó sin juzgar, por tanto no puede hablarse de la posibilidad de plantear una acción similar a la reconocida en la Ley de Filiaciones o en el Código de Familia, cuando el Juzgado ni tan sólo entró en el debate, al abstenerse de entrar en el fondo del asunto.

A la vista de las anteriores consideraciones, que complementan las de la sentencia que se recurre, se revela la absoluta falta de razón del tercer motivo del recurso.

A la circunstancia anterior podemos añadir que en la sentencia de 13 de marzo de 1975 que estimó la cosa juzgada se razonó en el siguiente sentido: «los oportunos análisis médicos a practicar por los facultativos que se designaren, su dictamen al menor en la situación actual de los avances científicos, solamente ofrece una prueba convincente del carácter negativo, pero nunca pueden ser para decidir por sí mismos la paternidad de una determinada persona». De esta argumentación se desprende sin dudas que la prueba biológica con la garantía con que se practica en el momento actual es muy distinta de las pruebas de la misma naturaleza que podían practicarse en el año 1975, lo cual hace aún más ostensible la tesis mantenida por la Audiencia.

3. Tradición jurídica catalana de la libre investigación de la paternidad.

En el cuarto motivo del recurso, la parte recurrente invoca infracción de la doctrina

jurisprudencial que señala que la libre investigación de la paternidad forma parte de la tradición jurídica catalana.

Al amparo de esta afirmación, el recurrente razona que la sentencia de la Audiencia parte de la consideración de que los artículos 93, siguientes y concordantes del Código de Familia que regulan la filiación y también la anterior Ley de Filiaciones suponen un derecho nuevo, lo cual comporta, según el criterio del recurrente, la negación del hecho de que el principio de libre investigación de la paternidad suponía tradición jurídica catalana.

El argumento empleado no es en absoluto desdeñable, pero comporta una conclusión perversa. La interpretación que hace el recurrente de la Disposición transitoria tercera de la Ley catalana de filiaciones y de la Disposición transitoria tercera, apartado tercero del Código de Familia es sumamente restrictiva, y esta restricción juega en contra de la libre investigación de la paternidad que invoca y también del principio *favor filii* que nombra repetidamente.

Una cosa es cuál era la tradición jurídica catalana que obviamente regía en la época de las demandas cuestionadas, y otra muy distinta si la demandante tenía a su favor, en aquel momento, una norma similar a las del Código de Familia actual que permitiera la consecución de sus pretensiones con el mismo vigor que le ofrecen las armas que ahora tiene en sus manos.

Inclinarse por la segunda de las consideraciones anteriores implica dar la espalda a unas concepciones normativas, jurisprudenciales y sociales que regían en la década de los setenta y que afortunadamente no rigen en la actualidad.

Por consiguiente debe decaer también el cuarto motivo de recurso.

4. Infracción de la doctrina del Tribunal Supremo.

En el quinto motivo de recurso, el recurrente denuncia la infracción de la doctrina forjada por el Tribunal Supremo en las sentencias de 19 de junio de 1998 y 24 de abril de 2000, y también en el auto de 15 de julio de 1997.

La sentencia de 19 de junio de 1998 hace referencia a un supuesto en el que el Tribunal estima que concurre la excepción de cosa juzgada, pero el caso, si bien tiene algunas similitudes con el que aquí se ventila, presenta unas características que impiden hacer extensiva la doctrina aludida al caso que ahora tratamos. A dicho hecho procede añadir que, como es sobradamente conocido, una sola sentencia no supone jurisprudencia por lo cual la invocación de la sentencia indicada carece de interés.

Por su parte, la sentencia de 24 de abril de 2000 del mismo alto Tribunal trata de un supuesto de negativa justificada a la práctica de las pruebas biológicas, y, desde la misma perspectiva anterior cabe poner de relieve que la doctrina seguida en aquella resolución no es extrapolable a la litis, y tampoco en este caso se efectúa cita jurisprudencial.

Finalmente, por lo que se refiere al auto mencionado que trata de una denegación de la prueba biológica confirmada por el Tribunal Supremo, al estimar que no se causó indefensión, tampoco tiene ningún interés para el tema debatido, al no ser aplicable la doctrina que se deriva de la resolución al litigio que ahora se analiza.

Es de interés transcribir de nuevo en parte, en este momento, los acertados razonamientos de la resolución que se recurre: «la importancia y trascendencia de las pruebas biológicas en la materia que nos ocupa ha sido destacada en la propia Constitución y es también tradicional en el ordenamiento jurídico catalán tal y como ponen de relieve, entre otras, las STSJC de 22-2-1999 y 31-1-2000. También el Tribunal Constitucional en Sentencia 95/1999 ha recordado que: "Hemos declarado igualmente que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por

lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el art. 39 CE, 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, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución Española), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad..."

No se ha acreditado la existencia de justa causa alguna que ampare la reiterada negativa del demandado a la realización de las pruebas (*vid.* al efecto fl. 1096, 1140, 1141, 1159, 1249, 1265 de las actuaciones).

Se le indicó incluso, pese a la inocuidad de la prueba de extracción sanguínea, que existían otras posibles fuentes para la obtención del material orgánico necesario para poder determinar el ADN, como pelos o saliva. A nada se avino el demandado aduciendo la situación de estrés que la situación le producía. De la declaración del médico personal del Sr. Juan se infiere claramente que el estrés le venía ocasionado al demandado por el propio pleito y la eventual posibilidad de perderlo y tener que hacer frente finalmente a la negada paternidad, sin que, consecuentemente, la concreta práctica de la prueba pudiese como tal alterar su salud. De otra parte el estrés no le impedía viajar (fl. 1153), acudir a fiestas o reuniones sociales (revistas obrantes en los autos) ni tampoco seguir trabajando (fl. 1232).

Teniendo en cuenta que las pruebas biológicas permiten descartar la paternidad con certeza absoluta y establecerla con elevadísimas probabilidades deberemos concluir con la STSJC de 31-1-2000 que la investigación de la paternidad no se ha de limitar a las pruebas indiciarias cuando se cuenta con la prueba biológica; que la negativa a la práctica de la prueba revela simplemente miedo a que la verdad resplandezca de manera que no quede ninguna duda y, por último, que aunque no se trate de una *ficta confessio* sí puede dársele el valor de presunción *ex* arts. 1249 y 1253 del CC en su anterior redacción.»

Con las premisas anteriores, que han resultado intangibles ya que en ningún momento ha aducido la parte recurrente falta de lógica o de razón en la valoración probatoria, queda bien patente la falta de posibilidades de que prospere el motivo de recurso, por lo cual procede también su rechazo.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. *Concurrencia de la causa de divorcio del art. 86.3 del CC ya que tras la condena al esposo por una falta de lesiones, aun cuando continuaron conviviendo en el mismo domicilio por necesidad de los hijos, ambos cónyuges llevaron una vida totalmente independiente.*

AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Torrecillas Cabrera.

En cuanto al fondo, el recurrente entiende que no concurre la causa apreciada de divorcio ya que en ningún momento se ha quebrantado la convivencia conyugal pese a lo argumentado por la sentencia de instancia, por lo que no concurre la causa apreciada para decretar la disolución del vínculo matrimonial; hay que tener en cuenta que el art. 86 del CC determina que "Son causas de divorcio: 1.ª) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio. 2.ª) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvención conforme a lo establecido en el art. 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia. 3.ª) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos: a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o

desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos. b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación. 4.ª) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges. 5.ª) La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes. Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta de convenio regulador de sus efectos, conforme a los arts. 90 y 103 de este Código."

En concreto se alega la causa del número 3 a), porque debido a unas agresiones causadas por el esposo a la actora en el verano de 1995 se rompió el vínculo conyugal, llegándose a dictar sentencia condenatoria el 17 de abril de 1996, no habiéndose vuelto a restablecer la convivencia familiar. La sentencia de instancia reconoce como causa de divorcio la alegada por la esposa del cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho; pero también recoge que desde que se produjeron aquellas lesiones, que concluyeron con la condena en juicio de faltas al esposo, se produjo la quiebra de la convivencia familiar, pese a que seguían residiendo en el mismo domicilio familiar, conclusiones a las que llega también la Sala tras el nuevo análisis de la prueba practicada; encontrando la Sala, además del motivo alegado y reconocido para decretar la disolución del matrimonio, tanto la causa 4.ª del art. 86, puesto que con la prueba testifical practicada se demuestra, por un lado, que la convivencia conyugal se quebró tras los malos tratos inferidos producidos por el recurrente a su esposa demandante en el verano de 1995, habiéndose sobrepasado, por ello, el período de cinco años a que se refiere dicha causa; así mismo se acredita la concurrencia de la causa b) del art. 86-3 del CC, es decir, el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos: Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación, dado que el art. 82-1 recoge como causa de separación la conducta injuriosa o vejatoria o cualquier otra violación grave y reiterada de los deberes conyugales, y los malos tratos inferidos y declarados en la sentencia de 17 de abril de 1996 del juzgado de instrucción n.º 1 de Fuengirola son causa demostrativos de aquel trato vejatorio e injurioso, por lo que es evidente que procede acceder al divorcio.

Por otra parte, queda acreditado porque de hecho ello es admitido por la esposa, que pese a dichas circunstancias ambos cónyuges continuaron conviviendo en el hogar familiar; sin embargo ello se debió, conforme se argumenta y acredita en las actuaciones, a la necesidad de que la hija tuviera una comunicación más fluida con su progenitor, pero que pese a ello, cada uno de los progenitores ha llevado una vida totalmente independiente; en consecuencia, nos hayamos en el supuesto del art. 87 del CC, a cuyo tenor, "El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los arts. 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente. La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga". En consecuencia, procede desestimar el recurso y mantener la sentencia de instancia en su integridad.

II. PATRIA POTESTAD

1. *La falta de relación paterno-filial no puede constituirse en causa de privación de la patria potestad cuando han existido impedimentos por parte de la madre para el que padre pueda ver a la hija.*

AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, Sentencia de 14 de enero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Caballero Bonald.

Que la parte demandante apoya su reclamación en el dato de que el demandado ha incumplido sistemáticamente el plan de visitas establecido, así como las obligaciones que se desprenden del cumplimiento de los deberes propios de la patria potestad. En dicha línea, presentó una serie de documentos atinentes al tratamiento que sigue la menor con una logopeda y al desinterés del padre respecto del desarrollo pedagógico de su hija. Igualmente, propuso varios testigos que confirmaron lo anterior, así como detalles concretos como que se escondía detrás de su primo en la piscina cuando veía a su progenitor, o que lo designaba con el apelativo de "el hombre". Sin embargo, la recurrente olvida que tales extremos no pueden constituir la base sobre la que fundamentarse la presente resolución, sino que ha de ser la de analizar las causas o motivos que han permitido llegar a dicho estado de cosas. En ese sentido, no puede dejar de valorarse el hecho de que el Sr. Rafael en ningún momento ha negado las acusaciones formuladas por la parte contraria, mas discrepando radicalmente acerca del origen de los incumplimientos que los atribuye a los continuos obstáculos puestos por la Sra. Juana y su familia para que pudiera ejercitar el derecho de visita, tanto él personalmente como los abuelos paternos. Hasta el punto que trató de justificar sus aseveraciones mediante una serie de testigos y una grabación cuya unión a las diligencias y audición de su contenido fue denegada en el juicio pertinente por el juzgador. Y otro tanto cabe decir respecto de la falta de abono de la pensión alimenticia, puesto que el procedimiento penal tramitado no puede tener en el ámbito civil la influencia que la recurrente pretende por basarse en principios jurídicos diferentes y por las razones indicadas en el auto de fecha 2-6-2003 dictado en esta misma causa en el que se establecía que el impago de las pensiones no obedecía a una conducta deliberada del condenado, viniendo motivada por su situación patrimonial (sobre la que no se presentado prueba alguna) y por la aplicación de una presunción legal derivada del convenio regulador libremente pactado y de la falta de solicitud de la modificación de las cláusulas en él contenidas. De tal manera que cuando, a título de ejemplo, la STS de 18-10-1996 indica que "la privación de la patria potestad requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo", tal afirmación ha de entenderse en el sentido de que su privación temporal o definitiva tiene que obedecer a una serie de comportamientos voluntarios y de los que se infiera con nitidez cuál es la intención de quien los lleva a cabo, pero si nos hallamos ante la imposibilidad por circunstancias ajenas a su voluntad de cumplir con

sus obligaciones, la modificación de lo referente al régimen de visitas y a la patria potestad, sería además de discutible, claramente desproporcionada al apoyarse únicamente en el impago de la pensión alimenticia ante las versiones contradictorias ofrecidas por los progenitores sobre la causa real de la inaplicación del régimen de visitas. Por ello, la resolución dictada no incurre en ningún tipo de contradicción, pues siendo imposible prever el cumplimiento futuro de los puntos descritos en el convenio regulador, las modificaciones que se produzcan deben ser referidas al instante de su formalización y no a su posterior desenvolvimiento en la práctica para cuya corrección el ordenamiento jurídico dispone de normas específicas; máxime teniendo en cuenta que la sentencia anuda dicha conclusión a la falta de prueba ante el hecho constatado de que las diligencias probatorias practicadas a requerimiento de la demandante, fueron contrarrestadas por las realizadas a petición del implicado; desprendiéndose de la conducta desplegada por el demandado a lo largo de la tramitación del pleito cuál es su verdadera intención, al oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la reclamante, lo que denota un ánimo de mantener el contacto con su hija con las obligaciones inherentes a dicho proceder. Por otra parte, la posición de la impugnante es hasta cierto punto contradictoria, porque al sostener que la actitud displicente del padre ha dado lugar a los perjuicios que padece la hija como consecuencia de la falta de lazos afectivos y de comunicación, lo lógico hubiera sido instar el cumplimiento de los pactos que sobre tal particular acordaron los interesados con las consecuencias legales oportunas y no tratar de cerrar definitiva o temporalmente el contacto entre progenitor y la menor puesto que ello significaría el agravamiento de los problemas planteados al impedir al mismo contribuir con sus acciones al fin primordial antes apuntado de protección del menor y de lograr un pleno y adecuado desarrollo de su personalidad. De lo que, incluso, pudiera pensarse que el verdadero ánimo de la madre en cuanto al régimen de visitas y la patria potestad, es el de consolidar legalmente una determinada manera de actuar que ya viene produciéndose en la práctica por su propia voluntad, y no por el proceder de la otra parte que se ve imposibilitada, al menos parcialmente, de cumplir con sus deberes familiares por causas ajenas a sus deseos. Sin que las citas jurisprudenciales recogidas en el recurso puedan servir de base a una decisión judicial diferente, ya que nos encontramos ante una materia tan incierta y sujeta a los datos particulares existentes, que aquélla únicamente puede recaer tras el análisis de los extremos concretos de cada caso y no en función de criterios genéricos valorados al margen de los datos específicos del supuesto enjuiciado.

III. GUARDA Y CUSTODIA

1. *Teniendo en cuenta que la hija tiene dos años de edad, es desaconsejable la guarda y custodia compartida por los efectos negativos que en ella puedan generar los distintos estilos y modos de entender la vida de sus progenitores, tanto en el ámbito emocional como en el formativo, con la consiguiente inestabilidad para la menor.*

AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, Sentencia de 7 de noviembre de 2003. Ponente. Ilmo. Sr. D. Máximo Román Godás Rodríguez.

Recaída en la instancia sentencia de separación en la que, entre otras medidas, se acordó que el hijo menor de edad, José Manuel, quedaría bajo la guarda y custodia de la madre, punto nuclear del recurso, se impugna así mismo el derecho de visitas, alimentos, préstamo hipotecario y el derecho de pensión por desequilibrio. Siendo variados los argumentos revocatorios que la parte apelante ha expuesto en su escrito de recurso. Con oposición de la contraparte a los motivos impugnadores de la recurrida, insta su desestimación, con confirmación de la misma.

En lo atinente a la atribución de la guarda y custodia, la Sala estima que no es desacertado el pronunciamiento recurrido, máxime cuando del informe del equipo psicosocial aportado a los autos respecto del padre, se destaca un intento de ofrecer una buena imagen de sí mismo, índice de disimulación, mientras se encuentra una estructura de personalidad más ordenada y unas condiciones socio-laborales más idóneas en el caso de la madre, de la que se considera, aconsejable, ostente la guarda y custodia del hijo común.

En relación a la guarda y custodia compartida no se comparte el juicio de que sea ajustada a Derecho la atribución de la guarda a la madre tan sólo porque el equipo psicosocial así lo valora, y que la decisión judicial esté coaccionada por la sociedad en que vivimos; cuestiones ambas que sólo cabe calificarlas como precipitadas, pues aunque lo sean desde el punto de vista defensivo, solamente cabe comprenderlas por el lado parcialmente interesado, sin fundamento que lo avale, por cuanto en supuestos, como el presente, la edad del hijo, dos años, hace desaconsejable dicha guarda compartida por los negativos efectos que en ella puedan generar los distintos estilos y modos de entender la vida sus progenitores en el ámbito emocional como en el formativo, con la consiguiente inestabilidad en el menor, cuyo supuesto no deja de ser novedoso y no menos excepcional, cuando es de destacar la conveniencia de una referencia con un solo hogar que identifique como base de su desarrollo integral, lo que no se conseguiría con el peregrinaje permanente del domicilio de un progenitor a otro y sí afectaría a la estabilidad y por ello al interés superior de aquél.

La Sala no encuentra motivos de entidad jurídica suficiente que permitan amparar la pretensión formulada, ni a declarar, en modo alguno, la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española, al tener que pre-

valecer en la resolución del litigio la protección de la prole que consagra el artículo 39 de dicho texto fundamental, en armonía con el artículo 92 del Código Civil y 2.º de la Ley Protección Jurídica del Menor, derecho que ha de superponerse a cualquier otro interés, al considerar ese continuo intercambio propuesto una medida que, sin necesidad de que lo manifieste un experto en psicología, sí a cualquiera le merece un juicio desfavorable y no respondería al espíritu del artículo 154 del Código Civil, al serlo con olvido de que el acuerdo adoptado no está pensado para la satisfacción de los padres, sino para el mejor desarrollo y educación del menor, pues de admitirse la medida propuesta no tendría idea clara de un hogar fijo y determinado.

En suma, no existe un indicador claro que permita modificar la situación de guarda y custodia, no obstante el singular parecer expuesto por la parte actora; lo que no significa no se considere a ambos progenitores capacitados para asumir la guarda y custodia; y, por ello mismo, pese a mantenerse, por lo expuesto, su atribución a la esposa, conviene, sin embargo, según el citado informe establecer un régimen de visitas amplio, de acuerdo con lo solicitado por la dirección letrada del esposo, revocando la sentencia de instancia únicamente en lo que atañe al mismo, en el sentido de que el padre además de lo decidido en la instancia recogerá al hijo en el domicilio de la madre, en los términos que se dirá en la parte dispositiva todos los miércoles desde las 17 a las 20 horas reintegrándolo a aquél, inexcusablemente, a la hora indicada, por estimarse este acuerdo como medida más cercana a la pretensión rectora.

2. *Se atribuye al padre la guarda y custodia de los dos hijos menores no matrimoniales, que se encuentran ingresados en residencia pública por declaración de desamparo, fijando régimen de visitas a favor de la madre. Esta decisión no contradice la resolución administrativa de desamparo que cesará cuando desaparezcan los motivos que lo generaron.*

AP ALMERÍA, Sec. 3.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Martínez Abad.

Frente a la sentencia de instancia que, estimando sustancialmente los pedimentos formulados en la demanda otorga al actor la guarda y custodia de los dos hijos habidos de su unión paramatrimonial con la Sra. Julia, interpone esta última recurso de apelación a fin de que se deje sin efecto la resolución impugnada y, en su lugar, se mantenga el carácter compartido de la patria potestad y subsidiariamente se declare que el presente procedimiento carece de objeto al encontrarse los menores bajo la tutela de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía al encontrarse en situación de desamparo.

La parte actora y el Ministerio Fiscal, en trámite de oposición al recurso, solicitaron la confirmación de la sentencia apelada.

Alega la recurrente, como primer motivo de impugnación, el error en la valoración de la prueba en que incurre la sentencia al de-

clarar la superior idoneidad del padre para cumplir con las obligaciones inherentes a la guarda y custodia de los niños pese a que la resolución administrativa de desamparo se basa en el incumplimiento por ambos progenitores de sus deberes paternofiliales.

Sin embargo, la revisión de esta alzada del material probatorio obrante en autos permite alcanzar una conclusión coincidente con la sostenida en la resolución recurrida ya que, tanto el informe social dirigido por el Ayuntamiento de Almería al Servicio de Atención al Niño de la Junta de Andalucía el 4-12-02 (folio 75 y ss. de los autos) como las sucesivas resoluciones dictadas por la Delegación Provincial de Asuntos Sociales en el Expediente de Desamparo de los hijos de los litigantes pone de relieve el estado de abandono en que se encontraban los menores cuando estaban bajo el cuidado de la madre (falta de higiene, descontrol en los horarios de las comidas y medicación de los niños, desorden y suciedad en la vivienda), desatención generalizada que ha tenido que ser suplida por el padre, en detrimento de sus obligaciones laborales, pues ha tenido que desplazarse a su domicilio en horario de trabajo para atender las necesidades básicas de los bebés, procurándoles la alimentación y aseo que la madre tenía absolutamente descuidados, probablemente por efecto del déficit cognoscitivo que padece y que la incapacita para desempeñar tan delicadas tareas para las que carece de la preparación y responsabilidad necesarias, máxime teniendo en cuenta la corta edad de los niños, a los que ha puesto en una situación de riesgo patente que ha requerido la intervención de la entidad protectora asumiendo la tutela administrativa de los menores.

Por el contrario, el padre muestra mejores condiciones y mayor disposición para asumir la custodia de los niños con los que mantiene una relación más estrecha que la madre, hasta el punto de que se le permite llevar consigo a los niños todos los domingos fuera de la residencia de acogida en el que actualmente se encuentran lo que según la Resolución dictada por la Delegación de Asuntos Sociales de 23 de junio de 2003 (folio 70 y ss.), se ha constatado como útil y beneficioso para los niños.

Con relación al segundo motivo de impugnación, incurre el apelante en su caso error de planteamiento toda vez que lo que se ventila en este procedimiento es la atribución a uno o a ambos progenitores de la guarda y custodia de sus hijos, de modo que la sentencia recurrida no interfiere ni contradice la resolución administrativa de desamparo que obviamente no se pronuncia sobre la cuestión objeto de esta litis limitándose a abordar una situación coyuntural de desamparo fruto de la desestructuración familiar y la manifiesta incapacidad de la madre para atender las más elementales necesidades de los niños; de modo que, con independencia de la resolución del presente litigio, la tutela administrativa de los menores únicamente cesará cuando desaparezcan los motivos que generaron la situación de riesgo y desamparo.

Por todo lo argumentado, procede desestimar el recurso, confirmando consiguientemente la resolución apelada, que satisface el principio rector de salvaguarda de los intereses de los menores que ha de prevalecer sobre cualesquiera otros por legítimos que éstos sean, principio consagrados en nuestra legislación en diversos preceptos del Código Civil (art. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170) y, en general, en cuantas normas o disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paternofiliales, o tutelares, constituyendo la directriz fundamental y básica orientadora de la actuación judicial, en concordancia con el principio constitucional de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE).

IV. RÉGIMEN DE VISITAS

1. *No se estima conveniente la pernocta del niño en el domicilio paterno durante la semana, dado el inevitable trastorno que ello supone en la rutina escolar diaria de un niño de 7 años.*

AP BALEARES, Sec. 3.ª, Sentencia de 14 de octubre de 2003. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Catalina Moragues Vidal.

Se alza el demandante D. Luis María, contra la sentencia que concluye la primera instancia y resuelve declarar la disolución del matrimonio contraído por el Sr. Luis María y D.ª María Antonieta, adoptando las medidas que han sido íntegramente transcritas en el antecedente de hecho primero de la presente resolución. El apelante muestra su disconformidad con los siguientes pronunciamientos: a) régimen de visitas establecido a su favor; b) no extinción de la pensión compensatoria establecida bajo la forma del pago de la mitad del alquiler de la vivienda de la esposa; y c) la cuantía de la pensión por alimentos fijada en la sentencia apelada a favor del hijo menor de los litigantes. En relación al punto a) se halla disconforme con la sentencia apelada al no establecerse la posibilidad de que el hijo esté con el padre la tarde de los martes siguientes al fin de semana que no lo haya tenido consigo, y que tampoco se permita al hijo pasar la tarde del jueves y pernoctar esa noche en el domicilio del padre, quien se encargaría de llevarlo al colegio los viernes por la mañana; en cuanto al apartado b) reitera que la interpretación adecuada que debe darse al pago de la mitad del precio del alquiler es que se trata de una pensión compensatoria, que, por tanto, se extingue por las causas contempladas en el art. 100 y 101 del Código Civil, entre ellas la convivencia marital con un tercero, supuesto de autos; por último y en relación a la cuantía de la pensión por alimentos a favor del menor y con cargo al padre éste carece de ingresos suficientes para atender a la cantidad de 70.000 ptas. o 420,71 euros, suma que resulta desproporcionada.

El ministerio Fiscal y la demandada D.ª María Antonieta, se oponen al recurso formulado de adverso, solicitando la plena confirmación de la sentencia apelada.

Cierto es que la parte hoy apelante modificó en el acto de la vista los concretos días de la semana inicialmente solicitados en el escrito de demanda, por mor de que los lunes y miércoles el menor realiza los entrenamientos del deporte que practica, el fútbol, entrenamientos que según certificación acompañada, comprenden de las 17,30 horas a las 19,00 horas. Sin embargo, el hecho de que durante una hora y media el menor entrene, no se estima criterio suficiente por la Sala para, en su caso, modificar el concreto régimen de visitas semanal establecido en la Sentencia, dado que, no puede olvidarse, que en su conjunto el régimen de visitas es ampliado por el juez *"a quo"* de forma considerable, sin que a ello se oponga la madre que ostenta la guarda y custodia. Ahora bien, sí existe una razón de peso para sustituir el lunes por el martes, y no es otra que la realidad constatada de que ambos progenitores en la práctica han ampliado el régimen de visitas pactado en el convenio regulador

de la separación, ya que los martes por la tarde el menor es recogido bien por su abuela paterna, bien por su madrina —hermana del padre—, bien por éste y pasa la tarde con su familia paterna siendo recogido luego por su madre. Visitas con las que el menor se encuentra a gusto según se declara no sólo por la madre sino por su madrina —testigo propuesto por la parte actora hoy apelante—. Por tanto, atendiendo a dicha circunstancia respecto de la cual no se acredita exista impedimento alguno, el presente motivo debe ser estimado en parte, fijando en lugar del lunes, el martes desde la salida del colegio hasta las 20,30 horas. No se estima conveniente la pernocta del niño en el domicilio paterno durante la semana, dada la edad del menor, nacido el 29 de mayo de 1996, y el inevitable trastorno que ello supone en la rutina escolar diaria en un niño de 7 años. Cierto que deben existir relaciones fluidas y continuadas entre el progenitor no custodio y el menor, pero siempre con la finalidad de que ello repercuta en beneficio del menor, y, en el presente caso, dada la ampliación del régimen de visitas anteriormente pactado por los padres, ampliación a la que no se opone la esposa, quien en el acto de juicio explicitó con detalle las modificaciones ya realizadas de mutuo acuerdo y el contacto que mantiene con la abuela paterna de cara a hacer posible un desarrollo normal y amistoso de las visitas del menor, se estima por la Sala que el acuerdo que hoy se adopta continúa en la línea ya marcada por los padres y que se ha demostrado hasta la fecha satisfactoria para el desarrollo del menor.

2. *No existe incongruencia en la sentencia que amplía el régimen de visitas aunque ninguno de los progenitores haya solicitado tal ampliación.*

AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, Sentencia de 18 de noviembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Julián Pavesio Fernández.

Contra la sentencia de instancia se interpone recurso de apelación por la representación de D.ª Angelina, alegando como motivos su disconformidad con que se haya ampliado el régimen de visitas, fines de semana alternos, al viernes, no solicitado por ninguna de las partes interesando que se fije desde las 10,00 horas del sábado a las 21,00 horas del domingo; se haya fijado sólo en 240 euros la pensión alimenticia de la hija menor, interesando se eleve al 50% de todos los ingresos que por todos los conceptos perciba el padre o bien a la suma de 450 euros mensuales actualizables conforme al IPC; e interesando así mismo se deje sin efecto el pronunciamiento referido a la beca escolar ya que no ha sido concedida ni se concederá.

El primer motivo de la apelación, régimen de visitas, se rechaza por los propios razonamientos contenidos en el fundamento de Derecho segundo de la recurrida, que este Tribunal comparte y hace suyos, sin que sea de apreciar en ello que se incurra en incongruencia *extra petita,* pues no existe tal ampliación sino que lo que ha hecho acertadamente el juzgador de instancia es modificar el fijado en el Convenio aprobado en la sentencia de separación, en que además de los fines de semana alternos de sábado a domingo también se reconocía unas horas los sábados y martes, e igualmente se establecía

que podría ser modificado por acuerdo de los padres cuando el interés de la menor así lo exija, comprometiéndose ambos a dar a ese régimen la flexibilidad que las circunstancias exijan, y precisamente el régimen de visitas fijado en la recurrida es el que en la práctica se venía realizando por mutuo acuerdo de las partes, como tienen reconocido en sus interrogatorios en la instancia, acuerdo roto por la madre al interponerse la presente demanda de divorcio, sin que se haya acreditado que el mismo resultara perjudicial para la menor, que es el interés por el que se debe velar y tratar de que la misma no pierda el contacto establecido ya con el padre que le puede causar inestabilidad emocional; sin que por otra parte se haya acreditado, ni se pueda prejuzgar, que el padre no va a poder cumplir el mismo por incompatibilidad laboral.

3. *No existe obstáculo alguno para que se fije un régimen de visitas que comprenda dos tardes en los que los menores permanecerán con la madre, ya que las objeciones puestas por el padre en cuanto a que regresaran al domicilio familiar a las 8 de la tarde sin haber hecho los deberes, sin bañarse y sin cenar, carecen de trascendencia ya que son actividades que pueden realizar con la madre.*

AP CUENCA, Sentencia de 17 de diciembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

Impugna la parte apelante los pronunciamientos que se contienen en la sentencia recaída en la primera instancia por lo que se refiere a la cuantía fijada en concepto de pensión alimenticia a favor de los hijos menores habidos en el matrimonio y por lo que concierne al régimen de visitas fijado a favor de la Sra. Esther. Ésta, a su vez, aprovechando el recurso interpuesto de contrario, impugna la sentencia únicamente por lo que respecta al otorgamiento de la guardia y custodia de los menores a favor de Don Luis Enrique. Así las cosas, resulta lo procedente abordar en primer lugar esta última cuestión, la guarda y custodia de los menores, en la medida en que las otras, —es decir, las impugnaciones contenidas en el recurso de apelación principal—, dependen, en muy buen grado, de aquélla, por cuanto, en el caso de modificarse la guardia y custodia estableciéndose a favor de la madre, es claro que quedarían sin contenido los pronunciamientos referidos a la pensión de alimentos señalada a cargo de ésta y el régimen de visitas establecido en su favor.

Es verdad que los cónyuges, al tiempo de poner término a su situación de convivencia, suscribieron un convenio en el cual resolvían que fuera el padre quien, desde ese momento, asumiera la guarda y custodia de sus hijos. Este convenio, de naturaleza extrajudicial, obra en las actuaciones al folio 26 y siguientes. Sin embargo, el referido acuerdo no ha sido, ni podía ser, la causa por la cual la juzgadora de instancia ha resuelto otorgar la guardia y custodia de los menores a su padre. La sentencia de instancia, a nuestro parecer inobjetable en este punto, después de ponderar la necesidad de atender

al preferente interés del menor en cuanto al mismo concierne (artículos 39.2 de la Constitución y 92 del Código Civil, esencialmente), empieza por afirmar que, como es cierto, ambos cónyuges se encuentran perfectamente capacitados para asumir los cuidados que sus hijos precisan. Partiendo de esa capacidad, y supuesta la separación física de los progenitores, es llano que a uno solo de ellos deberá serle otorgada la guarda y custodia de los niños, siendo así obligado ponderar que, al menos, desde la firma del aludido convenio (19 de julio de 2000) hasta hoy, ha venido siendo Don Luis Enrique quien se ha hecho cargo de la guardia y custodia de los niños y, además, de manera perfectamente satisfactoria, como derechamente resulta del resultado de la prueba pericial practicada en la instancia (folio 305 y siguientes) por el equipo técnico adscrito al Juzgado de Menores de Cuenca en el que, después de valorarse la actual situación de los menores y su satisfactorio desarrollo y evolución personal, se concluye que habiéndose demostrado plenamente eficaz el régimen de guarda y custodia hasta ahora existente, no existen razones para modificarlo, punto ese de vista que hace propio la juzgadora de instancia y que también comparte este Tribunal.

Volviendo ahora a retomar los motivos que sustentan el recurso de apelación interpuesto con carácter principal, procede ocuparnos del régimen de visitas establecido en la resolución recaída en la primera instancia que, en lo sustancial, se resume en la fijación de dos fines de semana de cada tres a favor de la madre y en dos tardes entre semana (martes y jueves, desde la salida del colegio hasta las ocho de la tarde).

Es claro, y coincidimos en ello con el punto de vista aducido por la parte apelante, que un régimen de visitas que se extendiera a todos los fines de semana, no resultaría conveniente en la medida en que privaría al cónyuge bajo cuya guarda y custodia quedan los menores de la posibilidad de disfrutar regularmente de ellos precisamente en los períodos en los cuales, tanto las ocupaciones habituales de los niños como las del propio progenitor, pueden aprovecharse con una mayor intensidad al disponer unos y otro de más tiempo libre. Sin embargo, en el presente supuesto el régimen de visitas no se extiende, como es obvio, a todos los fines de semana, sino a dos de cada tres, produciéndose así una cierta "compensación" a favor del cónyuge en cuya compañía no quedan regularmente los niños y, naturalmente, en beneficio de éstos, que dispondrán de ese modo de más tiempo para relacionarse con el progenitor al que menos disfrutan de forma regular. Ello resulta tanto más recomendable en supuestos, como el que aquí nos ocupan, en el cual no sólo ambos progenitores se encuentran perfectamente capacitados para relacionarse con sus hijos menores, sino que, además, éstos mantienen con el progenitor no custodio una relación plenamente satisfactoria, que naturalmente habrá de enriquecerles en todos los aspectos. Ésa es la razón por la cual, también en el informe técnico al que más arriba se ha hecho mención, se concluía que el régimen de visitas concedido a la Sra. Esther debía ser lo más amplio posible, siendo precisamente los peritos que lo suscriben (psicólogo y trabajadora social) quienes propusieron el finalmente dispuesto por la juzgadora de instancia.

Por lo que concierne a las dos tardes entre semana que completan el régimen de visitas previsto, razona el apelante que el mismo pudiera interferir en las actividades extraescolares de los niños y, en general, en su vida ordenada, punto este de vista con el que la Sala no coincide en este caso. En efecto, no señala el recurrente qué concreta actividad pudiera verse perturbada por dicho régimen de visitas, más allá de sombrías expectativas anunciadas por el apelante respecto a que los niños regresaran a las ocho de la tarde sin haber hecho sus deberes escolares, sin bañarse o sin cenar (lo que no pasa de ser un simple e improbado pronóstico), pues ninguna razón existe para que no puedan desarrollar cualquiera de esas actividades en compañía de su madre. Sorprende, además,

sobremanera, —como certeramente observa la representación procesal de D.ª Esther al tiempo de oponerse al recurso—, que la parte apelante impugne este concreto pronunciamiento cuando en su propia demanda, después de ponderar la conveniencia de que los menores mantengan con su madre la más estrecha relación posible, termina suplicando, literalmente, que los niños puedan estar en compañía de su madre dos tardes entre semana que "a falta de acuerdo serán los martes y los jueves desde la salida del colegio hasta las ocho de la tarde", es decir, exactamente lo acordado por la juzgadora *a quo*.

Resta abordar la cuestión referida al importe de la pensión de alimentos establecida a favor de los niños y a cargo de su madre, fijada en la sentencia en la suma de 500 euros mensuales, con el correspondiente sistema de actualización. La parte apelante interesa que dicha cantidad sea exactamente doblada solicitando que se fije en la suma de 1.000 euros. Sí nos parece de interés, en este sentido, recordar que en el convenio suscrito por las partes, al que ya tantas veces se ha hecho alusión, acordaron éstas que la pensión de alimentos se fijara en la suma de 80.000 ptas. mensuales, sin que desde entonces las circunstancias económicas de ambos progenitores hayan cambiado sustancialmente, como tampoco las necesidades económicas de los niños, más allá de la circunstancia de que ahora acudan a la realización de ciertas actividades extraescolares de no muy significativo coste económico. La parte apelante considera, sin embargo, que las necesidades económicas de los niños, de 9 y 6 años de edad, se cifran en la suma de 1.266 euros mensuales, interesando que la madre contribuya con el pago de 1.000 euros al mes. Para calcular esa cifra toma en cuenta diversos conceptos, aplicándole después las dos terceras partes a las necesidades de los hijos, correspondiendo al padre, —así ha de entenderse—, el tercio restante. Ese punto de vista no puede ser aceptado por esta Sala, al incluirse en la relación conceptos tales como el gasto de teléfono que, en atención a la edad de los niños, no parece fácil pueda considerarse en los dos tercios de la factura, como parte de sus alimentos. Lo mismo puede decirse de los gastos de comunidad "y otros gastos" de la vivienda.

Entiende este Tribunal, además, que para el establecimiento de la pensión alimenticia tampoco han de ser tenidos en consideración los ingresos brutos que la madre percibe como consecuencia de su trabajo por cuenta ajena, sino los ingresos líquidos que resultan, en definitiva, aquellos sobre los cuales la misma puede disponer, entendiendo también como certera la consideración que realiza la juzgadora de instancia en el sentido de que D.ª Esther, al haber abandonado el que fuera domicilio familiar deberá sufragar los gastos correspondientes a sus propias necesidades de vivienda. Así las cosas, y tomando en cuenta que ésta percibe, aproximadamente, como consecuencia de su trabajo, la suma de 2.000 euros líquidos al mes (folios 71 y siguientes) y que el padre, aunque no dispone de trabajo fijo, sí realiza actividades docentes con ostensible regularidad (folio 44 de las actuaciones) percibiendo en los períodos de receso en su actividad laboral las correspondientes prestaciones económicas por desempleo, que al tiempo de interponer la demanda fijaba en 1.134 euros mensuales; y tomando en consideración, por último, que fue precisamente mientras el apelante se encontraba en situación laboral de paro cuando convino con su esposa la cantidad de ochenta mil pesetas mensuales como pensión de alimentos a favor de sus hijos (aduciendo ahora en el recurso que aceptó esas condiciones bajo la presión de que su esposa pudiera quitarle los niños pero, naturalmente, sin prueba alguna al respecto), este Tribunal considera razonable la pensión establecida en la sentencia de instancia, si bien, como quiera que en ésta se ha partido como elemento de referencia de la pensión fijada en el convenio (suscrito en el año 2000), sin aplicar actualización alguna y teniendo en cuenta, además, que los niños han emprendido la realización de cier-

tas actividades extraescolares que comportan ciertos gastos, procede aumentar ligeramente la pensión establecida hasta la suma de seiscientos euros mensuales que se actualizarán, a su vez, en la forma determinada en la sentencia de instancia, soportando, además, conforme en la misma sentencia se establece, la Sra. Esther la mitad de los gastos extraordinarios que se produjeran en relación a los hijos comunes.

De conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 394 del mismo texto legal, no procede hacer imposición de las costas de esta alzada, ni tampoco de la impugnación de la sentencia de instancia, atendiendo a la naturaleza especial de la cuestión sometida a debate (guarda y custodia de los hijos menores).

V. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Extinción de la atribución del uso de la vivienda ya que la esposa no habita la misma habiéndose desplazado a otra ciudad sin que pueda tener trascendencia la alegación de que dicha situación es transitoria y provisional por obedecer a la necesidad de atender a la madre y a la abuela, siendo significativo a estos efectos que el menor acuda al colegio en dicha ciudad y no donde está la vivienda familiar.*

AP BALEARES, Sec. 5.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mateo Ramón Homar.

En relación con la vivienda conyugal, como hechos importantes acreditados en la litis, cabe reseñar que la citada vivienda, que fue conyugal, sita en la AVENIDA000 n.º NUM000 de Manacor, es propiedad de D. Miguel, padre del demandante, quien abona el importe de todos los suministros de la misma. En el curso 1999/00, el hijo menor, Miguel, en la actualidad de 6 años de edad, en cuanto nacido el día 2 de octubre de 1996, acudía a la Escola d'Educació Infantil "Sa Torre" de Manacor; y en el curso 2000/01, la madre trasladó al menor a un colegio del "Sagrat Cors" de Llucmajor, con horario de 9 a 12 y de 15 a 17 horas, en el cual le acompañan y recogen sus abuelos, y en dicho curso juega en un equipo infantil de la aludida localidad. D.ª Marcelina es natural de Llucmajor, su familia reside en dicha localidad, y tiene un empleo estable en un centro comercial de Manacor.

En tal peculiar situación, la representación del demandante solicita que ante la modificación habida de las circunstancias se deje sin efecto la afección de la citada vivienda conforme al artículo 96 del Código Civil. La representación de la demandada sostiene que tal situación es transitoria y provisional por obedecer a la necesidad de atender a la madre de la demandada y abuela de la menor lesionada en un accidente de

tráfico habido el día 25 de marzo de 2000. La Juzgadora de instancia llega a la convicción de que tal situación es como señala la demandada, de carácter muy transitorio.

La confesión en juicio de la demandada pone de relieve que durante el curso 2000/01, el menor y la madre residen en la localidad de Llucmajor, de la cual esta última es natural, y en la que tiene toda su familia, a diferencia de Manacor, lugar de origen del padre y su familia, y que el menor se halla integrado en la localidad de Llucmajor, al acudir al colegio y jugar en un equipo de baloncesto, pernocta y come en casa de los abuelos, restando como único vínculo con Manacor el hecho de que la madre tenga allí su centro de trabajo, y que el derecho de visitas del padre principalmente se desarrolle en esta última ciudad. Es de suponer que en el domicilio familiar se guardan el ajuar y mobiliario doméstico, al no constar que la demandada ocupe una nueva vivienda en Llucmajor, con lo cual, a pesar del certificado de la Policía Local de Llucmajor, es de suponer que tanto madre como menor pernoctan en el domicilio de los abuelos maternos. Los testigos presentados por el demandante, vecinos y amigos del padre, ponen de relieve que la vivienda de Manacor no es ocupada.

El derecho del artículo 96 del Código Civil se pactó en favor de la madre por el hecho de que se quedó con la guarda y custodia del menor, pero tal desocupación y el traslado de residencia del menor y la madre de Manacor a Llucmajor constituye una alteración esencial de circunstancias sobre el particular, dado que tal vivienda deja de ser ocupada, y presumiblemente queda como un almacén del mobiliario y ajuar doméstico, aparte de alguna posible utilidad de la madre al trabajar en Manacor, pero el menor, en razón a cuyo beneficio se efectuó la atribución de la misma a la madre, ya no la ocupa y sus actividades las realiza en Llucmajor, y convive con la madre y abuelos en esta última localidad. En conclusión, se ha alterado notablemente la función de la aludida vivienda conyugal, que ha dejado de tener la finalidad para la cual fue atribuido su uso a la madre, que no es un simple guardamuebles o un uso muy esporádico u ocasional.

Sentada la anterior conclusión, es preciso determinar si tal situación es provisional o transitoria, motivada por una finalidad que no se considere duradera y a la vez justificada. La Juzgadora de instancia considera que la misma, básicamente por así indicarlo la demandada y sus los testigos parientes de la misma que presenta es provisional y se trata de atender a la madre de la demandada y abuela del menor, lesionada en un accidente de tráfico acaecido el 25 de marzo de 2000. Por la Sala se quiere reseñar en primer lugar la relatividad del concepto de provisionalidad o transitoriedad, y la dificultad que comporta el conocer si los deseos futuros de una persona son serios, o se trata de perjudicar injustificadamente a la contraparte; resaltando, que, en el contexto de un procedimiento en el cual la apelación se ha demorado en exceso en el Juzgado de instancia, resulta que se ha atendido la realidad existente en el curso 2000/01, sin que las partes hayan aportado prueba sobre la habida en los dos cursos siguientes transcurridos, lo cual podría suponer una importante circunstancia para dilucidar sobre tal provisionalidad, pues un curso escolar no es lo mismo que tres, y una situación repetida en tres cursos escolares no puede calificarse de "provisional". Ante tal situación tan equívoca, la exagerada demora en la tramitación de esta litis, y la llamativa falta de prueba sobre estos dos cursos posteriores a la fase probatoria de primera instancia, la Sala consideró oportuna la práctica de una diligencia final, cuyo resultado acredita que en los dos últimos cursos, y por tanto, en los tres últimos (el primero ya se había probado en la primera instancia), el menor ha acudido a un Colegio de Llucmajor, e incluso iniciado la educación primaria en un Colegio de esta última localidad, con lo cual es evidente que no nos hallamos ante una situación transitoria o provisional, sino de duración apreciable, probablemente favorecida por el hecho

de que la actora no abonaba cantidad alguna por la ocupación del piso, ni siquiera sus suministros, y tal ocupación podía suponer un medio de presión en negociaciones con su ahora ex esposo. Asimismo se nota en falta una prueba más concluyente sobre la entidad de las lesiones y secuelas padecidas por la abuela del menor en el accidente, y sobre la necesidad de una asistencia que justifique el cambio de localidad de residencia del menor, y la prueba practicada se limita a la indicación de dicha persona y otros parientes de que tal situación es provisional, aparte del hecho no discutido de que la madre no habita otra vivienda, sino que reside en el domicilio de sus padres. En consecuencia procede estimar dicho motivo del recurso y dejar sin efecto el derecho del artículo 96 concedido a la madre, si bien ello tendrá escasa repercusión práctica atendido el desalojo de la vivienda por la demandada en el curso de un procedimiento de desahucio por precario habido el pasado 28 de julio de 2003.

Por el contrario, debe denegarse la atribución al esposo de dicha vivienda conyugal por cuanto no se aprecia motivo alguno para ello, atendido el hecho de que la guarda y custodia del mismo corresponde a la madre.

VI. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *Aun cuando el padre carece actualmente de trabajo, se ha acreditado que vendió el inmueble que fue domicilio familiar y que posee un Audi 4, por lo que podrá proceder a su venta y con el producto obtenido alimentar a su hijo.*

AP VALLADOLID, Sec. 3.ª, Sentencia de 4 de septiembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Jaime Sanz Cid.

Tres son los puntos de la sentencia de instancia con respecto a los cuales muestra su disconformidad el apelante. Se fija la cantidad de 200 euros mensuales como contribución del padre para el sostenimiento del hijo, se solicita que el régimen de visitas se extienda a las tardes de los martes y los jueves la semana cuyo fin de la misma no corresponda visita por el padre, y la obligación por el progenitor masculino de abonar el 50 por ciento de los gastos extraordinarios médicos-sanitarios no cubiertos por el seguro y educacionales que genere el menor.

La obligación que tienen los padres de prestar alimentos a los hijos viene determinada no ya en el momento de la separación (art. 90 CC), sino en cualquier momento de la vida (art. 142 y siguientes), pero es que además no sólo estamos en presencia de una obligación legal, sino también moral y natural; el hijo del apelante tiene tan sólo cinco

años de edad, por lo que depende en todos los aspectos de sus padres, por lo que ambos deberán contribuir a su sostenimiento.

El padre no se aparta de esa obligación, pero desde el momento en que pueda encontrar trabajo, olvidando que un hijo tiene que crecer día a día, y en ningún caso puede esperar a que su padre encuentre trabajo. D. Luis Enrique ha vendido el que fue domicilio conyugal, por lo que el dinero obtenido con ello deberá ir designado como primera necesidad al sostenimiento de su hijo. Posee un Audi 4, por lo que podrá proceder a su venta, puesto que no lo necesita para su trabajo, para alimentar a su hijo. En definitiva, queremos recordarle que no hay pretexto alguno para eludir la obligación que tiene para alimentar a su hijo, sobre todo si tenemos en cuenta que la carga fundamental la soporta la madre, que no sólo tiene que atenderle personalmente compaginándolo con el trabajo que ahora desarrolla, sino proporcionándole además habitación.

2. *Se suprime la pensión alimenticia establecida en proceso matrimonial a favor de hija mayor de edad, que viene realizando trabajos esporádicos, pues no cabe exigir, dada la inestabilidad laboral actual y el régimen de contratación temporal predominante en el mercado, que la alimentista obtenga un trabajo fijo. Basta, pues, una cierta peridiocidad en el empleo para concluir que el acceso de la hija a la vida laboral, aunque sea periódico o irregular, impide la aplicación del art. 93 del CC.*

AP MÁLAGA, Sec. 4.ª, Sentencia de 12 de septiembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Torres Vela.

Como único motivo de recurso se invoca por la parte apelante errónea apreciación de la prueba practicada por parte de la juzgadora de instancia, por entender que la precariedad de la situación laboral de su representada, derivada del hecho de que desde septiembre de 2002 se encuentra en paro, aparte de encontrarse completando su formación académica, aconseja que se mantenga la pensión alimenticia fijada en su favor en su día.

El motivo, y, por ende, el recurso han de ser desestimados, por cuanto según reiterada jurisprudencia cesa la obligación de prestar alimentos cuando el que los reclama está capacitado para realizar trabajos con cuyo producto pueda atender a sus necesidades (STS de 17-3-60), estableciendo, de otra parte, el art. 91 del CC que podrán modificarse las medidas adoptadas en los procesos de nulidad, separación o divorcio cuando se alteran sustancialmente las circunstancias que motivaron su adopción; y, en el caso de autos, acreditado en las actuaciones que desde que se adoptó la pensión alimenticia en favor de la hija y a cargo de su padre aquélla vino desempeñando de manera ininterrumpida y durante mas de un año un trabajo en la empresa Boticher, causando paradójicamente baja en fechas anteriores a la interposición de la presente demanda, percibiendo a partir de entonces la prestación por desempleo, circunstancias que denotan la percepción de ingresos de manera continua-

da y durante un importante período de tiempo, con los que ha podido subvenir sus propias necesidades, es evidente que se dan las circunstancias para que resulte aplicable el art. 152 del CC, pues no cabe exigir, dada la inestabilidad laboral actual y el régimen de contratación temporal predominante en el mercado, que la alimentista obtenga un trabajo fijo, lo que obligatoria en la mayor parte de los supuestos a mantener las medidas de alimentos concedidas a una unidad familiar. Basta, pues, una cierta periodicidad en el empleo para concluir que el acceso de la hija a la vida laboral, aunque sea periódico o irregular, impide la aplicación del art. 93 del CC.

No obsta a lo anterior, las alegaciones de la recurrente relativas a que la hija no ha completado su formación académica cuando los cursos de aprendizaje los realizó en los años 2000 y 2001, sin que conste que durante el tiempo en que ha estado trabajando o posteriormente se haya matriculado o realizando curso de clase alguna, según se acreditó con la certificación de la Junta de Andalucía aportada, no constando tampoco que los haya demandado de institución publica o privada.

Procede, pues, desestimar el recurso estudiado y la confirmación de la sentencia apelada que se encuentra ajustada a Derecho.

3. *Se incrementa la pensión alimenticia a favor de la hija menor, pues la proporcionalidad se refiere no a ingresos sino a medios del obligado, y si tiene patrimonio exige aumentar la cuantía. El pago de las cuotas del préstamo hipotecario no afecta al importe de la pensión alimenticia por cuanto tienen su propio cauce de reembolso.*

AP ALBACETE, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2003. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Carmen González Carrasco.

Por la parte demandante se recurre la sentencia de instancia en el único pronunciamiento referente a la cuantía de la pensión por alimentos fijada a favor de la hija menor de edad con cargo al progenitor demandado. Entiende la sentencia de instancia que los ingresos probados del demandado en virtud de su relación laboral con la empresa "Limpiezas Fernández" y los beneficios obtenidos de la cooperativa vitivinícola donde aporta su producción agrícola, así como los gastos fijos de aquél consistentes en el pago de la totalidad del préstamo hipotecario que grava la vivienda ganancial justifican que la pensión se fije en 180 euros mensuales. Contra dicha resolución se alza el recurso de la apelante que entiende que la pensión ha de aumentarse a la cantidad de cuatrocientos euros mensuales a los que habría que añadirse la mitad de los gastos de formación y asistencia sanitaria, y ello por entender que no se han valorado adecuadamente las posibilidades económicas del demandado y las necesidades de la hija menor.

Esta Sala no comparte totalmente las consecuencias que la sentencia de instancia extrae del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 146 del Código Civil. La prestación de alimentos a que obliga la obligación de los titulares de la patria potestad de procurar una formación integral a los menores (art. 152 CC) y la genérica que se deriva del art. 110 CC (velar por los hijos

menores de edad) son más amplias que la del art. 142 e incluyen también todos los conceptos que exige la protección y desarrollo y formación integral del hijo menor. Y así, si el artículo 146 CC contiene una regla de determinación de la cuantía de la obligación alimenticia consistente en la proporción entre las necesidades del solicitante y el caudal del obligado a prestarlos, esta regla queda matizada por la amplitud del concepto de alimentos derivados de la filiación en el caso de hijos menores de edad, de tal forma que en el caso que nos ocupa no es la necesidad de cubrir las necesidades mínimas contenidas en el art. 142 el único presupuesto legal del derecho de alimentos. Por otra parte, también se reduce la operatividad de la regla de la proporcionalidad desde el momento en que el criterio del *favor filii* que rige en el caso de la determinación de las pensiones debidas a hijos menores de edad ponen el caudal del progenitor obligado al servicio de esa formación integral hasta el único límite consistente en la cobertura de las necesidades básicas y perentorias de su propia subsistencia.

Pero es que, aun cuando pudiera desconocerse el criterio del *favor filii* que ha de inspirar la fijación de alimentos a favor de hijos menores de edad, la regla de la proporcionalidad del artículo 146 del Código Civil no se refiere a los ingresos efectivos sino al caudal o medios de quien está obligado a prestarlos; esto es, que la existencia de bienes en el patrimonio del deudor exige aumentar la cuantía del deber alimenticio sin que la alegación de improductividad de los mismos, que es una circunstancia que depende en gran medida de la voluntad del deudor, pueda oponerse al acreedor. En autos ha quedado probado que existen fincas cuya superficie aproximada son doce hectáreas, las cuales, si no son productivas, pueden enajenarse e invertirse su valor en operaciones más rentables con que subvenir al derecho de alimentos en sentido amplio que asiste a su única hija menor de edad.

En segundo lugar, la Sala no entiende que el caudal del demandado así entendido se vea reducido por las cuotas de amortización del préstamo hipotecario que viene satisfaciendo. Los gastos de amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda ganancial tienen su propio régimen de reembolso una vez la sociedad sea liquidada, por lo que tenerlos en cuenta en este pleito generaría un posible enriquecimiento injusto posterior, máxime cuando el demandado que los abona reside en dicha vivienda sin afrontar gastos fijos de alquiler a los que sí tiene que hacer frente la apelante para residir ella misma y acoger en su domicilio a su hija menor.

En autos ha quedado suficientemente probado que la menor realiza actividades extraescolares y que debido al horario laboral de la apelante requiere los servicios de traslado y comedor escolar, gastos que prácticamente agotan en su cuantía la pensión fijada en primera instancia. A dichos gastos hay que sumar los de ropa, aseo y ocio, capítulo este último que ha de presumirse aumentado por el mero hecho de crecimiento de la menor; y por último no cabe olvidar que si bien la apelante es coobligada a prestar alimentos a la hija menor en proporción a su caudal respectivo, su contribución ya se hace efectiva en concepto de convivencia en el propio domicilio (a cuyos gastos no contribuye el demandado), cuidado directo y alimentación distinta de la prestada en el comedor escolar. Por ello, la Sala estima parcialmente procedente la pretensión de la apelante de aumentar la cuantía de la pensión alimenticia fijada en primera instancia aun cuando no se haya probado (por no haber sido admitida la prueba documental propuesta por la parte apelante consistente en la productividad de las fincas propiedad del apelado) cuál es el rendimiento o valor exacto de las fincas del apelado, considerando adecuada la fijación de una cuantía de 275 euros mensuales actualizables según los criterios establecidos en la sentencia de instancia. No estimamos sin embargo procedente la pretensión de añadir a la pensión establecida los gastos de formación y asistencia sanitaria, los cuales si no pueden cali-

ficarse como extraordinarios, han de seguir considerándose subsumidos en la pensión alimenticia fijada en esta alzada.

Por las razones expuestas, procede estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante apelante en los términos expresados en el fundamento de Derecho anterior, sin expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

4. *Se incrementa la cuantía de la pensión alimenticia a favor de los hijos, puesto que el crecimiento de los hijos conlleva mayores necesidades y más gastos, además de los incrementos retributivos del obligado, y por encima de ciertos niveles, los alimentos no sólo cubren necesidades, sino existe un derecho subjetivo a participar en el nivel de vida de sus progenitores.*

AP BADAJOZ, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de octubre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús M.ª Gómez Flores.

Dictada Sentencia en primera instancia por la que se declaraba haber lugar a la disolución del matrimonio entre los litigantes, no se discute sin embargo tal extremo, que es mutuamente aceptado, sino única y exclusivamente lo relativo a las medidas acordadas en dicha Sentencia, y en particular, la que suponía la modificación de lo originalmente pactado en el Convenio Regulador (que fue aprobado en el procedimiento de separación), a propósito de la cuantía a que debía ascender la pensión alimenticia que el Sr. Carlos Francisco tiene que satisfacer a los hijos comunes. La Sentencia dictada ahora por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Don Benito resuelve modificar dicha cuantía, y de conformidad con lo solicitado por la demandante, así como por el Ministerio Fiscal, incrementa la misma hasta la suma de 560 euros mensuales para cada uno de los hijos, lo que es rechazado por el demandado, que en base a ello articula recurso de apelación, interesando que el importe a satisfacer sea el que hasta la fecha venía satisfaciendo (pensión de 433,32 euros en 16 abonos, equivalente a 577,76 euros para ambos hijos). Frente a dicho recurso, tanto la Srta. Gabriela como el Ministerio Fiscal se oponen y solicitan la confirmación de la resolución impugnada.

Sentado lo anterior, hemos de comenzar señalando que de acuerdo con lo que dispone la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 13 de abril de mil novecientos noventa y uno, "la obligación alimenticia, se ha de entender como deber impuesto a una o varias personas, de asegurar la subsistencia de otra o de otras y supone la conjunción de dos partes, una, acreedora, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos y la otra, deudora, que tiene el deber legal y moral de prestarlos, con la particularidad de que el primero ha de reunir, hipotéticamente, la condición de necesitado y el segundo, poseer bienes y medios aptos para atender la deuda". Tales presupuestos, indudablemente, concurren en el presente caso, habiéndose centrado el debate, exclusivamente, en cuanto a la cuantía de la obligación, denunciándose por el apelante que se habría infringido lo dispuesto en el artículo 146 del

Código Civil, que recordemos, señala, que a los fines de establecer el importe de la prestación, se atenderá tanto al caudal del obligado como las necesidades del favorecido, apreciación que el órgano jurisdiccional habrá de efectuar atendiendo a las alegaciones de las partes y las pruebas aportadas, cuidando de no dejar desatendidas las exigencias impuestas por la solidaridad familiar que el legislador tutela, pero al propio tiempo evitando una protección desmedida con olvido de las propias necesidades del alimentante, determinadas por su propia situación (SSTS de 19 de octubre y 12 de diciembre de 1981); correspondiendo la determinación de dicha cuantía de los alimentos al prudente arbitrio del Juez o Tribunal sentenciador (SSTS de 24 de febrero de 1976 y 16 de noviembre de l978).

Alega el recurrente que por la Juzgadora de primer grado se habrían ignorado tales criterios, indicando que sólo se ha atendido al volumen de ingresos del Sr. Carlos Francisco, pero que no ha quedado acreditado un correlativo aumento de las necesidades de los menores acreedores de la pensión alimenticia que justifique que ésta haya de incrementarse, respecto de la cantidad que hasta la fecha venía abonándoseles, hasta la que se otorga en la Sentencia.

A este respecto, ha de tenerse en cuenta con carácter general, que la petición de modificación de las medidas acordadas en su momento en Sentencia de Separación con apoyo en la propuesta de convenio regulador suscrita por los esposos, requiere que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta con anterioridad para la aprobación de la propuesta de convenio presentada por los cónyuges. Es evidente, por tanto, que para que prospere la modificación instada por alguno de los cónyuges del convenio aprobado judicialmente o de las medidas que lo sustituyen, será necesaria la concurrencia de una alteración de las circunstancias tenidas en cuenta por los esposos para la adopción del convenio o por la autoridad judicial para la aprobación de la propuesta presentada. Dicha alteración deberá ser sustancial y no afectar únicamente a las circunstancias accidentales o de poca entidad, y deberá resultar debidamente acreditada por la parte que la hace valer para obtener la modificación del convenio o medidas acordadas judicialmente, en cuanto hecho constitutivo de su pretensión. Así, únicamente podrá justificar una modificación del convenio aprobado judicialmente o de las medidas adoptadas en defecto de éste, la alteración que no sea aquella que las partes pudieron razonablemente contemplar para emitir su consentimiento o la autoridad judicial para decretar las medidas; pues en caso contrario se trataría más bien de una revisión de lo ya acordado y no del ajuste de la regulación preestablecida a una situación fáctica que ha devenido distinta (en este sentido, por ejemplo, sentencias de la A.T. de Palma de Mallorca de 21-3-1986 y de la A. P. de Segovia de 22-3-1993 y 29-12-1998).

En el caso que nos ocupa, las medidas acordadas en el Convenio Regulador se remontan al año 1995, año en el que se dictó la Sentencia que declaró la Separación del Matrimonio (documento 5 de la demanda), y desde entonces hasta diciembre de 2002 en que se presenta la demanda de divorcio, se han venido cumpliendo, actualizándose progresivamente la cuantía de las pensiones hasta alcanzar las cantidades que últimamente estaban abonándose (en concreto, como ha quedado acreditado, en noviembre de 2002 se satisfacía la suma de 416,65 euros mensuales como pensión alimenticia a los hijos), sin perjuicio de otros gastos (importe del Colegio Claret donde asiste el menor Tomás, que es costeado al 50 % por ambos progenitores), y todos los demás que se justifican a través de la documentación acompañada a la contestación a la demanda, ya se hayan calificado de ordinarios o extraordinarios. Así las cosas pues, han transcurrido 7 años en los que los hijos han crecido, y las circunstancias de las partes han sufrido distintos cambios, tanto familiares (convivencia con otras parejas de hecho, nacimiento de un nuevo hijo del Sr. Carlos Francisco,

etc.), como laborales. Cabe destacar en este último apartado el importante ascenso experimentado por el esposo, que ostenta actualmente el puesto de Director General de Caja Rural de Extremadura. Atendiendo a todas estas circunstancias, la Juzgadora de primer grado ha considerado que se había producido una significativa alteración respecto del momento en que firmó y fue aprobado el Convenio Regulador, dando lugar a lo solicitado por la demandante en cuanto al incremento de la cuantía de la pensión alimenticia por cada uno de los hijos y a cargo del demandado, fijándola en 560 euros mensuales, lo que hace un total de 1.120 euros, y delimitando de forma más precisa lo que debe entenderse por gastos extraordinarios, que establece que correrán a cargo de ambos progenitores, al igual que el recibo del colegio donde estudia Tomás.

Revisando en particular las pruebas que se han practicado, y teniendo en cuenta la doctrina que ya hemos expuesto *ut supra,* así como las concretas peculiaridades de los afectados en el presente supuesto, estima la Sala que la resolución dictada por la Juzgadora *a quo* deberá ser confirmada, y ello por cuanto entendemos que sí ha habido una alteración sustancial de las circunstancias, tanto por parte de los destinatarios de la prestación alimenticia como por lo que se refiere al alimentante. En el primero de los casos, no puede pasarse por alto que el crecimiento de los hijos conlleva un mayor número de necesidades que repercuten en los consiguientes gastos, y de ello son buena muestra los documentos que se han aportado en el procedimiento, que evidencian, no sólo cual sea el coste de la enseñanza de los niños, sino también los numerosos conceptos y partidas a que los progenitores, con independencia de la proporción en que han contribuido a los mismos, han tenido que hacer frente. En particular, examinando la documentación acompañada a la contestación, se comprueba sin dificultad a la vista de los justificantes aportados, la naturaleza y volumen de dichos gastos, repartidos en áreas como vestido, material escolar, ocio, equipamiento diverso, atenciones médicas, etc. Supuestos similares al que nos ocupa vienen siendo estudiados reiteradamente por la Jurisprudencia, que tiene declarado que la corta edad de los hijos, al fijarse la pensión y los años transcurridos desde entonces comportan notoriamente un aumento de necesidades de los mismos y el consiguiente aumento de los gastos, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de revisar, en su caso, la cuantía de aquélla (SAP Albacete, de 7 de mayo de 2002). Asimismo, la AP Navarra, Sección 2.ª, declara en su Sentencia de 20 de febrero de 1998, que «el mero hecho del paso del tiempo que conlleva el crecimiento del hijo, determina unas lógicas mayores necesidades del mismo: colegios, ropa, alimentación, y en consecuencia mayores gastos en dichos conceptos», determinando por sí que se entienda que en tales circunstancias existe una variación sustancial de las necesidades económicas del menor. Estimamos pues acreditado, a la vista de lo expuesto, y con base en la documental aportada, así como atendiendo a las manifestaciones vertidas en el juicio, que la situación de los beneficiarios de la pensión alimenticia no puede equipararse a la que existía en el momento de la firma del Convenio Regulador, y en el mismo sentido se comprueba que tampoco es igual la situación y condiciones del obligado a su abono, pues es manifiesto que su nivel económico ha mejorado notablemente, al ocupar un cargo muy superior al que tenía en aquellas fechas, con la consiguiente mejora retributiva, que se cifra, según certifica el Apoderado de Caja Rural de Extremadura (folio 643), en una suma líquida percibida anual de 67.316,37 euros, que se desglosan en diversos conceptos, de los cuales destaca la percepción de 16 pagas, 12 ordinarias por meses y 4 extraordinarias (por trimestres), que globalmente ascienden a 65.509,69 euros. Por otro lado, respecto de la madre de los menores, aunque ha quedado acreditado que trabaja, (y de hecho, ha renunciado a la pensión compensatoria), atendiendo a las pruebas que se han practicado en autos, es

evidente que las retribuciones que percibiría por su trabajo y que se han probado, no son importantes, debiendo por su parte, hacer frente también a los consiguientes gastos familiares, entre los que se encuentran los inmediatamente derivados del mantenimiento de los hijos en su domicilio.

A la hora de fijar el contenido de la manutención en beneficio de los hijos, en estas circunstancias, habrá de tenerse en cuenta que por un lado, no se trata simplemente de lo indispensable para la subsistencia, a lo que puede entenderse que se refieren los alimentos entre parientes, pues como explica la SAP Córdoba, de 10 de septiembre de 1998, "por encima de ciertos niveles, los alimentos no sólo suponen el derecho de los hijos a la satisfacción íntegra de sus necesidades, sino un derecho subjetivo a participar en el nivel de vida de sus progenitores", argumentación que comparte la antes citada SAP Albacete, de 7 de mayo de 2002, cuando indica que "el fuerte incremento de fortuna del padre ha de tener su correlación en la elevación del nivel de vida de los hijos". Téngase en cuenta asimismo, que la pensión de alimentos persigue mitigar la ruptura de los progenitores —al igual que las visitas impiden que el menor pierda la figura del progenitor no custodio— de forma que el menor conserve y mantenga en lo posible el nivel de vida de la familia, entendido como el que corresponde a ambos progenitores en cada momento y no al que ostentaba el grupo familiar antes de la fractura de la convivencia de éstos.

Con tales presupuestos, que esta Sala hace suyos, entendemos que la cantidad concedida en la Sentencia impugnada no resulta improcedente, ya que no sólo aparece como perfectamente asumible por el obligado al pago, atendidas las retribuciones que percibe, sin que comprometa en modo alguno sus medios económicos y las obligaciones a que debe hacer frente, entre las que se encuentra las que derivan de su nueva familia, sino que no la estimamos desmesurada respecto de las necesidades de los menores, pues no olvidemos que ha de tratar de asegurarse la efectividad y acomodación de las prestaciones económicas a las necesidades de los hijos en cada momento, las cuales indudablemente son mayores que cuando se produjo la separación y los gastos que generan pueden fácilmente comprobarse como decíamos, atendiendo a los documentos aportados, pudiendo la suma que venía abonándose por hijo resultar en la práctica insuficiente (de hecho, al margen de los conceptos que tienen propiamente acomodo en la categoría gastos extraordinarios, y que ahora la Sentencia clarifica, estableciendo que sean abonados al 50 %, el padre venía abonando en su totalidad conceptos de carácter ordinario, con independencia de la propia pensión alimenticia).

5. *La carga de la prueba de los ingresos que obtiene el progenitor no custodio recae sobre él y no sobre el otro progenitor.*

AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Casero Alonso.

Motivo único de recurso lo constituye la medida alimentaria establecida en beneficio del menor y como de cargo del recurrente y argumento único de su desacuerdo para con ella es que carece de ingresos y la ausencia total de prueba de la parte actora al respecto. El motivo debe de ser rechazado.

Previo a este proceso, se decretó la separación judicial de las partes estableciéndose como de cargo del recurrente y en concepto de alimentos debidos al hijo menor común, cuya guarda y custodia fue otorgada a la recurrida, el pago de la suma mensual de 25.000 ptas.

En el vigente proceso de divorcio, promovido a instancias de D.ª María Esther, se interesó el mantenimiento de la medida aludida al suplicar se estableciese en concepto de contribución alimentaria la suma de 150 euros, y el recurrente, debidamente citado, se mantuvo rebelde durante el proceso hasta el dictado de la sentencia de la Instancia que ahora se recurre.

Esto así, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 91 de la C. C. y doctrina consensuada e inveterada de nuestros Tribunales, en el presente proceso de divorcio, en principio y con carácter general, rige el principio de inmodificabilidad de las medidas acordadas en precedente proceso matrimonial siendo de cuenta de quien interese su modificación la acreditación de una alteración sustancial de las circunstancias de suerte que es rechazable el argumento del recurrente atribuyendo al recurrido la carga de la prueba sobre sus ingresos sino que, antes al contrario, a la dicha parte correspondía la prueba de su inexistencia o insuficiencia, prueba de la que el proceso está ayuno y sin que el hecho de que el recurrente sea beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita pueda entenderse como suficiente y concluyente al respecto dada la cuantía de la medida alimentaria establecida como de su cargo y que la propia sentencia de separación pondera el carácter autónomo del recurrente y su baja en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social y, a pesar de ello, establece la medida alimentaria ahora discutida en la suma de 25.000 ptas mensuales. Por todo ello, se desestima el recurso.

6. *Imposibilidad de modificar la cuantía de la pensión alimenticia cuando se desconoce la capacidad económica de los cónyuges en el momento en que firmaron el convenio regulador.*

AP GRANADA, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Mascaró Lazcano.

Que, para la modificación de las medidas consecuentes a la separación matrimonial, que ahora se pretende, es imprescindible que se hayan alterado sustancialmente las circunstancias —artículo 90 y 91 del Código Civil (Sentencia de esta Sala de 25 de noviembre de 1993), pues en las sentencias de divorcio si han ido precedidas por otra de separación (Sentencias de esta Sala de 14 de enero de 1994), no es de ningún modo necesario que se acuerden nuevas medidas definitivas ni que se modifiquen las ya establecidas, por cuanto que, como ha declarado esta Iltma. Audiencia en sus sentencias de 17 de mayo de 1991, 23 de julio de 1992 y 22 de noviembre de 1993, entre otras muchas, el hecho de pasar de la situación de separado a la de divorciado no implica por sí solo alteración sustancial de las circunstancias económicas de los cónyuges que pueda ser determinante de la modificación de medidas a tenor del último inciso del ar-

tículo 91 del Código Civil; sin embargo es procesalmente admisible aprovechar el pleito de divorcio para acumular en él una acción de modificación de medidas, ya sea en la demanda, ya por vía de reconvención, por cuanto que ambas acciones tienen un mismo cauce procesal y son acumulables a tenor del artículo 152 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero su prosperabilidad aparece supeditada en todo caso a que se alegue y pruebe que, después de la sentencia de separación, se ha producido la indispensable alteración sustancial de las circunstancias a que se refiere el citado precepto del Código Civil. Que al amparo de esta posibilidad, con reconvención no admitida, la parte ahora apelante, solicitó una modificación de las medidas definitivas de separación matrimonial acordadas en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. No consta Convenio Regulador, en el que se contemplen, como debieran haberlo sido y, además con el necesario detalle, los condicionantes económicos de ambos cónyuges, conforme a los cuales, se fijó la pensión alimenticia a abonar por el padre para sus dos hijos, requisito básico e indispensable, para que el Tribunal pueda valorar si se había producido la alteración de las circunstancias requeridas por el legislador, acreditando el instante y, comparando con las anteriores, las existentes en el momento en que se solicitaba la modificación. Estando así las cosas, debe procederse a la confirmación de la resolución recurrida.

VII. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *La concertación de nuevos préstamos por el obligado a satisfacer la pensión compensatoria no puede considerarse como alteración sustancial de las circunstancias, y no puede perjudicar a la beneficiaria, sino que sus consecuencias corresponde asumirlas a aquél.*

AP ALBACETE, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Espinosa Serrano.

A la vista de los términos de la sentencia apelada y del recurso, resulta que la impugnación de aquella hecha por éste gira sólo en torno al tema de la pensión. Sentado ello resulta que las alegaciones que, al respecto, hace el recurrente no pueden acogerse, pues es a él obviamente a quien corresponde probar que se han producido alteraciones sustanciales en la situación económica de los hoy actor y demandada. Y esa prueba no existe. Así la demandada, que tiene ya 57 años y carece de formación adecuada para acceder al mundo laboral, no consta que ocupe ningún puesto de trabajo, ni desarrolle ningún tipo de actividad remunerada. No constando tampoco que tenga otras fuentes de ingresos; no teniendo otra cuenta bancaria que aquella en la que el actor hace los ingresos derivados de este contencioso. Siendo irrelevante, dados los términos del correspondiente convenio que los hijos sean ya mayores de edad. Y finalmente la circunstancia de que el actor haya contraído préstamos y deba de hacer frente a ellos, no implica un cambio de la situación económica a que se refiere el convenio, puesto que al

tiempo del mismo no existían deudas y no se justifica que las contraídas luego fueran necesarias y no caprichosas, por cuya razón la concertación de los préstamos no puede perjudicar a la demandada, sino que sus consecuencias corresponde asumirlas al actor. Estándose por todo lo expuesto, en el caso de desestimar el recurso y confirma la sentencia apelada.

2. *El hecho de que la esposa haya heredado poco más de 18.030 euros no es causa suficiente para suspender o disminuir la pensión compensatoria.*

AP VALLADOLID, Sec. 3.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Jaime Sanz Cid.

La demanda inicial se sustentaba en que se había producido un cambio en las circunstancias desde que se obtuvo sentencia de separación, pues los esposos habían vendido la que había constituido vivienda familiar, correspondiendo a D.ª Estíbaliz 60.101,21 euros, otra casa en Dueñas por la que había percibido 36.060,73 euros y al propio tiempo, había recibido vía hereditaria más de 18.030,36 euros, a lo que había que añadir que prestaba servicios como asistenta en una casa percibiendo un salario mensual de 300,51 euros.

Esta Sala ha venido permanentemente sosteniendo que cuando desde la fecha de la separación de mutuo acuerdo hasta la de solicitud de divorcio, ha transcurrido escaso tiempo, debe prevalecer la voluntad de los cónyuges plasmada en el convenio regulador, sin que pueda ser sustituida por ninguna otra, salvo que estemos en presencia de circunstancias extremadamente excepcionales, que en el presente caso no concurren.

Y no se dan estas circunstancias porque con la venta de las dos casas lo único que ha hecho la demandada es traducir en dinero el patrimonio que le había sido adjudicado a través del convenio regulador, sin que suponga incremento patrimonial alguno dichas ventas. El hecho de haber heredado poco más de 18.030,36 euros no es causa suficiente por sí sola como para suspender o disminuir la cantidad fijada como pensión compensatoria, pues si bien puede suponer una ayuda en cualquier economía, no tiene la entidad que pretende concedida al actor.

Por último, no se ha podido demostrar que D.ª Estíbaliz preste servicios de asistenta remunerados. Ella misma en el interrogatorio declaró que prestó tales servicios durante dos meses, pues atendía a una persona de avanzada edad que murió al poco tiempo de prestar sus servicios, y recibió a cambio una pequeña cantidad de dinero. Esta Sala tiene declarado que en estos casos la cantidad percibida puede suponer una ayuda, pero en ningún caso dará lugar a la supresión de la pensión. Pero la mejor prueba de que la prestación de tales trabajos fue temporal, nos la proporciona el propio actor al presentar el segundo informe realizado por los detectives privados, con posterioridad al primero, y en donde, a pesar del seguimiento realizado no consta que prestase trabajo alguno.

Por todo ello, debe entenderse que no ha cambiado ninguna de las circunstancias que motivaron el acuerdo de los cónyuges, al percibir D. Ignacio el mismo salario, y ser las mismas las necesidades de la Sra. Estíbaliz.

3. *Solicitada la pensión compensatoria en la separación y desestimada dicha petición no puede fijarse dicha pensión en el procedimiento de divorcio.*

AP GRANADA, Sec. 3.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Valdivia Pizcueta.

Consentida la disolución del vínculo matrimonial por el divorcio (artículo 85 y 86 del Código Civil), el recurso de apelación ha quedado limitado (artículos 457.2 y 465.4 de la LEC) a determinadas cuestiones, que ahora se estudiaran; problemas a los que el Tribunal ha de ceñirse, pues éste no puede conocer sobre las consentidas por las partes, decididas ya en primera instancia (Sentencias del TS de 10 y 23 de marzo de 1965 y de 6 de junio de 1992, entre otras). Y los problemas que se plantean son dos; a saber: A), El de la viabilidad de la pensión compensatoria o por desequilibrio económico (artículo 97 del Código Civil), que ha sido concedida; y B), El referente a la manera, o forma, en que ha sido atribuido el domicilio familiar o, mejor dicho, la vivienda familiar al marido, por presidir con respecto a él la idea del interés familiar necesitado de más urgente protección. Con respecto a la primera cuestión, la pensión compensatoria, como *prius* se han de sentar los siguientes hechos: A), Que marido y mujer han vivido separados durante diez años, desentendidos el uno del otro en todos los aspectos, incluido el económico; B), Que, la esposa (lo reconoce), instó la Separación Judicial tiempo ha, en la que interesó la concesión de pensión compensatoria, pensión que le fue denegada, no constando, ni siquiera, que interesase la vía de los recursos. Ante estos dos apuntes, se ha de tener en cuenta lo que a continuación se expone: La pensión Compensatoria o por desequilibrio económico entre los esposos, tiene un punto de partida que lleva a determinar o no su procedencia, el ya mencionado de "desequilibrio económico"; desequilibrio que se integra por dos elementos: A), La posición del otro cónyuge, el que se reputa deudor de aquélla, posición que refiere lógicamente su situación patrimonial, con el fin de mantener el equilibrio económico entre ambos esposos tras la crisis matrimonial; y B), La presencia, tras la crisis referida, de un empeoramiento en la persona que se reputa cónyuge acreedor; empeoramiento en relación a su situación inmediatamente anterior en el matrimonio, o durante el matrimonio. ¿Qué dicen estas notas? Pues simplemente, sencillamente, que la situación de desequilibrio económico o, mejor dicho, las premisas que lo integran, han de ser tenidas en cuenta en su momento, esto es, al tiempo de la separación (cuando fue planteada), y no transcurridos diez años de vida propia e independiente, en todos los órdenes (incluido el económico); diez años que enseñan, que ahora no se puede plantear una situación de desequilibrio económico por la esposa, que durante ese largo tiempo se han mantenido en lo económico con vida independiente; es más, la conducta adoptada por la misma tras la negativa a la concesión de la pensión compensatoria en el proceso de Separación matrimonial y su conformidad ante ella, muestran unos actos, una conducta, concluyentes *(facta concludentia),* que impide, luego de transcurrido tan dilatado lapso de tiempo, reclamar, o interesar, dicha pensión; y es que aquellos actos inequívocos tienen su trascendencia jurídica,

transcendencia que viene a proclamar, de un lado, su idea de reclamación ya formulada y denegada en su día; y de otro, que ahora no es momento, antes se apuntó, transcurrido el tiempo, para valorar un desequilibrio económico, que ya lo fue (se ha dicho) para ser rechazado, en aquellos instantes pretéritos, cuando se produjo la ruptura de la convivencia, entonces, insistimos, se tuvieron en cuenta las circunstancias (la situación) económicas existentes, y se negó la pensión, luego ahora mal se ha de apreciar esa inferioridad económica en la esposa que, insistimos, ha vivido independiente de su marido, en todos los aspectos, durante tantos años. Así, al no ser posible indagar en este momento una realidad superada por el tiempo, mal se ha de forzar la norma jurídica, en busca de situaciones poco acordes con nociones de equidad, y más aún cuando se oculta la realidad laboral de la esposa frente a un marido que transcurrido el tiempo se encuentra ahora declarado incapaz y percibiendo, por ello, una escasa pensión mensual (40.260 pesetas, es decir, 241,97 euros). Se esgrime asimismo como apoyo indirecto para la concesión de dicha pensión compensatoria, la situación de precariedad económica de la hija común del matrimonio, D.ª Almudena, ya mayor de edad; ello no es de recibo, pues al haber alcanzado la misma la mayoría de edad, siendo capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales en el Código Civil (artículo 12 CE, y artículos 315,322 y Concordantes del Código Civil), al haber salido de la patria potestad (artículo 169.2 del mencionado Código), se encuentra en situación, si su necesidad lo requiere, de acudir a la institución "De alimentos entre parientes" (artículos 142 y siguientes del Código Civil) reclamando, si procede, el oportuno derecho a alimentos. Por las razones hasta aquí expuestas, se ha de rechazar la pensión por desequilibrio interesada, que no se puede convertir, trastocando su ser, en una mera indemnización.

4. *No existe obstáculo legal alguno para que la pensión compensatoria pueda solicitarse y obtenerse en un proceso de divorcio, máxime cuando en el precedente proceso de separación personal fue planteada en tiempo inoportuno, de manera que tal petición fue declarada judicialmente improcedente por extemporánea, "sin perjuicio del derecho (...) a solicitar dicha pensión compensatoria en un eventual procedimiento de divorcio posterior".*

AP SEVILLA, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Damián Álvarez García.

Frente a la sentencia de primer grado, que decreta el divorcio vincular y fija una pensión compensatoria de 150 euros mensuales a favor de la mujer, interponen recursos de apelación ambos litigantes: el demandante reconvenido, Sr. Juan Antonio, por entender que la pensión compensatoria es improcedente a la luz de las pruebas practicadas, y la demandada reconviniente, Sra. María Luz, por considerar que la cuantía de la pensión concedida es insuficiente en atención a los ingresos de aquél.

La pensión que regula el art. 97 del Código Civil tiene naturaleza estrictamente compensatoria, por cuanto tiende a corregir el desequilibrio patrimonial que la separación o el divorcio provoca en la posición económica de uno de los cónyuges respecto de la que mantiene el otro, y en relación con el nivel de vida que ambos disfrutaban durante la vigencia de la convivencia matrimonial; persigue evitar que el cese de la vida en común entrañe para uno de los cónyuges un sensible descenso del nivel de vida efectivamente disfrutado durante el transcurso de la relación convivencial. El derecho a percibir tal pensión descansa sobre dos presupuestos básicos: la existencia de un claro e inequívoco desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, y la relación causal directa entre tal situación económica, desventajosa para uno de ellos, y el cese de la convivencia matrimonial.

No existe obstáculo legal alguno para que la pensión compensatoria puede solicitarse y obtenerse en un proceso de divorcio, máxime cuando en el precedente proceso de separación personal fue planteada en tiempo inoportuno, de manera que tal petición fue declarada judicialmente improcedente por extemporánea, "sin perjuicio del derecho (...) a solicitar dicha pensión compensatoria en un eventual procedimiento de divorcio posterior".

La valoración de la actividad probatoria desarrollada en primer grado permite calificar de acertadas tanto la concesión de una pensión compensatoria por desequilibrio a favor de la Sra. María Luz, como la cuantificación del importe de la misma en 150 euros mensuales, a la luz de los ingresos del Sr. Juan Antonio y de los factores y parámetros que enumera el art. 97 del Código Civil, razón por la cual los recursos de apelación articulados por una y otra parte litigante no pueden prosperar.

En efecto, desde que contrajo matrimonio en 1972 D.ª María Luz, nacida en abril de 1951, se ha dedicado fundamentalmente a las tareas domésticas del hogar familiar y al cuidado de sus cuatro hijos, aunque, para poder atender a su subsistencia personal y familiar, también haya trabajado durante cierto período de tiempo como empleada de hogar y ocasionalmente en un restaurante; carece de cualificación profesional y de formación académica; su estado de salud es delicado, como lo acreditan el testimonio de sus hijos, convivientes con ella en la vivienda familiar, y los documentos y partes médicos aportados; en definitiva, carece de recursos económicos, y su aptitud laboral ha experimentado una sensible merma, de modo que sus posibilidades de acceder a un puesto de trabajo adecuado que pueda desempeñar con corrección son muy remotas.

El Sr. Juan Antonio es Policía Local de Coria del Río, y, según certificación de la Alcaldía del Ayuntamiento de dicha localidad expedida el 6 de abril de 1999, percibe una retribución mensual y fija de 169.898 pesetas brutas, además de otras retribuciones indeterminables; también obtiene ocasionalmente ingresos por la venta de extintores. Las retenciones y descuentos en los haberes, la percepción de dos pagas extraordinarias, y la obligada actualización del importe de las retribuciones salariales en cuantía cercana al índice de precios al consumo, determinan que la cantidad de 150 euros mensuales deba reputarse adecuada y proporcionada a los recursos económicos del obligado a su abono.

VIII. CUESTIONES PROCESALES

1. *A pesar de que tanto el actor como el demandado solicitaron en su demanda principal y reconvencional el divorcio, siendo por causas distintas, debió seguirse el trámite de la reconvención previsto en la LEC, con traslado a la parte contraria para contestación a la misma.*

AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

El primer motivo del recurso de apelación contra la sentencia de instancia consiste en que habiendo postulado la actora la disolución del vínculo al amparo de la causa 2.ª del art. 86 del Código Civil, y formulada por el recurrente demanda reconvencional por entender que la *causa petendi* del divorcio debía ser la causa 3.ª a) del citado artículo, sin embargo no fue admitida a trámite mentada reconvención, infringiéndose lo dispuesto en la regla 2.ª del art. 77 o de la LEC.

Asiste razón a la parte apelante en la argumentación de este motivo del recurso, pues ella postuló en su demanda reconvencional el divorcio, esto es, uno de los objetos por los que la regla 2.ª del art. 770 de la LEC permite que pueda plantearse demanda reconvencional, sin que sea óbice para su rechazo el que la actora solicitase también el divorcio en su demanda, ya que la *causa petendi* era distinta y en la fase procesal en que se denegó a trámite la reconvención ignoraba la Juzgadora de instancia si la causa alegada por la demandante iba a prosperar.

Lo suyo era admitir a trámite la demanda reconvencional y luego decidir en sentencia si concurrían ambas causas de divorcio o sólo una de ellas, o ninguna.

Ahora bien, a pesar de la incorrección procesal no cabe anular las actuaciones, puesto que se ha accedido al divorcio pretendido por ambas partes, siendo inocua cualquiera de las dos causas para los efectos-medidas del mismo; por lo que ninguna indefensión se le ha ocasionado al recurrente.

2. *La exigencia de motivación de las sentencias no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todas las cuestiones, sino que las resoluciones deben apoyarse en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión.*

AP ALICANTE, Sec. 4.ª, Sentencia de 7 de noviembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Úbeda Mulero.

La denuncia que contiene el primer motivo del recurso sobre falta de motivación de la sentencia carece de sentido alguno ya que la dictada en primera instancia cumple con todas las prevenciones del art. 209.3.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, razonando y

decidiendo sobre todas las pretensiones de las partes, no pudiéndose confundir el requisito con la no acomodación de las conclusiones judiciales a los deseos de la parte. En este sentido puede decirse que la resolución impugnada cumple con la doctrina que establece que no existe norma alguna en nuestras leyes de enjuiciamiento que imponga *a priori* una determinada extensión o un cierto modo de razonar, de manera que la motivación ha de ser suficiente y este concepto jurídico indeterminado nos lleva de la mano a cada caso concreto, en función de la importancia intrínseca y de las cuestiones que plantea (STC 53/1997, de 15 de marzo); así como que la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todas las cuestiones, sino que las resoluciones deben apoyarse en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (STC 32/1996, de 27 de febrero; STS, de 15 de febrero de 1996). Asimismo se ha declarado, en relación con la posibilidad de remisión a fundamentos de otra sentencia, que la brevedad o parquedad en el razonamiento no implica falta de motivación; basta que una sentencia se remita a los fundamentos de Derecho de otra, cuando los declara coincidentes, sin necesidad de reproducirlos (SSTS de 16 de octubre de 1992, 3 de febrero y 9 de junio de 2000, y, como más reciente, 11 de junio de 2003).

IX. CONVENIO REGULADOR

1. *Validez y eficacia del convenio regulador y del anexo suscrito por los cónyuges en el que el esposo se obligaba al pago de una determinada pensión compensatoria y del importe íntegro de la hipoteca con independencia de la liquidación de gananciales.*

AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de octubre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Jiménez Velasco.

Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por el Magistrado-Juez, cuya parte dispositiva dice: "Que estimando parcialmente la demanda que ha originado estos autos, debo modificar y modifico las medidas vigentes en los extremos siguientes:

1. Que el actor tendrá obligación de pagar la pensión compensatoria, el seguro médico de la esposa y el 50% del IBI que ella le corresponde durante un plazo de 12 meses a partir de esta resolución.

2. Que pasado el plazo antedicho, el IBI sobre los inmuebles citados se abonará al 50% entre ambos litigantes.

3. La hipoteca que grava la vivienda y las plazas de aparcamiento se seguirá abonando íntegramente por el actor.

El resto de las medidas también permanecerá inalterable.

Todo ello sin hacer expresa mención a las costas causadas en esta instancia."

Contra dicha resolución, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por

Eusebio, siendo parte apelada María, siendo parte asimismo el Ministerio Fiscal y, recibidos los autos en esta Audiencia, se les dio el trámite establecido en la ley, estándose en el caso de dictar sentencia.

El recurso planteado, que si bien en un principio pudiera tener cierta complejidad, la realidad es que se centra en algo bien simple; se pretende distorsionar o modificar un acuerdo que ambas partes han tomado libremente, partes, por otro lado, con buena formación y conscientes de lo que hacían; so pretexto de haber sido suficientemente dadivoso, cosa que es de agradecer, no se puede pretender el dar una interpretación no acorde con la jurisprudencia ni con la doctrina al concepto de pensión compensatoria.

El acuerdo citado, que no es otro sino el convenio regulador y su anexo, recoge con suficiente claridad y separación la cantidad que corresponde por "pensión por desequilibrio (Punto F)" y las obligaciones que contrae D. Eusebio sobre el pago de la hipoteca en un anexo al convenio con independencia de la liquidación de gananciales. No cabe olvidar que estamos ante un contrato o convenio regulador, y aunque tenga un matiz de orden público por la aprobación judicial, sobre todo cuando hay hijos menores, deberá cumplirse a tenor de lo pactado (art. 1255 CC) sin olvidar, por otro lado, que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Pues bien, el caso que nos ocupa lo acordado no puede estar más claro, la pensión por desequilibrio se fija en 150.000 pesetas con revalorización y en el anexo la obligación ya referida sobre la hipoteca. No vamos a repetir el concepto de pensión compensatoria y su finalidad por estar más que manido, pero lo que no cabe incluir en ella, como en un cajón desastre, otras obligaciones libremente e independientemente pactadas. Comprendemos que puede ser gravoso el compromiso contraído sobre la hipoteca pero también hay que tener en cuenta que dicha vivienda será un día de su hijo y que en Derecho nada es inmutable por lo que a través del ejercicio de otra acción judicial, que este Órgano Judicial no tiene el porqué recomendar, pudiera enmendarse el error si es que en realidad se ha cometido, pero, repetimos, no mezclar conceptos. Lo expuesto no es óbice para también afirmar que la pensión compensatoria no debe ser una renta vitalicia, ni un derecho permanente del cónyuge preceptor por lo que con buen criterio, la juzgadora de instancia, le ha fijado un plazo de un año a partir de la fecha de la sentencia en primera instancia que lo fue el 25 de enero del 2003 por lo que su proximidad es inminente. Con los estudios realizados por Doña María creemos que la posibilidad de encontrar trabajo no le será difícil.

Tampoco se olvide que el procedimiento utilizado de modificar lo acordado en su día a través de estimar —según el actor, hoy apelante— que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que concurrieron en su día, no es admisible, pues tal cambio no se estima probado desde el momento que el solicitante sigue ejerciendo su profesión liberal sin que conste alteración alguna en el curso de la misma ni estimamos como prueba significativa unas declaraciones sobre el impuesto de la renta. Aunque la Juzgadora de instancia ha distinguido claramente entre pensión compensatoria e hipoteca, sin embargo no lo ha hecho respecto al seguro médico e IBI al equipararlos a la pensión compensatoria cuando son dos conceptos tan distintos pero como establece un plazo de un año próximo a cumplir sin prueba de alteración sustancial de las circunstancias la fijación de otra fecha o devoluciones crearía unos problemas desproporcionados para las cantidades que se ventilan a estas alturas, de ahí que se mantenga la decisión de la instancia.

Como en lo que se ventila en el presente litigio predomina una cuestión de Derecho y se entrevé una buena disposición y no un recurso sin motivación alguna no se hace expresa declaración sobre las costas de la presente alzada.

X. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

1. *No cabe la retroacción de los efectos de la sentencia de apelación modificando las medidas a la fecha en que se dictó la sentencia de instancia.*

AP SEVILLA, Sec. 8.ª, Auto de 8 de octubre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Fragoso Bravo.

El recurso interpuesto debe ser rechazado de plano, pues la ejecución de medidas acordadas en sentencia de separación, divorcio o nulidad de carácter definitivo dictada en primera instancia es una ejecución de carácter definitiva y no provisional, así lo establece el 5 del art. 774 de la LEC al decir que: "Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta…", no debiendo confundirse el camino procedimental con la naturaleza propia de la ejecución. Lo que implica que no cabe la retroacción de los efectos de la sentencia de apelación modificando dichas medidas, como tampoco cabe la retroacción con relación a las medidas acordadas provisionalmente.

XI. REGÍMENES ECONÓMICOS

1. *No existe presunción de ganancialidad de la deuda, negándose la inclusión en el pasivo de un crédito suscrito únicamente por el marido en fecha muy próxima al auto de medidas, no habiendo acreditado que fue destinado a la atención o en beneficio de la familia o a otros fines de los que dan lugar a la responsabilidad del haber ganancial.*

AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Casero Alonso.

En sede de inventario para liquidación de haber ganancial del cual las partes son titulares se discute sobre la inclusión o no en el pasivo de hasta tres créditos de otras tres entidades bancarias oponiéndose la representación de Doña Francisca a su inclusión y resolviéndose por el Juzgador *a quo* la exclusión de dos de ellos y la inclusión del

tercero, y es frente a esa exclusión que se alza la representación de D. José Antonio, que promovió liquidación y sostuvo su inclusión.

Por el contrario, debe rechazarse respecto del crédito contraído con Caja Madrid. Dicho crédito fue suscrito únicamente por el recurrente y en fecha 29-1-97, esto es, muy próxima la separación pues por Auto de fecha 6-2-97 (según explica el Fundamento de Derecho 1 de la Sentencia de separación de la IAP) se dictaron medidas provisionales lo que conlleva el cese de la convivencia (art. 102 CC).

Pero es que sobre todo y al contrario de como por el recurrente se defiende, no existe una presunción de ganancialidad de la deuda (RDGRN 3-6-2002 RA 8984) y por el recurrente no se ha acreditado que el préstamo fue destinado a la atención o en beneficio de la familia o a otros fines de los que dan lugar a la responsabilidad del haber ganancial (artículos 1362 y siguientes del CC), y sin que, tampoco, la referencia que en el escrito de demanda ejecutiva se hace al artículo 144 del RH desvirtúe lo dicho (folio 63) pues dicho precepto tanto contempla la posibilidad de que la deuda sea ganancial como exclusivamente privativa.

2. *Carácter ganancial de las participaciones de la SRL constituida constante la sociedad de gananciales, sin que la acreditación de la venta de un vehículo privativo de uno de los cónyuges haya destruido la presunción de ganancialidad en cuanto al capital utilizado para la constitución de la sociedad. Es indiferente que como socio aparezca únicamente uno de los cónyuges.*

AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

En el marco de la liquidación del régimen económico del matrimonio entre las partes la sentencia de instancia sostiene que "en cuanto a la participación de la actora en la Entidad Mercantil E. S.L., la misma se constituyó el 21 de diciembre de 1998, por lo que al haberse fundado constante matrimonio deben reputarse gananciales, dado que no puede prosperar la tesis sostenida por la parte demandada de que la misma se constituyó con dinero privativo del Sr. Esteban, obtenido con la venta de un vehículo privativo, puesto que si bien los documentos n.º 18 y 19 hacen referencia a la mencionada venta, no se ha acreditado que ese dinero fuese invertido en la constitución y aportación de capital para la sociedad, ostentando en consecuencia carácter ganancial el conjunto de las participaciones de la mencionada sociedad, máxime cuando sí ha quedado acreditado que la Sra. Elvira desarrollaba un trabajo diario en la mencionada entidad, asumiendo funciones de jefa en igual consideración que el demandado Sr. Esteban".

Contra esta última consideración se alza la representación procesal de éste por entender que, por vía de presunciones, ha quedado acreditado que el capital con el que se constituyó por él la sociedad de responsabilidad limitada procedía de la venta de un bien privativo, en concreto de un vehículo

de motor, pues éste se vendió el 12 de septiembre de 1998 por un precio de 600.000 pesetas (documento n.º 18), abonado el 4 de diciembre del mismo año (documento n.º 19) y, sin que conste que se hiciese uso de tal dinero para otras necesidades, la sociedad se constituyó poco después, a saber, el 21 de diciembre siguiente.

Las presunciones no son un medio de prueba, aunque así lo entienda el Tribunal Supremo calificándola de prueba indirecta o supletoria a falta de prueba directa (SSTS 21-10-82; 12-7-83; 12-12-87; 24-1-89; 2-6-95; 6-11-98; 29-3-99, entre otras), sino una forma o un método para probar, a falta de prueba directa, diciendo la Exposición de Motivos que es "un método para fijar la certeza de ciertos hechos".

El art. 386 de la LEC establece que "a partir de un hecho admitido o probado, el Tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", lo cual significa un juicio lógico, natural, razonable, frente al absurdo, ilógico, inverosímil o erróneo (SSTS 9-1-85; 30-6-88; 2-4-92), del juzgador que, en cada caso concreto, establece la relación existente entre la premisa base y la afirmación consecuente. El propio precepto indica expresamente que se trata de una facultad del Tribunal (a través de la expresión "podrá"): faculta o autoriza, pero no obliga a utilizar la prueba de presunciones, como reiteradamente había declarado el Tribunal Supremo (SS 18-11-91; 18-11-94; 30-1-95; 10-9-97 y 23-10-98, entre otras).

Pues bien, esto último es lo que hace la Juzgadora, *a quo,* y este Tribunal comparte, ya que el acto que se lleva a cabo por el recurrente es eminentemente formal, cual es la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada en documento público ante la fe notarial, haciendo constar que se encuentra en estado casado en régimen de gananciales y, sin embargo, en un acto tan solemne, y tras dicha declaración, en ningún momento se destruye la presunción de ganancialidad haciendo constar el carácter privativo del dinero con el que se constituye el capital social.

De ahí que resulte muy aventurado acudir a las presunciones por la simple venta de un vetusto vehículo de naturaleza privativa.

El motivo del recurso debe, por tanto, perecer.

Lo anterior no empece para que quien ostente la cualidad de socio desde el momento de constitución de la sociedad sea el recurrente, y así se hace constar en la escritura de constitución.

Las características de la sociedad de responsabilidad limitada se infieren de su regulación contenida en la Ley 2/1995 de 23 de marzo. En la Exposición de Motivos se configura como una sociedad esencialmente cerrada, en la que las participaciones sociales tienen restringida la transmisión, excepto en caso de adquisición por socios, por el cónyuge, ascendiente o descendiente del socio... De ello se infiere que por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan sólo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión.

El régimen de transmisión intervivos y mortis causa es sumamente restrictivo y está sujeto a los requisitos previstos en los artículos 29 a 34 del referido cuerpo legal. De éstos se infiere que la adquisición de alguna partición social por sucesión hereditaria, se produce como es lógico cuando se es heredero del que ostenta la cualidad de socio, circunstancia que aquí no concurre, pues éste no ha fallecido ni los actores son sus herederos. Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 LSRL), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde sólo aparece uno de los cónyuges como socio fundador y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El Hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de sociedad de ga-

nanciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

3. *Para que pudiesen incluirse en el activo de la sociedad de gananciales el importe de los alquileres del local comercial que se devengaron antes de disolverse la sociedad de gananciales sería preciso que se acreditase que dicho importe lo destinó el esposo a usos propios y no para subvenir obligaciones a cargo de tal sociedad.*

AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, Sentencia de 12 de noviembre de 2003. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Berta Álvarez Llaneza.

Se recurre la sentencia de Instancia dictada en incidente de inclusión y exclusión de determinados bienes en la formación del activo y pasivo de la Sociedad de Gananciales a que se refiere esta litis.

Con respecto a la inclusión de las rentas de la panadería se pide se incluyan desde diciembre de 1994, hasta la efectiva liquidación de la Sociedad de Gananciales.

Es reiterada la doctrina del TS según la cual la separación de hecho consentida quiebra la base de la Sociedad de Gananciales por lo que desde que se produce dejan de existir bienes comunes sujetos a la normativa de dicha sociedad sin que ello impida que así se califiquen las habidas hasta la separación (Sentencias 23-12-92, 11-09-99, 26-04-00). Por otra parte la Sociedad de Gananciales se disolvió por sentencia de separación matrimonial y conforme previenen los artículos 1396 y 1397 del CC disuelta la Sociedad se procederá a su liquidación que comenzará con un inventario del activo y del pasivo de la Sociedad, lo que quiere decir que la liquidación se hace disuelta la sociedad y el inventario corresponderá a los bienes y deudas existentes a la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales (1397 n.º 1) por lo que es claro que cualquiera que sea la fecha de la confección del inventario el contenido del mismo se retrotrae a la fecha de la disolución de la sociedad (STS 29-6-00).

De otra parte respecto la inclusión de las rentas conforme al CC tendrán la consideración de bienes gananciales las rentas percibidas o devengadas durante el matrimonio procedentes de los bienes comunes o privativos según el art. 1347.2.º. En este sentido se pronunció el TS en Sentencia de 24-04-99 en que tras recordar que los frutos, rentas o intereses que producen los bienes gananciales (y privativos) tienen una indudable naturaleza ganancial (art. 1347.2 CC) incluyó en el activo las rentas devengadas por el arrendamiento desde la fecha de celebración del contrato hasta la liquidación de la sociedad de gananciales (era un supuesto de separación de hecho prolongado).

Los litigantes se hallan separados judicialmente en virtud de sentencia dictada el 27-04-98 confirmada por resolución judicial de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 24-03-99, pretendiendo la recurrente que las rentas de la panadería sita en esta ciudad se incluyan en el activo desde el año 1994 y por ser el demandado el perceptor de tales rentas. No consta en el testi-

monio ni en la prueba practicada las resoluciones judiciales en orden a valorar si desde una determinada fecha hubo una verdadera separación de hecho, estando disconforme la contraparte con la fecha del cese de la convivencia que señala la recurrente siendo no obstante significativo que en el inventario presentado por el demandado apelado sitúa como fecha de la separación de hecho la de 10-11-95 habiéndose iniciado el juicio de separación en el año 1997. En este sentido la jurisprudencia al referirse al presupuesto del cese efectivo de la convivencia dice (27-01-98) siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia), seria, prolongada y demostrada o acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial... señalando la de 24-05-00 recordando la doctrina de la Sala que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges porque entendiéndolo de otro modo se contrariaría la buena fe incurriendo además en abuso de derecho que no puede ser aceptado por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (artículo 3.1 CC).

En el supuesto enjuiciado de los testimonios obrantes y prueba practicada no consta claramente acreditado en que momento se produjo la interrupción de la convivencia entre los esposos.

El local, adquirido constante matrimonio fue alquilado en virtud de contrato de arrendamiento de local de negocio el 15-01-92 y aún cuando el demandado como se expuso fija como fecha de cese la de 11-95 también pone de manifiesto ciertos datos fácticos contradictorios de la actora reseñados en el escrito de la demanda respecto a la fecha de cese así como que ésta en el inventario y en relación a las cuentas de ahorro, libretas y plazo fijo ya no utiliza dicho criterio siendo efectivamente rechazable la existencia de un doble criterio para supeditarlo al interés de la parte.

Siendo indiscutible la naturaleza ganancial de las rentas procedentes del alquiler del local de negocio sin embargo no se reputan debidamente acreditados los presupuestos para proceder a la retroacción de las rentas a la fecha pretendida por la parte recurrente y aun admitiendo que los cobros fueron realizados por el esposo demandado al haber tenido lugar con anterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales sería preciso demostrar que se aplicaron a usos propios y no para subvenir obligaciones a cargo de tal sociedad.

XII. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *Se desestima la pretensión de acogimiento preadoptivo instado por la entidad pública, manteniéndose la vinculación de los padres biológicos de los menores, dada su mejoría desde el momento en que han invertido el dinero entregado por entidades públicas en la reforma de la vivienda, intentos y realización de trabajos como temporeros y sometimiento del padre a tratamiento de metadona, con los correspondientes análisis.*

AP MÁLAGA, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Melchor Hernández Calvo.

El letrado de la Junta de Andalucía solicita la revocación de la sentencia recaída en la primera instancia y el dictado de una nueva sentencia, en la que se constituya el acogimiento preadoptivo interesado al ser lo más beneficioso para los menores. Se reproducen los argumentos que sirvieron de fundamento para la solicitud de acogimiento preadoptivo y se alega error en la apreciación de la prueba, en síntesis, al no haber tenido en cuenta los informes obrantes en autos, dando mayor verisimilitud a las testificales practicadas a instancia de los padres biológicos opositores, pese a reconocer éstos que tenían interés en el pleito y su conocimiento no es más de seis meses atrás, frente al continuo seguimiento realizado por la Entidad Pública; si bien el informe de 26/11/02 la Entidad Pública reconoce una mejora de los padres respecto de su actitud, no es una mejora que permita la reinserción de los menores en su núcleo familiar, ni siquiera que haga previsible la misma, dada la larga duración de los problemas existentes.

El Ministerio Fiscal impugna la sentencia, al no compartir el razonamiento del Juzgador de Instancia contenido en el fundamento de Derecho cuarto en el sentido de que la cuestión fundamental es determinar si se ha producido o no una variación en la situación de los padres que permita el retorno de los menores, pues en este caso, debería haberse solicitado de la Entidad Pública que revocara la resolución de desamparo, y, en segundo lugar, se impugna la valoración de la prueba, dado que el informe social de 2-10-2002 es totalmente contrario a que los menores sean reintegrados en su familia biológica y no se entiende cómo se concede mayor credibilidad a unos testigos aportados por la representación de los padres que carecen de cualificación técnica alguna.

La representación procesal de los padres biológicos se oponen al recurso interpuesto e interesan la confirmación de la sentencia recurrida al ser conforme a los principios rectores que debe presidir la actuación de la Administración (L.O. 1/96 de 15 de enero), consistente en el mantenimiento de los menores en el medio familiar y la integración familiar.

La Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, ha derogado las disposiciones sobre prueba contenidas en el Código Civil, en concreto el artículo 1247 sobre inhabilidad para testificar, sustituyendo el sistema anterior por "denuncia" de imparcialidad a la vista de las respuestas de un testigo a las preguntas generales, al facultar a las partes para manifestar al tribunal la existencia de circunstancias relativas a imparcialidad y al tribunal para interrogar al testigo

sobre estas circunstancias y hará que las preguntas y respuestas se consignen en acta para la debida valoración de las declaraciones al dictar sentencia (artículo 367.2), y, ello, sin perjuicio de la tacha de testigos (artículo 377); aún en este último supuesto, siguiendo la doctrina jurisprudencial que por conocida se excusa su cita, para la valoración de la prueba testifical se remite a las reglas de la sana crítica (artículo 376), tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurran y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre ésta se hubiere practicado, esto es, sin que incluso la tacha sea obstáculo para la valoración de la ciencia que hubieren dado los testigos tachados, conforme a las reglas de la sana crítica.

Por otro lado, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (Sentencia de 12 de mayo de 1992) la que predica que el artículo 1214 del Código Civil —actual vigente artículo 217 de la LEC— sólo se infringe si el Juez impone a quien no debe, según dicho precepto, la carga de la prueba y el hecho de que el Juez valore positivamente las pruebas de uno de los litigantes frente a las del otro no entraña quebrantamiento del *onus probandi.*

Por ello, en el supuesto de autos, no se aprecia que el Juzgador de Instancia haya infringido norma alguna el reparto de la carga de la prueba y el hecho de haber valorado la testifical practicada en el acto de la vista, para llegar a las conclusiones contenidas en la sentencia recurrida y desestimar la solicitud de acogimiento preadoptivo, pese a reconocer los testigos su interés el pleito no infringe precepto legal alguno, máxime cuando el artículo 752 de la LEC, prevé la no vinculación del Tribunal a las disposiciones de la Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos, ni de los documentos privados reconocidos. Otra cosa es que no se comparta la valoración y en este sentido, debe concluirse, tras el visionado del CD y prueba testifical documentada por falta de energía eléctrica, que el Juzgador de Instancia ha realizado una valoración ponderada de la prueba practicada y esta Sala comparte el criterio sostenido por el mismo, pues no de otro modo puede entenderse la presencia en el juicio de testigos como el Alcalde la localidad de residencia de los padres y el cura-párroco, que si bien no son personas técnicas, ello no impide que efectivamente su testimonio deba ser tenido en cuenta a la hora de adoptar una medida tan importante para los menores que como señala el Juzgador de Instancia, prácticamente conlleva la salida definitiva del núcleo familiar. La documental obrante en autos no es tan contundente como para aconsejar la adopción del acogimiento preadoptivo interesado, y, contrariamente a lo sostenido por el Ministerio Fiscal, si bien en puridad de técnica procesal debería haberse instado la revocación de la declaración de desamparo, ello no impide que en la oposición a la solicitud se ponga de manifiesto las causas que motivan ésta, entre ellas, la nueva situación de los padres, en la que se aprecia una mejoría desde el momento en que han invertido el dinero entregado por entidades públicas en la mejora de la vivienda, intentos y realización de trabajos como temporeros y sometimiento del padre a tratamiento de metadona, con los correspondientes análisis; de lo contrario, una situación coyuntural con declaración de desamparo llevaría sin más a los padres biológicos a pérdida de sus hijos, cuando la Ley de Protección del Menor se cuida de establecer como principio rector del mantenimiento del menor e integración en la misma familia y la integración familiar y no la pérdida de la familia, incluida la extensa, constando en autos la intensa relación de afectividad de los menores con su padres, hecho que motivó la no suspensión de la visitas, y el hecho de haberse minorado ésta en intensidad sólo puede deberse a las dificultades para las visitas de los padres por la distancia (el padre estaba imposibilitado por estar en prisión), el tiempo transcurrido y el largo internamiento de los mismos sin salidas.

En conclusión, esta Sala comparte (sin necesidad de entrar en mayores subjetivismos sobre la actuación de los profesionales de la Entidad Pública) las conclusiones a las que llega el Juzgador de Instancia y por ello, procede la desestimación de los recursos interpuestos y la confirmación de la sentencia recurrida.

2. *Por vía del art. 158 del CC y a instancias del M. Fiscal se concede la guarda de aquéllos a la Administración, al haber cambiado la actitud de los padres biológicos desde la anterior sentencia que apreciaba riesgo pero no desamparo, al no haber cumplido con el seguimiento establecido, y por su comportamiento pasivo, ni siquiera han cubierto las necesidades mínimas en el ámbito sanitario, educativo e higiénico.*

AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. Don José Javier Díez Núñez.

Con carácter previo parece mostrar la recurrente su disconformidad con la sentencia dictada en la anterior instancia cuestionando la legitimación para accionar del Ministerio Fiscal interesando el cambio de guarda y custodia de los menores Lorenzo —nacido el 20 de agosto de 1987—, Emilia —nacida el 26 de septiembre de 1989— y César —nacido el 9 de abril de 1999—, hijos de Juan Ramón y de Nuria, debiendo darse respuesta desestimatoria a ello, por cuanto que los términos en que queda redactado el artículo 158.3 del Código Civil, en relación con el 172.2 del mismo Cuerpo legal sustantivo, 2 y 19 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, y 24.1 de la Ley 1/1998 de la Comunidad Autónoma Andaluza, no deja lugar a dudas acerca de ostentar legitimación activa el Ministerio Fiscal para acudir a la jurisdicción civil e interesar se proceda a adoptar cuantas medidas sean convenientes para apartar a los menores de un peligro o de evitarles perjuicios, lo que excluye que sea únicamente la entidad pública la que pueda interesar el amparo de los menores que se encuentren en situación de desprotección, no siendo de recibo argumentar que aquél actuara con desconocimiento de la real situación de los menores, habida cuenta de que su actuación obedece a la toma de conocimiento de los informes que se le facilitaran por los servicios sociales comunitarios y de la obligación que por el mismo debe ser cumplida en atención a lo prevenido por el artículo 174 del Código Civil que le hizo tener conocimiento directo e inmediato del lamentable estado en que se encontraban los menores Lorenzo en el centro “Ciudad de los Niños”, Emilia en “Hogares Ángeles Custodios” y César en el “Centro Básico”, situación que se imputa a los padres, siendo, por otro lado, inoperante a los efectos desvirtuadores de la decisión judicial de instancia las alegaciones realizadas por la representación procesal de los progenitores biológicos de los menores, debiendo circunscribirse el debate tan sólo al menor César, por cuanto que en el acto de la vista pública se mostró plena conformidad por éstos a que se adoptaran las medidas oportunas en relación con Lorenzo y Emilia , siendo en este sentido de tener en cuenta que desde que se dictara sentencia judicial con fecha nueve de noviembre de dos mil revocando el desamparo administra-

tivo de los menores reseñados que se acordara por resolución de dieciséis de mayo de dos mil de la Delegación Provincial de Asuntos Sociales por considerar que la situación era de "riesgo" y no de "desamparo", es lo cierto que desde entonces, según reza en la documental que obra unida a las actuaciones practicadas en la anterior instancia, la situación ha variado sustancialmente al fracasar el plan elaborado por los servicios sociales comunitarios de reintegración de los menores en el núcleo familiar, produciéndose una manifiesta desatención moral y material sobre los menores vulneradora de lo dispuesto en el artículo 154 del Código Civil al no cubrir sus necesidades mínimas en el ámbito sanitario, educativo e higiénico, entre otros, lo cual les perjudica palpablemente, máxime cuando ya por resolución judicial se les ofreció, y así aceptaron los progenitores, llevar a cabo un seguimiento con su colaboración, habiendo fracasado rotundamente en el intento como consecuencia del comportamiento pasivo y negligente de los interesados obligados, téngase en cuenta para ello que en el informe de veintisiete de marzo de dos mil uno emitido por el Centro de Servicios Sociales (Distrito Puerto de la Torre), del Ayuntamiento de Málaga, se constata cómo el menor de los hijos a quien se le concedió una beca para asistir a la "Guardería Brinca" tan sólo asistió desde su concesión diez días, habiendo recibido en varias ocasiones aviso del Hospital Materno para proceder a corregir el labio leporino que sufre César sin que acudieran a las diversas citas sin justificación alguna, aseveración que no queda contrarrestada por el hecho de que con la documental aportada por la recurrente en su momento procesal oportuno se justifique que el menor ha sido intervenido en dos ocasiones, una el veintisiete de mayo de dos mil dos en el Hospital Materno (Servicio de Cirugía Pediátrica), y otra el dieciocho de junio siguiente en el Carlos Haya, dado tratarse de actuaciones sobrevenidas con posterioridad al inicio del procedimiento, debiendo limitarse el tribunal de alzada a analizar si concurren o no situación de desprotección del menor en función de los hechos acaecidos en el intervalo producido entre el dictado de la resolución judicial por la que se revocara el desamparo administrativo y la denuncia practicada por el Ministerio Fiscal ante la autoridad judicial, intervalo temporal en el que el tribunal *"ad quem"* considera, al igual que se pronunciara con anterioridad el juzgador de primer grado, que las funciones tuitivas encomendadas a los progenitores biológicos han sido desatendidas de forma plausible y manifiesta, quedando puesto de relieve su falta de colaboración con la Administración a fin de procurar en interés de los menores conseguir una adecuada reintegración familiar acorde a las circunstancias concurrentes, lo cual, en definitiva, debe llevarnos a que proceda acordar rechazar cuántos argumentos han sido dados por la recurrente en contra del fallo emitido en primera instancia que habrá de quedar confirmado en todos y cada uno de sus extremos por ser plenamente ajustado a Derecho.

3. *Revocación de la declaración de desamparo y entrega del menor a su madre sin perjuicio de adoptarse una serie de medidas de seguimiento tanto en relación con la madre como con el menor.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 19 de noviembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.

El primordial objeto de la presente litis es determinar si las resoluciones de desamparo y de ingreso en un centro dictadas por la DGAM, en fecha 4 de septiembre y 25 de octubre de 2001, respectivamente, que afectan al menor Baltasar, son ajustadas a la normativa de pertinente aplicación al caso y singularmente si son adecuadas y beneficiosas para dicho menor, toda vez que, como ha indicado certeramente el Ministerio Fiscal, en trámite de informe, en el acto de la vista de la apelación, lo que debe examinarse y valorarse por el órgano jurisdiccional es lo que se considera mejor y que es lo más conveniente para la evolución y desarrollo de Baltasar, y, en consecuencia, si la sentencia de primera instancia que ratifica sendas resoluciones, debe confirmarse, como solicita la DGAM, o, si por el contrario, debe revocarse en su integridad como sostiene la madre apelante, o bien parcialmente como postula el Ministerio Público.

Planteada así la problemática litigiosa en esta alzada, es de señalar, ante todo, que la primera cuestión a dilucidar por el Tribunal es si realmente ha existido una situación de desamparo del menor Baltasar —nacido el día 12 de abril de 1999— por parte de su madre D.ª Clara que se halle incardinada en alguno de los supuestos concretos previstos en el artículo 2.2 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desamparats i de l'adopció, y singularmente en el apartado b), que, al parecer —dado que no se menciona de forma expresa—, es el que sirve de base para apreciar la situación de desamparo del menor Baltasar en la resolución de fecha 4 de septiembre de 2001 (folios 4 y 5 y 50 al 53 de los autos), esto es, "quan s'apreciï qualsevol forma d'incompliment o d'exercici inadequat dels deures de protecció establerts per les lleis per la guarda dels menors o manquin a aquests els elements bàsics per el desenvolupament integral de llur personalitat", señalando al respecto los profesionales de los servicios sociales del Ayuntamiento de la ciudad de Barcelona —asistente social y psicólogo— que el menor Baltasar se encuentra en situación de riesgo, con fundamento en los siguientes indicadores detectados por ellos y que se relatan en su informe de fecha 7 de agosto de 2001:

1) Dado las conductas que la madre del menor, Clara, ha presentado en los diferentes espacios y con los diferentes profesionales que le han atendido, nos hace pensar que ésta puede presentar algún problema de salud mental —el psicólogo concluye que: "Pienso que la Sra. Clara presenta sintomatología compatible con un trastorno de personalidad con sintomatología paranoica, aunque tengo dudas de que no se trate de un trastorno más grave (psicótico)"— (*vid.* folio 33 de las actuaciones), que le está impidiendo llevar a término de forma adecuada sus funciones cuidadoras respecto de su hijo.

2) El gran estado de ansiedad que Baltasar muestra durante las entrevistas, que sólo puede ser disminuido a partir de la lactancia momentánea. Pensamos que estas conductas pueden llevar al hijo a problemas

sobre su desarrollo emocional que tendría que ser tratado.

3) La dificultad de madre e hijo para poderse separar adecuadamente.

4) La no colaboración por parte de la madre para poder ser tratada tanto individualmente como con su hijo (sobre todo los problemas de separación y diferenciación).

5) La llamada de un vecino alertando de posibles malos tratos al menor y reiterando las conductas extrañas de la madre (folio 34 de los autos).

En base a ello, el EAIA de Casc Antic, en fecha 24 de agosto de 2001, valora que la madre no está facilitando a su hijo unos mínimos necesarios para que éste pueda desarrollarse correctamente, lo que queda reflejado en lo siguiente: 1) La seria dificultad mental que parece tener la madre. 2) La relación con el niño es de desbordamiento e impotencia delante de la actividad y lloros del pequeño. No puede contener las necesidades básicas de su hijo. 3) La gran ansiedad de Baltasar que la madre disminuye con "darle el pecho". 4) A nivel físico el niño presenta bajo peso que podría ser debido a una alimentación poco equilibrada (darle el pecho como sustitución de comida). 5) La actitud agresiva y cuestionadora que la madre manifiesta ante los diferentes profesionales de los servicios de ayuda que han intervenido con ella y su hijo. Tiene serias dificultades para aceptar "la ayuda" que por otra parte solicita, pero que después rechaza (folios 38 y 39).

Y ateniéndose a tales factores de riesgo detectados, realiza la propuesta administrativa de asunción de la tutela del menor por parte de la DGAM y su ingreso urgente en un centro de acogida (mismo folio 39 de las actuaciones), lo cual es acordado por la entidad pública en la resolución que asimismo se impugna de fecha 25 de octubre de 2001 (folios 240, 241, 274 y 275), aunque la misma no se cumplimentó hasta el día 8 de mayo de 2003 —con posterioridad a dictarse a la sentencia de primera instancia—, cuando el menor fue aprehendido en la calle por los Mossos d'Esquadra mientras se dirigía con su madre a la playa —a la sazón Baltasar tenía ya 4 años de edad— e ingresado en un Centro d'Acollida i Urgències per a la Infància, CAUI "Josep Pallach" para valoración y estudio de la situación y problemática del menor y de su familia —permitiendo que la madre pudiera visitarlo sólo una hora a la semana, bajo vigilancia de los técnicos del Centro, la cual ha asistido a todas las visitas y entrevistas programadas (folios 115 al 137 y 151 del rollo)— y ahora, incomprensiblemente, tras haberse ya señalado fecha (5 de noviembre de 2003) para la práctica de las pruebas solicitadas y para la vista del presente recurso de apelación —Auto de esta Sala de 30 de julio de 2003 (folios 105 y 106)—, ingresado el 15 de octubre de 2003 en un CRAE —tan sólo 20 días antes de la fecha de celebración de las pruebas y de la vista del recurso por el Tribunal de apelación—, dictando además la DGAIA una resolución de cambio de medida protectora el día 16 de octubre de 2003, por virtud de la cual acordó constituir el acogimiento simple del menor Baltasar en el centro residencial Complex "Maricel" de Arenys de Mar, con una duración "máxima" de tal medida por un período de tiempo de un año, salvo prórroga (folios 209 al 211 del rollo de apelación).

El Tribunal, ante este actuar de la Administración, quiere mostrar su perplejidad ante el hecho de que se adopten nuevas medidas —sin existir una situación de urgente necesidad—, cuando las anteriores aún están *sub iudice* y ello máxime cuando, como en el caso que nos ocupa, restan escasos días para dictar la sentencia definitiva; siendo la explicación dada por el psicólogo responsable del estudio y valoración de Baltasar en el CAUI, Sr. Alberto, a preguntas de este Magistrado Ponente, en el acto de la vista del recurso, que el cambio de centro del niño ha sido acordado "por razones de oportunidad", pues "se precisan las plazas para otros menores".

Al respecto, la Sala considera preciso destacar y resaltar, compartiendo lo expre-

sado por el Ministerio Fiscal en su informe —el cual ha sido en el particular concreto objeto de examen realmente crítico con el comportamiento de la DGAIA—, la inoportunidad y la incoherencia temporal de esta nueva medida "protectora" para el menor Baltasar, pues, tras haberse incorporado al colegio por vez primera, al mes, más o menos, de haber iniciado el curso escolar, se le cambia de centro, con la consiguiente necesidad de acoplarse a la enseñanza impartida por otra escuela, lo que viene a representar, tal como ha indicado el Ministerio Público, "un sufrimiento adicional para el menor" y "una nueva dificultad, que podía y debía de habérsele evitado", cuando además ello "en nada redunda en beneficio del menor"; sin poder obviar, *ex abundantia,* tal como antes se ha explicitado, la inconveniencia de cualquier modificación por parte de la entidad pública de la medida de protección por ella misma acordada —salvo por razones de urgencia en interés del menor (para lo cual puede, en tal caso, solicitar al órgano jurisdiccional que adopte las medidas cautelares que estime pertinentes)—, cuando, habiéndose formulado oposición en la vía judicial, la ratificación de aquélla/s pende aún de la resolución firme por parte de los Tribunales de Justicia, pues, en caso contrario, y en base al transcurso del tiempo, puede conllevar a la asunción en determinados supuestos de la política de los hechos consumados, la cual en absoluto concuerda con situaciones de tanta transcendencia y sensibilidad humana como son todas las que afectan al bienestar y desarrollo integral de los menores.

Sentado lo precedente, es de reseñar que, frente al planteamiento de la DGAI de que en el caso objeto de examen existen unos indicadores de riesgo que determinan no sólo la procedencia de la declaración de desamparo, sino también la medida de acogimiento simple del menor Baltasar en un Centro residencial, los medios probatorios obrantes en las actuaciones, y especialmente la prolija prueba practicada en esta segunda instancia, pone claramente de relieve la inexistencia de un riesgo trascendente o grave para el menor, por el hecho de hallarse conviviendo con su madre, toda vez que cualquier situación de un posible riesgo no puede reputarse bastante a los efectos previstos en el artículo 2, 2, de la Llei 37/1991, pues aquél debe tener siempre efectos negativos para el niño/a y ser un riesgo de presente, por cuanto no cabe la protección actual de un "riesgo" de futuro más o menos lejano —no puede conocerse y menos afirmarse que éste va a acontecer, aunque por los psicólogos que han intervenido en el estudio de la situación personal y familiar de Baltasar, se ha aseverado, en el acto de la vista, que éste tendrá problemas en la adolescencia si sigue conviviendo con su madre y persiste la relación disfuncional existente en la actualidad, derivada de una superprotección por parte de la progenitora que no deja crecer al niño, si bien, curiosamente, por los mismos técnicos se afirma a continuación en el mismo acto, que Baltasar, cuando ingresó en el CAUI era (y es) un niño bien preservado y cuidado, e intelectual y emocionalmente tiene una capacidad "estupenda" y "genial" (utilizando idénticos términos que los empleados por dichos profesionales), de lo cual, resulta palmario que alguna intervención positiva habrá tenido en ello la madre de Baltasar durante los 4 años de su existencia y en los que éste ha permanecido en todo momento con aquélla, aunque los psicólogos lo achaquen a que estamos ante un niño muy inteligente y que ostenta una extraordinaria capacidad de adaptación, aparte de sostener que la hoy apelante es una "buena madre de bebé", pero no de un niño de la edad como la que ya tiene Baltasar, si sigue igual de "cerrada" y no modifica sus posturas de preservarlo en demasía del mundo exterior, aunque, como ha manifestado textualmente el médico forense, especialista en psiquiatría, Dr. Franco, asimismo en el acto de la vista de la apelación, "no se puede predecir el comportamiento de la Sra. Clara, mientras no se haga un *proving,* mientras no tenga de nuevo al

niño consigo", "dado que el marco de entonces es distinto del actual".

Pasando seguidamente a examinar los indicadores de riesgo que motivaron las resoluciones de la DGAM aquí cuestionadas, lo primero que debe constatarse es el cambio radical de la Administración que en un período de menos de dos meses dicta dos resoluciones distintas, prácticamente con idénticos parámetros de "riesgo", la primera —de 4 de septiembre de 2001— otorgando la guarda provisional del menor a la propia madre, todo y declarar su desamparo con fundamento en el artículo 2.2 b) de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, esto es, por incumplimiento o ejercicio inadecuado de la guarda del menor o por faltarle a éste los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad (folios 4 y 5 y 50 al 53), y la segunda —de 25 de octubre de 2001—, acordando el ingreso del menor Baltasar en el centro de acogida más adecuado para realizar el estudio del menor y proponer la medida más idónea, dejando sin efecto la guarda provisional con la madre y otorgar la guarda al Director del centro desde el momento de su ingreso (folios 240 y 241, y 274 y 275) —el cual, como antes se ha adelantado no se produjo hasta el día 8 de mayo de 2003 (más de 1 año y medio después de haberse dictado dicha resolución)—, en base a una actitud poco colaboradora de la madre con la Administración, a la existencia de una disfunción en la relación con su hijo, dado que la dependencia del niño con su madre es excesiva, la cual cosa le dificulta la relación con otros profesionales y menores, y a no quererse tratar la madre de su trastorno de personalidad diagnosticado por el psicólogo de los servicios sociales del Distrito de Ciutat Vella del Ayuntamiento de Barcelona, cuya conclusión fue efectuada en el informe emitido el día 7 de agosto de 2001 (folios 30 al 33), esto es, con anterioridad a la resolución apreciando la situación de desamparo, en cuyos hechos, se hace ya constar que: "... respecte la Sra. Clara, aquesta no col· labora en quant a seguir cap tractament individualment com amb el seu fill, tot i la recomenació dels professionals. Tot i això, la relació materno-filial és aparentment correcta per la qual cosa es proposa que,..., es procedeixi a l'assumpció de la tutela del menor i la delegació de la seva guarda a la seva mare..." (folio 4 vuelto y 51).

Analizado el contenido de sendas resoluciones, es de reseñar que de los cinco indicadores de riesgo especificados por los servicios sociales y acogidos por los técnicos de la DGAM, ninguno de ellos por sí sólo, ni en conjunto, tiene la entidad suficiente para apreciar la situación de desamparo del menor Baltasar, toda vez que por lo que se refiere:

1) A la llamada de un vecino de la escalera donde siempre ha vivido la Sra. Clara con su hijo alertando de posibles malos tratos de aquélla a éste, es de puntualizar que en cuanto a tal extremo sólo existe una llamada de un vecino —no identificado—, al que nunca se ha citado, a los efectos de poder realizar un seguimiento de los hechos relatados, aparte de que jamás se ha observado en el menor síntomas de malos tratos en ninguna de las visitas a los diversos profesionales a los que ha acudido, incluso en la primera realizada por el pediatra dependiente de la Administración, Dr. Pablo, quien así lo ha manifestado en el acto de la vista del recurso, no existiendo síntoma alguno que la madre haya maltratado o maltratase a su hijo Baltasar.

2) Al tema de la lactancia materna, es de significar que éste, efectivamente, no tiene la transcendencia que se le ha querido otorgar, y se ha sobredimensionado, tal como resulta del informe médico-forense realizado en esta alzada, en que el psiquiatra dictaminante, concluye en tal extremo, que: "Sorprende a este perito que se haya magnificado en este asunto la nutrición o no maternal, cuando en este tipo de conducta que recogen muchos informes no tiene connotaciones nutricionales sino asistenciales o

comportamentales, el pecho en muchas situaciones es usado como 'chupete' silenciador y relajante, aparte de que pueda tener en su momento papel nutricional reconocido" (folio 154 vuelto del rollo de apelación), sin poder obviar que el niño cuando es ingresado en el CAUI presenta un desarrollo normal y correcto, y con todas las vacunaciones correctamente realizadas hasta la fecha, aunque con un peso ligeramente inferior al correspondiente a su edad, si bien el mismo se encuentra dentro de los límites de la normalidad, tal como se especifica en los informes emitidos por el pediatra Dr. Pablo, médico del Centro de Acogida "Josep Pallach", en el que fue ingresado el menor para estudio de su situación (folios 182 al 185, 207, 208 y 215 al 218 del presente rollo), los cuales fueron ratificados en su integridad por el mentado pediatra en el acto de la vista del recurso, matizando que se trata de un menor que no presenta ni ha presentado patología alguna destacable y que no se le puede catalogar como un niño enfermo, siendo un niño más bien alegre y participativo, lo que viene también avalado por la testifical del pediatra habitual del menor, antes del ingreso en el susodicho Centro de Acogida, Dr. José Pablo, al afirmar éste en la vista de la apelación que Baltasar ha estado pocas veces enfermo y que el haberle dado su madre el pecho ha resultado beneficioso para el niño, toda vez que tiene más defensas que otros menores y ello le ha hecho desarrollar de forma destacada el aspecto concerniente a su afectividad.

3) Al extremo relativo a la dependencia que presenta el hijo respecto a su madre y a la relación disfuncional entre ambos, apuntada por los psicólogos del CAUI, es de constatar que tras examinar con detalle la síntesis evaluativa de la situación del niño Baltasar y de su familia (folios 168 al 202 del rollo de apelación), no se colige la situación de riesgo de abandono o maltrato psíquico o emocional del menor que se expresa en la ficha básica confeccionada por el referido equipo técnico de la DGAI (folios 162 al 168), máxime cuando los dos psicólogos que han atendido al menor en el CAUI y que han depuesto en el acto de la vista han manifestado, cual antes se ha indicado, que Baltasar, en el momento de ingresar en el Centro, tenía recursos y una enorme capacidad, amén de presentar una gran estabilidad emocional, queriendo destacar la Sala, en base a las declaraciones realizadas por tales técnicos, de una parte, que le parece sorprendente que pueda existir un conflicto de lealtades, siguiendo los términos utilizados por aquéllos, entre la madre de Baltasar, a quien éste, todo y ser un niño muy equilibrado, verbaliza que quiere ver y estar más con la misma, y el Centro de acogida, cuyos profesionales, por bien que atiendan al menor, nunca pueden realizar y sustituir el rol propiamente parental, a no ser que se extralimiten en sus funciones estrictamente protectoras y que exista un "exceso de celo" en su actuar, ya que en tal caso podría acontecer lo que el perito psiquiatra ha manifestado en el acto de la vista de la apelación que nos hallemos ante un supuesto de superprotección del niño, primero por parte de la madre y luego por parte de la Administración, y, de otra, que teniendo la madre exclusivamente una hora de visita a la semana con su hijo, tras 4 años de haber permanecido juntos, no se considera extraño, y menos patológico, que aquélla abrace al niño cada vez que va a visitarlo, por representar tal acto una muestra de una manifestación natural de cariño entre personas que se quieren, estimando intranscendente e irrelevante a los efectos pretendidos por la DGAI el tiempo de duración del abrazo, calificado de excesivo por los dos psicólogos del Centro que han declarado ante el Tribunal.

4) A la enfermedad mental de la madre del menor diagnosticada por el psicólogo de los servicios sociales del Ayuntamiento de Barcelona —la cual ha venido siendo afirmada "por arrastre" por todos los profesionales de la Administración, desde la fecha en que el Sr. Gabriel efectuó sus conclusiones (7 de agosto de 2001)—, pese a que éste empieza las mismas utilizando una expresión terminológica que no tiene carácter

aseverativo "pienso que la Sra. Clara presenta...". (folio 33 de los autos), y que ésta no ha sido visitada con posterioridad por ningún especialista en la materia dependiente del EAIA o de la DGAIA, y si sólo por el psiquiatra Dr. Braulio al que acudió voluntariamente la Sra. Clara, quien, tras varias entrevistas, no apreció en la paciente ningún trastorno ni comportamiento anómalo que le incapacitase para cuidar a su hijo (folio 198 de los autos) y por el perito forense, especialista en psiquiatría y neurología, nombrado por el Instituto de Medicina Legal de Catalunya, Dr. Franco, quien en su informe y como conclusión de la exploración psiquiátrica realizada, indica que: "No ha evidenciado alteraciones psicopatológicas estructuradas encuadrables en una entidad nosológica psiquiátrica, sin que esto descarte la existencia de una posible caracteropatía o de prejuicios específicos, siempre no notorios. Hay que tener en cuenta también que la separación materno-filial también tiene cierta carga traumática para ambos" (folios 153 y 154 del rollo), el cual ha sido ratificado en su integridad en el acto de la vista de la apelación, realizando una serie de precisiones, a preguntas de las direcciones letradas de las partes y del Ministerio Fiscal, tales como "que la Sra. Clara no presenta ninguna patología psiquiátrica", "siendo posible que tenga cierta caracteropatía de base", "la cual le puede comportar un conflicto con el medio y afectar a su entorno", "debido a su ánimo reivindicativo" y "que no empatiza con ciertos profesionales, especialmente con los que afirman que presenta dificultades", "lo que no puede admitirlo", "por ello sería adecuado que siguiera una terapia", "todo y que el problema ha cambiado", "pues el marco de entonces no es el mismo", "la situación ha variado", "no sabemos cómo actuaría la madre ahora", "él la ve mejor", "debe buscarse lo más conveniente para el niño", "no considera que la Sra. Clara esté incapacitada para la custodia de su hijo", "y lo mejor sería devolverle el niño", "lo que no debería representar un trauma para éste", "dado que tampoco lo hubo en la primera retirada".

5) A la falta de colaboración con los profesionales dependientes de la Administración, que, al parecer, junto a la mal diagnosticada enfermedad mental, ha sido el detonante, primero para la declaración de desamparo y luego para privarle de la custodia de su hijo Baltasar, pese a que la única valoración existente sobre el estado mental de la Sra. Clara es el informe emitido por el psicólogo del CSSAP el día 7 de agosto de 2001, y si bien es cierto que aquélla ha mostrado desconfianza y reticencia a cumplir con los dictados de las personas encargadas del estudio de la problemática social y familiar de su hijo Baltasar, no lo es menos y ello no se puede obviar ni ignorar, que, de una parte, fue ella misma quien acudió a los servicios sociales a pedir ayuda cuando en el año 1998 quedó embarazada, y, de otra, que tal situación de recelo de la madre ha venido motivada por la falta de entendimiento, a partir de un momento determinado, con algunos de los técnicos de las instituciones públicas —en los primeros tiempos, tras el nacimiento de Baltasar, no existió problema alguno, toda vez que siguió perfectamente el plan de trabajo de ayuda y soporte marcado por los Servicios Sociales de Atención Primaria, confiando con el psicólogo del Centro (con quien inicia y sigue correctamente los espacios de atención psicológica, hasta que aquél, en el mes de abril de 2001, le comenta "su preocupación por ella, por su estado de salud" y le manifiesta que: "Seguramente no se encuentra con plena capacidad para poder atender las peticiones cada vez más insistentes de su hijo", lo cual termina con el informe que —sin ninguna otra visita posterior— emite el día 7 de agosto de 2001, en el que realiza la siguiente conclusión: "Pienso que la señora Clara presenta sintomatología compatible con un trastorno de personalidad con sintomatología paranoica. No obstante tengo dudas de que no se trate de un trastorno más grave (psicótico)" y con el asistente social (hasta que en el mes

de diciembre del año 2000 y como consecuencia del nombramiento de una nueva asistente social en el mes de septiembre de 2000) para llevar y atender su caso, entró en una dinámica de conflicto con ésta, fundamentalmente por la petición de una ayuda económica por parte de la Sra. Clara y por el hecho de que la misma estimara adecuado proseguir con la lactancia materna y utilizara el dar el pecho como una forma de reducir la ansiedad de su hijo (folios 21 al 34 de los autos), lo cual, como antes se ha referido, devino en una "preocupación" por parte de los profesionales de la Administración que se ha magnificado y se ha sobredimensionado, según han indicado en el acto de la vista de la apelación, el pediatra que fue del menor —hasta su ingreso en el CAUI—, Dr. José Pablo, y el psiquiatra forense que ha emitido el informe acerca de la salud mental de la Sra. Clara, Dr. Franco.

Corolario de lo hasta aquí expuesto, es que, en base a todas las pruebas obrantes en las actuaciones y singularmente las practicadas en esta alzada, el Tribunal estima que no se daban ni se dan los parámetros normativos previstos en el artículo 2, 2. de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, para la declaración de desamparo acordada por la DGAM en su resolución de 4 de septiembre de 2001, ni tampoco para decretar su ingreso en un CAUI y privarle la guarda provisional a su madre —sin cambio sustancial de la situación y de las circunstancias—, mediante la resolución de 25 de octubre del mismo año 2001, pues si bien la función de la DGAIA es la de proteger y tutelar a los menores, ello no puede conllevar a que deba privarse a un niño/a de manera definitiva, o muy prolongada en el tiempo, de sus lazos familiares, cuando éstos realmente existan, por el mero hecho de que alguno de los progenitores del menor sea poco o nada colaborador con las pautas que los técnicos de la Administración considera que son las más adecuadas y beneficiosas para aquél; sin poder olvidar asimismo que las instituciones deben mostrarse también colaboradoras y no sentirse *per se* desautorizadas cuando no se sigan exactamente sus directrices, y que por un "exceso de celo" o "de superprotección" no pueden ni deben crearse o mantenerse situaciones anómalas, cuando las relaciones paterno/materno-filiales sean reconducibles; queriendo además puntualizar la Sala, de una parte, el hecho de que si la Administración considera preciso realizar un estudio pormenorizado acerca de la situación de un menor y de su familia nuclear y extensa, a fin de determinar qué es lo más conveniente para el primero, no es imprescindible acordar su desamparo, si en realidad aún se desconoce cuál es el medio y ambiente más adecuado para el mismo, pues tal declaración de desamparo con una finalidad "instructora" excede de su función estrictamente protectora, pues para ello bastaría con solicitar medidas cautelares al órgano jurisdiccional, que, obviamente, éste debe acordar en interés del menor, y, de otra, que una vez realizado el estudio del niño/a y de su entorno familiar —el cual deberá llevarse a cabo en el tiempo más corto posible— y detectado que aquélla se encuentra bien y tiene un adecuado desarrollo tanto en el aspecto físico como psicológico, debe ser devuelto/a a su progenitor/a, lo que, en el supuesto que nos ocupa, debía de haberse efectuado una vez concluido aquél, máxime cuando los distintos profesionales intervinientes en el mismo han indicado que Baltasar es un niño que se halla emocional e intelectualmente equilibrado —aunque añadan que: "No se puede retornar a su madre porque ésta no ha modificado sus posturas" y que: "Como el niño tiene una gran capacidad de adaptación, puede permanecer más tiempo en un Centro y esperar otro año a su madre", pues la actitud de "rebeldía" y de enfrentamiento de la Sra. Clara con varios técnicos de la Administración, no debe comportar un "castigo" para Baltasar, a quien, además, 20 días antes de la celebración de la vista de esta apelación, se le traslada a un Centro residencial, por un período de un año, prorrogable, cuando ha quedado suficientemente probado en los autos que la madre quiere a su hijo y que éste desea estar

con ella; siendo de constatar, finalmente, partiendo de las manifestaciones realizadas por ambos psicólogos en el acto de la vista, que ahora no se pueden, ni se deben, resolver "posibles" problemas de futuro, pues cuando éstos surjan —si ello acontece—, será el momento en que deberán adoptarse, en su caso, las medidas protectoras necesarias para solventarlos.

Consecuentemente con todo lo razonado, procede, con estimación del recurso de apelación formulado por la apelante y correlativa revocación de la sentencia impugnada, dejar sin efecto las resoluciones declarando el desamparo del menor Cristian y su ingreso en Centro, dictadas por la DGAM, los días 4 de septiembre y 25 de octubre de 2001, respectivamente, y, en su lugar, se acuerda restituir la plena potestad de dicho niño a su madre, D.ª Clara, quien ostentará nuevamente su guarda y custodia, al quedar sin validez y eficacia la tutela pública en su día asumida por dicha entidad, debiéndosele retornar a aquélla y hacerle entrega inmediata de su hijo en el plazo de 24 horas a partir del día siguiente al de la fecha de la notificación de la presente resolución, la cual se realizará en las dependencias centrales de la DGAIA en Barcelona.

2. El Tribunal, valorando en su globalidad toda la documentación aportada a los autos y atendiendo al beneficio e interés del menor, estima conveniente, prudente y adecuado, en base al artículo 134 del Codi de Familia y de conformidad con lo apuntado por la dirección letrada de la parte apelante en su informe, acordar una serie de controles temporales tanto respecto del estado y situación de la madre como de la del hijo, a los efectos de lograr la plena estabilidad de la Sra. Clara y de encauzar correctamente la relación materno-filial, para poder conseguir el desarrollo integral del menor Baltasar, a cuyo fin se acuerda establecer:

1) Un tratamiento de apoyo psicológico para la Sra. Clara, a realizar en el Hospital de Sant Pau de Barcelona, durante el tiempo que estime/n necesario el o los profesionales que efectúe/n la terapia y, como mínimo durante el período de 1 año, debiendo remitir el indicado Centro informes trimestrales al Juzgado de Primera Instancia de procedencia del expediente, esto es, el núm. 17 de Barcelona, exponiendo la evolución de la situación de la referida madre de Baltasar.

2) Visitas periódicas de dicho menor en la unidad de pediatría del Hospital de Sant Joan de Deu de Barcelona, cada dos meses, o cuando el médico que atienda al niño lo considere conveniente, y durante asimismo el período mínimo de 1 año, debiendo ser acompañado éste por su madre y el Centro hospitalario remitir al mentado Juzgado de Primera Instancia informes de cada visita médica del menor, especificando la evolución del estado de salud del mismo.

3) Que el colegio en que esté escolarizado Baltasar informe trimestralmente al Juzgado de Primera Instancia referido acerca de la evolución escolar del menor, como mínimo durante éste y el siguiente curso académico, debiendo comunicar la madre al Juzgado el colegio al que acude su hijo.

4) Un seguimiento por parte del SATAV acerca de la situación familiar de D.ª Clara, la actual pareja sentimental de la misma, D. Jaime, y el hijo de la primera, durante el período mínimo de 18 meses, debiendo emitir informes semestrales al Juzgado de Primera Instancia de constante alusión, sobre la evolución del estado psico-sociológico de Baltasar. En caso de incumplimiento por parte de la madre del menor, Sra. Clara de alguna de las medidas o controles decretados por este órgano *ad quem,* en atención del principio fundamental del *favor filii,* la Juez *a quo,* podrá, en ejecución de sentencia, adoptar, aplicando idéntica normativa, las medidas que considere oportunas para evitar cualquier perjuicio en la persona del susodicho hijo.

No es de hacer una especial declaración acerca de las costas causadas en ambas instancias, dada la naturaleza de la cuestión controvertida y por aplicación al caso de lo dispuesto en los artículos 394, 1. y 398, 1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

XIII. FILIACIÓN

1. *Estimada la demanda de reclamación de paternidad, no procede excluir del ejercicio de la patria potestad a la madre que se opuso a la estimación de aquélla.*

AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de octubre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre.

Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por el Magistrado-Juez, cuya parte dispositiva dice: Desestimo la demanda formulada por D. Manuel, sobre exclusión de la patria potestad contra Doña María Rosario, manteniendo la situación anterior a la interposición de la demanda.

Contra dicha resolución, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por D. Manuel, siendo parte apelada D.ª María Rosario y el Ministerio Fiscal y, recibidos los autos en esta Audiencia, se les dio el trámite establecido en la ley, estándose en el caso de dictar sentencia.

El motivo único del recurso interpuesto por D. Manuel denuncia error en la apreciación de la prueba y consecuente aplicación incorrecta de lo dispuesto en el art. 111 CC que, a juicio del recurrente, es claro al determinar que, quedará excluida de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes o en sus herencias, el progenitor: 2.º) cuando la filiación haya sido judicial determinada contra su oposición.

Entiende el recurrente que el precepto es claro, por lo que su aplicación sólo depende de la prueba resultante en el procedimiento que acredite que la filiación haya sido judicialmente determinada contra la oposición del progenitor en cuyo ejercicio de la patria potestad se intente excluir, y en el caso de autos de la prueba practicada se deduce la incorrecta aplicación del art. 111 CC por el Juzgador *a quo,* no pudiéndose compartir el fundamento de Derecho 2.º de la sentencia recurrida por:

A) Oposición real y constante de la Sra. María Rosario al reconocimiento de la paternidad del actor; a) con negaciones relevantes y claras al oponerse primero al expediente registral para el reconocimiento de su paternidad, negar, después, en la demanda de paternidad todos y cada uno de los hechos, entre los que figuraban, sus relaciones sexuales al tiempo de la procreación, impugnar expresamente todos los documentos acompañados a la misma, incluso el expediente registral de reconocimiento de paternidad, negar el mantenimiento de una relación de pareja con el actor y oponerse a la admisión de la prueba pericial biológica recurriendo, incluso, en reposición la resolución que acordaba su práctica, y b) negaciones complementarias como que el Sr. Manuel le acompaña al Ginecólogo y que la ecografía de la menor aportada correspondiese a su hija, que D. Manuel realizara comprar para la menor antes de nacer ésta y que recibiese llamadas telefónicas del actor interesándose por su gestación y posteriormente por su hija.

B) Interpretación errónea por parte del Juzgado de la prueba obrante en autos. Así por el Juzgado se dice:

"1.º) que la demandada contestó a la demanda formulada en su día conformándose una vez practicadas las pruebas biológicas".

Considera el recurrente que ello debe ser matizado pues la prueba biológica fue determinante al establecer la probabilidad de que el Sr. Manuel fuera el padre en un 99'93%, por lo que resulta obvio que ante resultado tan contundente ningún litigante debía impugnar dicha prueba, pero la Sra. María Rosario pudo todos los impedimentos jurídicamente existente para oponerse al procedimiento instado por el actor.

"2.º) que las partes reconocen la relación extramatrimonial llevada en la época de la menor", lo que considerare el recurrente no es cierto, dado que tal reconocimiento sólo se produce en los presentes autos, no en el procedimiento de reconocimiento de paternidad, de en el que la Sra. María Rosario sólo admitió que se trataba de una amistad y que era improbable, por no decir imposible que el Sr. Manuel fuese el padre de Remedios.

"3.º) que una vez practicada la prueba biológica no se opuso ni recurrió la sentencia en 1.ª instancia y, ello no ha sido contra la oposición de la demandada, la cual prestó en todo momento su disposición a que se practicaran las pruebas oportunas y una vez practicada la misma, manifiestó su conformidad".

"Por el contrario, entiende el apelante que la Sra. María Rosario se opuso reiteradamente a la práctica de la prueba pericial biológica agotando todas las vías procesales existentes para ello.

4.º) Por último que, Doña María Rosario manifestó su conformidad, si bien, como señala la sentencia, habida cuenta de estar ante un proceso de orden público y no caber el allanamiento o transacción posterior, es por lo que se dictó la sentencia, con base a la cual accedía hoy el actor".

Argumenta el recurrente que si la Sra. María Rosario no se hubiese opuesto al reconocimiento de la paternidad de su hija solicitado por el actor, hubiese prestado su conformidad a los hechos de la demanda del Sr. Manuel, y al proponer la práctica de la prueba pericial biológica debió haber apoyado dicha solicitud no presentando, como hizo, oposición a su práctica y posterior recurso de reposición contra su admisión.

En definitiva, la única conclusión a la que se puede llegar de todas estas actuaciones es la de que la Sra. María Rosario en el procedimiento de reconocimiento de filiación, puso todas los impedimentos para que el Sr. Manuel pudiese obtener el reconocimiento de su paternidad frente a su hija.

El detallado desarrollo argumental que efectuó la parte en el acto de la vista del recurso, obliga a la Sala a precisar que ciertamente algunos de los razonamientos del recurrente, en el plano estrictamente teórico, deberían ser admitidos. La doctrina científica ha coincidido al señalar en la exégesis de este precepto, que el art. 111 impone verdaderas sanciones civiles en nuestro caso en atención al comportamiento del progenitor en el proceso de determinación de la filiación, no conformándose con hacerlo necesario sino adoptando en el mismo una aptitud de oposición a la declaración. La *ratio legis* del precepto es, desde luego, eminentemente protectora del hijo, siendo que la interpretación de aquél debe realizarse sobre la base del conocido principio, *favor filii"* entendiéndose que ningún beneficio puede representar para el menor el establecimiento de la patria potestad y el ejercicio de las funciones tuitivas que a la misma son inherentes, por parte de quien jamás ha mostrado el menor interés por él, ni por determinar su filiación.

De ahí que doctrinalmente se defienda una interpretación del art. 111 CC de naturaleza más material que formal y que debió diferenciarse entre el demandado que teniendo dudas razonables sobre su paternidad se opone a la demanda en principio a la espera del resultado de las pruebas biológicas que en el proceso se practiquen y el de quien manifiesta y exterioriza una evidente desidia o falta de interés por la filiación de su hijo o de mala fe obstaculice la justicia,

no pareciendo justo tratar con el mismo rasero a todas las conductas procesales del demandado y tal como está formulado, parece atacar frontalmente la presunción de inocencia del art. 24-2 CE que el TC ha declarado reiteradamente no limitarse al ámbito estrictamente penal.

Ahora bien en el caso que se examina la conducta de la Sra. María Rosario en el juicio de determinación de filiación n.º 490/2001 aun siendo procesadamente legítima, no lo fue en los términos que se señalan en el fundamento jurídico 2.º de la resolución recurrida.

En efecto en primer lugar, como regla general, si el progenitor está dispuesto a admitir su paternidad o maternidad, no será menester entablar un proceso, porque la filiación podrá determinarse extrajudicialmente, a lo que la Sra. María Rosario se opuso.

En segundo lugar, es cierto que la doctrina, en particular la procesalista, niega eficacia con carácter general e indiscriminado a los allanamientos cuando se trata de procesos en que se discuten cuestiones concernientes al estado civil. No obstante esta doctrina es excesivamente rígida pues si la parte demandada se allana y aunque el allanamiento se repute ineficaz, ello no acarrea la nulidad del proceso, sino que el actor tendrá que demostrar los fundamentos jurídicos y fácticos de su pretensión. En este caso probar la filiación reclamada no obstante el allanamiento. Y tampoco la nulidad del allanamiento postula que el demandado está obligado a defenderse, puesto que se admite la oposición puramente pasiva o negativa o incluso de admisión pareal de hechos y de la filiación condicionada al resultado de la prueba biológica, supuestos estos en que la *ratio* del art. 111 obstaría a su aplicación.

Supuesto estos que tal como se explícita en el recurso no serían aplicables a la conducta de la Sra. María Rosario que no sólo negó todos los hechos e impugnó todos los documentos presentados, sino que también se opuso a la realización de la prueba biológica, siendo sólo tras el resultado de la misma cuando en el acto de la vista celebrado el 6-2-02 modificó sus pedimentos en el hecho de reconocer la paternidad, sin perjuicio de reservarse todas las acciones que le pudieran corresponder, conducta esta más encuadrable en el supuesto contemplado por la STS 2-2-99 (la exclusión se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente y demandado no se allana a la pretensión, bien que, como no podrá ser de modo acepta la decisión judicial tras seguir el proceso", que en el de la STS 10-7-01 que precisa que dicho artículo 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 fundamentales seriamente, y en el supuesto allí contemplado las sentencias de instancia señalaban que demandante y demandado admitieron que en la época de la concepción del menor mantenían una relación sentimental y que el demandado no interesó más que una sentencia acorde con el resultado de la prueba biológica a cuya práctica se sometió, todo lo cual evidencia una actuación procesal sometida a sus principios que estaban muy lejos de originar la oposición de consecuencias sancionadoras en el orden civil del reseñado art. 111 CC.

No obstante lo anterior la Sala hace suyos los argumentos de la parte apelada y el M.F. en sus respectivos escritos e informes orales, oponiéndose al recurso en orden a no ser aplicable el art. 111-2 por no darse el supuesto fáctico que dicho precepto contempla.

En efecto el número 2 del art. 111 viene referido al supuesto de que la filiación haya sido judicialmente determinada contra la oposición del progenitor a que se refiere el párrafo primero del mismo, por lo que su aplicación requiere:

a) El ejercicio de una acción de reclamación de estado y que la filiación haya sido legalmente determinada por sentencia.

b) Que la determinación a la filiación se haya producido contra la oposición del progenitor; y

c) Que la filiación que haya estado en discusión sea la relativa al progenitor que se opone.

No se cuestiona que la acción de reclamación puede ser entablada por cualquiera de los progenitores a fin de que declare su propia paternidad o maternidad, pero en este caso y aunque la sentencia estime la demanda, el progenitor demandado que se opuso no a su propia paternidad o maternidad, sino a la de la otra parte, no incurre en las sanciones del art. 111. Es necesario pues, que se trate de una acción dirigida contra el padre o la madre si estos se niegan a admitir la filiación y su propia paternidad o maternidad.

Avalan esta interpretación los precedentes del art. 111 en legislaciones próximas a la nuestra. En de Derecho francés el art. 374-1 del Código Civil establece que cuando la filiación ha sido establecida judicialmente, o falta, por tanto, de reconocimiento voluntario, el tribunal puede decretar que el hijo se confíe provisionalmente a un tercero a quien se le encarga de organizar la tutela. La norma, lógicamente, se aplica únicamente sí la filiación ha tenido que ser determinada a *patre* y a *matre* o si se trata de supuesto en que solo se ha podido determinar (siempre por vía judicial) la filiación paterna o materna.

En el Derecho portugués, la doctrina, interpretando *sensu contrario* el art. 1904 Código civil de 1966, estima que si ha sido necesario entablar una acción de investigación de la paternidad o de la maternidad ilegítima y el padre o la madre han sido vencidos en el juicio (y también si impugnaron infructuosamente su paternidad o maternidad, tanto legítima como ilegítima) no gozan del poder paternal.

Por último el borrador del Anteproyecto elaborado por la Comisión de Código que hubiese sido el art. 133 CC y que es el inmediato procedente del actual art. 111, decía así: "Cuando las relaciones sexuales a que obedezca presuntamente la paternidad tengan dado lugar a que el padre haya sido condenado por delito de violación, estupro y rapto y siempre que la filiación quede establecida contra la oposición del propio progenitor e éste quedara excluido de las funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley frente al hijo o en su herencia."

Es decir que todos estos precedentes están referidos siempre al progenitor que no acepte su propia paternidad (o maternidad) y ésta tiene que serle impuesta judicialmente, y no al caso objeto del presente procedimiento.

En esta dirección la STS 23-7-87 que en un supuesto en que se pretendía extender el mandato del art. 111 a un supuesto caso en que el marido impugnó la paternidad al amparo del párrafo 1.º del art. 136 rechazó la aplicación analógica por cuanto, las sanciones del art. 111 (...) han sido reputadas excesivas por un autorizado sector de la doctrina cuando existan dudas razonables sobre la paternidad cual las que existían en el caso antes de practicarse para disiparlas las concluyentes pruebas producidas en el juicio... La aplicación que se insta, trasladaría tal exclusividad entendiéndola a supuesto distinto de aquel al que está intimada por el legislador y al que inexcusablemente tiene que serle aplicada por su mandato sin poderse hacer discriminaciones acaso convenientes.

Criterio reiterado en la S 11-05-95 que en su caso similar al anterior señaló que no existe la identidad de razón, que se plasma en el precepto cuya analogía se pretende, ya que en éste el legislador refirió los casos de aplicación a la sentencia penal, y a una filiación impuesta contra la voluntad del progenitor, siendo doctrina pacífica de esta Sala la exigencia de ciertos requisitos para que pueda darse la analogía:

a) Que la norma no contempla un supuesto específico, pero sí otro semejante.

b) Que entre ambos se aprecia identidad de razón.

c) Que no se trate de leyes penales, ni sancionadoras con pérdida de derechos (SS 7-2-84, 13-11-85, 20-1-87...)

La *ratio legis* de la norma o elementos de identidad, debe ser el que el legislador tomó en consideración para establecer la relación prevista, que es precisamente lo que se quiere parangonar con la situación no considerada, y por otra parte, las conductas tipificadas en el art. 111 CC están consideradas por la jurisprudencia y por la doctrina científica mayoritaria, como leyes civiles sancionadas con pérdida de derechos, y por tanto incluidas en el ámbito restrictivo señalado en el n.º 2 del art. 4 CC ya que el calificativo de "penal" que allí aparece, debe interpretarse extensivamente, comprendiendo en el mismo la "penalidad civil", de que se hable en la Disposición transitoria 3.ª del Código, junto a la privación de derecho.

Pues bien entiende esta Sala que es diferente la *ratio legis* del art. 111-2 en el caso de determinación de la filiación con la oposición de un progenitor que no ha admitido su propia paternidad, precepto de carácter punitivo que excluye, *ab initio* la patria potestad y que obedece a la salvaguardia del interés del hijo porque se atiende que dadas las circunstancias que han presidido la determinación de la filiación, ésta en vez de dar lugar a una relación "bipolar" debe producir efecto en beneficio solamente del hijo, pero no de su progenitor, del supuesto objeto de análisis, madre que desde el nacimiento de la hija ha ostentado y ejercido la patria potestad de su hija y que se opone a la declaración de paternidad del actor, supuesto que más de "exclusión" sería de privación, de la patria potestad, pues excluir de la patria potestad a quien no la ejerció por no ser padre o madre declarado del menor, no equivale a privarle de la patria potestad, concepto que comporta haberla ejercitada incurriendo en causa suficiente. El derecho derogado por la Ley 13-5-81 distinguía entre privación y suspensión de la patria potestad. El régimen vigente a partir de dicha ley, tras establecer en el art. 169 las causas de extinción de la patria potestad, establece en el art. 170 la posible privación total o parcial de la potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o dictada en causa criminal o matrimonial, añadiendo que en beneficio e interés del menor, los tribunales pueden acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiera cesado la causa que motivó la privación.

En este régimen pues, junto a la privación se instaura la figura de la exclusión del ejercicio de la patria potestad. Esta figura se impone por ministerio de la ley, no por sentencia, y eso es lo que pidió el demandante en su demanda y no le concedió el juzgado, pronunciamiento que debe ser confirmado en esta alzada.

En base a lo razonado la Sala considera inaplicable el art. 111-2 CC sin que la negativa de la demandada a la práctica de la prueba biológica, constituya, como se argumenta en el recurso, un ejercicio en contra del interés y beneficio del menor de la patria potestad y su comportamiento regresivo contra la menor, que justifique su exclusión de la patria potestad y demás funciones tuitivas.

En efecto debemos recordar, como principio rector en esta clase de procesos, ciertamente no deseables, en que se ven involucrados los hijos, la necesidad de que los tribunales velen, prioritariamente y de modo decidido por los intereses de la menor que son sin duda, los más dignos de protección y que a veces quedan postergados en el entrecruzamiento de las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas en las que, en no pocas ocasiones, transcienden la insuficiencia de las mismas ante problemas y situaciones de hondo contenido ético y humano, tan peculiares de las relaciones propias del Derecho de Familia.

De ahí la necesidad de que, para su mejor y más justo juicio, se deba acentuar en sus casos como el presente el estudio y ponderación de las circunstancias específicas de cada supuesto concreto para alcanzar de este modo la solución más razonable justa y equitativa en beneficio de todos y muy espe-

cialmente de los menores, cuyos intereses superiores deben presidir cualquier resolución al respecto en concordancia con nuestro Derecho tradicional y actual, tanto en la reforma de 4-7-70 como en la de 13-5-81, en la que se acentuó ese principio fundamental del *favor minoris* consagrado ya solamente en el art. 39 CE, en la regulación de 11-11-87 y sancionado en Convenios Internaciones, Nueva York, y en la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones, resolución 20-11-89, en los que el interés superior del menor es también una constante plenamente afianzada, y de forma expresa en LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor (art. 2, principios generales art. 11.2.ª).

En este sentido la STS 31-12-96 ha tenido ocasión de observar que la privación de la patria potestad y lo mismo su exclusión, más que una sanción al progenitor incumplidor, implica una medida de protección al niño y, por ende, debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto a la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, se releve precisamente como las más adecuadas para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil.

Pues bien en el caso que nos ocupa sin prejuzgar en absoluto cual de los dos progenitores ha de asumir la guarda y custodia, lo que es objeto de discusión en el proceso especial 701/2002, lo cierto es la niña desde su nacimiento acaecido el 17-1-2000, ha vivido con la madre, destacándose en todos los informes remitidos, psicólogo Sr. José Enrique, psicólogo Sr. Cornelio y Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado, que mantiene una estabilidad psicológica y una relación afectiva muy dependiente con la madre, que favorece un desarrollo psicológico, por lo que se puede concluir que la exclusión pretendida de aquélla de la patria potestad y demás funciones tuitivas y la correlativa atribución y ejercicio de ella al padre no va a producirle beneficio alguno y por el contrario, evidente perjuicio en los intereses de la menor.

Dada la especial naturaleza de la cuestión debatida, con serias dudas de derecho en al interpretación de un precepto legal, art. 111-2, la Sala considera, que no obstante la desestimación del recurso, no procede especial imposición de las costas de la alzada, compartiéndose el pronunciamiento recaída en la instancia art. 394 y 398 LEC.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. FILIACIÓN

1.1. *Acreditado que el nacimiento ha acaecido pasados 300 días desde la separación de hecho de los cónyuges, procede anotar la filiación paterna no matrimonial.*

RESOLUCIÓN de 2 de enero de 2004.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 30 de septiembre de 2002, por comparecencia en el Registro Civil de A., don A. N. M., nacido en B. el 28 de noviembre de 1969, soltero, de nacionalidad española y doña G. K., nacida en Lituania el 2 de abril de 1973 de estado civil divorciada y de nacionalidad lituana, siendo el domicilio de ambos en la localidad de A., solicitaban la inscripción fuera de plazo del nacimiento de su hija L., en el Registro Civil de su domicilio, como hija no matrimonial de los comparecientes, nacida el 7 de septiembre de 2002 en el Hospital de la localidad de L. Acompañaban la siguiente documentación: cuestionario para la declaración de nacimiento en el Registro Civil; certificación negativa de inscripción de nacimiento expedida por la dirección del hospital de L.; fotocopia DNI del solicitante y tarjeta de residencia, fotocopia de pasaporte y de la certificación de nacimiento de la madre de la no inscrita.
- Recibida la documentación en el Registro Civil de A. el Encargado remitió lo actuado al Registro Civil de L. El Encargado notificó al Ministerio Fiscal

la incoación del expediente quien interesó de los solicitantes aporten los siguientes documentos de doña G., debidamente traducidos: certificación literal de nacimiento, certificación literal de matrimonio, sentencia o resolución judicial de divorcio y documento acreditativo del tiempo de residencia en España.

- Recibidos los documentos solicitados, el Ministerio Fiscal emitió informe oponiéndose a la inscripción interesada, por estimar que en la fecha del nacimiento de la hija de doña G., ésta estaba casada con don L. L., constando en las actuaciones que dicho matrimonio había quedado disuelto el 7 de febrero de 2003, según certificado de divorcio presentado, por lo que con arreglo a dispuesto en el art 116 del CC, regía la presunción de paternidad del marido, debiendo acudirse a la vía jurisdiccional a fin de lograr una resolución judicial por la que se reconozca la paternidad del promotor respecto de su hija y ello sin perjuicio de proceder a la inscripción de nacimiento de la menor, si bien lógicamente no es posible, por el momento, la constancia en dicha inscripción de los apellidos del promotor.
- La Encargada del Registro Civil de L. con fecha 28 de abril de 2003 dictó auto por el que acordaba denegar el reconocimiento de hijo no matrimonial de don A. N. M. sin perjuicio de proceder a la inscripción de nacimiento de la menor sin que constara en dicha inscripción los apellidos del promotor, alegando que de acuerdo con el art. 116 y ss. regía la presunción legal de la paternidad del marido de la madre, debiendo plantearse a través de la vía jurisdiccional el reconocimiento de paternidad del promotor respecto de su hija (art. 185 RRC).
- Notificado el Ministerio Fiscal y los interesados, don A. N. M., interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado manifestando su disconformidad con la resolución dictada y alegando que el recurrente había reconocido ante el Juez de Paz de A. su paternidad, razón por la que no era de aplicación el art. 116 del CC, por el que regía la presunción de paternidad del marido de la madre, presunción que no existía en ese caso, toda vez que dicho precepto establecía la misma presunción para los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o la separación legal o de hecho de los cónyuges, añadiendo que si bien era cierto que la disolución del matrimonio de la madre, no se había inscrito hasta el día 7 de febrero de 2003, o sea con posterioridad al nacimiento de la hija, lo que daría lugar a la existencia de dicha presunción, no por ello era menos cierto que la separación de hecho entre los cónyuges era anterior en más de trescientos días a la fecha de nacimiento de la menor, ya que la fecha en la que la madre se había trasladado a residir a España era el 8 de marzo de 2001, conviviendo con el recurrente, mientras que su marido nunca había residido en España, viviendo desde que doña G. se trasladó a España en su país natal, Lituania. Acompa-

ñaba certificados de empadronamiento de la madre de la menor expedidos por los Ayuntamientos de V. L., A.

- En la tramitación del recurso el Ministerio Fiscal estimó que lo procedente era acudir a la vía jurisdiccional a fin de obtener una resolución judicial por la que se reconociera la paternidad del promotor sin perjuicio de que se realizara la inscripción de nacimiento de la menor, no habiendo quedado acreditada la existencia de disolución o separación judicial o de hecho, durante trescientos días anteriores al nacimiento. La Juez Encargada del Registro Civil remitió el expediente a la DGRN para su resolución.
- La DGRN estimó el recurso y ordenó la inscripción de la filiación paterna no matrimonial.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Para que pueda inscribirse la filiación no matrimonial del hijo de madre casada es necesario que llegue a probarse en las actuaciones que no entra en juego la presunción legal de paternidad del marido, es decir, que el nacimiento del hijo ha acaecido pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges (cfr. 116 CC).

En este caso en que el nacimiento tuvo lugar en septiembre de 2002 está suficientemente comprobado por las certificaciones administrativas municipales y la información policial referida en las mismas obrantes en las presentes actuaciones que la madre reside en V. L. desde marzo de 2001 conviviendo en el domicilio del padre de la nacida y que, por el contrario, el marido de la madre no ha residido en ningún momento en la citada localidad, por lo que queda acreditado que la separación de hecho de los cónyuges fue anterior en más de trescientos días a la fecha del alumbramiento. Por lo tanto, no rige en este caso la presunción legal de paternidad del marido de la madre y no debe inscribirse una filiación matrimonial no determinada legalmente.

2. VIVIENDA FAMILIAR

2.1. *Denegada la inscripción de la atribución del uso de la vivienda familiar concedido a los hijos y a la esposa al aparecer en el registro como titular una sociedad, sin que sea obstáculo para ello que los únicos accionistas fueron en su origen ambos esposos, no pudiendo aplicarse la teoría del «levantamiento del velo».*

RESOLUCIÓN de 18 de octubre de 2003

ANÁLISIS DEL CASO

- Por sentencia de fecha 16 de octubre de 2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 51 de Barcelona, en el proceso divorcio contencioso,

autos n.º 1322/1999, confirmada en este extremo por sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, de fecha 16 de noviembre de 2001, entre otros aspectos, se atribuye el derecho de uso de la vivienda conyugal sita en Barcelona.

- Presentados testimonios de las anteriores sentencias en el Registrado de la Propiedad, número ocho, de Barcelona el Registrador denegó la inscripción por aparecer la finca inscrita a nombre de una sociedad.
- D.ª Acacia interpuso recurso ante la DGRN que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Alegaciones de la recurrente.

Que los preceptos invocados por el Registrador se refieren al principio hipotecario del «tracto sucesivo» y al contenido necesario de las sentencias judiciales relativas a la separación, divorcio y nulidad, el obligado pronunciamiento judicial sobre la atribución del derecho de uso del domicilio conyugal, dado que dicho pronunciamiento es materia de orden público.

Que la sentencia judicial aplica y da estricto cumplimiento a los preceptos del derecho sustantivo relativos a los efectos derivados de la ruptura matrimonial por causa de separación, nulidad o divorcio, al atribuir el uso del domicilio conyugal a uno de los dos cónyuges, por lo que no se entiende el por qué de la vulneración de los dos preceptos mencionados por el Registrador en su calificación denegatoria, sino que deben ser cumplidos.

Que el Juzgador se limita a atribuir el uso del domicilio conyugal a la recurrente porque en el proceso judicial quedó fehacientemente acreditado cuál era el mismo, (domicilio familiar), puesto que los litigantes (cónyuges) ya tenían en la referida vivienda fijado, con anterioridad a la litis, su domicilio en la misma, y sabedor de que la vivienda era de una tercera persona, persona jurídica patrimonial de la que, —también consta acreditada—, era única socia la esposa así como única administradora en el momento de instarse el procedimiento de divorcio, reconociendo y refrendando la situación real existente.

Que la resolución judicial, firme, incólume e inamovible, cuando atribuye el uso de la vivienda conyugal a uno de los esposos, no vulnera el principio registral hipotecario de tracto sucesivo contemplado y contenido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria porque previamente consta inscrito o anotado el derecho de la sociedad como propietaria de la finca que constituye el domicilio conyugal; por cuanto la resolución judicial no sólo puede sino que debe pronunciarse sobre la atribución del uso del domicilio conyugal, aunque la propiedad de la vivienda pertenezca a un tercero; porque la propietaria es una sociedad patrimonial, que si bien sus socios fundadores fueron los cónyuges litigantes posteriormente, la esposa devino en única y exclusiva accionista, siendo a ésta a quien se le atribuyó el uso existente, por lo que la titular dominical es un tercero formal y no material.

Que el Juzgador ha apreciado la unipersonalidad de la sociedad, unipersonalidad en favor de la esposa recurrente a quien se le atribuye judicialmente el uso del domicilio conyugal.

Que si bien existen diversas resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, como la de fecha 27 de noviembre de 2001, relativa al principio de tracto sucesivo y la imposibilidad de inscribir una

escritura de adjudicación judicial de una finca, si la misma figura inscrita a favor de persona que no fue parte en el proceso seguido, basándose en el artículo 24 de la Constitución Española y artículos 1 y 20 de la Ley Hipotecaria, en el presente supuesto, no se puede invocar la indefensión de tercero al no haber sido llamado al proceso matrimonial la persona jurídica *qua talis* en base a las siguientes razones: 1.º En un proceso matrimonial únicamente pueden ser partes litigantes los cónyuges. 2.º La atribución a uno de ellos del uso de la vivienda al no crear ningún derecho nuevo no altera el *status quo* existente, no produciendo ningún efecto alterador. 3.º El concepto de indefensión constitucional, por su carácter sustancial de reducción efectiva y real de las posibilidades de defensa de quien sufre la indefensión, no es aplicable, ya que, la sociedad titular dominical es una patrimonial formada en sus inicios por los mismos cónyuges y en el momento de dictarse la resolución judicial por la esposa, siendo, por tanto, un tercero meramente formal y no real o material.

Que si bien es cierto que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria establece la presunción de que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento, presumiéndose que quien tenga inscrito el dominio de los bienes inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos, no es menos cierto, que esa presunción es una presunción *iuris tantum,* que puede ser desvirtuada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, y, en el procedimiento matrimonial, quedó acreditado que la posesión no era del titular dominical sino de los cónyuges, y de ahí su atribución del derecho de uso a uno de ellos, ya que el derecho de uso es un reflejo de la posesión, que no de la propiedad y de ahí que en un proceso matrimonial cuando el dominio no sea de los consortes le esté vedado al Juzgador pronunciarse respecto a tal derecho dominical, pero no al uso, al ser un pronunciamiento de *ius cogens,* de orden público y necesario.

Que en cuanto a la posesión y uso de la finca, la sociedad titular dominical los consintió largamente, produciéndose la figura del aquietamiento que como mantiene reiterada Jurisprudencia presupone la aceptación de la situación fáctica.

Que no se entiende cómo una sentencia firme que tiene y produce una trascendencia real por imperativo legal no puede acceder al Registro.

Que de conformidad con el artículo 100 Reglamento Hipotecario, la calificación registral de los documentos judiciales alcanza única y exclusivamente a la competencia del Juez o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y los obstáculos que surjan del propio Registro, no pudiendo, por tanto, entrar en el fondo de la resolución judicial.

Que es de aplicación lo establecido en el artículo 118 de la Constitución.

2. Informe del Registrador de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad en defensa de su informe alegó lo siguiente: que dentro del ámbito de la función calificadora del Registrador, cuando se trata de actos o documentos judiciales, se incluyen los obstáculos que surjan del Registro (artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento) obstáculos que impiden la inscripción de aquéllos si no consta que en el procedimiento de que dimanan, el titular registral ha tenido la intervención que las leyes le confieren en defensa de sus derechos y ello al fin de evitar que dicho titular sufra en el propio Registro las consecuencias de su indefensión procesal (artículos 24 de la Constitución y 20 y 40 de la Ley Hipotecaria).

Que la finca aparece inscrita a nombre de una sociedad, persona distinta de las que intervinieron en el procedimiento.

Que no es argumento en contrario lo señalado por la recurrente de que era la única so-

cia y única administradora de la sociedad, no produciéndose la indefensión de la recurrente, pues no existe tal figura cuando no se utilizan los mecanismos procedimentales adecuados.

Que conforme a lo establecido en los artículos 96 del Código Civil y 83 del Código de Familia del Derecho Civil de Catalunya, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, pero, en modo alguno están pensando en que pueda atribuirse tal uso sobre una vivienda que aparece inscrita a favor de persona jurídica, que por definición no puede ser titular de una vivienda familiar, sin que ello implique entrar en el fondo de la resolución judicial sino en la congruencia del mandato del procedimiento en el que se ha dictado puesto que debió procederse previamente a la liquidación de la sociedad o a levantar el velo de su personalidad jurídica.

Que como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1982, el derecho de uso sobre la vivienda familiar es inscribible en el Registro de la Propiedad, pero con la debida observancia de las reglas que establece el derecho inmobiliario registral y entre ellas, las del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

3. Doctrina de la DGRN.

Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (cfr. Resolución citada en el «vistos»), el derecho de uso de la vivienda familiar no puede inscribirse si el bien está inscrito a favor de un tercero que no interviene en el procedimiento, por falta de tracto, pues, de otro modo, se quebrantaría el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de derechos e intereses legítimos y proscripción de la indefensión (cfr. artículo 24 de la Constitución Española), así como los principios registrales de salvaguardia judicial de los asientos (cfr. artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), de legitimación (cfr. artículo 38 de la misma Ley), y tracto sucesivo (cfr. artículo 20 de la repetida Ley), los cuales impiden inscribir un título no otorgado por el titular registral o resultante en un procedimiento en el que no ha sido parte.

Alega el recurrente que la sociedad titular registral es una sociedad patrimonial cuyos únicos accionistas fueron en su origen ambos esposos y que, con posterioridad, la esposa devino en única accionista, por lo que el titular registral es un tercero formal pero no material, por lo que la Sentencia ha aplicado la teoría del «levantamiento del velo», pero tal argumentación no desvirtúa la regla general, y ello porque la sociedad no ha sido demandada como tal y, además, de la propia Sentencia resulta que en la misma no se ha abordado el tema de la titularidad de las acciones.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando la calificación del Registrador.

2.2. *No es ningún obstáculo para la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de uso atribuido en una sentencia matrimonial que no se establezca en la sentencia el período por el que se concede dicho uso.*

RESOLUCIÓN de 20 de febrero de 2004.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia número 18 de Barcelona, autos 174/92, dictada en el procedimiento de separación sustanciado

por lo trámites de la Disposición adicional quinta de la Ley 38/1981, de 7 de julio, instado por doña Emilia contra don Francisco A.L., se dice, en los Fundamentos de Derecho de la misma que: «teniendo en cuenta lo indicado en el artículo 91 y siguientes del Código Civil se acuerda: 1.º La asignación del uso del domicilio conyugal así como del mobiliario y ajuar existente en el mismo a doña Emilia y a los dos hijos que con ella conviven». En el fallo de la Sentencia se acuerda: «Se concede la vivienda familiar a doña Emilia». Dicha Sentencia, en cuanto a lo que es objeto del recurso, fue confirmada por otra, también firme, dictada en Apelación de la primera por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona.

- Presentado testimonio de la anterior sentencia en el Registro de la Propiedad, número trece, de Barcelona suspendió la inscripción por falta de determinación suficiente del contenido y alcance del derecho de uso que se atribuye en el mismo, al no apreciarse en modo alguno ni la extensión temporal de aquel derecho, siendo así que el uso a que se refiere el artículo 96 del Código Civil y concordantes de la legislación catalana es esencialmente temporal, conforme a la uniforme interpretación de la doctrina legal y científica, ni la propia naturaleza del derecho atribuido (conforme a la parte dispositiva de la sentencia se dice simplemente que «se concede la vivienda familiar a...») por lo que se incumple el principio de determinación registral (conforme a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento) especialmente considerando que en el presente caso no se determina tampoco el citado límite temporal de forma indirecta en razón de la inexistencia de hijos menores del matrimonio a cuya consideración puede atender la atribución del citado uso.
- D.ª Emilia interpuso recurso ante la DRGN que fue estimado acordándose la inscripción.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Motivos del recurso.

Que por lo que respecta a la primera de las apreciaciones efectuadas hay constante jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en el sentido de que no hace falta especificar que ese uso es temporal (Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de mayo, 29 de noviembre y 2 de diciembre de 2002 y 20 de enero de 2003) semejantes todas ellas, al analizar los preceptos legales relativos a la temporalidad de la atribución del uso de la vivienda familiar (artículos 96 del Código Civil y 83 Codi de Familia de Catalunya), en las que se señala que no es preciso que haya de fijarse un plazo, ya que, el uso dura mientras dure la necesidad que lo motivó.

Que por lo que respecta a la segunda de las apreciaciones efectuadas de no precisarse la naturaleza del derecho atribuido, queda salvada la misma por cuanto si bien en el fa-

llo de la Sentencia, por economía, se señala como efecto primero de la separación que se concede la vivienda familiar a doña Emilia y a los dos hijos que con ella conviven, queda claro que esa concesión, de conformidad con lo dispuesto en la propia Sentencia, se refiere a la asignación del uso del domicilio conyugal como efecto de la Separación que en defecto de acuerdo debe determinar el Juez (artículos 91 y siguientes del Código Civil), por lo que el derecho atribuido es, por tanto, el derecho al uso del que fuera domicilio familiar que es inscribible en el Registro de la Propiedad y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83.3 del Codi de Familia de Catalunya y artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Informe del Registrador de la Propiedad.

Que sin prejuzgar la validez civil del derecho atribuido en la sentencia (cfr. artículo 101 del Reglamento Hipotecario), y atendiendo a que, como ha recordado recientemente la Dirección General de los Registros del Notariado, existen requisitos adicionales y distintos a la validez del acto o derecho para permitir su acceso al Registro de la Propiedad por razón de su eficacia *erga omnes,* el motivo de la suspensión radica en la falta de cumplimiento de la exigencia del principio hipotecario de determinación o especialidad.

Que como ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, las exigencias de tal principio impone la delimitación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro, en sus elementos subjetivos y objetivos y en cuanto a su contenido y alcance (cfr. artículos 9 la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario), lo que impide la inscripción de derechos que presenten contornos difusos o que estén definidos en términos que produzcan indeterminación en extensión de su contenido y alcance.

Que la libertad de creación de los derechos reales que rige en nuestro ordenamiento (artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento), se ha de conciliar con el respeto de los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (artículos 513, 526, 546, 1608 y 1655 del Código Civil) si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad (Resolución de 29 de abril de 1999 y 26 de septiembre de 2000).

Que la indeterminación se produce en el presente caso en dos aspectos distintos: A) Falta la delimitación de la naturaleza del derecho atribuido por el carácter impreciso de la fórmula utilizada en el fallo de la sentencia, no siendo función propia del Registrador de la integrar los títulos que inscribe ni es competencia que tenga atribuida llevar a cabo labores de aclaración o corrección de las sentencias judiciales (artículos 208.2.º y 209.3.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) funciones que son privativas de los propios Jueces y Tribunales en los términos establecidos en las leyes. B) Se produce indeterminación en cuanto a la falta de delimitación de la extensión temporal del derecho atribuido, en el caso de que éste fuera el derecho de uso sobre la vivienda familiar y no el pleno dominio de la misma.

Que cualquiera que sea la naturaleza jurídica que se reconozca al derecho de uso de la vivienda familiar de lo que no cabe duda alguna es de que se trata de un derecho temporal, «derecho de ocupación, provisional y temporal» dice la más reciente Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 y así lo proclama uniformemente no sólo doctrina legal, sino también la científica.

Que la necesidad de fijar un límite temporal a tales derechos también resulta cuando se contempla el mismo no en razón de su naturaleza personal o real, sino como limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (artículo 90 del Código Civil y Resolución de 25 de octubre de 1999), limitación que «únicamente será eficaz si es temporal» (artículo 166 del Código de Suce-

siones de Cataluña y constante jurisprudencia registral, abundando en la misma conclusión la reciente regulación catalana sobre los derechos de uso contenida en la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, en sus artículos 34 y 40.2.º).

Que la necesidad de concretar el alcance y contenido del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido en convenio de separación matrimonial, sin que a tal efecto sea suficiente la delimitación temporal del mismo por «mientras razonablemente lo necesiten en el orden económico (los hijos concesionarios del derecho) ha sido confirmada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 1 de septiembre de 1998.

3. Doctrina de la DGRN.

Se presenta en el Registro testimonio de una sentencia de separación dictada en 1993. En los Fundamentos de Derecho de la sentencia se dice: «teniendo en cuenta lo indicado en el artículo 91 y siguientes del Código Civil se acuerda: 1.º La asignación del uso del domicilio conyugal así como del mobiliario y ajuar doméstico existente en el mismo a D.ª XX y a los dos hijos que con ella conviven». En el fallo de la Sentencia se acuerda: «Se concede la vivienda familiar a D.ª XX». El Registrador suspende la inscripción por no precisarse ni la extensión temporal del derecho de uso, ni la propia naturaleza del derecho atribuido, por lo que se infringe el principio de determinación registral. La interesada recurre.

Realmente son dos los defectos que señala la calificación: la no determinación del derecho que se atribuye y la falta de especificación de la duración del mismo. En cuanto al primero, es cierto que lo determinante de una resolución judicial es el fallo, pero, aunque pueda ser confuso —y más en el caso examinado en que la vivienda está inscrita con carácter ganancial— dicho fallo ha de ser interpretado en función del contenido de los Fundamentos de la sentencia, y es claro, según éstos que lo que se está atribuyendo es el uso de la vivienda familiar.

Más dificultades plantea la cuestión de si tal derecho de uso debe tener imprescindiblemente un plazo de duración para que pueda inscribirse. La conclusión más correcta es que tal señalamiento del plazo no es necesario, y ello porque: a) si bien ha de constar en el Registro el plazo de duración de los derechos reales de carácter temporal, el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, ya que la clasificación entre derechos reales y de crédito es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. artículo 96, último párrafo, del Código Civil); b) tal derecho de uso, aunque no se señale un plazo de duración, siempre tendrá un término máximo: la vida del cónyuge a quien se atribuye; y c) la atribución del repetido derecho no es irrevocable, pues, como parte de las medidas que acuerda el Juez en los casos de separación y divorcio, habrán de cambiarse cuando se alteren las circunstancias (cfr. artículo 91 *in fine* del mismo cuerpo legal), con lo que el señalamiento de un plazo de duración podría inducir a confusión siendo tal plazo, por su naturaleza, esencialmente prorrogable.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto.

3. MENORES

3.1. *No se necesita autorización judicial para la extinción de un condominio del que en una porción de 5,7 % es titular un menor de edad, al estar debidamente representado por su madre.*

RESOLUCIÓN de 2 de enero de 2004.

ANÁLISIS DEL CASO

- Mediante escritura otorgada en Cartagena, el día 2 de diciembre de 2002, ante la Notario D.ª Concepción Jarava Mergarejo, número 2.226 de su protocolo, Don Mariano, Don Ángel, Doña Isabel Z. P. y Doña María G. G. y Don Mariano, Doña María Encarnación, Don Juan José y Don Ángel Z. G., todos ellos por sí, menos el último, que por contar catorce años de edad, estuvo representado por su madre, viuda, con patria potestad sobre el mismo, Doña María G. G., y que, de la finca que se dirá, era dueño de una participación indivisa de un 5,7962%, procedieron extinguir el condominio sobre la vivienda o casa, situada en el Paseo de la (...), del Municipio de Los Alcázares, inscrita en el Registro de La Propiedad de San Javier, Sección de los Alcázares, Finca registral número (...), adjudicándose dicha vivienda, al ser indivisible, a unos de los condueños, Doña María Dolores Z. P., abonando ésta a cada uno de los restantes copropietarios, entre ellos al menor legalmente representado, el valor de su respectiva participación en dinero.
- Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, número dos de San Javier, fue calificada con la siguiente nota: «Por la presente se le notifica la calificación negativa del documento que Vd. presentó/autorizó el Notario doña Concepción Jarava Melgarejo, número de expediente/protocolo 2.226 y que ha causado en este Registro el asiento número 1.697 del Diario 23 por las siguientes causas: No consta la autorización judicial para la extinción del condominio con exceso de adjudicación realizada por doña María G. G., en nombre de su hijo menor de edad don Ángel Z. G. (Art. 166 del Código Civil). Impide la inscripción."
- Doña María Dolores, interpuso contra la anterior calificación que fue estimado por la DGRN que acordó la inscripción.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Motivos del recurso.

Que sólo hay una causa que, a juicio del Registrador, impide la inscripción «la falta de autorización judicial del artículo 166 del Código Civil».

Que a esta única motivación es preciso añadir los restantes elementos que integran el negocio jurídico llevado a cabo por los interesados en la citada escritura. 1. Se debe examinar la cuantía de la participación proindivisa del menor, que era de un 5,7962%, razón más que suficiente para entender el asentimiento que la madre del menor presta a la extinción del condominio. 2. Como una exigencia en defensa de los intereses de todos los comuneros, éstos exigieron como requisito previo a la extinción del condominio, que una empresa de valoración independiente, formulara la valoración del bien objeto de ello. 3. En aras de exigir el máximo rigor en la valoración de la finca a efectos de garantizar el valor real de la misma, todos los comuneros acordaron que el valor de adjudicación debía ser superior a la efectuada por la empresa de tasación, y, convinieron unánimemente, que el valor de la finca objeto de división sería de un 10% más del valor de tasación. 4. La vivienda se adjudica a uno de los comuneros y éste abona en el acto de la escritura su respectivo haber a los demás condueños.

Que el Registrador al calificar el documento no tuvo en cuenta que a la extinción de condominio de la finca descrita, que es indivisible, se han de aplicar los preceptos contenidos en los artículos 1060 y 1062 del Código Civil.

Que la resolución de 27 de noviembre de 1986, contempla la posible divergencia de intereses entre los hijos menores de edad y su madre usufructuaria, quién en la división de bienes a que se refiere sólo actuaba en nombre de sus hijos.

Que tanto la nota de calificación como la resolución, antes dicha, se mueven por receIos, avivados por ser menor el valor de la adjudicación que el precio de tasación, señalado en otro asiento registral y esta resolución salva sus recelos exigiendo la intervención del Defensor Judicial.

2. Informe del Registrador de la Propiedad.

Que la única cuestión planteada en el presente recurso es la de si resulta aplicable o no el párrafo segundo del artículo 166 del Código Civil. Que la cuestión parece resuelta por las Resoluciones de 27 de noviembre de 1986 y 26 de enero de 1998.

3. Doctrina de la DGRN.

En el caso objeto de este recurso se pretende la inscripción de la adjudicación de una vivienda, acordada por todos los copropietarios a favor de uno de ellos por ser indivisible, quien en el momento del acto ha hecho efectivo a cada uno de los restantes copropietarios el valor de su respectiva participación; teniendo en cuenta, no obstante, que uno de los condueños, titular de un 5,7962%, es un menor, de 14 años de edad, que ha estado representado legalmente por su madre.

El Registrador suspende la inscripción porque «no consta la autorización judicial para la extinción de condominio con exceso de adjudicación realizada por D.ª M. G. G., en nombre de su hijo menor de edad D. A. Z. G. (artículo 166 del Código Civil).»

La nota de calificación recurrida parece dar a entender que la facultad de adjudicar el bien indivisible a uno solo de los condueños si concurre el consentimiento de todos —artículo 404 del Código Civil—, o a uno de los coherederos si ninguno de los demás herederos pide su venta en pública subasta —artículo 1062 del Código Civil—, indemnizando a los demás o abonándoles el exceso en dinero, es, en todo caso un negocio jurídi-

co de carácter dispositivo, no particional, y, por tanto, concurriendo menores representados por sus padres precisa la autorización judicial exigida por el artículo 166 del Código Civil.

No obstante, como reiteradamente ha sostenido este Centro Directivo, la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida, y son varias las Resoluciones que en supuestos de hecho asimilables al planteado en este recurso en cuanto dan como resultado la adjudicación de unos bienes a unos y la compensación en metálico a otros interesados, han declarado que existiendo menores pueden éstos comparecer debidamente representados por sus padres, sin que por ello sea necesaria la aprobación judicial.

En este sentido la Resolución de 6 de abril de 1962 señaló que tal adjudicación del único inmueble inventariado «no envuelve una transmisión del dominio de unos coherederos a otros, sino del causante al adjudicatario, con la eficacia declarativa particular de toda partición, y con la posibilidad de ser rescindida y con los demás efectos civiles e hipotecarios diferentes a los de una enajenación, por lo cual este Centro Directivo reiteradamente ha sostenido que la partición en el supuesto especial del art. 1062, no constituye, cuando existan menores interesados un acto dispositivo que requiera la aplicación del hoy artículo 166 del Código Civil.»

Frente a lo anteriormente expuesto no pueden oponerse las Resoluciones de 27 de noviembre de 1986 y 26 de enero de 1998, en las que el Registrador basa su informe, la primera porque en ella se plantea otras cuestiones de discrepancia de valoraciones de las fincas (en nuestro supuesto se supera la valoración fijada para el bien adjudicado por una empresa de tasación) y concurrencia de un autocontrato transgresor de los límites legales; y la segunda porque la composición del caudal inventariado posibilitaba otras adjudicaciones más conformes con la exigencia legal de que los lotes formados sean iguales o proporcionales cuantitativa y cualitativamente.

4. CAMBIO DE NOMBRE

4.1. *Desestimación de la solicitud de cambio de nombre de "Ramón" a "Rosario" por inducir a confusión en cuanto al sexo.*

RESOLUCIÓN de 3 de noviembre de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil de Sevilla el 27 de mayo de 2003, don Ramón, natural de Morata de Tajuña (Madrid), vecino de Sevilla, de estado civil soltero, inicia un expediente de cambio de su nombre en la inscripción de nacimiento por el de «Rosario».
- Ratificado el promotor, el Ministerio Fiscal manifiesta que no se opone a lo solicitado en su informe de fecha 10 de junio de 2003. En fecha 17 de junio

de 2003 el Magistrado Juez Encargado del Registro Civil de Sevilla libra exhorto al Registro Civil de Morata de Tajuña interesando certificación literal de nacimiento de don Ramón. En fecha 23 de junio de 2003 se incorpora al expediente la certificación literal de nacimiento del interesado.

- El Magistrado Juez Encargado del Registro Civil de Sevilla dictó auto con fecha 1 de julio de 2003 desestimando la pretensión de don Ramón al ser el propuesto un nombre no permitido ya que «Rosario» es nombre de mujer y en tanto la partida de nacimiento del interesado establece que su sexo es varón, el artículo 54 de la Ley del Registro Civil prohíbe los nombres que induzcan en su conjunto a error en cuanto al sexo.
- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y al interesado, éste interpone recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que «Rosario», al igual que «Camino», «Amparo» o «Mar» no son vocablos que designan inequívocamente el sexo opuesto ya que admiten el artículo masculino «el».
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El Encargado del Registro Civil del domicilio tiene facultades para aprobar en expediente el cambio del nombre propio inscrito por el usado habitualmente (arts. 209.4.º y 365 RRC), siempre que exista justa causa en la pretensión y que no haya perjuicio de tercero (art. 210 RRC) y siempre que, además, el nombre propio solicitado no infrinja las normas que regulan su imposición (cfr. arts. 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.

Esta última circunstancia es la que obliga a denegar el expediente en este caso en el que se ha intentado el cambio de «Ramón» a «Rosario». Están prohibidos los nombres que induzcan en su conjunto a error en cuanto al sexo (cfr. art. 54, II LRC) y esta prohibición alcanza directamente a un supuesto en el que, para una persona inscrita como varón, se pretende un antropónimo inequívocamente femenino como «Rosario». Mientras no obtenga el interesado por la vía judicial oportuna la rectificación del dato sobre su sexo, no puede permitirse una contradicción total entre su sexo inscrito y su nombre propio. Todo ello sin perjuicio del derecho del interesado de solicitar que, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 137 regla 1.ª del Reglamento del Registro Civil, se complete la inscripción de su nacimiento con el simple dato de hecho de ser conocido con otro nombre, usado habitualmente, a través de la correspondiente nota marginal.

5. MATRIMONIO

5.1. *No se inscribe segundo matrimonio celebrado en 1957 entre dos españoles en Venezuela pues ella estaba ligada por un matrimonio anterior del que se divorció en Venezuela en 1954 y en España en 1984. El matrimonio ha subsistido hasta el divorcio de 1984, hay impedimento de ligamen, pues no se ha obtenido el necesario exequátur de la sentencia venezolana de divorcio.*

RESOLUCIÓN de 10 de septiembre de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito presentado en el Registro Civil Central el 19 de marzo de 2001, doña Belén, solicitaba la inscripción del matrimonio de sus padres don Francisco y doña Ángela, ambos de nacionalidad española, celebrado el 9 de febrero de 1957 en Caracas-Venezuela. Adjuntaba los siguientes documentos; respecto de su padre: certificación literal de nacimiento, certificación literal de defunción y copia del DNI; respecto de su madre: certificación literal de nacimiento, certificación literal de un matrimonio anterior celebrado el 5 de julio de 1954 en Madrid con anotación marginal de divorcio por sentencia de 5 de marzo de 1984 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Barcelona, sentencia de divorcio dictada por Tribunal venezolano respecto a dicho primer matrimonio y copia del DNI; y respecto de ambos: acta venezolana del matrimonio contraído en 1957 en la que la contrayente constaba como divorciada.
- El 10 de mayo de 2001 compareció doña Ángela a quien se le informó mediante diligencia de que debía obtener previamente el exequátur en relación con el primer matrimonio contraído por la misma dictada en 1957 e inscribir la sentencia de divorcio en el Registro Civil en el que constaba inscrito el matrimonio y posteriormente se inscribiría el matrimonio contraído con don Francisco, requiriendo en consecuencia la interesada el desglose de los documentos aportados para poder solicitar el «exequátur».
- En fecha 10 de abril de 2003, doña Belén solicitó nuevamente la inscripción del matrimonio de sus padres acompañando copia del auto del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2003 por el que se denegaba el exequátur solicitado por existir ya sentencia firme de divorcio sobre el mismo matrimonio dictada por Tribunal español. El Juez Encargado del Registro Civil dictó

auto con fecha 7 de mayo de 2003 denegando la inscripción del matrimonio entre doña Ángela y don Francisco hasta que no se obtuviese el exequátur con respecto a la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial Caracas-Venezuela de 21 de enero de 1957, pudiendo los interesados o el Ministerio Fiscal solicitar la anotación del matrimonio con simple valor informativo que en ningún caso constituía la prueba que proporcionaba la inscripción, lo que debía figurar tanto en el asiento como en la certificación en virtud de los artículos 38 LRC y 145 RRC.

- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a la promotora, ésta presentó recurso ante la DGRN alegando que, a la vista de que existía sentencia firme de divorcio entre su madre y su primer marido de 5 de marzo de 1984, se inscribiese el matrimonio de sus padres, estando la no inscripción causando los consiguientes perjuicios a su madre de avanzada edad, habiendo resaltado la propia resolución del Registro Civil Central que el criterio mantenido por la sentencia del Tribunal Supremo era contrario al recaído en Auto de 19 de septiembre de 1995 en un supuesto idéntico y que el hecho de que se hubiese decretado el divorcio en España en 1984 en nada afectaba a la posibilidad de inscribir un matrimonio celebrado anteriormente toda vez que los efectos del divorcio en España sólo se producían desde la fecha de la sentencia, solicitando la anotación en cualquier caso.
- De la interposición del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que interesó la confirmación del acuerdo recurrido. El Juez Encargado del Registro Civil confirmó el acuerdo apelado y ordenó la remisión del expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- La DRGN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se discute en este recurso si es susceptible de inscripción el segundo matrimonio de dos españoles celebrado en Venezuela en 1957, después de haber obtenido sentencia de divorcio del primer matrimonio de la esposa dictada por los Tribunales de dicho país en 1954, habiéndose dictado por parte de los Tribunales españoles otra sentencia de divorcio del mismo matrimonio en 1984, que oportunamente se hizo constar al margen de la inscripción del matrimonio disuelto.

El nuevo matrimonio que cualquier español puede contraer fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (cfr. artículo 49 CC), habiendo obtenido previamente el divorcio en el extranjero, requiere, para su inscripción en el Registro Civil, que previamente la sentencia extranjera de divorcio haya obtenido su reconocimiento en nuestro ordenamiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil (cfr. artículo 107, II CC) lo que implica normalmente la necesidad de obtener el exequátur ante la sala 1.ª del Tribunal Supremo (cfr. arts. 955 LEC y 83 y 265, II, RRC).

En el presente caso no concurre tal requisito, ya que habiendo sido solicitado el correspondiente exequátur de la Sentencia del Tribunal venezolano, ha sido denegado por Auto del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2003 en el que se pone de manifiesto como obstáculo insalvable para la homologación pretendida la existencia de otra sentencia de divorcio del mismo matrimonio dictada por un Tribunal español, la cual impide la atribución de eficacia en España a la sentencia extranjera al entrar en colisión con la propia eficacia de la resolución nacional y, especialmente, con el efecto de cosa juzgada que ella produce. En consecuencia, no es posible inscribir el segundo matrimonio celebrado en 1957 por quien, a los efectos del Ordenamiento jurídico español, no obtuvo el divorcio de su primer matrimonio sino en 1984, fecha de la sentencia de divorcio pronunciada por el Tribunal español, y ello sin perjuicio de la posibilidad de practicar la anotación del citado segundo matrimonio, como hecho relativo a españoles y que afecta a su estado civil según la ley extranjera, en la forma y a los efectos previstos en los artículos 38 de la Ley del Registro Civil y 145 de su Reglamento.

6. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

6.1. *Denegación de la inscripción de una escritura de capitulaciones matrimoniales en la que la única finalidad del documento es acreditar la residencia habitual común del matrimonio inmediata a su celebración a fin de determinar la prueba del régimen económico matrimonial legalmente aplicable.*

RESOLUCIÓN de 8 de enero de 2004.

ANÁLISIS DEL CASO

- En fecha 3 de mayo de 2003 don Joseph, de vecindad civil catalana en el momento del matrimonio, y doña Carmen, de vecindad civil común en el momento del matrimonio, presentan una solicitud de inscripción de capitulaciones matrimoniales de su matrimonio celebrado el día 27 de julio de 2002 en Carlet —Valencia— presentando por triplicado ejemplares del acta de manifestaciones de fecha 13 de enero de 2003, así como fotocopia del DNI de la esposa.
- Mediante resolución de fecha 13 de mayo de 2003, el Magistrado Juez Encargado del Registro Civil de Carlet acuerda no haber lugar a la inscripción al margen de dicho matrimonio ya que no se produce variación sobre el régimen económico que viene predeterminado por el artículo 9.2 del Código Civil. Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a los interesados

mediante exhorto dirigido al Registro Civil de Barcelona, éstos interponen recurso en fecha 3 de julio de 2003 ante el Registro Civil de Barcelona.

- De la interposición del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que se opone al recurso presentado e interesa la confirmación de la providencia recurrida por estimarla conforme a derecho. El Magistrado Juez Encargado del Registro Civil de Carlet confirma la resolución apelada y ordena la remisión del expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- La DRGN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se ha intentado por estas actuaciones que tenga acceso al Registro Civil un acta de manifestaciones otorgadas por unos esposos, él de vecindad civil catalana, y ella de vecindad civil común, que carecían de residencia habitual común previa al matrimonio y que no han otorgado capitulaciones matrimoniales previas ni posteriores a la celebración de aquél, con el exclusivo objeto de hacer constar que la residencia habitual común del matrimonio, establecida inmediatamente después de contraerlo, se ha fijado en Barcelona, dando lugar, pues, a que con arreglo a las previsiones del artículo 9.2 del Código Civil, el régimen económico matrimonial aplicable será el de separación de bienes.

Tal y como señala el Juez Encargado la publicidad de estas manifestaciones es totalmente ajena al Registro Civil. Las capitulaciones matrimoniales son un contrato accesorio del matrimonio que tiene por fin fijar un régimen económico del consorcio conyugal distinto del legal, siendo aquél y no éste el objeto de la publicidad que brinda el Registro Civil. Si se tiene en cuenta que el documento calificado no entra en el concepto de capitulaciones matrimoniales y que la única finalidad del mismo es determinar el régimen económico matrimonial legalmente aplicable por razón del juego de los puntos de conexión establecidos en el artículo 9.2 del Código Civil, entre las distintas legislaciones territoriales concurrentes, se ha de llegar a la conclusión, con independencia de las posibles utilidades prácticas de la publicidad de lo pretendido que sólo es posible plantear *de lege ferenda,* de que procede ratificar la calificación recurrida.

Derecho Canónico

TEORÍA Y VIDA
Un ensayo para aprendices de abogados matrimonialistas

SANTIAGO PANIZO ORALLO

Auditor del Tribunal de la Rota Española
Profesor Titular de Universidad

El hombre y la sociedad se han debatido siempre entre oscilaciones extremas de binomios contrapuestos y, por eso mismo, polémicos: derecha-izquierda; bueno-malo; fuerte-débil; universal-singular; etc.

ORTEGA Y GASSET fue un excelente pensador que defendía que la vida nos obliga, lo queramos o no, a la acción política; pero a la vez se sentía profundamente alejado del utilitarismo de los políticos, al entender que la política es *"la supeditación de la teoría a la utilidad"* (cfr. *Confesiones de El espectador*, en *Obras Completas,* Alianza, Madrid, 1998, pág. 15).

Estos dos mundos de la teoría y de la práctica, de la especulación y del aterrizaje en las realidades vivas, son visibles en casi todo lo humano; hasta me atrevería a decir que pueden hacerse palpables incluso dentro de las paredes de las celdas de los contemplativos.

Y se nos hacen también presentes, como dos formas diferentes de entender y aplicar sobre todo, en este campo nuestro del Derecho en general y del Derecho matrimonial y procesal: unos conjuntos de normas canónicas que van a llegar a las manos y que vamos a tener que manejar en estos cursos; con unas finalidades que me gustaría poder dibujar con trazos claros: ¿finalidades de pura erudición sociológica o jurídica?; ¿finalidades pragmáticas de ejercicio de la profesión en un campo atractivo como éste?; ¿finalidades más vocacionales o de interés por unas cuestiones como las conyugales tan vivas como la vida humana, pero tan esquivas y complicadas que quizá por eso mismo fascinan más?

Tal vez para muchos de vosotros sean posiblemente difusas las actitudes con que os iniciáis en esta cuestión y sea conveniente precisar algunas cosas.

Todos sois juristas; todos habéis tenido en las manos normas de Derecho; algunos incluso habéis ensayado ya actuaciones profesionales en estas cuestiones de nulidad; pero es posible que no os hayáis hecho nunca la pregunta del por qué y el para qué de vuestros desvelos.

Una buena pregunta puede ser ésta para ir centrando un poco las cosas: qué es lo mejor o lo más importante en la vida del Derecho (y por tanto en las preocupaciones de los juristas), la teoría o la práctica; el saber discurrir entre las nubes de las profundas elaboraciones y construcciones especulativas o el saber desentrañar el sentido de las leyes con miras a resolver esos problemas a ras de tierra en que se deberá concluir si este contrato es válido o nulo o si este detenido ha cometido o no el homicidio del que se le acusa.

Aunque los fondos puedan revestir semejanzas, sólo serán apariencias porque son dos mundos bastante distanciados.

Anticipando ideas, les diré que si a mí se me invitara a escoger entre un comerciante que mira el duro con lupa y el *hippie* que se rasca la barriga mirando a las nubes me quedaría sin ninguno de los dos.

Y si en terrenos jurídicos se me invitara a escoger entre ser el teórico al cien por cien que quintaesencia artificios y el pragmático que sólo tiene ojos bajos para mirar la tierra en un casuismo ratonero, también me quedaría sin ninguno de ellos.

Entre la cultura jurídica de la especulación y la cultura jurídica de la utilidad a secas es posible —creo— un término medio en que por necesidad hayan de tomar asiento y participar: la teoría por un lado ofertando bases de cimentación y apoyo y por otro un manejo tan pragmático de las normas que, al aplicarlas, ello se haga con la mirada puesta en las complejísimas situaciones de la vida humana.

La teoría al servicio de la utilidad práctica.

Y no al revés —como afirma ORTEGA que ocurre con la política—, una supeditación de la teoría a la utilidad y a un pragmatismo extremoso para el que la "esencia de la verdad" se mide con baremos de utilidad.

Y tampoco desligadas las dos cosas porque se necesita saber Derecho para poder aplicar el Derecho.

El viejo Derecho Romano, en uno de esos aforismos que, por ser evidentes, ni necesitan demostración ni deben siquiera demostrarse, decía que *hominum causa omne ius constitutum fuit* (Hermogeniano, D. 1. 5. 2): en el punto de mira del Derecho ha de colocarse siempre el ser humano; pero ese punto de mira perdería con frecuencia la dirección hacia ese objetivo necesario, si las razones puras de utilidad rigieran los destinos de la juridicidad y de sus fondos necesa-

rios de justicia: la utilidad pura y la ley del más fuerte vendrían a ser lo mismo en bastantes ocasiones sin el soporte de unos fondos estabilizadores, llámeseles derechos naturales, derechos humanos, principios generales del derecho, Derecho divino o como se quiera llamar a cualesquiera criterios de aplicación de la norma por encima de puros pragmatismos flotantes.

En la literatura castellana se contienen deliciosas referencias a los procesos judiciales y en alguna de esas "estampas" se plasman actuaciones de administrar justicia, como ocurre por ejemplo en el capítulo XLV de la segunda parte de *El Quijote,* cuando Cervantes presenta a Sancho instalado en su ínsula como gobernador imaginario y administrando justicia en tres casos o contiendas que se le someten.

Sancho no era jurista sino un simple labrador con "muy poca sal en la mollera" como se dice en el capítulo VII del mismo *Quijote* cuando es presentado en la novela cervantina. No sabe siquiera leer y escribir y por eso mismo Cervantes se cuida de que decida conforme a equidad y no a Derecho, con una valoración de las realidades controvertidas derivada de las dotes de observación de Sancho y de su cazurrería. Esa libérrima apreciación de las pruebas que hace Sancho al bote pronto de casi sus instintos primarios da buenos resultados en la novela porque así viene impuesto por exigencias del guión; pero resulta del todo inferior a la valoración razonada de un juez experto, a la llamada "sana crítica", que es hija del buen saber las bases en que se asientan las leyes que deben aplicarse.

Una de las más viejas y conocidas definiciones del Derecho es la que se contiene en la "elegante" —como la califica el propio Digesto— expresión del jurisconsulto CELSO en las primeras líneas de la compilación justinianea: *"ius est ars boni et aequi":* el derecho es un arte, el arte de lo bueno y de lo justo.

El Derecho es una "destreza" —porque el arte es destreza—; y la destreza del jurista, su obra de arte que debiera ser al tratar de aplicar leyes, ha de ser esa habilidad que, sin ser ciencia en cuanto puro conocimiento aéreo independiente de la vida real y sin ser naturaleza instintiva en cuanto potencia que actúa sin reflexión, necesita ser —para liberarse de intuiciones y cargarse de "sentido de la justicia"— una "destreza cultivada" y sometida a patrones o de belleza (en las bellas artes) o de justicia (en la vida del Derecho).

Este arte de lo justo o el Derecho para ser "obra de arte" necesita de directrices teóricas, de principios fundamentales, de apoyos doctrinales que se adquieren chupando teoría, aunque a veces parezca que la teoría no nos ha de servir de nada.

Suele oponerse "la gris teoría a la vida, al palpitante arco iris de la existencia", como puntualiza GOETHE; y ni el propio ORTEGA acierta a resolver con limpieza el crucigrama de esta antítesis y se limita a decir que puede darse en su fondo un "malentendido", quizá mejor una mala conciencia.

Y a renglón seguido el pensador ofrece algunas explicaciones cuando espléndidamente anota: *"no asevero que la actitud teórica sea la suprema; que debamos primero filosofar y luego, si llega el caso, vivir. Más bien creo lo contrario. Lo único que afirmo es que sobre la vida espontánea debe abrir, de cuando en cuando, su clara pupila la teoría; y que entonces, al hacer teoría, ha de hacerse con toda pureza y con toda tragedia"* (ORTEGA, ob cit., págs. 17-18).

La verdad, muchas veces y en casi todo lo humano con más frecuencia, se ofrece en perspectivas individuales y de vida.

La verdad y la justicia y el amor y la libertad... todo se nos presenta a los ojos en perspectivas individuales: en hombre de verdad; en hombres justos; en hombres que aman seriamente; o en hombres que han aprendido a vivir en libertad.

Pero ni la verdad ni la justicia ni el amor ni la libertad, ni otras innumerables categorías de lo humano pueden quedarse al albur de intuiciones, de puros instintos o emociones, de que no hace cada cual lo suyo, lo que debe, lo que es exigible de acuerdo con patrones objetivos de verdad, de justicia, de amor o de libertad.

Ya defendía PLATÓN a este respecto que el mal viene a las sociedades y a las repúblicas de que "no hace cada cual lo suyo". Y "hacer lo suyo" —para un jurista— es conocer el Derecho teórico al menos un poco para poder apuntalar bien las concreciones y saber aplicarlo con buena técnica (eso es teoría) y con buenos resultados (eso es "praxis", pragmatismo).

En el Estudio Rotal os especializáis en el tratamiento de unas causas, las matrimoniales, que por afectar y referirse al "estado de las personas" cargan con todo el dramatismo de las situaciones humanas más problemáticas pero a la vez con toda la ilusionante tarea de ayudar a que se haga luz de justicia sobre ellas en aras de abrir caminos y salidas, en la medida de lo posible, a muchas vidas oprimidas por el peso muerto de los fracasos conyugales.

Ni todo fracaso conyugal lleva en su fondo la nulidad del matrimonio; ni toda vida matrimonial en dificultades puede llamarse a la nulidad; ni la nulidad del matrimonio es una oferta de pura benevolencia y gratuidad; ni el triste sufrir de tantas personas en crisis conyugal ha de ser motivo y base, sin más, de estos planteamientos.

A toda causa de nulidad subyace un problema de verdad que es a la vez un problema de justicia; y que es, detrás de todo eso, un hondo drama humano muchas veces.

La justicia tiene sus fueros; y la verdad que es la justicia llama por esos fueros siempre que se plantea o se resuelve una causa de éstas.

Es cierto que la justicia, y más la justicia cristiana, debe transirse de equidad y debe aplicarse mirando a la equidad, que es en frase feliz y elegante del HOSTIENSE la misma justicia pero atemperada por el dulzor de la misericordia.

Este modo de hacer justicia lo reclama el ordenamiento canónico y lo viene continuamente reiterando el Magisterio de la Iglesia: pero ese "dulzor de la equidad" no debe ni puede confundirse ni con irenismos baratos ni con directrices jurídicas apoyadas en la compasión y no en pruebas objetivas ni con pastoralismos al margen de las normas que, en materia conyugal, no son tan sólo normas positivas eclesiásticas sino preceptos inamovibles del Derecho natural o divino.

El matrimonio, esa figura tan humana pero tan compleja seguro que por ser tan humana, es el centro de atención.

El matrimonio, en cuanto es opción fundamental de la existencia del hombre y clave de su destino terreno y sobrenatural, es como medalla con su anverso y su reverso. El anverso de su grandeza fundada en el encuentro dilectivo de un hombre y de una mujer en consorcio de toda su vida abriéndose al bien de los mismos y a las vidas de los hijos y que es sacramento para los bautizados. Y el reverso de sus crisis lógicas: las que nacen de la libertad humana protagonizando figuras de matrimonio a la medida de cada cual; las que arrancan de intervenciones ajenas que imponen lo que nunca ni por nadie se puede imponer a un ser libre y constructor de su destino o manipulan dolosamente los quereres hasta conseguir que se decida lo que no se hubiera decidido de saberse la verdad; las que conviven con imposibilidades personales o físicas o psíquicas en que la persona es incapaz o de pensar o de querer o de ser libre o de realizar lo que se piensa o quiere; o las que nacen de normas prohibitivas dirimentes como son las que regulan los impedimentos o la forma sustancial.

Pero como toda crisis también las conyugales claman pidiendo remedio.

Y cuando se percibe con seriedad que ese remedio es posible y factible, la sociedad y la Iglesia en nuestro caso han de prestarse a darlo; y a darlo con justicia, con diligencia, con respeto y con amor. Y en ese "dar" o "poner remedio" cuando ello sea posible entran los escenarios procesales.

Las causas de nulidad se desenvuelven en el escenario de un proceso especial que en sus líneas maestras discurre por los cauces típicos del proceso contencioso ordinario.

Han de avezarse a la técnica procesal propia del ordenamiento canónico y específica del proceso de nulidad: los conceptos procesales fundamentales; los principios del proceso; los títulos de competencia; la estructura de los tribunales de la Iglesia; las partes en causa; las acciones; todo el recorrido del proceso con sus distintas fases: introductoria, probatoria, discusoria, decisoria y de recursos; lo peculiar del proceso matrimonial de nulidad.

Doctrina, teoría se dirá. Pero doctrina necesaria porque sin ella lo útil podría degenerar en arbitrismo, en parcialidades de los jueces, en negaciones incluso de derechos humanos como el derecho a la defensa o cualquier otra cosa que lo que conseguiría seguramente es pervertir el sentido de justicia que habrá de revestir el proceso para ser verdaderamente útil.

En resumen, teoría y vida a la vez; una teoría vitalmente emparentada con la existencia; y una vida que pueda encontrar acomodo lo más exacto posible en los cauces normativos y a la luz de los adelantos actuales de las ciencias del hombre, principalmente de una antropología, de una psicología o de una psiquiatría que, como dijo el Papa Juan Pablo II en su magistral Discurso a la Rota Romana de 5 de febrero de 1987, sepan y acierten a conciliarse, en lo que son deficitarias, con una visión verdaderamente integral de la persona humana cuya mayor y mejor expresividad se halla en ser reflejo del rostro de Dios —su hacedor como persona—, buscando resolver y dar respuesta a las cuestiones fundamentales de la existencia; las que plantean interrogantes supremos sobre el significado de la vida y de la vocación de cada uno (cfr. *Communicationes,* 19, 1987, n.º 2).

Tribuna Abierta

ESTA SECCIÓN PRETENDE SER UN FORO PERMANENTEMENTE ABIERTO, DONDE TODOS LOS LECTORES PUEDAN PARTICIPAR ACTIVAMENTE COMENTANDO EN ARTÍCULOS BREVES TEMAS DE DERECHO DE FAMILIA, COMENTARIOS DE SENTENCIAS, ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS, ETC.

EN LAS CARTAS MECANOGRAFIADAS CONSTARÁ LA FIRMA, EL DNI, LA DIRECCIÓN Y UN TELÉFONO DE CONTACTO. DEBERÁN SER ENVIADAS A EDITORIAL LEX NOVA, C/ GENERAL SOLCHAGA N.º 3, 47008 VALLADOLID; LA DIRECCIÓN DE LA REVISTA SE RESERVA EL DERECHO A EDITAR LAS CARTAS POR RAZONES DE ESPACIO Y CLARIDAD.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS

Carmen García Poveda.

Abogado.

Oficial de la Administración de Justicia. Licenciada en Derecho.

SUMARIO

I. NATURALEZA JURÍDICA
II. POSIBILIDAD DE QUE SEAN ACORDADAS POR EL JUEZ
III. LEGITIMACIÓN
IV. OBJETO
V. VINCULACIÓN DEL JUEZ A LOS RESULTADOS OBTENIDOS
VI. CONCLUSIONES

I. NATURALEZA JURÍDICA

Las pruebas biológicas de paternidad tienen la naturaleza de prueba pericial así lo ha señalado tanto la doctrina (1) como la jurisprudencia (2) sometidas, por lo tanto, a la regulación que para las mismas establecen los artículos 335 a 352 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (en adelante LEC) que introduce importantes novedades entre las que cabe mencionar el momento de aportar los dictámenes, como regla general con la demanda o contestación (336 de la LEC), el sistema de introducción de los dictámenes y del nombramiento de peritos en el proceso (3) y que podrá ser de oficio, por el propio Tribunal, en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas en procesos matrimoniales (art. 339.5 de la LEC), dice literalmente: "El Tribunal podrá, de oficio, designar Perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales)."

Hay que indicar que estos principios generales que rigen para la prueba pericial se verán truncados en la prueba pericial biológica, según la doctrina que viene desarrollando el Tribunal Constitucional habida cuenta de que las mismas sólo deben ser decretadas por el juzgador, en aquellos casos en que "a la vista de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulten del todo necesario para esclarecer una paternidad posible (...) es preciso realizarla porque no pueda obtenerse la evidencia de paternidad a través de otros medios probatorios (...). Esto es, sólo procederá la práctica de estas pruebas, en última instancia, cuando el Juzgador no pudiera hallar la verdad por otros medios." Será así esencial la práctica de las pruebas biológicas en los supuestos en los que media prueba suficiente para admitir la demanda, pero insuficiente en sí para acreditar la paternidad. En tal sentido la STC 7/1994, de 17 de enero establece: "en estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación

---

(1) POMARES GARCÍA, M., "Las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad en los procesos de filiación" La Ley, marzo de 1993, pág. 1080. LLEDÓ YAGÜE., F., "La paternidad forzada: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994", *Revista de Derecho y Genoma Humano* 1/1994, pág. 204, FÁBREGA RUIZ, C.F., "Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas" *Anuario de Derecho Civil,* Tomo LI, Fascículo II, abril-junio 1998, pág. 662.

(2) STS de 5 de noviembre de 1987, 21 de abril de 1988, 2 de enero de 1991, 24 de febrero de 1002, 26 de febrero de 1992 y 8 de octubre de 1993.

(3) PLANCHADELL GARGALLO A., "Valoración de la prueba pericial en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil", *Tribunales de Justicia,* 2000/7, pág. 777.

resulta probada por otros medios, ni parece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva del art. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se extraigan unos centímetros de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buen fe el reconocimiento de la filiación" (FJ 6.º). En el mismo sentido se expresan entre otras la STS 88/2000 de 20 de septiembre.

Es interesante el comentario que sobre la STS de 2 de octubre del 2002 hace LÓPEZ YAGÜES (4) al indicar que la decisión acerca de la celebración o no de la prueba biológica viene reservada a la autoridad judicial con una amplísima y en ocasiones, peligrosa discrecionalidad, manifestando que esta acusada discrecionalidad es más acusada, si cabe, en los procesos de filiación donde, por razón de la presencia de interés público, el principio dispositivo sufre importantes alteraciones. El Tribunal Constitucional ha declarado expresamente que sólo al órgano jurisdiccional corresponde decidir si la celebración de la pericial biológica propuesta "es o no indispensable, y si su práctica resulta proporcionada en función de la finalidad perseguida con su realización". La sentencia antes apuntada dice literalmente en relación a la inadmisión de la prueba y a cuyo acuerdo no accede siquiera como diligencia para mejor proveer a la vista de "la nula trascendencia de los elementos de prueba aportados con su demanda y a los resultados escasamente favorables a sus pretensiones de la pruebas practicadas en el proceso".

Por todo lo expuesto anteriormente y como ya se ha apuntado la prueba pericial biológica en los procesos de filiación no se regirá por los principios de toda prueba pericial habida cuenta de que el Juez únicamente tendrá elementos de juicios para la admisión o no de la misma una vez celebrada la vista prevista para este tipo de procedimientos. Así lo había manifestado entre otras la Sentencia de casación de 24 de mayo de 1989. Por lo que debemos concluir que las pruebas biológicas de paternidad serán admitidas, en su caso, una vez se hayan practicado la totalidad de las pruebas propuestas y admitidas en el acto del juicio.

El artículo 299 de la LEC, sin que evidentemente suponga ninguna novedad, enumera entre los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio, el

---

(4) LÓPEZ YAGÜES, V., "Sobre las pruebas de carácter genético en los procesos de filiación: necesariedad y proporcionalidad de la misma en función de la finalidad perseguida con su realización". Tribunales de Justicia, enero de 2002, págs. 81 y ss; a propósito de la STS de 2 de octubre de 2000.

dictamen de peritos, justificando su utilización en la necesidad de "conocimientos científicos, artísticos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asuntos o adquiera certeza sobre ellos..." (art. 335 de la LEC que en su párrafo primero dice: "Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el Tribunal") (5).

De la lectura de estos artículos podemos extraer dos primeras conclusiones:

En primer lugar, que el dictamen pericial es un auténtico medio de prueba (6); y en segundo lugar, que se acudirá a él, a instancia de parte (art. 282 de la LEC), o muy extraordinariamente de oficio (art. 339.5 de la LEC), cuando para valorar o adquirir certeza sobre los hechos o cualquier circunstancia relevante para el asunto litigioso, sean necesarios conocimientos científicos, artísticos o prácticos, de los cuales carece el órgano jurisdiccional que deba tomarlos en consideración.

La prueba pericial, atendiendo a su función, se caracteriza porque no tiene como finalidad convencer al juzgador de la existencia o no de unos hechos concretos, sino ilustrarle sobre unas materias, que por su carácter especializado, requieren conocimientos concretos de los que él carece (7).

Esta prueba pericial podemos considerarla también como la genuina prueba directa de investigación de la paternidad —ya que es un instrumento idóneo de convicción judicial, siempre que se realice dentro de un procedimiento y no

---

(5) Si bien en el mismo sentido se expresaba el artículo 1241 del Código Civil, la Disposición derogatoria segunda, primero de la LEC, deroga la regulación duplicada de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el Código Civil, suprimiendo los artículos 1241 y 1243 referidos en concreto a la prueba pericial.

(6) GÓMEZ COLOMER, en MONTERO AROCA/GÓMEZ COLOMER/MONTÓN REDONDO/BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional* II, 9.ª ed, pág. 300. IDEM, en MONTERO AROCA/GÓMEZ COLOMER/MONTÓN REDONDO/BARONA VILAR, *El nuevo proceso civil,* pág. 311, citado por PLANCHADELL GARGALLO en "Valoración de la prueba pericial en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil", art. cit., pág. 779.

(7) GARBERI LLOBREGAT, J., *Ley de Enjuiciamiento Civil, Interpretación jurisprudencial y legislación complementaria,* Bosch, Barcelona, 1998, pág. 572, citado por P.G. en "Valoración de la prueba pericial en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil". art. cit., pág. 780.

sea extrajudicial— tal como manifiesta O'CALLAGHAN [8]. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 1 de septiembre de 2001 en su Fundamento Jurídico quinto dice que: "las pruebas de las que se obtiene la convicción judicial, pueden ser directas —como el reconocimiento judicial y la pericia— en donde domina la percepción y existe coincidencia entre el hecho a probar y el hecho que se prueba, indicando que en las pruebas indirectas predomina la deducción y no media la coincidencia". Se dice también en la citada sentencia que la prueba pericial idónea es la "académica", no sólo por los especiales conocimientos científicos necesarios para esta prueba, sino por "la necesaria aplicación de la flexibilidad en la aplicación de los períodos probatorios tremendamente cortos para la práctica de estas importantes pruebas".

El artículo 767.2 de la LEC establece que en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, por ello a tenor de lo establecido en el citado artículo en relación con el art. 38.2 de la Constitución, son pruebas de carácter ordinario [9], así lo reconoce la STS de 8 de julio de 1986 [10]. El carácter ordinario que se predica de esta prueba determina que las mismas no resulten siempre, ni necesarias, ni exclusivas, ni preferentes. Sólo en el caso de que el Juez tenga el convencimiento acreditado por otros medios probatorios de la paternidad, podrá prescindirse de este tipo probatorio. Se intenta que el Juez adquiera la convicción más plena sobre la veracidad de la paternidad, en la que los criterios objetivos proporcionados por las pruebas biológicas puedan resultar de todo punto fundamentales (STC de 17 de enero de 1994, JF 3.º, c y 4.º b). Ahora bien, no por ello deben ser llevadas a cabo indiscriminadamente, sólo cuando las mismas no entrañen riesgo o quebranto para la salud del sujeto o bien no quepa extraerse las evidencias de paternidad mediante otros medios probatorios, la práctica de la prueba biológica resultará obligatoria (STC

---

[8] O'CALLAGHAN citado por FÁBREGA RUIZ en "Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas", art. cit., pág. 663.

[9] EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª A., "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad II, *Revista de Derecho y Genoma Humano,* 3/1995, pág. 45.

[10] «Basta atender a los términos literales del artículo 127, párrafo 1, para deducir sin género alguno de duda que en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad "mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas", frase entrecomillada que nada indica en el sentido de que haya de acudirse necesariamente, en primer lugar, a las biológicas y después, cuando éstas no sean posibles, "a las demás", además, el art. 1135 del Código Civil coincide con el artículo 127.1, en cuanto no da preferencia ni exclusividad alguna a la prueba biológica de filiación, sino que ésta y las demás contribuyen, cada una desde su perspectiva propia, a la prueba de aquel hecho.»

7/1994, de 17 de enero) [11]. Ésta es la idea acuñada por el Supremo, en atención a un principio de economía procesal y como un medio de salvaguardar el derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas frívolas o torciteras. En este sentido la STC anteriormente mencionada reconoce varias cautelas a fin de evitar reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas frívolas (FJ 4.º), entre las que cabe señalar el acto mismo de decidir la realización de las pruebas biológicas. Éstas sólo proceden si no son "impertinentes o inútiles". Criterio legal, que unido a la trascendencia de este tipo de prueba, y a la posibilidad que tiene el órgano judicial de decidir sobre su práctica al final del período probatorio, o incluso después, mediante diligencia para mejor proveer, conduce a que la autoridad judicial sólo disponga la realización de pruebas biológicas cuando, a la vista de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulte del todo necesario para esclarecer una paternidad posible, no meramente inventada por quien formula la acción de filiación como ha declarado la Sentencia de casación de 24 de mayo de 1989.

II. POSIBILIDAD DE QUE SEAN ACORDADAS POR EL JUEZ

La obligación de alcanzar un grado de certidumbre adecuado, respecto a la paternidad que se pretende, llevó a que la doctrina y la jurisprudencia reconocieran la facultad del Juez para acordar la práctica de las pruebas biológicas a través de las diligencias para mejor proveer (art. 340 de la LEC de 1881, hoy derogado), dada la singularidad de los procesos de filiación y de los intereses en juego, podrá recabar la mayor información si del resultado de las pruebas practicadas a propuesta de alguna de las partes parece insuficiente o no reviste el grado de certidumbre requerido. Así, se podía acordar que se efectuaran estas pruebas aun cuando las partes no las hubieran propuesto. Esta posibilidad de que el Juez supla la falta de actividad probatoria se ha entendido que debía ser utilizada de manera excepcional, en atención al principio general de prueba. En este sentido se han pronunciado las SSTS de 6 de junio de 1991, 26 de febrero

---

[11] FJ 4.º, b *in fine*: "una vez decidido por el Juzgado que es preciso realizarla (prueba biológica) porque no puede obtenerse la evidencia de la paternidad a través de otros medios probatorios, el afectado está obligado a posibilitar su práctica. No sólo por deberes elementales de buena fe y de lealtad procesal, y de prestar la colaboración requerida por los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la CE), sino por el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 de la CE). Deber que puede verse defraudado cuando se niega la paternidad sin razón, con el solo objeto de eludir las responsabilidades y obligaciones derivadas de la misma."

de 1993, las cuales reconocen que "ni el espíritu ni la letra del art. 340, respecto a las diligencias para mejor proveer en las que se acuerden la práctica de pruebas biológicas, en modo alguno ha de suplir las fases alegatorias y probatorias, para corregir la conducta omisiva en el momento procesal pertinente (*vid.* S. 25 de enero de 1989). Como consecuencia de ello la única intervención que en estos casos se permite a las partes es la de que participen en la realización de estas pruebas."

Con la LEC 1/2000 el Juez puede acordar su práctica de oficio según lo establecido en el artículo 339.5 de la LEC [12], o a través de la facultad que la nueva ley procesal le concede de sugerir que se complete la proposición de la prueba conforme a lo establecido en el artículo 429.1 [13], que el artículo 443.4 párrafo 2.º declara expresamente aplicaba en el juicio verbal (procedimiento por el cual se tramitan las demandas de reclamación o impugnación de la filiación al decir: la proposición de prueba de las partes podrá completarse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 429 que dice literalmente: "Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos los pondrá de manifiesto a las partes indicado el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el Tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el Tribunal." Cuestión discutida es si el Juez podría solicitar la práctica de estas pruebas a través de las diligencias finales, que son las sucesoras de las diligencias para mejor proveer de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, habida cuenta de que aquéllas (diligencias finales) están reguladas en sede de proceso ordinario, sin que exista en sede de juicio verbal ninguna norma que reenvíe a ellas, a diferencia de lo que ocurre, como se ha dicho anteriormente, la sugerencia de nuevos medios de prueba no propuestos por las

---

(12) Art. 339.5 de la LEC: "El tribunal podrá, de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales."

(13) Art. 429.1 de la LEC: "Cuando el Tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba cuya práctica considere conveniente."

partes (art. 429.1 de la LEC). Juan F. GARNICA MARTÍN (14) opina que la necesidad de las mismas es tanto mayor en el juicio verbal que en el ordinario, y que pese a todas las dificultades interpretativas, no es admisible poner en duda su procedencia. Opinión que comparto, máxime teniendo en cuenta las dificultades que plantea el nuevo diseño procesal del juicio verbal y que hubiese sido aconsejable que este tipo de peticiones se sustanciaran por los trámites del proceso ordinario habida cuenta de que se ajusta mucho mejor a los procesos con una mínima dificultad probatoria, como es el caso de las demandas que estamos analizando, porque entre la admisión de la prueba y el juicio media un lapso de tiempo suficiente como para que las partes puedan preparar el juicio. En la práctica lo que viene sucediendo es la interrupción de la vista que viene regulada en el artículo 193 de la LEC que entre otros supuestos está contemplada para el caso de que exista la necesidad de llevar a cabo alguna diligencia de prueba que no se haya podido realizar en el propio acto del juicio por causas no dependientes de la voluntad de las partes, si bien hay que tener en cuenta, y dada la dificultad que conlleva la práctica de la pruebas biológicas, que estás habrán de practicarse dentro de los veinte días siguientes a la interrupción de la vista, pues en otro caso se procederá a la celebración de nueva vista (art. 193.3 de la LEC), y en la práctica así sucederá puesto que como ya se ha dicho y teniendo en cuenta la dificultad que conlleva la práctica de estas pruebas, es fácilmente imaginable que se tendrá que señalar nueva vista y volver a reproducir la prueba practicada en la primera con lo cual se puede llegar a la situación de que se tarde mucho más en sustanciar un juicio verbal que no ordinario, procedimiento, que en mi modesta opinión, considero más adecuado para este tipo de reclamaciones habida cuenta de la complejidad del mismo.

III. LEGITIMACIÓN

Abordaremos en este punto quiénes se encuentran legitimados para solicitar la práctica de estas pruebas biológicas. Ya hemos hecho referencia en el apartado anterior de la exposición a la posibilidad que tiene el Juez de solicitarlas, por lo que me remitido a lo allí expuesto.

La solicitud podrá interesarse tanto por el demandante como el demandado; la propuesta por uno o por otro dependerá del interés que la misma puede tener, bien para probar sus alegaciones, bien para aclarar los hechos, y como ya

(14) GARNICA MARTÍN, J.J., "El juicio verbal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: principales problemas que plantea", *Tribunales de Justicia,* marzo 2001, pág. 34.

se ha apuntado podrán ser acordadas de oficio por el propio Tribunal según lo dispuesto en el artículo 339.5 de la LEC.

Cabría preguntarnos llegados a ese punto si puede solicitarse esta prueba por el Ministerio Fiscal (15), lo que nos lleva al estudio del carácter de la intervención del representante público en estos procesos (16). A salvo en los supuestos en que el Fiscal actúe como representante del menor o incapacitado (17),

---

(15) Establece el artículo 1.º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que el Ministerio Fiscal tiene por misión "promover la acción de la Justicia", "en defensa de la legalidad", de los derechos de los ciudadanos y del "interés público tutelado por la ley", "de oficio" o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del "interés social". Se trata de un precepto que constituye trascripción literal de un principio programático contemplado en el artículo 124.1 de la Constitución Española, y que responde, sin duda, a la legítima y obligada necesidad que siente un Estado social (artículo 1.º de la Constitución) de asegurar, entre otras cosas, a través de los poderes públicos, la protección social, económica y jurídica de la familia, de los hijos —con independencia de su filiación— y de las madres —cualquiera que sea su estado civil— (artículo 39 de la Constitución); protección que, en un Estado Democrático y de Derecho (también artículo 1 de la Constitución), no puede dispensar directamente el poder ejecutivo, en caso de conflicto entre particulares, sin peligro real de favorecer un incontrolado y homogeneizante intervencionismo que pugna con los múltiples y muy variados matices que enriquecen (pero también degradan, en ocasiones), las relaciones familiares, por lo que, siendo los Tribunales de Justicia, como poder independiente, los que han de resolver aquellas controversias, parece sumamente adecuada.

(16) CALVO SÁNCHEZ, M.ª C., "Hacia una nueva configuración del Ministerio Fiscal en el futuro modelo de enjuiciamiento civil", *Revista Jurídica La Ley* 1992-2, págs. 1147 a 1160. Se hace eco de un aspecto extensamente documentado de las dudas, vacilaciones y diferentes posturas de reconocidos autores ante lo que es y debe ser la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil, decantándose personalmente, y con los matices y salvedades que expone, por la necesidad de potenciar "cualitativamente su intervención, disfrutando de las mismas posibilidades de actuación que las partes en las diferentes fases procedimentales —de alegaciones, probatoria, de conclusiones, impugnación, ejecución—, ya sea desde el inicio del proceso, cuando se le legitime *ex lege* para el ejercicio de la acción y pretensión procesal, ya, una vez comenzado, cuando se le faculte para intervenir", pues, entiende, la legitimación del Ministerio Fiscal lo es *ex lege,* al derivar del imperativo constitucional del artículo 124, y "sólo desde esta posición le es posible al Ministerio Fiscal una defensa adecuada de la legalidad".

(17) Tal parece que es la propia opinión de la Fiscalía General del Estado, que, en la Circular n.º 3/1986, de 15 de diciembre, si bien trata principalmente de la intervención del Ministerio Público en los procesos matrimoniales, comienza haciendo una exhaustiva exposición de todos aquellos procesos civiles en que es preceptiva su actuación, y aquellos otros en los que sólo se reconocen facultades como representante de las personas legitimadas para ejercitar determinadas acciones, siendo así que incluye los procesos en materia de filiación entre los segundos y no entre los primeros.

aquel (arts. 129 del CC —derogado tras la nueva LEC y 137 II del CC que conserva su vigencia; art. 765 LCE— que refunde a los anteriores), nuestra jurisprudencia ha venido señalando que ésta no es, en rigor, una verdadera parte procesal, pues no sostiene una pretensión propia y autónoma del litigio. Al contrario, el Tribunal Supremo ha mantenido reiteradamente que su papel es el de un mero informante o dictaminante, cuya labor se centra en velar por el respeto al interés público en el seno del proceso, esto es, por que se respete la verdad material, así como los intereses primordiales del menor y de la paz familiar (SSTS de 3 de marzo de 1988 o 21 de diciembre de 1989). Precisamente porque el Ministerio Fiscal, salvo las excepciones mencionadas, no es parte, se ha sostenido asimismo que no forma litisconsorcio alguno con aquélla de las partes a cuya pretensión, dado el caso se adhiera por considerarla conforme con el interés publico por el que ha de velar (STS de 3 de marzo de 1988). A pesar de que la nueva LEC, en su artículo 749.1 emplea expresamente el término de "parte" para referirse a la condición en que habrá de actuar el Ministerio Fiscal en este ámbito, cabe esperar un mantenimiento en el futuro de la doctrina jurisprudencial expuesta [18], que asume la postura formal de demandado, puede actuar, bien como parte plena, bien como mero informante, dictaminado o garante del interés público, siendo esta última la más aceptada por la Jurisprudencia. Así la doctrina se encuentra dividida entre los que entienden que el Ministerio Público es auténtico parte en estos procedimientos, como TOMÉ PAULE y PRIETO CASTRO [19], CALVO SÁNCHEZ y aquellos que consideran que actúa como mero informante como GUASP, DE LA CÁMARA, opinión que comparto.

La jurisprudencia, por el contrario, parece tener clara la postura de mero dictaminador del Ministerio Fiscal. Así lo ha mantenido, entre muchas otras, las

---

[18] GASCÓN INCHAUSTI, F.: "Cuestiones procesales en el ejercicio de las acciones de filiación "Tribunales de Justicia 2000/12, pág. 1323

[19] PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho de Tribunales;* Aranzadi, 1986, pág. 474; parece sumamente adecuada a tal efecto la institución del Ministerio Fiscal, que, actuando en representación del Estado (no necesariamente de su Administración), y con la legalidad y la imparcialidad como principios inspiradores de su intervención, constituye el enlace idóneo para llevar hasta los Tribunales de Justicia las aspiraciones y problemas que se le presentan al Gobierno del Estado, "pero de manera tal que las indicaciones y advertencias gubernativas experimentan una reelaboración jurídica, apareciendo, en definitiva, trasladadas por un órgano que, a pesar de hallarse hasta cierto punto en un plano de dependencia respecto del Gobierno, procede con criterios jurídicos propios, de legalidad, no político-administrativos, y se mueve con la permanente idea del respeto a un estatuto de independencia y de impar calidad de los Tribunales que él mismo es el primero en sentir y defender."

SSTS de 3 de marzo de 1988 (20), 21 de mayo de 1988, 21 de diciembre de 1989, 17 de marzo de 1993, esta última establece que "(...) el Ministerio Fiscal nunca es parte en estos casos concretos de tener el menor madre que lo represente y toda la legislación civil sustantiva y orgánica no prevé su intervención en estos litigios sino como representante y defensor de la ley y al solo objeto de ser oído en audiencia..." Según algunos autores, al actuar como informante no puede proponer prueba, en los casos en que actúe como parte, o si consideramos que ésta es la naturaleza de su intervención en general, no hay duda de que puede solicitar la práctica de la prueba. En el caso de considerarlo como mero informante, que es la postura más acorde con nuestra regulación sustantiva y procesal (21), carente de normas concretas y específicas, que permitan otra naturaleza de la intervención pública, como de *lege ferenda* ha sido propuesto por un sector doctrinal.

Sin embargo, en la práctica, los Juzgados y Tribunales han venido respetando y exigiendo en los procesos sobre filiación el cumplimiento de un precepto orgánico, que no procesal, como es el artículo 3.6 del Estatuto del Ministerio Fiscal, en parte movidos por un precepto, igualmente extraprocesal, cual es el artículo 50 de la Ley del Registro Civil, que establece que "no podrá extenderse asiento alguno contradictorio con el estado de filiación que prueba el Registro mientras no se disponga otra cosa por sentencia firme dictada en juicio declarativo con audiencia del Ministerio Fiscal".

Hay que indicar que en la práctica la actuación del Ministerio Fiscal suele ser fundamentalmente pasiva, limitándose a la emisión de escuetos y estereotipados informes en muy escasos trámites procesales, sin que ello implique crítica alguna a los Fiscales que los suscriben ni a los Jueces y Magistrados que los aceptan, pues como antes se ha expuesto, carece nuestro Ordenamiento Jurídico de un precepto que imponga al Ministerio Fiscal la obligación de representar en esta clase de pleitos un papel más activo y acorde con el espíritu que, cabe racionalmente inferir, que informa el mandato contenido en el artículo 124.1 de

---

(20) STS de 3 de marzo de 1988, realiza un exhaustivo estudio de la postura del Fiscal en estos procedimientos con un interesante recorrido histórico al respecto. Basa la consideración del Fiscal como "simple informante, dictaminador y garante del interés público, pero no la de una verdadera parte procesal con los mismos deberes y cargas que afectan a éstas", en el hecho "de su desvinculación del Derecho material y no afectarle la relación jurídica privada que en el proceso de debate 'añadiendo que los artículos 3.6 del Estatuto del Ministerio Fiscal y el 50 de la Ley del Registro Civil' sólo exige audiencia del Ministerio Fiscal para extender el asiento contradictorio en el estado de filiación."

(21) FÁBREGA RUIZ C.F: "Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas" ob. cit., pág. 665. FÁBREGA RUIZ, C.F., "Las pruebas biológicas de paternidad y los Tribunales de Justicia, *Revista General del Derecho* mayo de 1996, pág. 5063.

la Constitución, cuya detenida lectura parece reclamar del Ministerio Fiscal, en las materias que integran las funciones que se le encomiendan, un papel, no sólo de policía-vigilante y defensor de la legalidad, sino también de policía-detective y promotor, incluso de oficio, de la acción de la Justicia en defensa del interés público y social (22).

Llegados a este punto (23), cabría preguntarse si, a la luz de lo dispuesto en los artículos 124.1 de la Constitución y 1 del Estatuto Orgánico, no sería necesario imponer la necesaria y activa intervención del Ministerio Fiscal en aquellos procesos en los que, en definitiva, se investigan los vínculos biológicos de filiación, y ello desde el primer momento, con legitimación propia, no derivada, y con plenas facultades en todos los trámites del procedimiento, equiparadas a las del resto de las partes, si no se quiere que su actuación, como ocurre en la actualidad, se difumine en una pasiva vigilancia del cumplimiento de un cierto número de normas generales imperativas, función que, en todo caso, puede y debe ser suplida por los propios órganos jurisdiccionales, en virtud del principio *iura novit curia* y del resto de los que integran el artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (24).

En mi opinión y con independencia del carácter que se le atribuya a la intervención del Ministerio Fiscal, y en el caso concreto que estudiamos en este apartado, el Ministerio Fiscal podrá solicitar la práctica de las pruebas biológicas, aunque si bien es cierto que el Ministerio Fiscal debe mantenerse al margen

---

(22) En Italia se distingue también entre el "Ministerio Público agente" y el "Ministerio público interveniente o concludente", pero, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, el Código civil italiano (artículos 69 a 72) delimita con bastante claridad los supuestos en que el Ministerio Fiscal actúa como parte plena y aquellos otros en que puede "aportar documentos, proponer pruebas y formular pedimentos dentro de los límites establecidos por las partes en los suyos...", incluyendo los procesos sobre el estado civil entre estos últimos. Citado por IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, R., "La Intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles de declaración-reclamación de la filiación", *Escuela Judicial Centro de Documentación Judicial. Cuadernos y estudios de Derecho judicial,* editado en CD edición 2000.

(23) Y sin olvidar el respeto que merecen quienes propugnan desde la restricción hasta la eliminación de competencias del Ministerio Fiscal en los asuntos civiles, desde posiciones que esgrimen argumentos de toda índole (jurídicos, políticos, administrativos, o de simple naturaleza orgánica o funcional), pero que exigirían, para verse refrendados, bien una profunda reforma orgánica y procesal de nuestras leyes, que delimitara con claridad y con carácter restrictivo los supuestos y el alcance de la intervención del Ministerio Público, bien una auténtica reforma constitucional. IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE R., "La Intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles de declaración-reclamación de la filiación", *Escuela Judicial Centro de Documentación Judicial. Cuadernos y estudios de derecho judicial,* editado en CD edición 2000.

(24) Independencia, inamovilidad, responsabilidad, constitucionalidad y legalidad.

de los intereses privados, también lo es que debe velar por la pureza del procedimiento, que en éste no se cause indefensión a ninguna de las partes, especialmente si se trata del caso de un menor, y esta indefensión se produciría, cuando por el motivo que fuere, mala fe o negligencia de las partes o por motivos económicos (teniendo en cuenta el coste de este tipo de pruebas) no se propusiere la práctica de la prueba biológica cuando ésta es el único medio de obtener la verdad. El problema que se plantea en este punto es que, propuesta y admitida la prueba biológica por el Ministerio Fiscal o por el propio Juez según la facultad que le atribuye el artículo 339.5 de la LEC o en su caso, a través del art. 429.1, quién soportaría el coste de las mismas, habida cuenta de que las mismas y dado el alto grado de especialización que se requiere para la realización de esta prueba, el perito no puede ser una persona individual, sino un equipo. La STC de 17 de enero de 1994 exige que la extracción de sangre, para la práctica de la prueba, se realice en un hospital público por personal sanitario y que el coste de las mismas [25].

Así también considero que teniendo en cuenta la importancia de los derechos debatidos en los procesos de filiación es fundamental la intervención de un órgano imparcial, objetivo y sometido sólo a la legalidad, que remueva los obstáculos puestos por las partes para ello, y que ello sólo puede hacerlo con la posibilidad de proponer prueba, si bien hay que indicar que en la práctica forense es difícil encontrar peticiones de pruebas biológicas por parte del Ministerio Fiscal, máxime si como viene ocurriendo tras la entrada en vigor de la LEC se excusan en muchas ocasiones de acudir a las vistas orales, cuya actuación es preceptiva (como ocurre en las demandas de separación o divorcio contenciosas en que existen hijos menores), en atención a asuntos penales de preferente interés. Lo que en mi opinión llevaría a declarar la nulidad del juicio, pero nada más lejos de la realidad, las vistas se celebran sin oposición alguna de las partes, ni del propio juzgador.

IV. OBJETO

El objeto de toda prueba pericial son los hechos alegados por las partes y que éstas deben demostrar. En el caso que nos ocupa lo que se busca es demostrar la paternidad o no paternidad de una persona con respecto a otra a través de un estudio biológico. La parte que propone la prueba debe expresar claramente el objeto de ésta, debiendo notificarse personalmente la práctica de la misma, mediante comparecencia en el Juzgado, con la advertencia de las consecuencias de su negativa al que deba someterse a ella.

---

[25] Ver nota 36.

Éste y no otro es el objeto de la prueba pericial, lo que hace criticable la postura de algunas sentencias del Tribunal Supremo de 4 y 14 de julio y 23 de septiembre y 5 de diciembre de 1988, 15 de marzo de 1989, 28 de mayo de 1990 que afirman que si la persona de la que se postula el reconocimiento de la paternidad es sujeto del proceso y, a su vez, objeto del mismo, en última instancia, el cuerpo humano pasa a ser objeto de la prueba pericial sobre la que ha de operar la obtención de las pruebas biológicas y antropológicas, la negativa, por su parte del sujeto a someterse a ella, conculcaría la declaración programática del art. 39.2 *in fine* de la CE, esto es, consideran como objeto de la prueba la persona humana.

Pero si lo que hace la sentencia es referirse al objeto puramente material de la prueba —y sin entrar en la verdad de que la persona, sujeto de derecho, no puede ser objeto de los mismos— tampoco es aceptable la afirmación del Tribunal Supremo. En todo caso objeto de la prueba sería determinadas propiedades o partes del cuerpo humano —sangre, pelo etc.— (26).

V. VINCULACIÓN DEL JUEZ A LOS RESULTADOS OBTENIDOS

Como ya se ha indicado, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que este tipo de pruebas tiene carácter pericial, por lo que a tenor de lo establecido en el artículo 340 de la LEC el Tribunal valorará los dictámenes según **"las reglas de la sana crítica"** (27). Coherente con esta valoración, el legislador ha prescindido en la nueva ley de la referencia expresa que el artículo 632 de la LEC 1881 realizaba a la no vinculación del tribunal a dichos dictámenes, haciéndose eco, de esta forma, tanto de la abundante jurisprudencia del

---

(26) FÁBREGA RUIZ, C.F., "Las pruebas biológicas de paternidad y los Tribunales de Justicia, art. cit., pág. 5065 y FÁBREGA RUIZ C.F., "Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas", art. cit., pág. 92.

(27) La referencia a las reglas de la sana crítica se encuentra por primera vez en nuestra legislación en 1843, siendo VICENTE Y CARAVANTES el primer autor que llamó la atención sobre las mismas. ASENCIO MELLADO J.M. dice literalmente que: "las reglas de la sana crítica, no son reglas legales ni tasadas, sino normas comunes a todo ser humano, no exclusivas de los Jueces y Magistrados, basadas en la razón, la lógica, en definitiva las máximas de las experiencia". Jurisprudencialmente se han definido como "las más elementales directrices de la lógica humana" (SSTS de 7 de noviembre de 1994, 30 de noviembre de 1994, 26 de febrero de 1999 6 de marzo de 1999, entre otras). Citado por PLANCHADELL GARGALLO, "Valoración de la prueba pericial en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil", art. cit., pág. 784. STS de 7 de febrero de 1986, 21 de abril de 1988 y 2 de febrero de 1991.

Tribunal Supremo [28], como de las demandas doctrinales en este sentido [29]. Esto quiere decir que el resultado judicial no dependerá, única y exclusivamente, de la misma sino que el juzgador deberá valorarla junto a las demás pruebas practicadas. No obstante hay, según la doctrina, casos en los que el juez, con este tipo de peritajes tan científicos, y si el perito se inclinara por una certeza absoluta de exclusión de la paternidad, resultará prácticamente vinculante para el Juez, en aplicación de la mentada sana crítica, máxime teniendo en cuenta como indica la STC 7/1994 de 17 de enero que el perito debe pertenecer al personal sanitario y además, el peritaje debe ser realizado en centro hospitalarios públicos [30], ya que otra cosa sería resolver el pleito basándose en pruebas falibles como la testifical, o la documental.

QUESADA GONZÁLEZ [31] indica, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional que las pruebas deben ser realizadas "por personal especializado y ser practicadas en centros de reconocida solvencia y seriedad profesional".

En relación a este tema debe traerse a colación la opinión de la doctrina procesalista, singularmente la de FAIRÉN GUILLÉN [32], quien reconoce que

---

[28] SSTS de 12 de noviembre de 1988, 9 de diciembre de 1989 y 20 de diciembre de 1991 de 1 de mayo de 1998, 11 de mayo de 1998, 5 de octubre de 1989, 1.º de febrero de 1999, 6 de marzo de 1999 entre otras.

[29] PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado de Derecho Procesal Civil,* Tomo I. Aranzadi, Pamplona, 1985, pág. 753; citado por PLANCHADELL GARGALLO, A., "Valoración de la prueba pericial en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil", art. cit., pág. 781.

[30] Señala la STC 7/1994, de 17 de enero: "la sentencia razonó la importancia de las pruebas biológicas de paternidad, tanto para proteger derechos fundamentales (arts. 14 y 39 de la Constitución) como para alcanzar una convicción fiable, dado que sus resultados son absolutos, si excluyen la paternidad, y abrumadores, si la proyectan". En igual sentido, se señala en la STS de 3 de abril de 1992 que indica "aunque las pruebas biológicas no son determinantes cuando son de carácter positivo (...), pero sí lo son si son negativas". Se refieren también a la certeza de este resultado, entre otras las SSTS de 30 de junio de 1989, 5 de abril de 1990, 11 de julio de 1991, 5 de octubre de 1992, 23 de septiembre de 1996 y 29 de septiembre de 1997.

[31] Citado por CORDERO CUTILLAS, "La impugnación de la paternidad matrimonial", *Collecció Etudis jurídics* núm. 6, Publicaciones de la Universidad Jaume I, pág. 88.

[32] FAIRÉN GUILLÉN: "La investigación de la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal", *Anuario de Derecho civil,* 1950, págs. 654 y ss. Citado por CORDERO CUTILLAS en "La impugnación de la paternidad matrimonial, art. cit., pág. 88 y por EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª A., "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimientos", art. cit., pág. 49.

el perito constituye un auxiliar del juez, que suministra a aquél un dictamen científicamente razonado, con un índice de certeza en la exclusión de la paternidad del 100 por ciento, y de fiabilidad sobre la misma del 99,99 por ciento. Estas razones conducen a que sea "forzoso ligar al Juez o por lo menos impedirle que extraiga de fundamentos parciales del dictamen combinados con otras pruebas, consecuencias globalmente distintas de aquellas a que el perito llegó en su resumen". A la misma conclusión parece llegar CABAÑAS GARCÍA cuando observa estos supuestos en los que la credibilidad le viene suministrada al Juzgador porque el cuadro estadístico, al que se ve "arrastrado" a confiarse, no ha sido elaborado por él, sino por los miembros de la rama correspondiente. "No late acaso en este mensaje porcentual —se pregunta y responde el mismo autor—, una clara imposición de la ciencia sobre la judicatura?" (33). En el mismo sentido LLEDÓ YAGÜE apunta que el Juez, para un cabal convencimiento deberá seguir estando influido más por criterios de aportación objetiva que no subjetivos infundados, para ello debe coordinarse una colaboración eficaz e interdisciplinar tanto de los organismos judiciales como de las instancias científicas (v. gr. Departamento de Biología molecular, Genética). Asimismo es decisivo en orden a la convicción del juez la propia redacción del peritaje judicial biológico (34).

Pese a todo lo expuesto, no hay que olvidar que la evidente perfección técnica de estas pruebas origina que tenga un peso indudable en las decisiones tomadas por el juez, pero teniendo en cuenta como elemento fundamental de la decisión judicial la perfección de la prueba realizada y la solvencia del equipo que la realizó.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo podemos establecer como elementos que debe tener en cuenta el juzgador a la hora de valorar y dar importancia a un informe biológico sobre paternidad los siguientes:

1. La solvencia científica del equipo que ha realizado la prueba y de la metodología usada en la misma. Un indicador importante en este punto es el que el laboratorio cumpla las normas elaboradas por la Sociedad Internacional de Hemogenética Forense —ISFH en siglas inglesas— y que los especialistas

---

(33) CABAÑAS GARCÍA, J.C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil* Trivium, Madrid, 1992, pág. 126. Citado por GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M. en "La prueba pericial biológica en los procesos de filiación. Doctrina jurisprudencial", *Tribunales de Justicia* 1998/10, pág. 965.

(34) LLEDÓ YAGÜE, F., "La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994", *Revista de Derecho y Genoma Humano* 1/1994, pág. 204.

que las practiquen formen parte de esta asociación, y posean la formación científica teórica y práctica en Biología Forense —al menos tres años de formación— suficiente. Nuestro Tribunal Supremo ha reconocido en diversas sentencias como entidades con solvencia al Instituto Nacional de Toxicología (STS de 3 de diciembre de 1991); la Escuela de Medicina Legal de Madrid (17 de julio de 1987), algunas cátedras de Medicina Legal de Facultades de Medicina (21 de abril de 1988), así como algunos servicios de Inmunología o Hematología de algunos hospitales públicos (26 de febrero de 1993), al Instituto Nacional de Hemoterapia (4 de abril de 1991). Es importante también que el centro cuente con un programa de control de calidad [35]. LLEDÓ YAGÜE sostiene que la convicción del Juez en torno a la eficacia de este tipo de pruebas debe ir en función de la calidad científica de los centros o laboratorios dedicados a la investigación de la paternidad, e incluso, quizás sería necesario realizarla en dos laboratorios distintos [36]. A este particular la STS de 7 de febrero de 1986 estableció que los tribunales no tienen por qué contrastar los resultados de una prueba practicada con el dictamen de otro perito sobre el mismo tipo de prueba. La STS de 19 de septiembre de 1998 admitió una prueba de paternidad realizada extraprocesalmente [37], en contra de dicha opinión a la que me adhiero está la STS de 8 de octubre de 1993 que exige que las mismas sean efectuadas bajo la tutela judicial y garantía del proceso para su valoración definitiva por el Juez.

2. Que el informe indique claramente si el equipo se somete a las normas del ISHF, cuáles son los procedimientos utilizados para la práctica de los mismos, los métodos de control aplicados y el índice de paternidad y probabilidad de la paternidad (STS 10 de noviembre de 1986). El informe debe indicar

---

[35] FÁBREGA RUIZ, C.F., "Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos". *Anuario de Derecho Civil,* Tomo LI, Fascículo II, abril-junio 1998, págs. 649 y ss.

[36] LLEDO YAGÜE, F., "Las pruebas biológicas en los procesos de paternidad ob. cit., pág. 1077 citado por CORDERO CUTILLAS, "La impugnación de la paternidad matrimonial, ob. cit., pág. 89.

[37] STS de 19 de septiembre de 1998: "El motivo debía prosperar en relación al quebrantamiento formal que acusa, pero han de tenerse en cuenta y se impone, en decidida posición judicial de resolver la contienda, procurar justicia efectiva y evitar dilaciones injustificadas; las incidencias que han surgido durante la tramitación de este recurso, y no son otras que los litigantes, en forma extraprocesal, llevaron a cabo la prueba de referencia, que aportaron a la casación y que dio como resultado la probabilidad de paternidad del demandante, en un 99,996 por ciento, lo que equivale a la paternidad prácticamente probada y que ha sido aceptada íntegramente por las partes, con todas sus consecuencias, derechos y deberes por ambos progenitores". Citado por CORDERO CUTILLAS, "La impugnación de la paternidad matrimonial", ob. cit., pág. 90.

cuántas veces se han repetido los ensayos; al menos debe hacerse tres. Ésta es la práctica habitual ya que la mayoría de los equipos suelen repetir sistemáticamente tres veces todos los pasos del proceso (38).

3. Algún sector doctrinal defiende que también hay que tener en cuenta el número de marcadores genéticos estudiados considerándose que 17 marcadores son insuficientes y exigiéndose al menos 25, siendo lo ideal el estudio de los 39 marcadores fenotípicos de los sistemas estudiados, más los del sistema HLA. Cuantos más marcadores se estudien más fiabilidad tendrá el informe. No obstante, este requisito no es tan absoluto. Lo importante será la facultad discriminatoria del marcador utilizado. Lo mejor es que sumando todos los marcadores utilizados se llegue al 99,5 por ciento de probabilidad de exclusión.

4. Es preciso tener en cuenta que no todos los marcadores tiene el mismo valor a efecto de exclusión. Así se habla de exclusión de primer orden o directas y de segundo orden o indirectas, siendo éstas más susceptibles al error. Por ello, hay que tener en cuenta en cada caso los marcadores que han provocado la exclusión para obtener una conclusión global.

5. Por último, el valor de la prueba dependerá del índice de probabilidad de paternidad obtenida, así como del Índice de paternidad. Las frecuencias genéticas y los datos de poblaciones tienen que estar determinados para la población a la que se apliquen y estar suficientemente documentados, citándose en los informes las fuentes de procedencia para España, por ejemplo, la llamada Recopilación de Zaragoza.

6. Que la prueba reúna los requisitos legales y procesales necesarios**.**

7. La STC 7/1994, de 17 de enero, establece además, el requisito de que la prueba se realice por personal sanitario en Centros Hospitalarios Públicos, lo que ha sido criticado, ya que es conocida la existencia de centros privados con gran prestigio en esta materia.

---

(38) Debe tenerse en cuenta que las partes pueden poner en tela de juicio la fiabilidad de los peritajes como tácita dilatoria u obstruccionista en el proceso. De ahí que en la STS de 6 de febrero de 1986 se dijera que los Tribunales deberán valorar las pruebas biológicas según las reglas de la sana crítica sin tener que contrastar los resultados de una prueba biológica practicada con otro dictamen del mismo tipo de distinto perito; o bien, que no produce indefensión el cambiar de organismo que emita el informe médico de investigación de la paternidad, cuando la prueba biológica fue pedida en primera instancia por el entonces actor y luego recurrido, siendo injustificada la razón de la sustitución a favor de un organismo de plena solvencia, que fue oportunamente notificada a las partes, recurrida y resuelta en segunda instancia (STS de 5 de abril de 1990).

VI. CONCLUSIONES

Las pruebas biológicas de paternidad tienen la naturaleza jurídica de prueba pericial, si bien se aparta de los principios generales que para este tipo de pruebas se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Serán acordadas en los casos en que resulten del todo necesarios para el esclarecimiento de la Paternidad; que teniendo en cuenta el trámite a seguir en las demandas de reclamación o impugnación de la paternidad, los del juicio verbal, esta prueba únicamente será admisible una vez se haya practicado la propuesta en el acto del juicio, momento en que el Juez tendrá suficientes elementos de juicio acerca de su admisión o no. Podrán ser acordadas de oficio, bien a través de las diligencias finales o por medio de la facultad que le confiere el apartado 1.º del artículo 129 de la LEC cuando del resultado de las pruebas propuestas por las partes pudiera resultar insuficiente para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Esta posibilidad de que el Juez supla la falta de actividad probatoria de las partes la considero oportuna en este tipo de procedimientos dada la singularidad de los mismos y de los intereses en juego, si bien debería ser utilizada de forma muy excepcional y así viene siendo en la práctica de los juzgados, en otro tipo de procedimientos, en donde entiendo que de manera alguna el Juez debe suplir la falta de actividad probatoria de las partes. Que pese a que la actuación del Ministerio Fiscal suele ser fundamentalmente pasiva, entiendo que estaría debidamente legitimado para proponer este y otro tipo de pruebas y que deberá hacerlo en aquellos casos, en que de no hacerlo, se cause indefensión, especialmente si se trata de un menor, en cuya defensa actúa. El Juez valorará los resultados de los dictámenes periciales, según “las reglas de la sana crítica”, si bien en mi opinión, el dictamen será decisivo en la decisión tomada por el Juez, teniendo en cuenta el grado de perfección técnica que se ha alcanzado con las mismas.

Crónica Legislativa

CRÓNICA LEGISLATIVA

Iniciada la nueva legislatura antiguos proyectos vuelven a presentarse ante el Parlamento con la esperanza de que el nuevo cambio de signo político permita su aprobación. Los grupos minoritarios han tomado la iniciativa en la andadura parlamentaria:

El Grupo Parlamentario Mixto ha presentado tres proposiciones de ley, una para regular las uniones de hecho, otra de modificación del Código Civil para reconocer la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo y otra en materia de separación y divorcio que persigue una revisión de las causas de separación y la posibilidad de acceder directamente al divorcio si ese es el deseo de los cónyuges.

El Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, también ha presentado sendas proposiciones de ley con la finalidad de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo y dotar de igualdad jurídica a las parejas de hecho.

Por último, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), también se ha apresurado a presentar tres proposiciones de ley, la primera tendente a regular las uniones estables de pareja, la segunda para que se proceda a la creación de la jurisdicción de familia y la tercera para el acceso directo al divorcio.

Por su importancia, a continuación se incluye el texto de las dos últimas proporciones:

PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, PARA PROCEDER A LA CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE FAMILIA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Si el legislador creó los Juzgados de familia fue porque consideró que era más beneficiosa y eficaz la existencia de los mismos en la Administración de Justicia, que el que la resolución de estos conflictos fuese resuelta por los tribunales ordinarios.

En la actualidad se vive una situación perversa y contraria a los principios constitucionales de igualdad y de tutela judicial efectiva, porque hay lugares donde existen Juzgados de familia y hay otros en los que los Juzgados de familia no están creados y el enjuiciamiento de estas cuestiones queda para los Juzgados ordinarios que, con fre-

cuencia, son de jurisdicción mixta, civil y penal.

La posibilidad de que todos tengan acceso a un Juzgado de familia, pasa por incluir a los Juzgados de familia como un nuevo orden semejante a los de lo penal, lo contencioso-administrativo, lo social, lo mercantil...

Es por todo ello que el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) presenta la siguiente proposición de ley.

Artículo 1.º—Se introduce un nuevo apartado en el artículo 9.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

"5. Los del orden de familia conocerán de los siguientes procesos:

1.º Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad.

2.º Los de declaración de ausencia o fallecimiento.

3.º Los del nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos.

4.º Los de filiación.

5.º Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos, así como sobre dispensa y suplemento del consentimiento para contraer matrimonio y cualquier otro que se formule al amparo del Título IV del Libro I del Código Civil.

6.º Los que versen sobre las consecuencias de la ruptura de las uniones de hecho, con o sin hijos.

7.º Los que versen sobre guarda y custodia de hijos menores, relaciones paterno-filiales y cualquier otro que se formule al amparo del Título VII del Libro I del Código Civil.

8.º Los de alimentos entre parientes.

9.º Los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial.

10. Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

11. Los que versen sobre acogimiento y adopción.

12. Los 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."

Art. 2.º—Se modifica la rúbrica del Capítulo V del Título II del Libro I de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que queda redactado de la siguiente forma:

"De los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria, de Menores, y de Familia."

Art. 3.º—Se introducen dos artículos nuevos dentro del Capítulo V del Título II del Libro I de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

"Artículo 97 bis. En cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de familia. No obstante cuando el volumen de trabajo lo aconseje, podrán establecerse Juzgados de familia cuya jurisdicción se extienda o bien a un partido determinado o a una agrupación de partidos, o bien a una o más provincias de la misma Comunidad Autónoma. Tomarán su nombre de la población donde radique su sede.

Artículo 97 ter. Los Jueces de Familia conocerán, en primera o única instancia, de las materias propias de esta orden jurisdiccional, especificadas en el número 5 del artículo 9 de esta Ley."

DISPOSICIÓN FINAL

Única.—Entrada en vigor.

PROPOSICIÓN DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL PARA POSIBILITAR EL ACCESO AL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO SIN NECESIDAD DE UN PREVIO PROCESO JUDICIAL DE SEPARACIÓN

De acuerdo con lo establecido en los artículos 124 y siguientes del Reglamento de la Cámara, interesa su tramitación con arreglo a Derecho.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El contexto histórico y político y las tensiones sociales que precedieron a la implantación del divorcio en España explican en buena parte el modelo adoptado por nuestro ordenamiento jurídico en el año 1981, mediante la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en los casos de nulidad, separación y divorcio.

En aquel contexto, se optó por mantener la figura de la separación legal, figura por aquel entonces desaparecida en muchos Estados de nuestro entorno, para proporcionar una salida a las crisis matrimoniales de aquellas personas que, por sus creencias religiosas, rechazaban acceder a la disolución del vínculo matrimonial mediante el divorcio.

Sin embargo, la Ley española no sólo mantuvo la separación como una opción sino que la impuso como un requisito para poder acceder al divorcio, de tal forma que, en nuestro ordenamiento jurídico, todas las causas de divorcio giran en torno a una separación previa. Por ello, con el sistema actual, prácticamente la única causa de divorcio es una separación previa de hecho o de Derecho, de mayor o menor duración.

Si bien es cierto que el Código Civil prevé una causa de divorcio directa, que no exige la previa ruptura de la convivencia, que es la condena penal en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge —según se desprende del artículo 86.5.º de dicho cuerpo legal— el número de procedimientos de divorcio que se tramitan por dicha causa es muy escaso y no desvirtúa en modo alguno la aseveración de que, en gran medida, la separación previa es una exigencia para poder solicitar el divorcio.

Ciertamente, la separación previa no necesariamente tiene que ser judicial sino que puede ser de hecho: el cese de la convivencia durante un determinado período de tiempo da derecho a solicitar el divorcio, pero para poder solicitar el divorcio por el solo transcurso de tiempo de separación no judicial, los plazos son muy largos y para acortarlos es imperativa la solicitud previa de la separación.

Por otra parte, aunque existe un procedimiento judicial de mutuo acuerdo para solicitar el divorcio, la voluntad de las partes conformes en ello, no es suficiente como causa del mismo, sino que hay que alegar y probar un cese efectivo de la convivencia, mediante una separación previa de entre uno a cinco años.

El efecto de esta regulación en la mayoría de los casos es la duplicidad de procedimientos judiciales: uno de separación y otro de divorcio. Las consecuencias de esta necesaria duplicidad son evidentemente dañinas.

De una parte, partiendo del efecto perjudicial que en las relaciones de los contendientes, sus hijos, sus otros parientes y, en general, en sus círculos sociales tiene cualquier pleito de esta naturaleza, multiplicarlos es ampliar dichas consecuencias. Volver a discutir, después de haberlo hecho una vez, la vivencia con los hijos, el uso del domicilio, las pensiones y otras cuestiones de índole económica, además de ocasionar da-

ños produce cierta inseguridad, con el consiguiente incremento de los costos de la ruptura para las partes, ya que éstas deben acudir a dos procesos judiciales.

Por ello, la inclusión, entre las causas de divorcio, de la voluntad conforme de los cónyuges, es una modificación que guarda perfecta lógica con la actual situación del matrimonio en España y en los países de nuestro entorno. Además, en la actualidad, aunque camuflada, esta causa ya existe en el fondo. Cualquier pareja que quiera divorciarse, primero se separa de mutuo acuerdo y tras un año, si regulan judicialmente su situación y dos años, si lo hacen de hecho, acuden a un proceso judicial de mutuo acuerdo para divorciarse. Lo han hecho por acuerdo, pero con mayor gasto y más tiempo.

Por todas estas razones, transcurridos veintidós años de la implantación de la figura del divorcio en nuestra sociedad, se considera necesario introducir en el ordenamiento jurídico español, mediante la correspondiente reforma del Código Civil, la posibilidad de un acceso directo al divorcio que incluya como causa del mismo, entre otras, la voluntad acorde de los cónyuges de divorciarse sin necesidad de instar un procedimiento previo de separación, pero manteniendo esta opción para aquellos cónyuges que, por la razón que sea, prefieran acudir a ella.

Es por todo ello que el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) presenta la siguiente proposición de ley.

Artículo 1.º—Se modifica la causa 7.ª del artículo 82 del Código Civil, cuya redacción es la siguiente:

"7.ª Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 4.º y 9.º del apartado 2 del artículo 86."

Art. 2.º—El artículo 86 del Código Civil queda redactado de la siguiente forma:

"1. Se decretará judicialmente el divorcio:

1. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año de matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta de convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código.

2. A petición de uno de los cónyuges cuando el otro esté incurso en causa legal de divorcio.

2. Son causas de divorcio:

1.ª El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.

No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de Derecho o de hecho libremente consentida por ambos o propuesta por el que la alegue.

2.ª Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

3.ª La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

4.ª La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

5.ª El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

6.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en Derecho, o pidiese la separación o el divorcio o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el

plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.

7.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges, o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

8.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la demanda de separación personal, a petición del demandante, o de quien hubiese formulado reconvención conforme a lo establecido en el artículo 82.

9.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges.

10.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos tres años, a petición de cualquiera de los cónyuges."

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Dentro del plazo de un mes, desde la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, los cónyuges demandantes o solicitantes de la separación matrimonial iniciada antes de la entrada en vigor de la misma, podrán comunicar al Juzgado correspondiente su voluntad de acogerse a lo previsto en la presente Ley.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente Ley.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Publicaciones, Noticias y Datos de Interés

INSTRUCCIÓN DE 1 DE JULIO DE 2004, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, POR LA QUE SE MODIFICA LA REGLA PRIMERA DE LA INSTRUCCIÓN DE 15 DE FEBRERO DE 1999, SOBRE CONSTANCIA REGISTRAL DE LA ADOPCIÓN

La Instrucción de 15 de febrero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre constancia registral de la adopción (BOE n.º 52/1999, de 2 de marzo) supuso un importante avance en la protección de la intimidad personal y familiar, al establecer una serie de medidas tendentes a evitar la publicidad de las filiaciones adoptivas.

Dicha Instrucción tiene su causa en el artículo 21 del Reglamento del Registro Civil que no permite, sin autorización especial, la publicidad de la filiación adoptiva o de las circunstancias que puedan descubrir este carácter. Se trata de preservar, en interés del menor, que se conozca dicha filiación o cualquier otra circunstancia de la que ésta pueda deducirse.

Una de las circunstancias reveladoras de una filiación adoptiva puede ser la relativa al lugar del nacimiento, especialmente, cuando éste ha acaecido en un país remoto. Por ello, es conveniente que la publicidad de este dato quede limitada y sujeta a la autorización especial que el citado artículo 21 del Reglamento establece y, a tal efecto, procede que se permita que no conste en la inscripción de la adopción el lugar real del nacimiento del adoptado y que en sustitución pueda solicitarse que conste el correspondiente al domicilio del adoptante o adoptantes, por atribución a éstos de la facultad similar que el apartado 2 del artículo 16 de la Ley del Registro Civil otorga a los padres biológicos.

La Instrucción citada no previó este supuesto, pero el notable incremento experimentado por las denominadas adopciones internacionales, que han pasado a ser, con diferencia, mayoritarias respecto de las nacionales, aconseja que sea ahora contemplado para que la finalidad perseguida por dicha Instrucción continúe siendo efectiva.

En su virtud, esta Dirección General, en uso de las facultades que tiene conferidas, ha adoptado el siguiente acuerdo:

Se modifica la regla primera de la Instrucción de esta Dirección General de 15 de febrero de 1999, sobre constancia registral de la adopción, mediante la adición de un segundo párrafo, quedando redactada dicha regla de la siguiente manera:

«Una vez extendidas en el Registro competente la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, si el matrimonio adoptante lo solicita

durante la minoría de edad del adoptado, podrá extenderse en el folio que entonces corresponda, una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de éstos.

En los casos de adopción internacional, el adoptante o los adoptantes de común acuerdo, pueden solicitar que en la nueva inscripción, conste su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado.»

DATOS DE INTERÉS

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

Salario Mínimo Interprofesional (SMI) para 2004

16,36 euros/día o 490,80 euros/mes.

Índice de Precios de consumo. (Datos interanuales)

Año	Ene.	Feb.	Mar.	Abr.	May.	Jun.	Jul.	Ago.	Sep.	Oct.	Nov.	Dic.
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					

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.

Avances jurisprudenciales

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

- Cuando la prueba biológica sea considerada indispensable por la autoridad judicial, no entrañe un grave riesgo o quebranto para la salud del que deba soportarla y su práctica sea proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no puede considerarse contraria al derecho a la integridad física y a la intimidad, del afectado. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 11 de septiembre de 2003).*

- Consolidación de la jurisprudencia que fija como plazo inicial para el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial aquel en el que el esposo tiene conocimiento de que no es el padre, en este caso, tras el resultado de las pruebas que pusieron de manifiesto su impotencia. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 15 de septiembre de 2003).*

- El demandado en el proceso de filiación sólo podrá negarse lícitamente a someterse a la prueba biológica, si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiese existir un gravísimo quebranto para su salud. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 1 de octubre de 2003).*

- Apreciación de oficio por el Tribunal Supremo de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado al hijo frente al que se reclama la filiación, siendo necesario además que en su momento se le designe un defensor judicial. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 5 de noviembre de 2003).*

- Importancia de la prueba testifical de parientes y amigos en los procedimientos de reclamación de paternidad, ya que por su mayor cercanía a los hechos suelen disponer de mejor información que los extraños. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 10 de noviembre de 2003).*

- Privación de la patria potestad al padre que asesinó a la madre, ya que repugnaría legal y moralmente mantenerlo en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha demostrado indigno, pues ha privado al hijo de la figura materna. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 2 de octubre de 2003).*

II. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

- Embargo de los bienes que se adjudicaron a la esposa en la liquidación de la sociedad de gananciales por deuda generada a consecuencia de la garantía prestada por el esposo en una póliza suscrita con una entidad bancaria, ya que la esposa era absoluta conocedora de la actividad comercial del marido, dato que sirve para pensar en el consentimiento exigido en el art. 1367 del Código Civil. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 29 de julio de 2003).*

- Inexistencia de derecho a indemnización por daño moral que según la solicitante se produjo al conocer las alegaciones del ex esposo en el proceso de nulidad canónica y de las que cabía presumir que contrajo matrimonio con el exclusivo interés de aprovecharse de su convivencia para su explotación meramente laboral o profesional. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 23 de octubre de 2003).*

- No pueden incluirse en el activo de la sociedad de gananciales unas participaciones de una sociedad civil constituida para la construcción de unas viviendas cuando se produjo la quiebra de la misma y por tanto no existían en el momento de la disolución. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 4 de noviembre de 2003).*

- Competencia de los Tribunales españoles para conocer de la demanda solicitando la liquidación de la sociedad de gananciales de un matrimonio entre española y alemán que quedó disuelto por sentencia dictada en un tribunal alemán y que obtuvo el correspondiente exequátur. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 10 de noviembre de 2003).*

III. UNIONES DE HECHO

- Desestimada la demanda interpuesta por el compañero sentimental de la demandada solicitando que se declare que es de su propiedad un solar y lo en él construido y que figuran a nombre de aquélla al no considerarse la existencia de ningún negocio fiduciario y sí por el contrario la existencia de un ánimo de liberalidad. *(T.S., Sala 1.ª; S. de 18 de septiembre de 2003).*

IV. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

- Aun cuando la sentencia de divorcio ha sido dictada por el Registro Civil de los Estados Unidos Mejicanos, que no posee carácter estrictamente jurisdiccional, se concede el exequátur porque semejante forma de divorcio se encuentra prevista en la legislación del Estado de origen para los divorcios promovidos de común acuerdo entre los cónyuges, quedando por otro lado acreditada la competencia del tribunal por la nacionalidad mejicana del esposo y la residencia de los cónyuges en el estado de origen al tiempo del divorcio. *(T.S., Sala 1.ª, Auto de 15 de julio de 2003).*

V. SUCESIONES

- Rescisión de la donación efectuada por los padres a favor de los hijos al haberse realizado en fraude de acreedores, no siendo obstáculo para ello que la misma se hubiese realizado antes del nacimiento del crédito, pues dicha disposición se hizo en función del crédito que sabía que con toda probabilidad iba a surgir en el proceso penal y generaría una insolvencia que frustraría los derechos del acreedor. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 26 de julio de 2003).*

- Validez de la cláusula testamentaria en la que se deshereda a la segunda esposa al haberse acreditado que la misma abandonó a su esposo que padecía una grave enfermedad, siendo incierta la alegación de que los hijos del primer matrimonio le impedían cuidarlo, ya que los mismos residían en otro país distinto al padre. *(T.S., Sala 1.ª; S. de 25 de septiembre de 2003).*

VI. OTRAS CUESTIONES

- Condena a la Xunta de G., entidad aseguradora y profesora del Colegio por el daño moral y las lesiones (incapacidad temporal y secuelas) que se produjeron en una menor, cuando en horario escolar, fue atropellada por un autobús en las inmediaciones del Colegio Público. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 31 de octubre de 2003).*

VII. PENAL

- Decomiso de los bienes inmuebles cuya titularidad corresponde a la compañera sentimental del condenado por tráfico de drogas, pese a que ella fue absuelta de tal delito, al no existir buena fe en la adquisición puesto que conocía el origen ilícito del dinero empleado para la compra de los bienes, sin que por otro lado pueda reputarse tercero, ya que se trata de una titularidad más aparente que real, utilizada para una verdadera operación de blanqueo de capitales. *(T.S., Sala 2.ª, S. de 15 de julio de 2003).*

- Condena por un delito de estafa a la directora de una residencia de ancianos que despoja de su patrimonio a dos personas internadas en la misma que tenían severamente limitadas sus facultades mentales. *(T.S., Sala 2.ª, S. de 16 de julio de 2003).*

- Absolutoria del delito de abandono de menores del compañero sentimental de la madre de los mismos, que se quedó a cargo de ellos cuando la madre se ausentó a trabajar, al no quedar probado que concurriera el requisito de la imputación objetiva, y en la hipótesis de que tal imputación objetiva hubiese existido, habría faltado el dolo en su comportamiento. *(T.S., Sala 2.ª, S. de 12 de septiembre de 2003).*

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- A pesar de que la regla general es fijar un límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar, existen casos en los que no podrá establecerse dicho límite cuando la necesidad del cónyuge sea razonablemente duradera. *(TSJ Cataluña, S. de 22 de septiembre de 2003).*

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

- Se desestima la acción de nulidad matrimonial solicitada en base a la falta de consentimiento al no acreditarse que la única finalidad fuera permitir que la esposa adquiriera la nacionalidad española, no habiéndose acreditado por otro lado la falta de noviazgo ni de convivencia. *(AP ALMERÍA, Sec. 3.ª, S. de 23 de enero de 2004).*
- Procedencia de la separación que es deseada por ambas partes aun cuando no se acojan las causas alegadas por las partes sino la falta de afecto marital. *(AP HUELVA, Sec. 3.ª, S. de 28 de enero de 2004).*
- Desestimación de la demanda de divorcio al haberse reanudado, tras la separación, la convivencia de forma efectiva entre los cónyuges, tal y como se desprende del hecho del nacimiento de un nuevo hijo. *(AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 25 de febrero de 2004).*

II. GUARDA Y CUSTODIA

- Mantenimiento de la guarda y custodia a favor de la madre aun cuando ésta se haya trasladado a residir a París, ya que dada la edad del menor —7 años— prima más la estabilidad intrafamiliar que la social, siendo fácilmente asumibles por éste los cambios al no haberse consolidado todavía las relaciones sociales. *(AP BURGOS, Sec. 2.ª, S. de 9 de enero de 2004).*
- No procede acordar la guarda y custodia compartida porque es conveniente que los hijos tengan una referencia con un domicilio que identifiquen como base de su actividad habitual y desarrollo integral como ayuda la estabilidad emocional que necesitan. No obstante, el tema carece de transcendencia dado el amplio régimen de visitas que se ha fijado que *de facto* implica una custodia compartida. *(AP GIRONA, Sec. 2.ª, S. de 27 de enero de 2004).*

- Mantenimiento de la guarda y custodia a favor de la madre al constar, según el informe psicosocial emitido, que la menor se encuentra bien atendida por ésta. *(AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 11 de febrero de 2004).*

- Cambio de la guarda y custodia a favor de la madre al haberse acreditado que la misma ha superado el trastorno depresivo desencadenado por estrés familiar. *(AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 16 de febrero de 2004).*

- Mantenimiento de la guarda y custodia a favor de la madre aun en contra del deseo del hijo que quiere trasladarse a vivir con su padre, ya que teniendo en cuenta que éste trabaja en una empresa de seguridad en horas nocturnas, el menor tendría que estar cuidado por su hermano, no habiéndose acreditado por otro lado que haya existido conflicto alguno en la convivencia con la madre. *(AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 19 de febrero de 2004).*

III. RÉGIMEN DE VISITAS

- Mantenimiento del régimen de visitas ya que la demostración de dos hechos puntuales son claramente insuficientes para concluir que el padre tenga dependencia al alcohol. *(AP CASTELLÓN, Sec. 2.ª, S. de 20 de enero de 2004).*

- La fijación del régimen de visitas no puede dejarse al criterio de la asociación de mediación familiar. *(AP LEÓN, Sec. 3.ª, S. de 21 de enero de 2004).*

- No fijación de régimen de visitas en relación con un hijo de 16 años de edad ya que sería completamente inoportuno que se le obligase a irse con su madre contra su voluntad. *(AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 6 de febrero de 2004).*

- Acreditado que la madre mantiene una actitud controladora y protectora respecto a la menor que genera en ella una dependencia importante que impide cualquier iniciativa de la niña que no suponga la aceptación materna, procede fijar un inicial régimen de visitas en el punto de encuentro, sin perjuicio de su ampliación posterior, y no la suspensión de las visitas tal y como postula la madre. *(AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 10 de febrero de 2004).*

- Teniendo en cuenta que los hijos cuentan con 7 y 9 años de edad y que la madre, tras abandonar el domicilio familiar ha estado más de 4 años sin tener relación con ellos, mostrando éstos un fuerte rechazo a las visitas, procede fijar un régimen restrictivo en presencia de una tercera persona de confianza de los niños y designada por el padre. *(AP ALMERÍA, Sec. 1.ª, S. de 16 de febrero de 2004).*

- Suspensión del régimen de visitas por los episodios de violencia familiar protagonizados por el padre. *(AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 26 de febrero de 2004).*

IV. VIVIENDA FAMILIAR

- Mantenimiento de la medida de atribución del uso de la vivienda familiar a favor del esposo y de los hijos aun cuando transitoriamente hayan abandonado el domicilio familiar para trasladarse al domicilio de la abuela paterna ya que es previsible un retorno al mismo cuando los hijos sean un poco más mayores y el padre pueda organizarse mejor, no debiendo olvidarse que el padre, para atender a los hijos, solicitó excedencia voluntaria. *(AP CÁCERES, Sec. 1.ª, S. de 3 de febrero de 2004).*

- Si en la demanda se solicitó que se condenase al esposo al abono del 50 por ciento del préstamo hipotecario, es incongruente la sentencia que condena a aquél al pago de la totalidad de dicho préstamo. *(AP CUENCA, S. de 5 de febrero de 2004).*

- Al no haberse solicitado por vía de reconvención, no procede que el tribunal de oficio fije una cantidad en concepto de contribución a las cargas del matrimonio para el pago de la amortización del préstamo hipotecario. *(AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 5 de febrero de 2004).*

- Aunque en el convenio regulador se estableció un plazo de atribución del uso de la vivienda familiar, dado que aún continúan conviviendo los hijos en el mismo, procede su atribución a los mismos sin limitación temporal alguna. *(AP SEVILLA, Sec. 2.ª, S. de 9 de febrero de 2004).*

- Improcedencia de acordar la atribución del uso de la vivienda por períodos alternativos a los cónyuges ya que ello redundaría en una mayor complicación de las relaciones entre los litigantes, y para ello baste pensar en el trasiego que implicaría la entrada y salida de distinto ajuar y enseres personales cada vez que deba producirse el cambio. *(AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, S. de 10 de febrero de 2004).*

- No teniendo el carácter de familiar la vivienda respecto de la cual la esposa solicita la atribución de su uso, no puede por vía del art. 96 del CC procederse a tal atribución. *(AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, S. de 11 de febrero de 2004).*

- Atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa y hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, al ser el interés de ésta el más necesitado de protección, dado el padecimiento de una patología depresiva que la han llevado a tres intentos de suicidio. *(AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, S. de 18 de febrero de 2004).*

V. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

- No procede acceder a la petición interesada por el padre en cuanto que la pensión alimenticia lo sea por once mensualidades, ya que la cantidad fijada mensualmente obedece a un cómputo anual a los efectos de repartir los gastos

que generan los menores de una forma proporcional. *(AP CASTELLÓN, Sec. 2.ª, S. de 17 de enero de 2004).*

- No fijación de pensión alimenticia a favor de una hija mayor de edad que ha terminado sus estudios universitarios y tiene un piso de su propiedad. *(AP LAS PALMAS, Sec. 3.ª, S. de 19 de enero de 2004).*

- Mantenimiento de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad hasta que termine la carrera de ingeniería aun cuando en el convenio regulador se pactó que sólo se abonaría durante los dos años siguientes. *(AP JAÉN, Sec. 1.ª, S. de 22 de enero de 2004).*

- El hecho de que el padre tenga unos ingresos mayores no justifica por sí solo el incremento de la pensión alimenticia de la hija, ya que es necesario a su vez que las necesidades de la menor sean superiores a aquellas tenidas en cuenta en su día cuando se estableció. *(AP CASTELLÓN, Sec. 2.ª, S. de 26 de enero de 2004).*

- El aumento de edad de los hijos no necesariamente debe suponer un incremento de la pensión alimenticia. *(AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 30 de enero de 2004).*

- Reducción de la cuantía de la pensión alimenticia al haber dejado de percibir el padre, por decisión de la empresa, la retribución por horas extraordinarias. *(AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 26 de febrero de 2004).*

VI. PENSIÓN COMPENSATORIA

- Extinción de la pensión compensatoria fijada en la separación al haber renunciado a la misma la esposa en un documento privado, sin que sea obstáculo para ello que el mismo no haya sido ratificado a presencia judicial en un procedimiento de modificación de medidas. *(AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, S. de 15 de enero de 2004).*

- No procede fijar pensión compensatoria a favor del esposo, ya que durante los 40 años de matrimonio, si bien ha estado en situaciones de desempleo mientras que la esposa trabajaba, aquél no se dedicó al cuidado de la casa ni de la familia, compensándose el desequilibrio existente con la atribución del uso de la vivienda familiar al esposo. *(AP CASTELLÓN, Sec. 3.ª, S. de 21 de enero de 2004).*

- Fijación en el procedimiento de divorcio de limitación temporal a la pensión compensatoria que se estableció en el procedimiento de separación. *(AP GRANADA, Sec. 4.ª, S. de 26 de enero de 2004).*

- No extinción de la pensión compensatoria, y sí su suspensión, hasta tanto pueda comprobarse la evolución de la enfermedad que padece la esposa por la que está percibiendo una pensión por invalidez pendiente de revisión en aten-

ción a la mejora o agravamiento de la enfermedad. *(AP CÁCERES, Sec. 1.ª, S. de 3 de febrero de 2004).*

- Extinción de la pensión compensatoria fijada en la separación ya que fue mínima la convivencia entre los cónyuges y la esposa, desde aquel momento no ha intentado buscar ningún trabajo que le permitiese obtener ingresos para cubrir sus necesidades. *(AP LUGO, Sec. 2.ª, S. de 4 de febrero de 2004).*

- La circunstancia de que la esposa percibe una pensión no contributiva de 164 euros no es motivo para extinguir la pensión compensatoria. *(AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 4 de febrero de 2004).*

- Procede fijar pensión compensatoria a favor de la esposa debiendo rechazarse la petición del esposo que le ofrece trabajo como auxiliar de cocina en las empresas en que son administradores tanto él como su compañera sentimental. *(AP CUENCA, S. de 5 de febrero de 2004).*

- No procede la extinción de la pensión compensatoria ni su limitación temporal al no haberse acreditado que haya desaparecido el desequilibrio ni que la esposa haya incurrido en desidia en la búsqueda de independencia económica. *(AP SALAMANCA, S. de 19 de febrero de 2004).*

VII. CUESTIONES PROCESALES

- Improcedencia de incluir dentro de los pronunciamientos de la sentencia una condena a uno de los cónyuges por el impago de la dote pactada en un matrimonio contraído por el rito islámico. *(AP CASTELLÓN,. Sec. 3.ª, S. de 21 de enero de 2004).*

- La sustanciación de un procedimiento de nulidad ante la jurisdicción canónica no impide que pueda pedirse simultáneamente la disolución del matrimonio por divorcio, no existiendo por tanto litispendencia. *(AP LEÓN, Sec. 2.ª, S. de 13 de febrero de 2004).*

- Si la prueba acordada en el plazo de 30 días es la aportación de uno o varios documentos, no está previsto en la ley que tras la unión del mismo se conceda a las partes la posibilidad de hacer alegaciones sobre dicha prueba. *(AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 16 de febrero de 2004).*

- A pesar de que con el divorcio se extinguió la pensión compensatoria de la esposa por convivencia marital, no procede condenar en costas a la esposa ya que se mostró conforme con el divorcio. *(AP CÁDIZ, Sec. 6.ª, S. de 26 de febrero de 2004).*

VIII. REGÍMENES ECONÓMICOS

- La circunstancia de que las acciones que se adjudicó el esposo en la liquidación de gananciales no alcanzasen en su venta el valor previsto no es motivo

para rescindir dicha liquidación por lesión en más de una cuarta parte. *(AP GRANADA, Sec. 4.ª, S. de 26 de enero de 2004).*

- Improcedencia de introducir nuevos bienes en el activo de la sociedad en el acto de la vista cuando no se alegó nada respecto a dichos bienes en la diligencia de inventario. *(AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 27 de enero de 2004).*

- Las cantidades abonadas por el esposo y padre en concepto de pensión compensatoria y alimenticia no pueden incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales al tener la consideración de una deuda personal. *(AP LEÓN, Sec. 3.ª, S. de 28 de enero de 2004).*

- No puede admitirse la pretensión de incorporar al inventario en el mismo acto de la vista otros bienes distintos a los que no se hizo mención en la diligencia de inventario, ya que ello causaría indefensión a la parte contraria al privarle de la posibilidad de preparar alegaciones y prueba respecto a unos hechos que hasta ese momento se desconocían y no eran objeto de controversia. *(AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 5 de febrero de 2004).*

- Sólo pueden incluirse en el pasivo de la sociedad los pagos realizados por uno de los cónyuges por conceptos que graven o redunden en provecho de la propiedad, es decir, los que guarden conexión directa e inmediata con la titularidad del inmueble y no con su mero disfrute, y por tanto, procede la inclusión del IBI. *(AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 5 de febrero de 2004).*

- Si la vivienda se adquirió por el esposo antes de contraer matrimonio, habiéndose abonado parte del precio después de contraerlo, los pagos efectuados por el esposo tras la separación aumentan su parte privativa, quedando la parte ganancial reducida a las aportaciones realizadas constante la sociedad. *(AP ALMERÍA, Sec. 3.ª, S. de 6 de febrero de 2004).*

- Inclusión en el pasivo de una deuda a favor de la madre de la esposa por la cantidad que se obtuvo por la venta de una vivienda en la que aquélla era propietaria de un 30 por ciento. *(AP BURGOS, Sec. 2.ª, S. de 10 de febrero de 2004).*

- Inclusión dentro del activo del kiosco que fue adquirido por concesión administrativa constante el matrimonio. *(AP SEVILLA, Sec. 2.ª, S. de 10 de febrero de 2004).*

- La valoración de los bienes no tiene que realizarse en la fase de inventario, sino en la propia de liquidación. *(AP LUGO, Sec. 2.ª, S. de 18 de febrero de 2004).*

- Exclusión del inventario de la sociedad del mobiliario y ajuar doméstico al ser aportado por la esposa al matrimonio antes de su celebración, aun cuando dicho pronunciamiento se haga en base a la prueba testifical. *(AP JAÉN, Sec. 1.ª, S. de 23 de febrero de 2004).*

- No inclusión dentro del pasivo de una deuda en concepto de préstamo por parte del padre de la esposa al no haberse acreditado tal extremo, sin perjuicio de los

derechos que pueda tener aquél por vía del art. 1401 del CC. *(AP CANTABRIA, Sec. 4.ª, S. de 24 de febrero de 2004).*

- Inclusión en el activo de las cantidades abonadas constante la sociedad de gananciales por deudas contraídas por el esposo antes de contraerse el matrimonio, debiendo actualizarse no conforme al IPC sino de acuerdo con las tablas financieras que valoran a pesetas (o euros) de hoy, las pesetas del pasado, tarea que habrá de encomendarse a un perito experto en finanzas. *(AP CANTABRIA, Sec.4.ª, S. de 24 de febrero de 2004).*

IX. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

- Con independencia de la irregularidad cometida por la entidad pública que permite a la madre dar el asentimiento para la adopción sin esperar al transcurso de treinta días, procede declarar a la madre incursa en causa de privación de la patria potestad, ya que desde el día del alumbramiento hasta que pudo ser localizada a través de la policía, no existió conducta alguna tendente a preocuparse por el estado de su hija. *(AP MÁLAGA, Sec. 4.ª, S. de 17 de enero de 2004).*

- Acreditada la presencia de lesiones en los menores y el alto grado de absentismo escolar procede confirmar la declaración de desamparo. *(AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, S. de 11 de febrero de 2004).*